

ATTI DEL WEBINAR

I RAPPORTI CON LE STAZIONI APPALTANTI AL TEMPO DEL COVID

17 GIUGNO 2020

DIRETTA ZOOM



RELATORI

MARCO MINGRONE – *RESPONSABILE UFFICIO LEGISLATIVO LEGACOOP PRODUZIONE E SERVIZI*

ARNALDO TINARELLI – *DIRETTORE AFFARI LEGALI CAMST*

FILIPPO VENTICINQUE – *SUPERVISORE AREA TECNICA CONSORZIO INTEGRA*

AVV. DOVER SCALERA – *STUDIO LEGALE SCALERA & DI PAOLO*

MARCO MINGRONE

RESPONSABILE UFFICIO LEGISLATIVO LEGACOOP PRODUZIONE E SERVIZI

Illustro i principali temi che svilupperemo nel corso del webinar, legati alle problematiche sugli appalti derivanti dall'emergenza Covid, soprattutto in relazione ai contratti in corso di esecuzione o in via di contrattualizzazione.

Per la parte relativa ai servizi interverrà Arnaldo Tinarelli, Direttore degli Affari Legali di Camst, mentre per le questioni legate ai lavori interverrà Filippo Venticinquè, Supervisore Area Tecnica del Consorzio Integra, lasciando la parte conclusiva all'Avv. Dover Scalera, storica collaboratrice della Lega delle Cooperative, con ampia esperienza sui contenziosi e anche sulle dinamiche relative alla fase ascendente delle normative.

L'incontro sarà incentrato sugli effetti dell'emergenza Covid sui contratti pubblici, avviando riflessioni sia sui contratti già in corso di esecuzione ma anche sulle problematiche che interessano contratti che sono stati sottoscritti, ma per cui non è ancora iniziata l'esecuzione, così come per quelli che sono stati aggiudicati, per i quali quindi non è ancora stato sottoscritto il contratto, o anche nei casi - andando un po' più indietro - in cui è stata presentata l'offerta ed è stato già pubblicato il bando in una situazione antecedente all'avvio dell'emergenza sanitaria.

La riflessione proverà a verificare se attraverso l'utilizzo delle norme esistenti sia sufficiente a mantenere in equilibrio i contratti in corso e quelli che stanno per partire, che ovviamente poggiano su condizioni anteriori al Covid.

Gli aspetti principali sono riferiti a due macro-aree, quelle più strettamente legate alla sicurezza sul lavoro, intesa come adeguamento dei piani sulla sicurezza e coordinamento, e i suoi riflessi sugli oneri e i costi della sicurezza e quindi gli effetti generati dagli adeguamenti ai protocolli sulla sicurezza - sottoscritti dalle associazioni di categoria ma poi recepiti dalla normativa vigente - ma soprattutto proveremo a capire come considerare, ed eventualmente stimare, quella parte di sotto-produzione derivante dalla nuova organizzazione del cantiere e del servizio, che evidentemente da qui in avanti caratterizzerà l'esecuzione della prestazione.

Proveremo a rispondere a queste domande con due tecnici d'impresa (Tinarelli e Venticinque), cercando di capire con loro, che rappresentano imprese importanti, come stanno andando le relazioni con le stazioni appaltanti in questa fase. Infine, proveremo a fare il punto con l'Avv. Scalera sui rimedi possibili, sia dentro che fuori dal rapporto contrattuale, ovviamente nei limiti di quello che ci consente la normativa vigente.

Lascio la parola a Arnaldo Tinarelli di Camst, evidenziando un'ultima cosa: nelle bozze dei provvedimenti in corso c'è qualche norma che prova a inserire queste riflessioni nell'ordinamento positivo, vista l'eccezionalità della situazione, ma solamente per quello che riguarda il recupero dei costi sulla sicurezza, mentre sulla rinegoziazione del contratto e sui problemi derivanti dalla sottoproduzione ancora non si è vista una discussione pubblica, neanche in bozze di provvedimenti, anche se sappiamo che è una delle riflessioni in corso.

ARNALDO TINARELLI

DIRETTORE AFFARI LEGALI CAMST

Per quanto riguarda l'area di servizi ad esecuzione periodica o continuativa, quali possono essere quelli di gestione di ristorazione in ambito ospedaliero, sanitario e soprattutto scolastico, o pulizie e manutenzioni - tutti segmenti di affari di cui si occupa Camst - il problema converge fondamentalmente sull'equilibrio contrattuale.

Per gran parte di questi servizi si è verificata una interruzione forzata - come noto il lockdown ha interessato tutte le scuole di ogni ordine e grado - quindi tutte le prestazioni erogate sono state interrotte. Qui non entra in gioco alcuna normativa che giustifichi o sollevi da responsabilità l'esecutore, perché manca radicalmente la domanda da parte del committente. Altri servizi sono invece in continuità, come quelli in ambito ospedaliero, così come alcuni servizi manutentivi che hanno carattere continuativo e non sono stati interrotti. Il dato che accomuna tutte queste fattispecie è il riflesso sull'equilibrio contrattuale. Per le attività soggette a lockdown, il problema verrà posposto in un momento successivo al riavvio. Per le attività che hanno avuto continuità, l'impatto è immediato, e sul punto si registrano alcune reazioni significative dei contraenti pubblici.

