Pubblicato il 27/11/2020

N. 05595/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01643/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1643 del 2020, proposto da

Società Services Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, col quale è elettivamente domiciliata in Napoli, presso lo studio del prof. Orazio Abbamonte, al Viale Gramsci n. 16, pec: avvocatolorenzolentini@pec.it;

contro

Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rosa Anna Peluso e Luigi Diego Perifano, unitamente ai quali è elettivamente domiciliata in Napoli, alla Via Toledo n. 156, presso l'avv. Vincenzo Prisco, indirizzi di posta elettronica certificata: avvluigidiegoperifano@puntopec.it; ra.peluso@pec.aslnapoli3sud.it;

nei confronti

So.Ge.Si. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio eletto presso lo studio dello

stesso in Napoli, alla Via G. Melisurgo n. 4, indirizzo digitale: enrico.soprano@cnfpec.it;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia:

a – della delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 3 Sud n. 335 del 14.05.2020, comunicata a mezzo pec del 18.5.2020, con la quale si è disposta l'attivazione dell'istituto del "*Quinto d'obbligo*", ai sensi e per gli effetti dell'art. 106 del D. Lgs. 50/2016, dell'art. 11 del disciplinare tecnico di gara e dell'art. 24 del contratto sottoscritto con So.Ge.Si. in data 15.07.2019;

b – dell'atto prot. n. 77802 del 18.05.2020, con cui la stessa Azienda, a seguito della delibera sub a), ha comunicato a Service Group il passaggio di cantiere e la conseguenza attivazione del servizio per il giorno 1.6.2020, ore 0,01;

c – ove e per quanto occorra, della nota ASL prot. n. 81146 del 22.5.2020;

d – ove e per quanto occorra, della nota prot. 51547 del 31.03.2020 del Direttore Amministrativo Aziendale, con la quale si è trasmesso all'UOC Acquisizione Beni e Servizi parere legale sul "*Quinto d'obbligo*" per l'affidamento in favore di So.Ge.Si. di 51.543 ore/anno di sorveglianza non armata nei presidi aziendali;

e – ove e per quanto occorra, del parere legale prot. 41748 del 12.03.2020, con cui si è ritenuta la sussistenza dei presupposti per la attivazione del "*Quinto d'obbligo*";

f – ove occorra, della nota del Direttore Amministrativo dell'A.S.L. Napoli 3 Sud del 16.4.2020;

g – ove occorra, della nota del Direttore UOC Acquisizione Beni e Servizi dell'A.S.L. Napoli 3 Sud del 23.4.2020;

h – ove occorra, della delibera n. 304 del 30.04.2020 del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 3 Sud, con la quale si è richiesto nuovo parere legale in ordine alle procedure per assicurare la sorveglianza non armata di tutte le 389.986,80 ore/anno;

nonché per l'accertamento, ai sensi dell'art. 133, n. 1, lett. e) c.p.a., della nullità degli atti di estensione del servizio di portierato, in carenza di procedure di evidenza pubblica, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.Ge.Si. S.r.l. e dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud;
Visti tutti gli atti della causa;
Uditi per le parti i difensori presenti all'udienza pubblica del 20 ottobre 2020, come da verbale, relatore il cons. Pierluigi Russo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 29 maggio 2020 e depositato in pari data, Services Group S.r.l. ha esposto, in primo luogo, le principali vicende che hanno connotato negli ultimi anni l'appalto del servizio di vigilanza non armata presso l'A.S.L. Napoli 3 Sud – ivi compreso il pregresso contenzioso con la stessa Azienda e con l'odierna controinteressata SO.GE.SI. S.r.l. – le quali possono essere compendiate schematicamente nei seguenti termini:
- l'A.S.L. Napoli 3 Sud, in data 20.12.2016, ha indetto una procedura di "*gara ponte*" per l'affidamento del suindicato servizio di portierato, per un monte ore annuo di n. 257.717 ore per il lotto 2, aggiudicato in favore di SO.GE.SI. con delibera del Direttore Generale n. 892 del 28.12.2017, per un importo complessivo di € 3.690.507,00;
- tale affidamento ha formato oggetto di ricorso della Services Group davanti a questo T.A.R. (R.G. 475/2018), definito con sentenza di rigetto n. 3587 del 30.5.2018, confermata con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4035 del 17.6.2019;

