

Studio Legale
Prof. Avv. Antonino Menne

Avv. Antonino Menne
Patrocinante in Cassazione
Prof. Incaricato di Diritto Commerciale
Facoltà di Economia Università Cattolica

Avv. Paolo Sanna

Avv. Ivana Menne
Patrocinante in Cassazione

Avv. Micaela Di Chio

Prof. Avv. Paolo Sabbioni
Avv. Alberto Baldo

Spett.le

Collegio dei Costruttori Edili di Brescia e Provincia
Via Ugo Foscolo, 6
25128 BRESCIA

Alla c.a. del Direttore
Dott. Alessandro Scalvi

A mezzo PEO all'indirizzo direzione@ancebrescia.it

Oggetto: **Pandemia Coronavirus e rapporti contrattuali d'appalto**
Analisi della normativa di riferimento
Parere *pro veritate*

Spett.le Collegio,

rispondo alla Vostra richiesta di chiarimenti in merito agli effetti e implicazioni derivanti dall'attuale situazione di emergenza nazionale sanitaria di epidemia da COVID 19 nell'ambito dei rapporti contrattuali d'appalto in essere e futuri nel comparto edile.

In particolare, mi è stato da Voi richiesto un parere in ordine, primariamente, alla qualificazione giuridica delle peculiari conseguenze in termini di maggiori costi per l'adeguamento dei regimi sanitari di sicurezza nel cantiere edile, maggiori costi per il prolungamento delle fasi di esecuzione delle opere commissionate e maggiore tempistica di esecuzione rispetto alle pattuizioni contrattuali; quindi in ordine ai rimedi allo stato esperibili.

La risposta ai quesiti richiede in primis l'inquadramento della normativa emergenziale sia per quanto attiene la natura della stessa e il relativo rilievo temporale nell'ambito dei contratti in essere, sia per quanto attiene il rapporto tra tali nuove norme e quelle ordinarie che regolano la disciplina generale del contratto di appalto.

I. La normativa emergenziale.

In data 31 gennaio 2020 il Governo Italiano ha dichiarato con delibera lo "**stato di emergenza**" in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili".

A tale dichiarazione ha fatto seguito l'emanazione di una serie di provvedimenti legislativi tra i quali, per quanto qui interessa, rilevano i seguenti:

- **DECRETO-LEGGE 23 febbraio 2020, n. 6** recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (Entrata in vigore del provvedimento: 23/02/2020) convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13, e successivo **DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 11 marzo 2020** recante "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

All'art. 1 è disposto: « Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sono adottate, sull'intero territorio nazionale, le seguenti misure: 1) (...); 7) In ordine alle **attività produttive** e alle attività professionali si raccomanda che: a) sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza; b) siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; c) **siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione**; d) **assumano protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale**; e) siano incentivate le **operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro**, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali; 8) per le sole attività produttive si raccomanda altresì che **siano limitati al massimo gli spostamenti all'interno dei siti e contingentato l'accesso agli spazi comuni**; 9) in relazione a quanto disposto nell'ambito dei numeri 7 e 8 si favoriscono, limitatamente alle attività produttive, intese tra organizzazioni datoriali e sindacali. 10) Per tutte le attività non sospese si invita al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile».

- **DECRETO-LEGGE 17 marzo 2020, n. 18** rubricato "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (Entrata in vigore del provvedimento: 17/03/2020), meglio noto come "**CURA ITALIA**".

All'art 91 è disposto: «1. All'articolo 3 del decreto – legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: "**6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.**" 2. (...)»

- **ORDINANZA REGIONE LOMBARDIA n.514 DEL 21 marzo 2020** recante "Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza in materia di igiene e sanità pubblica: limitazione degli spostamenti su tutto il territorio regionale."

Al punto 15 è disposto: «**È disposto il fermo delle attività nei cantieri**, previa concessione del termine per la messa in sicurezza, fatti salvi quelli relativi alla realizzazione e manutenzione di strutture sanitarie e di protezione civile, alla manutenzione della rete stradale, autostradale, ferroviaria, del trasporto pubblico locale, nonché quelli relativi alla realizzazione, manutenzione e funzionamento degli altri servizi essenziali o per motivi di urgenza o sicurezza».

- **DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 22 marzo 2020** rubricato: "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

All'art. 1 è disposto: «1. Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19, sull'intero territorio nazionale sono adottate le seguenti misure: a) **sono sospese tutte le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 1¹** e salvo quanto di seguito disposto.

(..) L'elenco dei codici di cui all'allegato 1 può essere modificato con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze;

b) è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; conseguentemente all'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 le parole «E' consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza» sono soppresse; c) le attività produttive che sarebbero sospese ai sensi della lettera a) possono comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile; d) restano sempre consentite anche le attività che sono funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività di cui all'allegato 1, nonché dei servizi di pubblica utilità e dei servizi essenziali di cui alla lettera e), previa comunicazione al Prefetto della provincia ove è ubicata l'attività produttiva, nella quale sono indicate specificamente le imprese e le amministrazioni beneficiarie dei prodotti e servizi attinenti alle attività consentite; il Prefetto può sospendere le predette attività qualora ritenga che non sussistano le condizioni di cui al periodo precedente. Fino all'adozione dei provvedimenti di sospensione dell'attività essa è legittimamente esercitata sulla base della comunicazione resa; e) (..); f) (..); g) (..); h) (..)

2. (..)

3. Le imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali.

4. Le imprese le cui attività sono sospese per effetto del presente decreto completano le attività necessarie alla sospensione entro il 25 marzo 2020, compresa la spedizione della merce in giacenza.

- **DECRETO-LEGGE 25 marzo 2020, n. 19** rubricato "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19. (Entrata in vigore del provvedimento: 26/03/2020) e successivo **DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 1 aprile 2020** rubricato "Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale"

All' art 1 comma 1 del DPCM è disposto che «**L'efficacia delle disposizioni dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020**, nonché di quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 e dall'ordinanza del 28 marzo 2020 adottata dal Ministro della salute di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020 **è prorogata fino al 13 aprile 2020**».

¹ Nell'Allegato 1, per quanto qui interessa, risultano non sospese soltanto le attività con codice Ateco 42 "Ingegneria civile" e 43.2 "Installazione di impianti elettrici, idraulici e altri lavori di costruzioni e installazioni"

- **DECRETO-LEGGE 8 aprile 2020, n. 23 rubricato** “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”. (Entrata in vigore del provvedimento: 09/04/2020) e successivo **DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 10 aprile 2020 rubricato** “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”.

All'art. 2 del DPCM è disposto: «**1. Sull'intero territorio nazionale sono sospese tutte le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 3². L'elenco dei codici di cui all'allegato 3 può essere modificato con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze.** Per le pubbliche amministrazioni resta fermo quanto previsto dall'art. 87 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 e dall'art. 1 del presente decreto; resta altresì fermo quanto previsto dall'art. 1 del presente decreto per le attività commerciali e i servizi professionali.