Per quanto riguarda le attività sottoposte a chiusura - segnatamente le scuole - si è optato in gran parte per azionare l'articolo 107 del codice appalti, quindi sospendendo il contratto e semplicemente posponendo in avanti la data di fine del contratto. Questo ha trovato una sua correlazione anche con la sospensione dei termini amministrativi; anche l'attività di elaborazione, di predisposizione delle gare, di loro indizione, ha trovato un rallentamento ex lege per via della sospensione dei termini che è stata disposta. A questo punto l'effetto è di sostanziale congelamento, per cui in ipotesi - facendo un esempio - un contratto che vede il termine alla fine dell'anno scolastico, quindi a giugno, viene prorogato di un tempo corrispondente a quello di sospensione forzata. Tutto questo è stato gestito senza particolari difficoltà con verbali molto semplici tra stazione appaltante e appaltatore; l'effetto di questa prassi, che ho visto molto diffusa sul territorio, è sostanzialmente neutro perché se applicata su larga scala congela la contendibilità dei clienti, spostandola in avanti per tutti nel momento in cui verranno reindette le gare. Problemi vi sarebbero stati in caso di prassi asimmetriche, determinando certamente squilibri laddove alcune fattispecie o alcuni territori o alcune amministrazioni che avessero prorogato il termine - e altre invece no - avrebbero reso contendibili alcuni committenti mentre altri sarebbero rimasti appannaggio dell'attuale esecutore. Dal mio osservatorio - che è abbastanza ampio e capillare - non ho riscontrato asimmetrie di questo tipo, anche per una serie di problemi legati alla difficoltà degli Enti nella programmazione del nuovo servizio e della nuova gara, per cui la sospensione ex art.107 si è rivelata la soluzione migliore.

Cosa ci troveremo di fronte alla ripresa? E cosa ci siamo già trovati di fronte per quanto riguarda i servizi che hanno trovato continuità? Certamente, a tre grandi direttrici di impatto sul costo.

Vado in ordine ascendente: certamente il primo fronte è quello dei costi interferenziali. Il costo interferenziale - do per scontato e acquisito il concetto da parte di tutti - è conseguenza dell'impatto del coronavirus, da cui ne discende la necessità di rivalutazione. Per quanto riguarda alcune tipologie di servizi l'impatto è piuttosto modesto in termini numerici: se nel settore della ristorazione mediamente impatta sull'1% della struttura dei costi, andando a rimodulare una parte dei costi interferenziali si produce un riequilibrio assai modesto e non ci risolve il problema - anche se comunque è un'operazione che va fatta; in alcune realtà, soprattutto sul segmento sociosanitario, può avere comunque una quantificazione apprezzabile.

Poi abbiamo i costi propri - e qui andiamo su versanti più significativi - che sono: tutti i dispositivi di protezione individuale aggiuntivi che sono stati previsti dalle normative di contrasto dell'epidemia; le misure organizzative; i costi di formazione specifica; tutti i costi che vanno ad incidere sulla struttura propria della gestione della sicurezza dell'azienda.

La terza voce di costo, quella che potenzialmente può essere presentata siccome più impattante, è quella di una rimodulazione del servizio. Ad esempio, ancora non sappiamo le modalità di ripresa dell'attività didattica nel prossimo autunno. Qualora dovesse esserci una turnazione diversa, quindi pasto distribuito non solo in un unico turno ma in due o tre turni diversi, in locali più ampi di cui deve essere garantita la sanificazione e la pulizia, questo porta a un aumento molto significativo del costo, che non è certamente riflesso nella struttura dell'offerta iniziale.

Qui si pone il grande tema del riequilibrio. Quali sono gli strumenti normativi di riferimento? Si è parlato anche nel corso di seminari precedenti - anche da parte di Massimiliano Brugnoletti prima citato da Marco Mingrone, ma certamente non solo - dell'articolo 106 del codice degli appalti, da salutare come una delle innovazioni più felici o almeno meglio riuscite in termini di ristrutturazione del codice perché consente alle amministrazioni una flessibilità, una duttilità nella riprogrammazione del servizio che precedentemente era preclusa; cioè il momento esecutivo del contratto veniva cristallizzato esclusivamente sulle risultanze del capitolato di gara da una parte e dell'offerta, che componevano l'assetto contrattuale in maniera molto rigida e non tangibile. L'articolo 106 flessibilizza dando modo, con un percorso molto trasparente disegnato dalla normativa, di riadattare le prestazioni alle esigenze specifiche che sono emerse. Però va letto sostanzialmente in maniera asciutta - al di là del buon senso, delle opportunità che possono governare l'agire delle nostre amministrazioni di riferimento - come una sorta di autorizzazione a incidere sulla spesa nel momento in cui vado a rimodulare il contenuto del contratto. Nella gran parte dei casi, soprattutto nel caso di fronteggiamento della emergenza epidemiologica, si andrà a prevedere qualche forma di esborso aggiuntivo per l'amministrazione, in funzione di riequilibrio dei costi. Se noi dal punto di vista dell'impresa ci stiamo ponendo il problema è perché dobbiamo rientrare almeno di una parte di essi; questa esigenza legittima l'amministrazione a intervenire su questo fronte, ma non è ancora uno strumento azionabile in modo cogente. L'amministrazione può infatti tenere duro sostenendo che non vi siano motivi sufficienti per sedersi al tavolo delle trattative; la prassi in questo senso - non tanto nel mio settore, ma parlando anche con tanti colleghi che si occupano di questo - vede un atteggiamento in genere molto collaborativo delle amministrazioni, per cui non ci sono in questo momento grandi problemi di rinegoziazione. Tuttavia, mestiere classico degli avvocati è sempre approfondire il peggior degli scenari possibili, cioè il caso dell'amministrazione riottosa che invece non intende nemmeno sedersi al tavolo della trattativa. Che succede? Stiamo parlando di un momento esecutivo del contratto, quindi dobbiamo avere riguardo alla normativa civilistica che ci dice che siamo nell'ambito di contratti commutativi o comunque con un'alea predeterminata e qui, a mio avviso, sono due i fattori che entrano in gioco. Uno è l'area che il legislatore disegna fin dal 1924 con i regi decreti, con il cosiddetto "quinto d'obbligo" in più o in meno; ma in questo caso è una partita completamente diversa, qui non c'entra tanto il "quinto d'obbligo" come meccanismo, ci serve invece per qualificare il

contratto come non aleatorio o perlomeno con un'alea contenuta. C'è un altro fattore a mio avviso molto più importante perché ci consente un margine di manovra maggiore sul fronte dei costi. Sappiamo che noi tutti operiamo su servizi a marginalità piuttosto ridotta e lo strumento che abbiamo rispetto alla marginalità ci permette di conseguire dei risultati maggiori rispetto a una normativa di riferimento come il "quinto d'obbligo" che invece si occupa dei ricavi; in altre parole, il "quinto d'obbligo" agisce sulla quantità di domanda di servizio della pubblica amministrazione, ma non si occupa del margine.