- con delibera del Direttore Generale n. 754 dell'8.10.2018, l'A.S.L. disponeva un incremento del servizio di portierato di 31.488 ore annue in favore di SO.GE.SI., per un valore di € 440.832,00;

- l'estensione del servizio veniva contestata da Services Group con ricorso davanti a questo T.A.R. (R.G. n. 4073/2018), oltre che con motivi aggiunti nel giudizio a quel tempo pendente davanti al Consiglio di Stato, di cui si è fatto cenno sopra (R.G. n. 5009/2018);

- anche a seguito delle pronunce cautelari favorevoli conseguite dalla ricorrente (decreto monocratico presidenziale n. 4969/2018 e ordinanza collegiale n. 5262/2018), con delibera n. 849 del 2.11.2018 l'Amministrazione revocava parzialmente in autotutela la delibera n. 754/2018 (con conseguente declaratoria di improcedibilità dei motivi aggiunti da parte del Consiglio di Stato nella già citata decisione n. 4035/2019);

- con provvedimento del 30.09.2019, l'A.S.L. affidava nuovamente a SO.GE.SI. l'intero servizio di vigilanza non armata, comprensivo delle 51.000 ore gestite dalla ricorrente, non incluse nella "*gara ponte*";

- Services Group contestava quest'ultimo atto con motivi aggiunti (proposti nell'ambito del ricorso R.G. n. 4073/2018), con misura cautelare urgente accolta da questo T.A.R. con decreto presidenziale n. 1592/2019;

- in data 15.07.2019 l'Azienda sottoscriveva il contratto con SO.GE.SI.;

- con verbale dell'8.10.2019 si disponeva il passaggio di cantiere in favore di SO.GE.SI. delle 257.717 ore oggetto del citato affidamento, ferma restando la prosecuzione dello svolgimento della quota parte del servizio, pari a 51.000 ore, ad opera di Service Group;

- con nota della Direzione della U.O.C. Acquisizione e Servizi, in data 23.10.2019, la Stazione appaltante procedeva ad una "*rinegoziazione*" dell'affidamento delle 51.000 ore residue con la Services Group, chiedendo la

riduzione dell'importo orario da € 15,43, oltre IVA, a € 14,32, con decorrenza dall'11.10.2019;

- tenuto conto dell'intervenuto accordo tra le parti, con sentenza n. 223 del 20 gennaio 2020, questa Sezione dichiarava l'improcedibilità del ricorso R.G. n. 4073/2018, per sopravvenuto difetto di interesse, e l'inammissibilità dei motivi aggiunti (aventi ad oggetto mere comunicazioni di servizio prive di contenuto lesivo);

- con nota del 17.12.2019, il Direttore dell'UOC Affari Legali chiedeva a So.re.sa. l'autorizzazione per una nuova "*gara ponte*" per l'affidamento di 59.395 ore;

- con nota del 31.3.2020 il Direttore Amministrativo della stessa Azienda trasmetteva all'UOC parere legale secondo cui le 59.395 ore in eccedenza si sarebbero potute coprire con distinte modalità: 51.543 ore mediante "*quinto d'obbligo*" in favore di SO.GE.SI., ai sensi dell'art. 106, comma 12, del D. Lgs. 50/2016, e 7.852 ore mediante procedura negoziata, sotto soglia, ai sensi dell'art. 36 dello stesso D. Lgs. 50/2016;

- il Direttore dell'UOC riscontrava tale nota rappresentando che, per effetto dell'emergenza COVID 19, le esigenze si erano ulteriormente incrementate, proiettando l'effettivo fabbisogno aziendale su base annua ad oltre 380.000 ore;

- infine, l'A.S.L. Napoli 3 Sud, con delibera n. 335 del 14.5.2020, senza attendere il parere legale richiesto, disponeva l'affidamento diretto di n. 51.543 ore di vigilanza non armata, mediante il "*quinto d'obbligo*", in favore di SO.GE.SI. e l'indizione di una procedura semplificata per l'individuazione di un operatore di mercato per l'affidamento delle ore residue (circa 7.000) nel periodo compreso tra la prima decade di giugno ed il 7.10.2020;

- in data 18.5.2020, il suindicato atto deliberativo era notificato alla società ricorrente, con l'indicazione della data del 31.5.2020 per la cessazione del servizio.