2. Le attività produttive sospese in conseguenza delle disposizioni del presente articolo possono comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile.

3. Restano sempre consentite, previa comunicazione al Prefetto della provincia ove è ubicata l'attività produttiva, nella quale comunicazione sono indicate specificamente le imprese e le

amministrazioni beneficiarie dei prodotti e servizi attinenti alle attività consentite, anche le attività che sono funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività di cui all'allegato 3, nonché delle filiere delle attività dell'industria dell'aerospazio, della difesa e delle altre attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale, autorizzate alla continuazione, e dei servizi di pubblica utilità e dei servizi essenziali di cui al comma 4. Il Prefetto, sentito il Presidente della regione interessata, può sospendere le predette attività qualora ritenga che non sussistano le condizioni di cui al periodo precedente. Fino all'adozione dei provvedimenti di sospensione dell'attività, l'attività è legittimamente esercitata sulla base della comunicazione resa.

4. (...). 5. (...). 6. (...) 7. (...) 8. (...). 9. (...).

10. Le imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali.

11. Le imprese, le cui attività vengono sospese per effetto delle modifiche di cui al comma 1, completano le attività necessarie alla sospensione, compresa la spedizione della merce in giacenza, entro il termine di tre giorni dall'adozione del decreto di modifica.

12. Per le attività produttive sospese è ammesso, previa comunicazione al Prefetto, l'accesso ai locali aziendali di personale dipendente o terzi delegati per lo svolgimento di attività di vigilanza, attività conservative e di manutenzione, gestione dei pagamenti nonché attività di pulizia e sanificazione. E' consentita, previa comunicazione al Prefetto, la spedizione verso terzi di merci giacenti in magazzino nonché la ricezione in magazzino di beni e forniture».

All'art. 8 è disposto: «**1. Le disposizioni del presente decreto producono effetto dalla data del 14 aprile 2020 e sono efficaci fino al 3 maggio 2020.**

2. Dalla data di efficacia delle disposizioni del presente decreto cessano di produrre effetti il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 9 marzo 2020, il decreto del Presidente

² Nell'Allegato 3, per quanto qui interessa, risultano non sospese le attività con codice Ateco 42 “Ingegneria civile (ad esclusione dei seguenti codici: 42.99.09 e 42.99.10)” e codice “43.2 Installazione di impianti elettrici, idraulici e altri lavori di costruzioni e installazioni”

del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 22 marzo 2020 e il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2020.

3. **Si continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle Regioni**, anche d'intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale.

4. (..)»

- **ORDINANZA REGIONE LOMBARDIA N. 528 del 11/04/2020** “ULTERIORI MISURE PER LA PREVENZIONE E GESTIONE DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19. ORDINANZA AI SENSI DELL'ART. 32, COMMA 3, DELLA LEGGE 23 DICEMBRE 1978, N. 833 IN MATERIA DI IGIENE E SANITÀ PUBBLICA E DELL'ART. 3 DEL DECRETO-LEGGE 25 MARZO 2020 n. 19”

Al punto 1.4 è disposto: «**Si applicano le misure adottate con il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 10 aprile 2020, ad eccezione di quanto segue:** a.1) **le attività professionali, scientifiche e tecniche di cui ai codici Ateco 69 (Attività legali e contabili), 70 (Attività di direzione aziendali e di consulenza gestionale), 71 (Attività degli studi di architettura e d'ingegneria; collaudi ed analisi tecniche), 72 (Ricerca scientifica e sviluppo) e 74 (Altre attività professionali, scientifiche e tecniche) devono essere svolte in modalità di lavoro agile, fatti salvi gli specifici adempimenti relativi ai servizi indifferibili ed urgenti o sottoposti a termini di scadenza.** Qualora l'esercizio dei predetti servizi indifferibili ed urgenti o sottoposti a termini di scadenza comporti il contatto diretto con i clienti presso gli studi delle attività, essi devono avvenire esclusivamente previo appuntamento; a.2) (..)».

In questo quadro si inserisce anche l'intervenuta dichiarazione, in data **11 marzo 2020**, da parte dell'**Organizzazione Mondiale della Sanità**, dello stato di **pandemia** mondiale da COVID 19.

Orbene, l'intero impianto normativo emergenziale sopra richiamato è da considerarsi – nell'ambito dell'ordinamento – quale **legge eccezionale**, si tratta di provvedimenti, cioè, che derogano alle regole generali e ad altre leggi.

Pertanto, in forza di quanto previsto dall'art. 14 delle preleggi al codice civile, secondo cui le leggi eccezionali non si applicano “oltre i casi e i tempi in esse considerati”, non risulta ammesso alcun ragionamento interpretativo di natura analogica come disciplinato dall'art. 12, secondo comma, delle preleggi al codice civile e occorre rifarsi all'interpretazione letterale delle disposizioni secondo il senso “fatto palese dal significato proprio delle parole” ed in ragione della connessione di esse: in questo quadro è, allora, indispensabile individuare correttamente la “ratio legis”, quindi, la *fotografia* delle intenzioni del legislatore.

La decretazione emergenziale, così come le ordinanze regionali richiamate, espressamente individuano la ratio dispositiva nell'esigenza di contenimento dell'epidemia nazionale da COVID 19: si tratta quindi di **norme eccezionali di sanità pubblica**.

Vedremo, quindi, che gli obblighi di adeguamento a tali norme eccezionali, prevalenti, inderogabili di sanità pubblica hanno riverberato, come riverberano, immediati effetti nella nuova configurazione delle obbligazioni da contratto e nell'atteggiarsi, oggi, delle prestazioni che ne formano oggetto.

Ciò, in particolare, avuto riguardo ai contratti in essere alla data di prima entrata in vigore della normativa straordinaria emergenziale.

Nell'arco di tempo tra la data del 23.02.2020 (DL n.6/20) e la data del 11.03.2020 (DPCM portante le prime "Ulteriori disposizioni attuative" del DL n. 6/20) si è posto il problema di garantire nei cantieri edili il distanziamento personale e l'adozione delle prime misure sanitarie volte ad evitare la trasmissione del virus, oltre che il problema di gestione, in particolare nelle zone focolaio della Lombardia, delle maestranze e del personale in generale già incorso nella malattia. Ciò ha determinato **scelte necessitate di sospensione delle attività anticipate rispetto al momento di adozione dei provvedimenti governativi, regionali e statali, in tal senso a partire dal 21.03.2020.**

Come sopra ricordato, pur in data 11.03.2020 è intervenuta la dichiarazione di pandemia da parte dell'O.M.S., ciò sostanziando un ulteriore presa di consapevolezza in ordine alla necessità di adozione di misure preventive del contagio nei cantieri edili.