Venendo alla struttura dei costi - vi ricordo che il tema di grande attualità è quello dell'anomalia dell'offerta - in sede di verifica di anomalia le imprese presentano utili di commessa molto modesti, sicché, andando ad aggiungere oneri a carico impresa con ad esempio una turnazione diversa - che richieda maggiore personale vuoi per sanificazione, vuoi per distanziamento o per diluizione del servizio - andiamo ad alterare la struttura dei costi rendendo di fatto ex post l'offerta anomala. Se questo è vero, è vero che andiamo a ricadere nella casistica prevista dal Codice civile in termini di eccessiva onerosità sopravvenuta di cui ricorrono tutti i requisiti previsti: senza dubbio, l'imprevedibilità della circostanza sopravvenuta, poiché la pandemia è quasi un caso di scuola, l'avvenimento imprevedibile per antonomasia. Ma quando l'onerosità è qualificabile come eccessiva? Entriamo se volete in un tema di logica hegeliana, ovvero quando il tema quantitativo assume una valenza qualitativa? Esiste una certa soglia che rende il contratto squilibrato e quindi mi dà la possibilità di avere un rimedio, ma questa non è predeterminata in assoluto; in tal senso, un utile riferimento può essere proprio l'anomalia ex post dell'offerta nei termini di cui poc'anzi si diceva. Però nel Codice civile è previsto non un rimedio conservativo, ma demolitivo, cioè mi dà la possibilità di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità, che può essere evitata con una offerta di riequilibrio da parte del convenuto in giudizio. E qui le cose si complicano perché rispetto agli effetti previsti dal Codice civile è uno strumento - visti i tempi di giustizia - che rischia di essere spuntato.

È vero anche che la giurisprudenza legittima l'appaltatore a interrompere l'esecuzione di quel servizio dal momento del deposito della domanda giudiziale, ma le cose si complicano ancora, perché se noi stiamo svolgendo un servizio di pubblica utilità ecco che si affaccia anche il versante penalistico della interruzione di pubblico servizio, che può costituire una remora non di poco peso rispetto a questa dinamica, allo stato ancora poco esplorata perché non è mai avvenuto un caso del genere.

Quindi noi abbiamo degli schemi di riferimento che vanno - questo certamente è la prassi che stiamo seguendo noi e il consiglio che mi sento di dare a chiunque operi in questo settore - nella direzione di utilizzare l'apparato civilistico di gestione della eccessiva onerosità come un attivatore della leva negoziale prevista dall'articolo 106 del codice appalti. In altre parole, si entra in uno scenario puramente negoziale introdotto dall'appaltatore che lamenta l'insostenibilità del contratto e ventila il radicamento di una domanda volta alla sua risoluzione.

L'amministrazione a quel punto quale scenario si trova di fronte? L'evenienza di dover gestire un contenzioso dagli esiti non propriamente certi. Quello che è sicuro, è che dovrà dare continuità a un servizio che rischia di essere interrotto; dovrà programmare una nuova gara e trovare delle soluzioni temporanee. Tutto questo - non dimentichiamo mai - si può riflettere anche in una responsabilità del funzionario, di cui per quanto riguarda noi che agiamo per le imprese, dobbiamo sempre tenere conto perché è un elemento di forte orientamento.

Ad oggi piaccia o non piaccia, le nostre controparti pubbliche agiscono - e non possiamo dare loro onestamente tutti i torti - in funzione della responsabilità erariale, che diventa personale, a cui loro si espongono rispetto i comportamenti che vanno a adottare. Detto questo, direi che abbiamo un apparato che complessivamente - i risultati che a me sono venuti a conoscenza depongono in questo senso - ci consente di gestire sia le amministrazioni più ragionevoli che quelle un pochino più riottose e difficili da trattare.

Chiudendo questa prima parte, diventa importantissimo un aspetto che ancora non è sufficientemente curato dalle imprese o almeno dalla maggior parte di esse: strutturare bene il giustificativo di anomalia, che va preparato prima e non dopo la presentazione dell'offerta. Primo, per un discorso di sana e corretta gestione e consapevolezza della propria struttura dei costi; secondo, per affrontare vittoriosamente i contenziosi che sono sempre più frequenti su questo tema. Ora si aggiunge anche questo fronte, ovvero la discussione si appoggia su concetti giuridici, ma diventa soprattutto negoziale, cioè, una volta apertosi il tavolo, noi dobbiamo essere convincenti sul fatto che la nostra offerta sostenibile paradossalmente diventerebbe anomala senza colpa ex-post e ci darebbe la possibilità di innescare tutte le conseguenze a cui ho appena accennato.

Ultimo accenno al diritto penale: anche sulla stampa generica si è parlato molto di scudo penale per l'imprenditore rispetto alle normative di gestione dell'emergenza. Una discussione in parte fuorviante e che non teneva conto di alcuni concetti che sono molto chiari e consolidati in giurisprudenza in termini di riferibilità della responsabilità ed esimenti in caso di evento infausto.