Tanto premesso, a fondamento della domanda di annullamento della delibera n. 335 del 2020 e degli altri atti individuati in epigrafe, Services Group ha posto i seguenti motivi d'impugnazione:

I-II – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 106 COMMA 2 D.LVO 50/2016) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ARBITRARIETÀ – SVIAMENTO - INIQUITÀ – TRAVISAMENTO);

III-IV-V – VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 35, 36 E 106 COMMA 2 D.LVO 50/2016) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ARBITRARIETÀ – SVIAMENTO – INIQUITÀ – TRAVISAMENTO);

VI – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 32 D.LVO 50/2016 – ARTT. 1 E SS L. 241/90) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ARBITRARIETÀ – SVIAMENTO – INIQUITÀ – TRAVISAMENTO).

Con decreto cautelare monocratico n. 1114 del 29 maggio 2020, questo T.A.R. ha accolto l'istanza cautelare ex art. 56 c.p.a. e, per l'effetto, ha sospeso l'esecutività degli atti impugnati "*nel senso dell'inibizione del disposto passaggio di cantiere*".

Con memoria depositata il 5 giugno 2020, si è costituita in giudizio SO.GE.SI., la quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del G.A. e per carenza di interesse ad agire. Nel merito la società controinteressata ha replicato alle doglianze attoree chiedendone il rigetto per l'infondatezza.

Il 5 giugno 2020 si è costituita altresì l'intimata A.S.L. Napoli 3 Sud, la quale ha anch'essa difeso la legittimità dell'azione amministrativa in discussione.

In esito alla camera di consiglio del 9 giugno 2020, questa Sezione ha ritenuto la domanda cautelare meritevole di accoglimento sotto l'assorbente profilo del *periculum*, al fine di scongiurare l'imminente passaggio di cantiere (preannunciato per il giorno 1 giugno 2020 e già sospeso con decreto presidenziale n. 1114/2020) onde pervenire alla definizione della controversia *re adhuc integra* e scongiurare pregiudizievoli soluzioni di continuità nell'esecuzione del servizio (già oggetto di parziale avvicendamento col menzionato verbale datato 8 ottobre 2019).

Successivamente le parti hanno depositato memorie difensive con le quali hanno insistito nelle proprie richieste.

All'udienza pubblica del 20 ottobre 2020, uditi l'avvocato Lentini per la ricorrente, l'avvocato Perifano per l'Amministrazione e l'avvocato Ricci, per delega dell'avvocato Soprano, per la controinteressata, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Vanno preliminarmente scrutinate le due eccezioni di inammissibilità sollevate dall'odierna controinteressata SO.GE.SI., prendendo le mosse da quella secondo cui l'applicazione dell'istituto del cd. *quinto d'obbligo*, previsto dall'art. 106, comma 12, del D. Lgs. n. 50 del 2016, attenendo ad una fase successiva alla stipula del contratto di appalto, non rientrerebbe tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A., ai sensi art. 133, comma 1, lettera e) n.1, e resterebbe pertanto devoluta all'A.G.O.

L'argomentazione non è condivisibile.

Osserva il Collegio che la presente controversia non si muove all'interno del rapporto contrattuale tra la committente A.S.L. Napoli 3 sud e l'affidataria SO.GE.SI., essendo stata azionata da Services Group, la quale – come gestore

uscente in quota parte del medesimo servizio di vigilanza non armata e, comunque, quale operatore del settore – ha contestato in radice la scelta dell'Amministrazione di attivare il suindicato meccanismo, per difetto dei presupposti richiesti dalla evocata previsione del codice dei contratti pubblici, anziché procedere attraverso l'indizione di una gara ad evidenza pubblica (come contestualmente disposto per l'affidamento di circa 7.000 ore residue), alla quale ha interesse a partecipare.