Per tutti i cantieri edili esistenti, *rectius* per tutti i contratti in essere, alla data del 23.02.2020 l'evento (poi) pandemico si è posto e si pone come evento imprevisto e imprevedibile, il cui verificarsi e le cui conseguenze, quindi, non potevano in alcun modo essere valutate dalle parti al momento della conclusione degli accordi e, in particolare, lato appaltatore, al momento della formazione dell'offerta di prezzo.

Per i contratti invece stipulati nello stesso arco di tempo (dal 23.02.20 al 11.03.20), pur in assenza (ancora) di disposizioni cogenti di chiusura dei cantieri edili non rientranti nel novero delle attività essenziali individuate con norma statale eccezionale, il metro della prevedibilità dell'evento di sanità pubblica e delle relative conseguenze nell'ambito dei rapporti contrattuali cambia nel senso di elevare il livello di prudenza richiesto ai contraenti nella fase delle trattative e in particolare, sempre lato appaltatore, in sede di formazione dell'offerta di prezzo.

A partire dalla data dell'11.03.2020 di dichiarazione di pandemia da COVID 19 risulta alla portata dei nuovi contraenti la prevedibilità delle conseguenze generali dell'evento di sanità pubblica.

II. I contratti in essere e i cantieri edili installati alla data del 23.02.2020. Appalti privati.

II a. La disciplina legale

Come anche da questo Collegio rappresentatomi, il verificarsi dell'epidemia da COVID 19 (poi pandemia) ha determinato una serie di conseguenze pregiudizievoli, tra cui in particolare, maggiori costi per l'adeguamento dei regimi sanitari di sicurezza nel cantiere edile e per il prolungamento delle fasi di esecuzione delle opere commissionate; dilazione dei tempi di esecuzione e consegna delle opere stesse con superamento delle relative scadenze contrattualmente pattuite.

Si tratta di effetti pregiudizievoli che alterano l'equilibrio del contratto di appalto che, a fronte dell'obbligazione principale dell'appaltatore di eseguire e consegnare, a perfetta regola d'arte, con organizzazione di mezzi e gestione a proprio rischio, nei tempi concordati, l'opera commissionatagli, vede la speculare obbligazione principale del committente di pagare il prezzo pattuito.

L'attenzione, quindi, s'incentra sul prezzo complessivo dell'appalto.

Primariamente deve ricordarsi che il contratto d'appalto non rientra nel novero dei contratti aleatori nei quali l'entità e l'esistenza della prestazione è collegata ad un

elemento non sicuro e, pertanto, il rischio contrattuale è più ampio ed assume rilevanza causale³.

Il prezzo dell'appalto è quindi ancorato a valutazioni oggettive in sede di definizione dell'accordo ed a criteri altrettanto oggettivi di modifica in corso di esecuzione per lo più ancorati a variazioni dell'esecuzione dell'opera (necessarie o richieste dal committente, artt. 1659-1661 cod. civ.) che possano verificarsi in corso di esecuzione.

Al di fuori di tali ipotesi, che potremo chiamare "fisiologiche", di modifica del prezzo dell'appalto, la disciplina legale codicistica di tale tipo di contratto individua poi l'ipotesi di "revisione del prezzo" e di "equo compenso" per **fatti imprevedibili**.

Il riferimento è al contenuto precettivo della norma di cui **all'art 1664 cod. civ.** a tenore del quale:

«1. Qualora per effetto di **circostanze imprevedibili** si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per **quella differenza che eccede il decimo** [1467 c.c.].

2. Se nel corso dell'opera si manifestano **difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti**, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso [1467 c.c.]».

Si tratta della norma speciale, dettata specificamente per il contratto di appalto, che contempla quelle ipotesi di c.d. "forza maggiore" che alterano, imprevedibilmente quanto incisivamente, l'equilibrio contrattuale.

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste, *de iure condito*, una definizione normativa di "forza maggiore": la nozione, di matrice pretoria e dottrinale, è quella di evento imprevedibile e inevitabile al quale non è possibile resistere, *vis maior cui resisti non potest*.

I caratteri giuridici di tale tipologia di evento sono tratteggiati nella norma generale di cui all'art 1467 c.c. il cui contenuto, per maggiore agio di riferimento, si riporta integralmente:

«Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

[II]. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

[III]. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto [1664]».

Il rimedio, primario, che l'ordinamento offre, per i contratti in generale, è quindi quello della risoluzione del patto per l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione da rendersi.

³ Nel contratto aleatorio entrambe le parti assumono un evento futuro, il verificarsi del quale resta insicuro, come fattore chiave del contratto sottoscritto, e a questo evento i contraenti ricollegano gli effetti contrattuali.

Tuttavia, come sopra accennato, per il contratto di appalto il legislatore codicistico ha dettato la norma speciale dell'art 1664 cod. civ. che trova applicazione per prima, in ragione del c.d. criterio di specialità per cui la legge speciale deroga a quella generale, in quanto preposta propria a regolare la materia specifica.

Nel contratto di appalto, pertanto, la sopravvenienza di eventi di "forza maggiore" idonei a modificare il sinallagma contrattuale, quindi ad alterare l'originale posizione di equilibrio delle parti contrattuali, trova primario rimedio negli strumenti, a seconda dei casi, della revisione del prezzo dell'opera (aumento o diminuzione del costo di materiali e manodopera oltre il decimo del prezzo d'appalto pattuito), o del riconoscimento di un equo compenso (eventi naturalistici sopraggiunti), quindi in un'ottica legislativa di conservazione del contratto.

Fermo tale rapporto sistematico (specialità dell'art 1664 c.c. rispetto all'art 1467 c.c.) nel quadro legale, da tempo e in via consolidata la giurisprudenza di merito dei Fori territoriali così come quella di legittimità della Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto la natura derogabile di tale norma nell'ambito dell'autonomia privata contrattuale. In particolare si è affermato che: *«La disposizione di cui all'art. 1664 c.c. (relativa alla revisione del prezzo del contratto di appalto), senz'altro applicabile anche agli appalti pubblici, non ha carattere vincolante per le parti, le quali, pertanto, possono legittimamente derogarvi, con la conseguenza che, in caso di contrasto tra esse circa la reale portata delle clausole contrattuali sul punto della applicabilità o meno della norma "de qua", è demandato al giudice di merito, al fine di accertare la reale volontà dei contraenti (se abbiano, cioè, voluto o meno escludere la revisione del prezzo del contratto di appalto), il compito di ricostruirne il comune intento negoziale avvalendosi dei comuni criteri di ermeneutica contrattuale, a partire da quello collegato all'elemento letterale delle clausole negoziali, considerando, all'uopo, che l'intento di derogare alla norma contenuta nell'art. 1664 c.c. non richiede l'uso di particolari espressioni formali, potendo per converso risultare, oltre che da una clausola espressa, anche dall'intero assetto negoziale nel suo complesso»* (da ultimo Cass. Civ. sez. I – 06.03.2018 n. 5267).