Si è giunti sostanzialmente a considerare una scriminante l'adozione e il pedissequo rispetto di tutte le normative che legislatore ha emanato ad hoc e quindi esimerebbero il datore di lavoro da responsabilità. Questa è una conclusione abbastanza ragionevole che più che fondarsi su progetti, disegni di legge, decretazione d'urgenza, si basa sostanzialmente su criteri elaborati da tempo e consolidati dalla giurisprudenza, secondo cui il datore di lavoro deve assolvere l'obbligo - di cui all'art. 2087 del Codice civile - di offrire protezione adeguata ai lavoratori da problemi di salute di sicurezza.

Esso, secondo la tesi in commento, verrebbe assolto attraverso l'applicazione della decretazione d'urgenza emanata dal Governo. Non è esattamente così, ma ci siamo molto vicini. Il datore di lavoro ha l'onere di fare tutto quello che la migliore tecnica gli mette a disposizione per abbattere i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori, e questo rappresenta qualcosa in più della pedissequa applicazione delle disposizioni emergenziali.

Questa conclusione deve far tenere la guardia alta al datore di lavoro in termini di adozione del migliore assetto organizzativo e delle migliori tecniche messe a disposizione. Non è una conclusione certa e intangibile, quindi io invito ad essere ancora più scrupolosi i datori di lavoro su questo tema, perché non è detto che poi il giudice penale ragioni esattamente così.

Certamente dovrà essere fornita la prova contraria, cioè che esiste una colpa organizzativa per il datore di lavoro nel non aver fatto qualcosa di più che la buona tecnica già conosceva. In questo senso, una revisione e aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, l'implementazione delle misure tecniche e organizzative più adeguate, ci consente di predisporre un apparato probatorio più tranquillizzante rispetto a eventuali azioni penali.

MARCO MINGRONE

RESPONSABILE UFFICIO LEGISLATIVO LEGACOOP PRODUZIONE E SERVIZI

Ovviamente credo che Arnaldo Tinarelli nella parte finale dell'intervento facesse riferimento all'articolo 29-bis del Decreto-legge 23/20 come convertito, che ha previsto una norma che tende a contenere gli effetti dell'articolo 42 del Decreto Cura Italia che aveva previsto un automatismo di qualificazione di infortunio sul lavoro del contagio Covid invertendo l'onere della prova, soprattutto in settori particolarmente sensibili tutta l'area sociosanitaria.

Ora passerei la parola a Filippo Venticinque che proverà ad illustrarci la situazione nei lavori, simile nelle problematiche seppur la declinazione sia diversa; credo perciò che sia interessante proprio per questo confrontare le due diverse tipologie di contratti, anche perché magari un'area può prendere dall'altra qualche spunto per risolvere problemi simili.

Il tema è davvero molto interessante oltre che attualissimo. Ovviamente anche io, nell'ambito della mia attività professionale mi trovo a rispondere a quesiti che purtroppo non sempre trovano risposte di tipo univoco. Il tema è appunto quello del riequilibrio, che notoriamente non è un tema che prevede una sua gestione nell'ambito del contratto di appalto, perché è un tema tipico del contratto di concessione.

La difficoltà di questa fattispecie, che ci troviamo a fronteggiare, è proprio quella di affrontare una tematica a cui le stazioni appaltanti non sono pronte nell'ambito della gestione dell'appalto, proprio perché nella gestione dell'appalto non esiste un sistema, uno strumento di riequilibrio. Gli strumenti di riequilibrio nella attuale normativa sugli appalti pubblici sono pensati per fronteggiare situazioni patologiche, come giustamente veniva detto negli interventi che mi hanno preceduto, perché la normativa sulle sospensioni e sulle varianti nascono per lo più da situazioni patologiche del rapporto. Qui purtroppo non c'è una situazione di patologia del rapporto, ma c'è appunto un tipico caso di forza maggiore, un caso di studio, che invece oggi è diventata una difficile attualità, nell'ambito della quale sono assolutamente d'accordo sulla necessità di utilizzare gli strumenti di tipo civilistico, tenuti a mente anche dal legislatore nella adozione di questi interventi sparsi della normativa emergenziale; si pensi all'articolo 91 del Cura Italia (decreto legge 18 del 17 marzo 2020 convertito in Legge n. 27/2020) qualifica causa di forza maggiore la situazione di emergenza imposta dal Covid, con la conseguenza di sottrarre il debitore, cioè l'appaltatore, alla responsabilità da ritardo ed in termini risarcitori traducendo nel contesto emergenziale una previsione del codice civile.

Si tratta, infatti, di disposizioni ispirate alla disciplina dell'articolo 1256 cc (impossibilità definitiva ed impossibilità temporanea) in ragione del quale non c'è un addebito di responsabilità nel caso ci sia una causa di forza maggiore. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia, l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

Tuttavia, credo che il richiamo dell'articolo 91 sia poca cosa ai nostri fini, perché è una disposizione che evita l'addebito ma non consente il riconoscimento di un indennizzo come è invece nell'aspettativa comune dell'operatore economico.

È invece sicuramente più interessante l'art.3 dell'Ordinanza 630 della Protezione Civile, dove nell'elenco delle deroghe ammissibili alle disposizioni del Codice Appalti, è espressamente prevista all'articolo 106, e quindi consente l'ammissibilità di varianti anche se non sono espressamente previste in clausole contrattuali ("allo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali e allo scopo di derogare ai termini previsti dai commi 8 e 14 per gli adempimenti nei confronti di ANAC".)

Il richiamo alle previsioni contenute nei documenti di gara mi fa pensare che la Protezione Civile in quell'ordinanza avesse in mente l'articolo 106 comma 1 lettera 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."), cioè la disposizione sulla revisione prezzi – che come sapete, nel nuovo codice, rispetto al passato, è cambiata, nel senso che è consentita purché, a prescindere dal loro valore monetario, sia prevista una clausola chiara ed inequivocabile nei documenti di gara. L'assenza di limiti di valore costituisce un aspetto molto importante perché prima si faceva riferimento al limite costituito dal quinto d'obbligo, ma se noi dovessimo invece fare riferimento in virtù di quanto previsto dall'ordinanza 630 allora il riferimento più adeguato alle nostre esigenze potrebbe essere la disciplina delle varianti di cui al comma 1 lett.a) (

revisione prezzi) per introdurre una variante contrattuale piuttosto che all'art. 106 lettera c) che si riferisce a fatti imprevisi e imprevedibili e quindi alla fattispecie della causa di forza maggiore.