Così individuato il *petitum sostanziale*, non vi è dubbio che la fattispecie attiene alla dedotta violazione del procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento di prestazioni riferite al servizio di vigilanza, con conseguente attrazione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 133 lett. e), n. 1, c.p.a.. Peraltro, la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio si connota come interesse legittimo correlato alla potestà discrezionale dell'Amministrazione di optare per la formula reputata più adeguata per soddisfare il manifestato interesse pubblico all'estensione quantitativa delle prestazioni oggetto del servizio, con conseguente attrazione del contenzioso, comunque, anche nella generale giurisdizione di legittimità riservata al G.A..

2. Le considerazioni che precedono consentono di superare anche l'altra eccezione d'inammissibilità, che fa leva su una pretesa carenza d'interesse ad agire in relazione alla connotazione della ricorrente come gestore di *mero fatto* del servizio (per la quota di 51.000 ore, secondo quanto precisato nella parte in fatto), in quanto l'originaria aggiudicazione a Service Group (con deliberazione dell'11.8.2014) fu annullata in autotutela dalla stessa Amministrazione (con deliberazione del 4.8.2015).

Premesso che la suindicata veste non ha precluso a quest'ultima di agire in giudizio a tutela dei propri interessi coi ricorsi dei quali si è detto sopra e che la stessa ASL ha riconosciuto la sua posizione differenziata sia nel verbale di

parziale passaggio di cantiere (dell'8.10.2019) che nella successiva richiesta di riduzione dell'importo orario per l'attività di portierato di sua pertinenza (cfr. nota della Direzione della U.O.C. Acquisizione e Servizi in data 23.10.2019), è risolutivo osservare sul punto che la scelta della P.A. di affidare le prestazioni aggiuntive mediante il "*quinto d'obbligo*", pari a 51.543 ore, è suscettibile di ledere in via diretta ed attuale l'interesse dell'instante, quale operatore del settore, a conseguire l'affidamento all'esito di procedura di gara.

Il ricorso è pertanto pienamente ammissibile.

3. Passando al merito della vertenza, ad avviso del Collegio la domanda attorea si palesa fondata alla stregua delle seguenti considerazioni.

3.1. Giova premettere che l'art. 106 del D. Lgs. n. 50/2016, nel disciplinare i casi nei quali i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, al comma 12, prevede testualmente che: "*La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.*"

3.2. Invero, le disposizioni contenute nell'evocato art. 106, nel consentire alla stazione appaltante lo *jus variandi,* ossia il potere di modificare unilateralmente il rapporto nei termini quantitativi appena indicati, assume natura derogatoria, anzitutto, rispetto al principio generale contenuto nell'articolo 1372, comma 1, cod. civ., secondo cui il contratto "*ha forza di legge tra le parti*".

Inoltre, con specifico riferimento ai contratti pubblici, la fattispecie prevista dal comma 12 si pone come eccezione anche rispetto alla generale regola della gara, consentendo all'Amministrazione di ampliare sotto il profilo quantitativo l'oggetto del contratto, fino a concorrenza del quinto dell'importo, mediante affidamento diretto di ulteriori prestazioni all'appaltatore.

La natura derogatoria della normativa in discussione comporta che la stessa possa trovare applicazione solo nei casi espressamente previsti, che sono pertanto di stretta interpretazione.

In tale prospettiva ermeneutica, deve reputarsi che l'ipotesi contemplata dal comma 12 – nell'inciso già citato: "*qualora in corso di esecuzione si renda necessario una aumento o una diminuzione delle prestazioni*" – riguardi le sole circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del rapporto e giammai possa essere utilizzata per rimediare ad errori originari compiuti dalla stazione appaltante in sede di valutazione del fabbisogno ovvero per eludere gli obblighi discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni, come accaduto nel caso di specie.