La deroga delle parti, versata nel contratto d'appalto, alla disciplina di cui all'art 1664 c.c., che qualifica il contratto medesimo come contratto d'appalto con prezzo c.d. a forfait e che non ammette più forme di revisione del prezzo per le ipotesi legali ivi disciplinate, apre la strada al rimedio generale della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta che, tuttavia, ancora una volta, nella disciplina tipica di tale tipologia contrattuale è racchiusa in altra norma speciale che è quella di cui **all'art 1672 cod. civ.** a tenore della quale:

«Se il contratto si scioglie perché l'esecuzione dell'opera è divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile ad alcuna delle parti [1464], il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera».

Quindi, in buona sostanza, a seconda del singolo caso concreto, in linea generale può dirsi che:

- Se nel contratto d'appalto non vi è deroga (espressa o implicita) all'art 1664 cod. civ. l'appaltatore potrà richiedere al committente un "equo compenso", cioè un indennizzo per le conseguenze immediate e dirette che hanno reso maggiormente onerosa la prestazione dovuta. Invece, al momento, in difetto di un nuovo prezzario manodopera per così dire COVID, pare più arduo farsi ricorso allo strumento della revisione del prezzo d'appalto previsto dal primo comma della stessa norma di cui all'art 1664 cod. civ. e che, in ogni caso, sarebbe utilizzabile solo nelle ipotesi di sproporzione che eccede il decimo del prezzo già pattuito;

- Se nel contratto d'appalto vi è deroga all'art 1664 cod. civ. (contratto a forfait), nelle ipotesi di mancata rinegoziazione bonaria dei patti, il rimedio per entrambe le parti contrattuali sarebbe quello della risoluzione ex art 1672 cod. civ. con obbligo in capo al committente di pagare la parte di opera eseguita fino al momento dello scioglimento del patto. Va da sé che, in sede giudiziale, l'appaltatore avanzerà comunque la richiesta di pagamento del prezzo dell'opera maggiorato di tutti i maggiori costi di adeguamento sanitario sostenuti così come dei maggiori costi di "prolungamento cantiere".

IIb. La natura dei costi d'appalto quale conseguenza immediata e diretta dell'epidemia da COVID19.

La norma citata dell'art 1664 cod. civ. comma II, che accorda la possibilità di un equo indennizzo all'appaltatore per le ipotesi di forza maggiore, si ritiene attagliarsi all'attuale situazione pandemica e di emergenza dal momento che il tenore letterale richiama "difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore".

Da tempo, la giurisprudenza di merito e di legittimità, ha chiarito che tale fattispecie non contempla solo le ipotesi meglio note di "sorpresa geologica", bensì, più in generale, le ipotesi di difficoltà sopravvenute derivanti da "cause naturali" e con la sola esclusione di "diverse cause oggettive di difficoltà sopravvenuta quali i fatti umani, sebbene rivelatisi idonei a produrre effetti identici o analoghi alle cause naturali"⁴.

In altri termini, sembra di potersi affermare che la giurisprudenza finora ha escluso dal novero delle difficoltà oggettive di realizzazione dell'opera determinate da cause naturali le sole ipotesi in cui il "fattore uomo", inteso come catena di azioni causali, si ponga come antecedente primario nella serie di sviluppo degli eventi andando a modificare le condizioni ambientali di esecuzione dell'opera.

Nella situazione attuale non vi è apporto di fattore umano, ma il verificarsi di un evento naturalistico di tipo pandemico che oggettivamente, e quindi non soggettivamente, ha modificato le condizioni generali di esecuzione di qualsivoglia opera di tipo edile; cioè a dire il fattore umano non entra nella catena causale degli eventi ma in quella degli effetti derivati.

Per altro aspetto, come previsto nella norma stessa, le difficoltà oggettive, idonee a costituire ipotesi di "forza maggiore" nell'ambito del contratto d'appalto, devono essere caratterizzate da "imprevedibilità": per i contratti in essere, l'arrivo del virus sul territorio nazionale e lo sviluppo gravemente pregiudizievole dello stesso non era prevedibile secondo l'ordinaria diligenza richiesta dall'attività esercitata.

Chiariti, sotto questo profilo, i termini di applicazione della norma deve ora delinearsi, ancora con il supporto dell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale della stessa e che costituisce diritto vivente, la natura specifica di tale tipo di riparazione legale.

L' "equo compenso" è stato finora qualificato come: «supplemento di natura indennitaria proporzionale al prezzo, assolvante la funzione di reintegrare l'appaltatore dei maggiori oneri, rispetto al compenso contrattuale, subiti per effetto delle impreviste ed

⁴ In tale direzione si richiamano, fra tanti gli arresti della Suprema Corte di cui alle decisioni Cass. Civ. sez. I 28.03.2001 n. 4463; Cass. Civ. sez. I 20.02.1984 n. 1201; Cass. Civ. sez. I 26.01.1985 n. 387.

imprevedibili difficoltà incontrate nell'esecuzione della prestazione per ostacoli di natura geologica e simili»⁵.

Si tratta quindi di un "supplemento di prezzo" dell'appalto a copertura di tutti i maggiori oneri conseguenti alle impreviste e imprevedibili difficoltà oggettive di esecuzione.

Sembra quindi di potersi affermare, in via generale, che nell'alveo di tali oneri possano rientrare, seppure a titolo non esaustivo:

- i costi di adeguamento del cantiere ai nuovi protocolli sanitari;
- i costi di nolo attrezzature e macchinari per il prolungamento delle fasi di esecuzione del cantiere;
- i costi di riapprovvigionamento di eventuali materiali deperiti (senza colpa dell'appaltatore) nel tempo di sospensione e prolungamento cantiere;
- i costi di custodia del cantiere nel tempo di sospensione obbligata;
- i costi indefettibili di cantiere, quale conseguenza immediata e diretta dell'emergenza sanitaria, che consentono la prosecuzione dell'opera da parte di qualsivoglia appaltatore, cioè a dire che non potrebbero essere evitati dal committente riaffidando l'opera ad altra impresa.

Su tali costi si segnala l'opportunità di una più dettagliata ricognizione da parte delle imprese e delle associazioni di categoria al fine di una più puntuale qualificazione giuridica sia in funzione della ripresa delle attività produttive, sia in funzione dell'avvio della nuova contrattazione privata e pubblica in materia d'appalto.

Una valutazione parzialmente diversa occorre fare invece con riguardo a costi di adeguamento aziendale all'emergenza COVID 19 – quindi a monte dei costi di adeguamento del cantiere - e immediatamente dipendenti dalla legislazione di emergenza.