Però il fatto che nella ordinanza della protezione Civile si consenta di derogare all'art.106 anche laddove non vi sia previsione di clausole mi riporta al tema della revisione prezzi e delle modifiche contrattuali senza limite di valore di cui al comma 1 lettera A dell'articolo 106. Sarebbe pertanto utile che un intervento di tipo normativo che tendi a omogenizzare l'atteggiamento delle stazioni appaltanti, debba andare in questa direzione.

In cosa consiste la variante post Covid? Visto che – come ho sentito da più parti – non è sufficiente una mera rimodulazione del prezzo, ovvero una proroga, ma occorre prevedere un indennizzo per la maggiore onerosità della prestazione in sé per sé considerata, allora anche qui credo che sarebbe utile sempre fare un richiamo al Codice civile. Il collega che mi ha preceduto ha giustamente fatto riferimento alla fattispecie di carattere generale della “eccessiva onerosità sopravvenuta” che tuttavia trova una declinazione nell'ambito della disciplina speciale del contratto d'appalto nell'articolo 1664 del Codice Civile, il quale da un lato, nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta che comporti un aumento del costo dei materiali superiore al 10%, dà la possibilità all'appaltatore di chiedere una rimodulazione del prezzo per la parte eccedente il 10% ovvero il diritto ad un “equo compenso” (art. 1664 cc comma 2) qualora nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore” .. Si tratta di una previsione che può soccorrere a nostro favore poiché sebbene si faccia riferimento a cause di forza maggiore quali sorprese geologiche o comunque ad un fatto naturale – anche il Covid, pare, sia un fatto naturale – consentirebbe di aprire una porta sull'equo compenso, essendosi verificata una eccessiva onerosità sopravvenuta per fatti di carattere naturale.

Quindi si potrebbe invocare l'art.1664 cc comma 2 per chiedere un equo compenso, la cui quantificazione potrebbe seguire le indicazioni che sono state poc'anzi illustrate, cioè utilizzando dei metodi di calcolo che in qualche modo siano ragguagliabili a quelli della sottoproduzione - anche se in questo caso non c'è una responsabilità da imputare – calcolato assumendo a parametro il rapporto dell'incidenza dei costi pre e post post-Covid.

Ovviamente come attivare questi strumenti va valutato caso per caso, proprio perché la gestione dell'esecuzione non è stata medesima da parte di tutte le stazioni appaltanti; abbiamo avuto sospensioni formali, abbiamo avuto sospensioni di fatto, non abbiamo avuto alcuna sospensione e quindi anche i rimedi da attivare per instaurare la negoziazione possono essere differenti.

Nel caso di una sospensione formale, se la sospensione formale ha coinciso con il periodo del lockdown, dovrebbe essere una sospensione legittima, quindi teoricamente non dovrebbe dare diritto a chiedere un ristoro per gli oneri sostenuti relativamente al periodo di sospensione stessa.

In questo caso ovviamente alla ripresa andrà scritta una riserva per la quantificazione dei maggiori oneri relativi alla fase successiva alla ripresa, quindi gli oneri da sostenere per adeguare il cantiere o la prestazione dei servizi alle nuove esigenze di salvaguardia sanitaria, che perdureranno fintanto che non ci sarà un vaccino che consenta di alleviare i presidi di sicurezza. In tal caso, avremmo ovviamente la necessità di iscrivere una riserva pro-futuro, che tuttavia va quantificata in considerazione dell'obbligatorio onere di quantificazione delle riserve, quindi, è importante che ci sia una codificazione di un metodo di calcolo comune per la valutazione e la quantificazione dell'indennizzo. Ho trovato utile il documento che Marco Mingrone mi ha sottoposto (Il documento scritto insieme al Consorzio Integra) perché costituisce un buon metodo per una quantificazione di una riserva pro-futuro.

Come possiamo procedere? Sarebbe opportuno iscrivere una riserva nella quale si dà atto che “si riprendono i lavori, ma le modalità sono differenti”, quindi si chiede innanzitutto l'adozione di una variante ai sensi dell'articolo 106 visto che le ordinanze emergenziali lo prevedono espressamente senza che ci sia necessariamente una clausola del contratto. Quanto al criterio di quantificazione si potrebbe utilizzare il riferimento all'art. 1664 cc, comma 2. Il metodo di quantificazione potrebbe

essere quello appena suggerito, che un po' ricorda quello della sottoproduzione, ma se ne discosta perché va depurato dell'elemento della dell'imputabilità della causa generatrice al committente.

Nel caso in cui invece la sospensione sia stata più lunga del periodo di lockdown, ci troveremo dinanzi ad un altro scenario: ossia di una sospensione che nasce legittima e che teoricamente diventa illegittima, perché la sospensione è perdurata anche oltre la fase di stretto lockdown.

In questi casi il discorso deve essere differenziato, perché teoricamente andrebbe scritta una riserva che quantifichi i maggiori oneri per il periodo pregresso relativo alla fase di sospensione illegittima ed una riserva che invece quantifichi, e chieda la variante per il futuro - anche in quel caso, come nel caso precedente - i maggiori oneri relativi alla fase post lockdown e quindi alle attività ed ai presidi da adottare per una migliore esecuzione dell'opera nel rispetto dei vincoli imposti dalla salvaguardia sanitaria e dal distanziamento imposto dalla normativa emergenziale.