3.3. Sotto il primo profilo, come dedotto dalla ricorrente nell'ambito del primo motivo, già a monte dell'indizione (in data 20.12.2016) della procedura di "gara ponte" e dell'aggiudicazione in favore di SO.GE.SI. (con delibera del 28.12.2017) e, comunque, prima della stipulazione del contratto di appalto con la stessa (in data 15.7.2019), era noto all'Amministrazione il vizio genetico della legge di gara circa la preesistente inadeguatezza delle prestazioni contrattuali cui parametrare le offerte.

Invero, con delibera del Direttore Generale n. 754 dell'8.10.2018 (poi revocata parzialmente in autotutela, come indicato nella premessa in fatto), l'A.S.L. aveva già tentato di disporre un incremento del servizio di portierato di 31.488 ore annue in favore di SO.GE.SI., per un valore di € 440.832,00. Nell'occasione, con dichiarazione avente valore latamente confessorio, l'Azienda aveva infatti riconosciuto di aver commesso "*un errore di valutazione nella individuazione del fabbisogno del numero di ore del servizio di sorveglianza non armata necessarie per le strutture aziendali in quanto non possono essere lasciate scoperte alcune sedi*", sicché non può

configurarsi, con tutta evidenza, una sopravvenienza insorta nel corso dell'esecuzione del contratto.

Peraltro, dell'insussistenza dei presupposti per l'attivazione dell'istituto di cui al comma 12 del citato art. 106 del D. Lgs. 50/2016 era consapevole la stessa Amministrazione allorquando ha reputato, in un primo momento, nelle more degli esiti della gara centralizzata indetta da So.Re.Sa. S.p.A. per i servizi di *reception* e portierato presso le sedi di tutte le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere campane, di affidare le ulteriori ore di servizio occorrenti per il completo svolgimento del servizio (stimate in 59.395) mediante un'ordinaria procedura concorrenziale (con nota del 17.12.2019). Tuttavia, non essendo pervenuta l'espressa autorizzazione da parte della centrale di committenza regionale per l'espletamento di un'autonoma procedura di acquisizione del servizio, ai sensi dell'art. 6, comma 15 bis, della L.R. 24.12.2003 n. 28 (richiesta con nota del 20.1.2020), l'ASL ha reputato di ricorrere, impropriamente, al rimedio del quinto d'obbligo per trovare una via d'uscita alla situazione venutasi a creare a causa della rilevata disfunzione in sede di valutazione e di pianificazione dell'impegno orario occorrente per soddisfare le esigenze delle proprie strutture.

3.4. Sotto il secondo, connesso profilo, denunciato col terzo motivo d'impugnazione, risulta violato anche l'art. 35, comma 6, del D. Lgs. 50/2016, che fa divieto alle stazioni appaltanti di procedere a meccanismi elusivi di frazionamento degli affidamenti per sottrarsi alle regole di evidenza pubblica.

Invero, dopo aver stimato l'ulteriore fabbisogno di ore in 59.395 e non avendo conseguito l'atto di assenso da SO.RE.SA., con gli atti impugnati, l'ASL ha artificiosamente suddiviso il monte ore complessivo in 51.543 ore, da coprire mediante attivazione del quinto d'obbligo, ed in 7.852 ore, da assegnare mediante procedura negoziata semplificata, sotto soglia, ai sensi dell'art. 36 del D. Lgs. 50/2016, con ciò rendendo ancor più palese l'intento elusivo perseguito.

4. Le considerazioni fin qui svolte consentono di accogliere il ricorso ed annullare la gravata delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 3 Sud n. 335 del 14.5.2020, restando assorbite le restanti censure non scrutinate.

5. In ragione della complessità dell'intera vicenda contenziosa e della novità della questione dibattuta nel presente giudizio, si ravvisano giustificati motivi per l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa.

Il contributo unificato va posto a carico della soccombente ASL Napoli 3 Sud, la quale va pertanto condannata alla sua refusione in favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnata delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 3 Sud n. 335 del 14 maggio 2020.

Spese compensate.

Condanna l'ASL Napoli 3 Sud alla refusione del contributo unificato in favore della ricorrente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 20 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Pierluigi Russo	**Maria Abbruzzese**

IL SEGRETARIO