Già la giurisprudenza richiamata sulla norma dell'art 1664 cod. civ. tende a escludere dal novero degli oneri sopravvenuti per cause di forza maggiore quelli dipendenti dal c.d. "factum principis", quindi da provvedimenti della Pubblica Autorità, e che investano l'appaltatore in quanto tale, cioè come impresa e non come esecutore dell'opera specifica dedotta in contratto.

Sembra di doversi affermare quindi, che non sono indennizzabili dal committente, quei costi che riguardano l'impresa come soggetto rientrante nella categoria e non come impresa operante nel dato cantiere⁶.

Anche in ordine a tali costi, si segnala l'opportunità di una più dettagliata ricognizione da parte delle imprese e delle Associazioni di categoria.

Infine, ancora sotto il profilo della qualificazione giuridica generale dell'equo compenso previsto dalla esaminata norma di cui all'art 1664 c.c., sulla scorta della qualificazione data dalla richiamata giurisprudenza, risulta essere un credito di natura contrattuale soggetto, tra gli altri aspetti, all'ordinario **termine prescrizione decennale**.

⁵ Così, fra tante, Cass. Civ. sez. I n. 380 del 13.01.2010

⁶ Solo per ipotesi, si potrebbe pensare al caso dell'introduzione di una norma che obblighi le imprese iscritte con determinato codice Ateco al conseguimento di una sorta di certificazione/patentino per così dire "virus free". I costi di conseguimento rientrerebbero in quella categoria di spesa non indennizzabile dal committente.

IIc. La minore redditività del cantiere. Lucro cessante.

Come finora illustrato, la norma di cui all'art 1664 co 2 cod. civ. annovera il danno emergente (maggiori oneri sostenuti) ma non il lucro cessante. Nemmeno la richiamata giurisprudenza di riferimento offre, allo stato, aperture in tale direzione.

Si tratta, pertanto, di un'ipotesi di danno che potrebbe formare oggetto di separata richiesta risarcitoria – e quindi non di pagamento di prezzo dell'appalto – al committente nella misura in cui, nel singolo caso concreto, possa ravvisarsi una condotta causativa di quest'ultimo.

IId. Ripresa delle attività produttive.

In vista del termine del 03.05 p.v., allo stato fissato dai sopra richiamati provvedimenti statali e regionali di riferimento per la ripresa delle attività edili sospese, l'obiettivo è quello della conservazione dei contratti in essere, quindi con utilizzazione del rimedio sopra analizzato dell'equo compenso di cui all'art 1664 co 2 cod. civ.

A tal fine, nei singoli casi concreti, a seconda della disciplina specifica versata nel contratto, potrà ricorrersi, anche per gli appalti privati:

- allo strumento delle c.d. "riserve" da iscrivere nel registro di contabilità d'appalto, se tale modalità è prevista nei patti o, comunque, risulta già utilizzata nel medesimo cantiere;
- alla comunicazione formale per iscritto, a mezzo di posta certificata, al committente, nelle figure rappresentative dello stesso individuate nel singolo cantiere, della richiesta motivata di equo compenso.

Il momento per la formulazione di tale richiesta – fatta salva l'ipotesi di necessità di aggiornamento dei maggiori oneri che via via dovranno essere sostenuti – pare essere quello della effettiva riapertura del cantiere alla scadenza nazionale allo stato fissata.

Ciò in quanto in capo all'appaltatore permane l'obbligazione contrattuale principale dell'esecuzione e consegna dell'opera commissionata.

Qualora a fronte della richiesta di equo compenso, sia a mezzo d'iscrizione di riserve e quindi di richiesta di saldo a S.A.L. o in sede di contabilità finale d'appalto e consegna lavori, sia a mezzo di richiesta formale stragiudiziale, il committente opponga immediato rifiuto si tratterà di valutare, caso per caso, le ipotesi di risoluzione contrattuale (*ut supra*).

Ile. Il ritardo nell'esecuzione delle opere. Conseguenze.

Come ricordato al punto I che precede, il Decreto "Cura Italia" n. 18/2020 all'art. 91 ha inserito al DL n. 6 del 23.02.2020 il comma 6bis all'art 3 secondo cui: **«6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.»**

Tale norma eccezionale e inderogabile ha efficacia applicativa dal 23.02.2020.

A partire da tale data e fino alla riapertura delle attività produttive, il periodo non potrà essere computato, nell'ambito dei contratti d'appalto in essere, ai fini del computo delle

penali laddove previste pattizamente, né ai fini di richieste risarcitorie da ritardato adempimento da parte del committente.

Oltre ciò, la disciplina generale dei contratti di cui al codice civile prevede all'art 1256 che: «La obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile [1218, 1463 ss]. **[II]. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento** [1219]. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione [1173] o alla natura dell'oggetto [1174], il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla [1174].»

Anche per tale via, pertanto, l'appaltatore non potrà essere ritenuto responsabile del ritardo nell'adempimento nel periodo di sospensione emergenziale dell'attività produttiva nel cantiere.

Fermo restando il principio generale secondo cui, affinché l'impossibilità della prestazione costituisca causa di esonero del debitore da responsabilità, deve essere offerta la prova della non imputabilità, anche remota, di tale evento impeditivo, non essendo rilevante, in mancanza, la configurabilità o meno del "*factum principis*"⁷.

Cioè a dire che il periodo di temporanea impossibilità sopravvenuta non potrà giustificare eventuali ritardi nell'adempimento già accumulati nel momento dell'insorgenza dell'emergenza.

Diversamente, pare di potersi affermare che potrebbero risultare giustificati anche periodi di ritardo ulteriori, rispetto al successivo periodo di recupero delle attività di cantiere dopo la ripresa, in cui l'impossibilità della prestazione permanga eziologicamente collegata all'osservanza e adozione delle misure di contenimento. Anche in questo caso, fermo restando l'onere di allegazione e prova in capo all'appaltatore.

Quanto fin qui esposto tratta di indicazioni di ordine generale e la cui applicazione al singolo caso concreto dovrà essere valutata di volta in volta.

II f. Breve accenno al contratto d'appalto internazionale

Le osservazioni sopra svolte potranno valere anche con riguardo ai contratti d'appalto internazionale in cui la legge applicabile risulti quella italiana.

Ciò si verifica per i casi di contratti con committente estero e appaltatore italiano o contraenti entrambi italiani ma con opera da eseguirsi all'estero in cui il contratto, come normalmente accade, preveda espressamente la legge italiana come regolaritrice del rapporto.

Nelle ipotesi di mancata scelta della legge applicabile dovrà farsi riferimento alle norme del diritto internazionale per individuare la disciplina legale di riferimento.

Così, a livello comunitario, potrà farsi riferimento all'art 4 del Reg. ROMA I n. 593/2008 (CE) secondo cui «il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale», quindi, nel caso di appaltatore italiano con sede in Italia, la legge applicabile sarà quella del nostro Paese.