Poi c'è il caso in cui non c'è stata affatto una sospensione formale. Lì non ci sarà neanche un verbale di ripresa su cui scrivere una riserva; in quel caso occorre che l'appaltatore comunque rappresenti la necessità di un adeguamento contrattuale ed eventualmente quantifichi gli oneri da sottoproduzione in contabilità, relativi al periodo decorso nel quale senz'altro l'indice di produttività sarà stato molto inferiore rispetto a quello che era atteso.

Abbiamo fatto soltanto tre ipotesi, ma ce n'è potrebbero essere molte altre. Ciò che conta è che alla luce di questo mosaico di situazioni il titolo dato a questo incontro che parla di "rapporti" è assolutamente pertinente perché si tratta di gestire i rapporti che sono di volta in volta differenti a seconda delle caratteristiche specifiche dell'appalto e della dinamica che si è venuta ad instaurare con il committente.

Qui stiamo parlando dei casi più classici nei quali c'è un contratto esistente, però come anticipato da Marco Mingrone, mi è stato sottoposto il caso di una impresa che ha partecipato ad una gara d'appalto con un prezzo che era remunerativo ante-Covid ma che è risultato non essere più remunerativo post-Covid. Sappiamo che in questi casi l'appaltatore non ha possibilità di svincolarsi, se non dopo il decorso del termine di vincolatività dell'offerta di 180 giorni, pena incameramento della cauzione e segnalazione ad Anac. In questo caso come bisogna comportarsi, visto che non c'è ancora un vincolo contrattuale? Qui siamo tra l'altro in una fase completamente diversa anche semplicemente per il tema della giurisdizione, cioè là dove dovesse nascere un contenzioso la giurisdizione è del giudice amministrativo perché non siamo ancora in fase di esecuzione del contratto.

In questo caso è bene che l'appaltatore rappresenti alle amministrazioni la necessità di una rivalutazione – l'ipotesi è la stessa dell'eccessiva onerosità ma a differenza di quanto previsto in fase di esecuzione – dove soccorrono i rimedi civilistici - in questo caso non esiste nulla ed è tutto rimesso al buon senso e alla discrezionalità dell'amministrazione nel valutare se andare più o meno incontro all'impresa.

Certamente l'impresa può acconsentire a sottoscrivere il contratto con l'impegno della stazione appaltante a adottare le necessarie varianti in corso di esecuzione ma si tratta di un atto di fiducia in una fase in cui, probabilmente, questo rapporto non è ancora maturo, con la conseguenza che si tratta di una negoziazione ancora più complicata di quella che dovesse verificarsi in corso di esecuzione del contratto.

Ritengo che sarebbe importante che ci fosse un intervento di tipo normativo, che in qualche modo codifichi la possibilità, anzi la necessità di una negoziazione proprio perché, mentre nell'ambito della dinamica del rapporto esiste tutto sommato lo strumento della diffida dell'appaltatore alla risoluzione contrattuale nel caso estremo, invece nella fase antecedente il contratto non c'è neanche quella, quindi di fatto c'è un forte squilibrio nella posizione delle due parti che necessiterebbe ancora di più di essere riequilibrato per effetto di un provvedimento normativo che in qualche modo metta in sicurezza soprattutto l'operatore economico.



QUESTIONI SOLLEVATE IN CHAT:

- PROROGA, CONCESSIONI, LIBERARSI DAL CONTRATTO
- FORMALIZZAZIONE DELLA SOSPENSIONE

AVV. DOVER SCALERA

STUDIO LEGALE SCALERA & DI PAOLO

Rispetto alla prima domanda, ci troviamo di fronte ad un contratto di concessione quindi nell'ambito del contratto di concessione l'elemento del rischio è proprio quello più caratterizzante e nello stesso tempo in una situazione del genere meno tutelante, proprio perché nella concessione c'è il trasferimento del rischio che non c'è nell'appalto, quindi tutto sommato la possibilità di svincolare esiste, esiste la previsione di un meccanismo di adeguamento del contratto in corso di esecuzione, ma qui mi sembra che ci si trova, invece, nella difficoltà di dover prorogare quando non c'è più convenienza economica; ovviamente andrebbe valutato cosa è espressamente previsto nel contratto che è stato sottoscritto e se da questo impegno ci si può anche liberare. Anche qui tornerei agli strumenti civilistici, cioè, a fronte di una analisi dei prezzi che comunque attestino che l'adeguamento per l'amministrazione per la fase di proroga del contratto non è adeguato a coprire i costi, si può invocare anche in questo caso il riequilibrio sulla scorta di una norma di carattere generale prevista per le concessioni. Il tema è un altro qui: spesso nelle concessioni c'è - come previsto prima - il discorso dell'interruzione di pubblico servizio. Qui forse l'ambito museale potrebbe essere meno sensibile come tema, ma il problema delle concessioni è un profilo in cui va tenuto molto a mente che il servizio non può essere interrotto e quindi in ogni caso è probabile che la frizione tra l'amministrazione sia più forte perché ci si trova di fronte ad un ad una spada di Damocle che è quella dell'imputazione di interruzione di pubblico servizio. Quindi tutto sommato il concessionario, pur avendo formalmente uno strumento più garantista proprio nel corso dell'esecuzione, in un caso del genere si troverebbe forse più esposto nel caso in cui non trovasse una amministrazione disponibile. È chiaro che può sempre invocare la normativa civilistica, alla quale si faceva riferimento in precedenza, dell'eccessiva onerosità per svincolarsi dal rapporto, previa però garanzia di non vedersi un'imputazione per interruzione di pubblico servizio.