⁷ In tale senso si richiama la pronuncia Cass. Civ. sez. III, 25.05.2017 n. 13142

Al di fuori di tale ipotesi l'individuazione della legge applicabile ha aspetti molto complessi – primo fra tutti quelli connessi alle clausole di applicazione necessaria del luogo dove deve essere eseguito il lavoro, poste in via generale dal diritto internazionale privato - che dovranno essere valutate per singolo caso concreto.

III. Gli appalti pubblici di lavori.

L'art. 30, comma 8, del D.Lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici) dispone che: *"8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile."*

Anche per gli appalti pubblici di lavori valgono, pertanto e con le precisazioni che si andranno meglio ad esporre nel proseguo, le medesime considerazioni svolte in precedenza con riferimento agli appalti privati.

Della normativa, di cui al su richiamato Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016), vengono in rilievo quegli articoli che concernono la disciplina della fase di esecuzione dell'appalto e, in particolare, la sua eventuale modifica in fase esecutiva e la sua sospensione.

IIIA. Le ipotesi di SOSPENSIONE del contratto di appalto

L'art. 107 del D.Lgs. 50/2016 regola la **"Sospensione"** dell'appalto in fase di esecuzione.

⁸

⁸ **articolo 107 del d.lgs. 50/2016:** 1. in tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, compilando, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione. Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.

2. la sospensione può, altresì, essere disposta dal rup per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti. qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.

3. la sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario. cessate le cause della sospensione, il rup dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale

4. ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'anac. in caso di mancata o tardiva comunicazione l'anac irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

5. l'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. in ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni

È facile ipotizzare che, allo stato attuale, i cantieri di appalti pubblici di lavori si trovino in stato di sospensione ai sensi dei commi 1, 2 o 4 del citato art. 107 D.Lgs. 50/2016, a seconda dell'interpretazione che, di quanto accaduto e delle norme emergenziali adottate sia a livello nazionale che regionale, abbiano dato i soggetti individuati nella medesima norma ad assumere decisioni in punto di interruzione temporanea dell'appalto.

Potrebbe essere stata disposta dal RUP, in applicazione del comma 2 dell'art. 107 D.Lgs. 50/2016, opportunamente valorizzando le **ragioni di necessità o di pubblico interesse** sottese alla normativa emergenziale, nazionale e regionale, che via via ha imposto limitazioni sempre più stringenti alla vita dei cittadini e dei lavoratori e allo svolgimento delle attività di impresa.

Potrebbe essere stata disposta dal Direttore dei Lavori, ai sensi del comma 1, che nella situazione fattuale odierna e nell'ambito della predetta normativa emergenziale ha ravvisato quelle *circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto*.

Nell'inerzia dei due predetti organi, potrebbe essere stata, infine, l'impresa a farsi promotrice di un provvedimento di sospensione, evidenziando, ai sensi del comma 4 dell'art. 107 D.Lgs. 50/2016, *l'insorgere, per cause imprevedibili o di forza maggiore, di circostanze che impediscono parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, rimanendo la stessa impresa tenuta a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale*.

In questo momento, pertanto, la stragrande maggioranza degli appalti di lavori pubblici dovrebbero trovarsi in condizione di sospensione ed in attesa di essere ripresi.

A mente del comma 2 dell'art. 107, D.Lgs. 50/2016: *“Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.”*

Questo, pertanto, è il quadro normativo in cui potrebbero trovarsi molte delle imprese costruttrici all'atto della ripresa dell'attività sospesa, con le stazioni appaltanti che, al di là di quanto sopra precisato con riferimento agli appalti privati, potrebbero opporre che, qualora la sospensione non sia stata, in conclusione, superiore i predetti limiti di durata (un quarto della durata complessiva e in ogni caso i sei mesi complessivi), nulla può essere preteso a titolo di rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento dell'appalto.

dal suo ricevimento. l'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. l'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. l'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.

6. nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile e secondo criteri individuati nel decreto di cui all'articolo 111, comma 1.

7. le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture.

Confidando che la ripresa delle attività attualmente bloccate per ragioni emergenziali venga disposta il prima possibile, è evidente che solo gli appalti di breve durata potrebbero beneficiare della norma che limita ad un quarto di tale tempo complessivo il termine di sospensione oltre il quale spetta all'esecutore l'indennizzo.

Per tutti gli altri, ed auspicando per la salute e la tenuta del Paese che la durata dei provvedimenti emergenziali non superi comunque i sei mesi individuati dalla medesima normativa, dalla sospensione dell'appalto disposta ai sensi del citato art. 107 D.Lgs. 50/2016 e fermo restando quanto precisato in precedenza con riferimento alla disciplina del codice civile, non deriverebbe in automatico il diritto a percepire indennizzo alcuno.

Rimane, si crede, auspicabile che le singole imprese costruttrici redigano opportune riserve con tutte le contestazioni (anche riferite ai maggiori oneri e costi rivenienti dalla sospensione subita) nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori ai sensi del comma 4 dell'art. 107 D.Lgs. 50/2016 a mente del quale: *“Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali e' sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità”*.

La materia delle sospensioni degli appalti di lavori è, poi, regolata dall'art. 10 del D.M. 7 marzo 2018 n. 49 (Regolamento recante: «Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione»).

Un particolare interesse potrebbe rivestire il comma 2 dell'art. 10 D.M. 49/2018 qualora (quasi solo in sede di contenzioso giudiziale) si arrivasse a concludere che, data la specificità dell'attuale situazione fattuale e normativa, del tutto diversa e peculiare rispetto a quelle condizioni a cui fanno riferimento i commi 1, 2 e 4 dell'art. 107 D.Lgs. 50/2016, le sospensioni disposte a causa della pandemia da COVID 19 non rientrano in alcuna delle ipotesi previste da queste ultime norme e, pertanto, all'esecutore spetta il risarcimento di cui al medesimo comma 2.

Si tratta, tuttavia, di una mera ipotesi che allo stato appare anche difficilmente concretizzabile dal momento che la gravità delle conseguenze dell'attuale condizione emergenziale si riverberano in egual misura sia sulle pubbliche amministrazioni committenti sia sulle imprese appaltatrici. Per di più, la *ratio* della norma di cui al comma 2 dell'art. 10, D.M. 49/2018, tende a sanzionare la stazione appaltante che abbia

⁹ **Articolo 10 del D.M. 7 marzo 2018 n. 49:** 1. In caso di sospensione dei lavori ai sensi dell'articolo 107 del codice, il direttore dei lavori dispone visite periodiche al cantiere durante il periodo di sospensione per accertare le condizioni delle opere e la presenza eventuale della manodopera e dei macchinari eventualmente presenti e da' le disposizioni necessarie a contenere macchinari e manodopera nella misura strettamente necessaria per evitare danni alle opere già eseguite e per facilitare la ripresa dei lavori.

2. Il contratto deve contenere una clausola penale nella quale il risarcimento dovuto all'esecutore nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4 dell'articolo 107 del codice sia quantificato sulla base dei seguenti criteri:

a) i maggiori oneri per spese generali infruttifere si ottengono sottraendo all'importo contrattuale l'utile di impresa nella misura del 10 per cento e le spese generali nella misura del 15 per cento e calcolando sul risultato la percentuale del 6,5 per cento. Tale risultato va diviso per il tempo contrattuale e moltiplicato per i giorni di sospensione e costituisce il limite massimo previsto per il risarcimento quantificato sulla base del criterio di cui alla presente lettera;

b) la lesione dell'utile e' riconosciuta coincidente con la ritardata percezione dell'utile di impresa, nella misura pari agli interessi legali di mora di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e) del decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231 computati sulla percentuale del dieci per cento, rapportata alla durata dell'illegittima sospensione;

c) il mancato ammortamento e le retribuzioni inutilmente corrisposte sono riferiti rispettivamente al valore reale, all'atto della sospensione, dei macchinari esistenti in cantiere e alla consistenza della mano d'opera accertati dal direttore dei lavori;

d) la determinazione dell'ammortamento avviene sulla base dei coefficienti annui fissati dalle vigenti norme fiscali.

3. La sospensione parziale dei lavori determina, altresì, il differimento dei termini contrattuali pari ad un numero di giorni determinato dal prodotto dei giorni di sospensione per il rapporto tra ammontare dei lavori non eseguiti per effetto della sospensione parziale e l'importo totale dei lavori previsto nello stesso periodo secondo il cronoprogramma.

4. Non appena siano venute a cessare le cause della sospensione il direttore dei lavori lo comunica al RUP affinché quest'ultimo disponga la ripresa dei lavori e indichi il nuovo termine contrattuale. Entro cinque giorni dalla disposizione di ripresa dei lavori effettuata dal RUP, il direttore dei lavori procede alla redazione del verbale di ripresa dei lavori, che deve essere sottoscritto anche dall'esecutore e deve riportare il nuovo termine contrattuale indicato dal RUP. Nel caso in cui l'esecutore ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori e il RUP non abbia disposto la ripresa dei lavori stessi, l'esecutore può diffidare il RUP a dare le opportune disposizioni al direttore dei lavori perché provveda alla ripresa; la diffida proposta ai fini sopra indicati, e' condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione.

5. Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali e' sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori.

6. Il direttore dei lavori e' responsabile nei confronti della stazione appaltante di un'eventuale sospensione illegittima dal medesimo ordinata per circostanze non previste dall'articolo 107 del codice.

disposto una sospensione in assenza di uno dei presupposti previsti dall'art. 107 D.Lgs. 50/2016, mentre nel caso odierno alcuna responsabilità, neppure implicita, può essere ravvisata in capo alla pubblica amministrazione che abbia ordinato la sospensione a causa della legislazione emergenziale.

Altra utilità potrebbe avere il medesimo comma 2 dell'art. 10, D.M. 49/2018, per quel che attiene l'individuazione delle voci indennizzabili e per la loro quantificazione economica: la disciplina ivi contenuta dà evidenza a quale e quanta sia la lesione subita dall'impresa esecutrice in caso di sospensione dei lavori (nel caso specifico trattato dalla norma quando la sospensione esorbiti i limiti individuati dai commi 1, 2 e 4 dell'art. 107 D.Lgs. 50/2016) e, come tale, potrebbe essere utile in sede di trattativa con la committenza almeno ai fini dell'individuazione delle componenti finanziarie degli indennizzi pretesi dalle singole imprese.

Questo quanto previsto con riferimento alla sospensione degli appalti.

IIIb. Le ipotesi di MODIFICA del contratto di appalto

Altro istituto che potrebbe venire in rilievo nel nostro caso è quello della modifica del contratto in corso di esecuzione e, precisamente, quello regolato dall'art. 106 del D.Lgs. 50/2016, "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia".¹⁰

¹⁰ **Articolo 106 del D.Lgs. 50/2016:** 1. Le modifiche, nonche' le varianti, dei contratti di appalto in corso di validita' devono essere autorizzate dal RUP con le modalita' previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonche' le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla meta'. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;

b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:

1) risultati impraticabili per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilita' o interoperabilita' tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;

2) comportamenti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:

1) la necessita' di modifica e' determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze puo' rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorita' od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

1) una clausola di revisione inequivocabile in conformita' alle disposizioni di cui alla lettera a);

2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o [per contratto, anche] a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché cio' non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice (2);

3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

e) se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.

2. I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessita' di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica e' al di sotto di entrambi i seguenti valori:

a) le soglie fissate all'articolo 35;

b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non puo' alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di piu' modifiche successive, il valore e' accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Qualora la necessita' di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa e' consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilita' dei progettisti esterni (3).

3. Ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettere b) e c), 2 e 7, il prezzo aggiornato e' il valore di riferimento quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione.

4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia e' considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica e' considerata sostanziale se una o piu' delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E, ed e' pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinari e all'articolo 130 per i settori speciali. Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, la pubblicita' avviene in ambito nazionale (4).

6. Una nuova procedura d'appalto in conformita' al presente codice e' richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2.

7. Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto puo' essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di piu' modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice.

8. La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorita' irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per

Infatti, rientrati dalla sospensione emergenziale delle attività e iscritte riserve sui verbali secondo quanto sopra precisato, al di là di quanto stabilito in termini di indennizzi per il periodo di sospensione, si porrà il problema, come già evidenziato in precedenza con riferimento agli appalti privati, della possibilità di modificare non solo i termini dell'appalto (modifica alla quale si dovrebbe accedere anche in forza di quanto stabilito e già richiamato con riferimento alla sospensione e dalla normativa emergenziale in punto di responsabilità per eventuali ritardi) ma anche i corrispettivi dovuti alle imprese esecutrici.

L'art. 106 appena richiamato, come visto, potrebbe consentire, in un'interpretazione estensiva, di fare rientrare le modifiche del corrispettivo dovuto nel caso odierno nella fattispecie di cui al comma 1 lettera c), o ancora, per gli appalti sottosoglia, quelle di cui al comma 2).

In particolare, la norma di cui alla lettera c) appena richiamata prevede infatti che la modifica dell'appalto, senza necessità di nuova gara, sia possibile: **“c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:**

1) la necessita' di modifica e' determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze puo' rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto;”

Il tenore letterale della norma appena richiamata, per quanto dettata per esigenze diverse da quelle odierne (finalizzate ad adeguare appalti in corso di svolgimento per ragioni tecniche sopravvenute) potrebbe prestarsi a una interpretazione estensiva, funzionale al riconoscimento a favore delle imprese appaltatrici di quelle modifiche esecutive che siano diretta conseguenza dell'emergenza che stiamo vivendo.