ARNALDO TINARELLI

DIRETTORE AFFARI LEGALI CAMST

Sono d'accordissimo con quello che ha detto Dover Scalera. Porto solo in aggiunta un caso di scuola che ho vissuto personalmente. In questo caso si trattava di alcuni bar all'interno del Policlinico di Bologna, che posso citare nello specifico perché è storia non più coperta da riservatezza. Una storia che insegna a valutare molto bene la parte del capitolato e del contratto che sottopone l'appaltatore alla soggezione di proroghe tecniche del servizio; in questo caso la proroga durava fino a nuova assegnazione del servizio, quindi presa alla lettera potenzialmente infinita. Ritorniamo allora nel problema di logica hegeliana che riportavo l'inizio, per cui una proroga tecnica va sicuramente bene, nelle more dell'indizione di una nuova gara; ma qual è la misura del tempo di proroga tale da mutare la qualità di essa in illegittima? Noi detenevamo il contratto per la gestione di questi bar a condizioni economiche che poi si sono fatte, in corso di contratto (una concessione di lunghissima durata), estremamente gravose, tanto da portare in perdita la commessa. La nuova gara sarebbe stata aggiudicata a condizioni nettamente peggiori per il concessionario; già la base d'asta, che rifletteva le nuove condizioni di mercato, era molto più sfavorevole. C'era quindi un interesse a fare andare deserte le gare, proponendo delle basi d'asta assolutamente non plausibili, di tal che la gara venne reindetta per quattro volte con altrettante proroghe tecniche, proprio sulla base del concetto che abbiamo

condiviso, cioè che c'è di mezzo l'interruzione di pubblico servizio che viene agitata come un'arma impropria, in aggiunta alla segnalazione in procura e all'Anac. Di fatto è un po' una trappola sostanzialmente, quindi o il contratto e il capitolato prevedono una cosiddetta deadline, cioè un termine conclusivo per cui la proroga tecnica deve arrestarsi comunque, oppure entriamo in una dinamica assai difficile, dove il consiglio che posso dare - sulla scorta anche di questa esperienza - è di alzare un po' il livello di tensione gradualmente, chiaramente non arrivando alle minacce esplicite, ma facendo trapelare che può essere esperita un'azione risarcitoria, motivata da un'azione amministrativa non più svolta in maniera corretta. Provo a spiegarmi meglio: una volta può capitare di sbagliare, sottostimando la base d'asta, ma se questo avviene ripetutamente, per un numero elevato di volte, coprendo archi temporali molto ampi, cominciamo ad entrare nello scenario di un comportamento malizioso volto a sfruttare una sostanziale rendita di posizione di un concessionario che sta pagando un canone che, per vari motivi di evoluzione storica, è diventato inverosimile, quindi nessun altro potrebbe mai offrire delle condizioni simili. A quel punto è opportuno cominciare a fare intravedere che o il procedimento di gara vede una rapida conclusione oppure si instaura un contenzioso. Chiaramente è un'extrema ratio, anche qui va giocato l'argomento su un tavolo il più possibile negoziale, ma - per quello che ho detto all'inizio dell'intervento, che cioè dobbiamo sempre preoccuparci noi avvocati degli scenari peggiori - non si esclude che si possa anche arrivare a questo in concorrenza e in costanza di rapporto contrattuale, perché il rischio di denuncia per interruzione di pubblico servizio è troppo elevato per autorizzare un'azione di forza di interruzione immediata.

AVV. DOVER SCALERA

STUDIO LEGALE SCALERA & DI PAOLO

Sono completamente d'accordo, comunque andrebbe fatta una diffida, una messa in mora, per dare un termine per potersi adeguare. Non è possibile una risoluzione ipso iure del rapporto; il rischio a quel punto sarebbe concreto.

FILIPPO VENTICINQUE

SUPERVISORE AREA TECNICA CONSORZIO INTEGRA

Sulla domanda relativa alla sospensione, primarie esigenze di collaborazione e cooperazione da parte dell'amministrazione esigono una tempestiva formalizzazione della sospensione appena si presenti la necessità, quindi in questo caso i provvedimenti restrittivi erano ben chiari - era impossibile lavorare - per cui i documenti andavano redatti con tempestività altrimenti ne viene fuori un danno per l'impresa, il contratto perde del suo equilibrio. Ricollegandomi alla casistica, che ha ben rappresentato Dover Scalera, sulle fattispecie sulle sospensioni concesse non andate, è chiaro che l'ipotesi peggiore in assoluto, ma è un autogol a tutti gli effetti per l'amministrazione, è quella della non sospensione perché in quel caso, quella delle poste che vengono calcolate, che ho suggerito di utilizzare per il calcolo del ragguglio, per il calcolo indennizzo, in realtà lì diventano veramente risarcitorie, perché l'atteggiamento dell'amministrazione è colpevole e quindi in quel caso c'è tutto il diritto da parte di un'impresa di avere il pieno risarcimento del mancato ammortamento dell'apparato organizzativo e produttivo del cantiere. Quindi là dove non c'è una formale sospensione, ad esaltare appunto questa mancata collaborazione dell'amministrazione, l'impresa ha tutto il diritto di vedersi risarcita integralmente.

DOMANDA IN CHAT: LA SOSPENSIONE PUÒ ESSERE FATTA OGGI CON UN EFFETTO ANTE?

Direi assolutamente no, per Covid non ha senso proprio. La tempestività e il monitoraggio del comportamento dell'amministrazione deve essere adeguato e congruo al divenire del contratto. Quindi tempestività nel redigere la sospensione, che poi secondo il vecchio regolamento 207 doveva essere mandato entro 5 giorni al Rup, adesso credo che con il DM 49/2018 questa incombenza esista ancora. In ogni caso, banali concetti di diligenza e di buon andamento del contratto esigono appunto massima tempestività.

DOMANDA IN CHAT: PUÒ ESSERE DISPOSTA UNA SOSPENSIONE A MAGGIO CON EFFETTO DA MARZO?