A contrario, si potrebbe argomentare che, nel caso di specie, non di modifiche si sta trattando ma del solo adeguamento del corrispettivo di appalto nei termini già evidenziati nella parte precedente sui principi codicistici in merito con l'esclusione del ricorso all'ipotesi disciplinata dal comma appena evidenziato.

Va ricordato, infine, che ai sensi del comma 7 dell'art. 106 D.Lgs. 50/2016 la modifica (compresa quella appena trattata) non è consentita laddove l'aumento del prezzo dell'appalto sia superiore al 50% del valore iniziale del contratto.

giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

9. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 2. Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.

10. Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

11. La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se e' prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga e' limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente e' tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

12. 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.

13. ...<.>.

14. Per gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché quelle di importo inferiore o pari al 10 per cento dell'importo originario del contratto relative a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, sono comunicate dal RUP all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.

Di pressoché impossibile praticabilità appare, invece, l'ipotesi di cui al comma 1 lettera a) dell'art.106 D.Lgs. 50/2016 (è molto improbabile infatti che i documenti di gara contengano la disciplina per questa situazione eccezionale così come richiesto da questa norma) così come quella di cui alla lettera b) (molto difficile, infatti, fare rientrare quanto richiesto dalle nuove norme emergenziali nella nozione di opere supplementari).

In assenza di qualsivoglia interpretazione giurisprudenziale o dottrinale specifica sulle correnti peculiarità, non ci si può tuttavia, esimere dall'evidenziare che la lettura più o meno estensiva anche di queste norme sulla modifica del contratto in fase di esecuzione è rimessa anche alle valutazioni delle stazioni appaltanti che, da una parte, potrebbero essere interessate al completamento delle opere appaltate senza dover riattivare procedure pubbliche per la scelta di nuovi contraenti ma, dall'altra, stante la prevedibile compromissione delle dotazioni patrimoniali subite a cagione dei blocchi di questo periodo, potrebbero voler cogliere l'occasione della richiesta di variazione del corrispettivo di appalto per liberarsi delle corrispondenti obbligazioni.

IIlc. Le ipotesi di RISOLUZIONE del contratto e di RECESSO dal contratto di appalto

A questo proposito vengono in rilievo due altre norme del D.Lgs. 50/2016: l'art. 108 "Risoluzione" e l'art. 109 "Recesso".

A mente dell'art. 108 D.Lgs. 50/2016 ¹¹ infatti: *"1. Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:*

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;*
- b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b);*
- c) ...<...>;*
- d)*
- 2.*

¹¹ **Articolo 108 D.Lgs. 50/2016:** 1. Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;
b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b);
c) ...<...>;
d)
2.
3. Il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto (4).
4. Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.
5. Nel caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.
6. Il responsabile unico del procedimento nel comunicare all'appaltatore la determinazione di risoluzione del contratto, dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna.
7. Qualora sia stato nominato, l'organo di collaudo procede a redigere, acquisito lo stato di consistenza, un verbale di accertamento tecnico e contabile con le modalità di cui al presente codice. Con il verbale e' accertata la corrispondenza tra quanto eseguito fino alla risoluzione del contratto e ammesso in contabilità e quanto previsto nel progetto approvato nonche' nelle eventuali perizie di variante; e' altresì accertata la presenza di eventuali opere, riportate nello stato di consistenza, ma non previste nel progetto approvato nonche' nelle eventuali perizie di variante.
8.
9. Nei casi di risoluzione del contratto di appalto dichiarata dalla stazione appaltante l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine a tale fine assegnato dalla stessa stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese. La stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fidejussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'articolo 93, pari all'uno per cento del valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni."

state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b);....."

Una richiesta di modifica che non rientri nei parametri dell'art. 106 appena illustrato, fatto salvo quanto già precisato con riferimento agli appalti privati, potrebbe esporre al rischio di una risoluzione regolata dalle disposizioni dell'art. 108 appena riproposto e consentirebbe alla stazione appaltante di liberarsi delle obbligazioni con il pagamento del minimo indispensabile come indicato nella predetta norma.

Rimane poi l'ipotesi del recesso regolata dall'art. 109 del D.Lgs. 50/2016¹² a mente del quale: ***"1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite...."***

Parrebbe di potersi escludere, in linea generale, l'interesse della stazione appaltante di recedere da un contratto in corso di esecuzione pagando, oltre ai lavori eseguiti e ai materiali presenti in cantiere anche il 10% del valore delle opere non eseguite, rimanendo, in ogni caso, con un'opera da completare.

Va valutato tuttavia che, in una situazione di particolare eccezionalità quale quella corrente, in presenza di richieste dell'impresa appaltatrice particolarmente impegnative e nella penuria dei bilanci che verosimilmente caratterizzerà la pubblica amministrazione nel prossimo periodo, nella valutazione degli opposti interessi, questa non possa essere comunque ritenuta una strada utilmente percorribile e maggiormente vantaggiosa rispetto alla prosecuzione di un appalto divenuto eccessivamente oneroso. Nel contemperamento delle opposte esigenze occorrerà, pertanto, tenere conto anche di questa possibilità.

Pertanto, conclusivamente, nell'ambito degli appalti pubblici di lavori, si ritiene che particolare attenzione debba essere prestata alle **riserve delle imprese esecutrici** (da iscriversi, come visto, sia sui verbali di ripresa dei lavori o anche in quelli di sospensione laddove sia ancora possibile o sui registri di contabilità) soprattutto avuto riguardo alle procedure di sospensione dell'appalto attualmente in essere.

Per quel che attiene le **modifiche dell'appalto** che potrebbero ricadere nell'ambito della disciplina di cui all'art. 106 D.Lgs. 50/2016, si ritiene che possa essere utile ed opportuno valutarne la praticabilità in contraddittorio con le singole stazioni appaltanti, formalizzando in ogni caso opportune richieste in questo senso.

Infine, la gestione delle **ipotesi di risoluzione o recesso** dai singoli contratti, fermo anche in questo caso quanto già precisato con riferimento agli appalti privati, non potrà

¹² **Articolo 109 D.Lgs. 50/2016:** 1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite.

2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.

3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

4. I materiali, il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1, sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o dal RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3 (3).

5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.

6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese."

Segue: Studio Legale Avv. Antonino Menne - Milano

che avvenire nel momento in cui le stesse dovessero essere eventualmente avviate dalle singole stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dalla normativa sopra esaminata.

Nel rimanere a disposizione per qualsivoglia chiarimento e confronto, l'occasione mi è gradita per porgere i miei cordiali saluti

Milano, 14 aprile 2020

Avv. Prof. Antonino Menne