Ovviamente non va bene, in quanto nel frattempo, da marzo a maggio, il cantiere in che condizioni si trovava? Aveva il suo apparato organizzativo? Lo scopo della sospensione, oltre a registrare ovviamente un fatto sopravvenuto che esige chiaramente una soluzione di continuità perché è subentrata una cuspidine nel contratto, ha anche un altro scopo: quello di limitare e rendere stabile il contratto, limitare i danni per l'impresa, che se fosse in una sospensione potrebbe ripiegare il cantiere. In quel caso, c'erano addirittura una serie di provvedimenti restrittivi, ma normalmente la ratio della tempestività della redazione del verbale di sospensione è un atto di diligenza dell'amministrazione così che l'impresa possa ovviamente ripiegare il suo apparato organizzativo.

DOMANDA IN CHAT: IN MANCANZA DI PAGAMENTO, I SERVIZI SONO ESEGUITI?

Quello che si può chiedere è il risarcimento del danno, quindi a seconda del tipo di contratto, e mi riferisco all'apparato organizzativo e produttivo che stava lì in cantiere. I provvedimenti restrittivi del Covid hanno di fatto impedito i movimenti, ma in mancanza di un provvedimento di sospensione è possibile che l'impresa abbia comunque sostenuto dei costi nel cantiere. C'è anche la questione di tempi: la durata della sospensione, che poi si aggiunge al contratto, deve essere chiara da subito, anche per questo adesso l'impresa si vede riconosciuta a maggio una decorrenza della sospensione da marzo, quindi un maggior termine utile, di conseguenza, ma ha poco a che fare con la diligenza dall'amministrazione un atto del genere.

Vorrei integrare, a proposito del pagamento straordinario dei SAL che l'Anas lo ha portato avanti e che anche l'Anac con un atto di segnalazione, il numero 5 del 29 aprile, ha suggerito e dato indicazione al governo perché fosse adottato un provvedimento.

MARCO MINGRONE

RESPONSABILE UFFICIO LEGISLATIVO LEGACOOP PRODUZIONE E SERVIZI

In realtà quelle sono anche tra le poche misure finora discusse che sembravano entrare nei decreti emanati: poi purtroppo ciò non è avvenuto. Oggi siamo qui più per discutere di quali i rimedi in questo momento; il suggerimento che ha dato Dover Scalera sulla necessità di un intervento che certifichi la necessità di negoziazione è la strada che noi dall'inizio abbiamo perseguito, quindi in coerenza con i ragionamenti fatti e probabilmente potrebbe essere interessante anche individuare – come anche Dover ha detto - una metodologia di calcolo della sotto produzione e se magari fosse fatta anche in termini normativi. Noi abbiamo fatto proposte anche su questo.

Vorrei aggiungere che con riguardo al richiamo che facevo all'articolo 1664 per l'equo indennizzo quale utile meccanismo per arrivare alla quantificazione del danno da iscrivere in riserva che tenga conto della maggiore onerosità della prestazione più che semplicemente ad un aggiornamento dei prezzi, torna estremamente utile una lettura comparata con il vecchio Codice, perché nel 163/06, l'articolo 133, escludeva espressamente l'applicazione del 1664 cc precludendo in verità la richiesta di un equo indennizzo, preclusione che invece non è più contenuta all'art. 106 del dlgs 50/2016. In buona sostanza nel momento in cui il legislatore ha voluto escludere l'applicazione dei rimedi civilistici, come il 1664 cc, lo ha fatto espressamente, come avvenuto in passato nella stesura del d.lgs. 163/06. Quindi noi possiamo avvalerci del 1664 e avere questo piccolo cavallo di Troia costituito dal secondo comma del 1664 cc per introdurre un equo compenso.

Sulla domanda fatta da Mingrone circa l'applicabilità dell'anticipazione anche ai contratti ex 163, ritengo sia assolutamente nell'ottica della rinegoziazione, nel momento in cui innanzitutto ci sia una disponibilità nei relativi capitoli di spesa. Ritengo infatti che a prescindere dalla soluzione, l'aspetto determinante sarà la disponibilità delle risorse necessarie sui capitoli di spesa dei singoli interventi.

FILIPPO VENTICINQUE

SUPERVISORE AREA TECNICA CONSORZIO INTEGRA

PER COMPLETEZZA DI CONTENUTI, IN SOSTITUZIONE ALLA TRASCRIZIONE DELL'INTERVENTO, ALLEGHIAMO DI SEGUITO CONTRIBUTO SCRITTO DI VENTICINQUE RELATIVAMENTE ALLE TEMATICHE AFFRONTATE NEL WEBINAR.

Ripresa dei lavori. Necessità di misure compensative a riequilibrio del contratto in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

1. Premessa

Come noto, in ragione dell'emergenza epidemiologica da coronavirus che tuttora imprime la sua immanenza in tutto il pianeta, il Governo è intervenuto con specifiche misure (Decreti Legge, alcuni dei quali già convertiti in Legge e DPCM), di urgenza commisurata alla grave situazione nella quale è venuto a trovarsi l'intero territorio nazionale.

La prima decretazione d'urgenza in materia di contenimento della pandemia ha, come è altrettanto noto, imposto notevoli restrizioni allo svolgimento delle attività appaltate, i cui effetti saranno prevedibilmente estesi per un lungo periodo, allo stato non prevedibile.

In più casi, in forza delle previsioni da subito recate dall'art.1 lettere n) ed o) del DL n°6 del 23/2/2020 (convertito nella Legge n°13 del 5/3/2020), ma in via ancor più generale e sistemica, **dall'art.107 commi 1 e 2 del Codice dei Contratti di cui al D. Lgs.50/2016**, i cantieri sono stati necessariamente oggetto di una **sospensione** formale laddove è risultata inattuabile la prosecuzione delle attività, nell'impossibilità di garantire alle maestranze **l'osservanza degli adeguati protocolli di sicurezza** che nel frattempo venivano messi a punto per i diversi settori produttivi partendo dalla pertinenti indicazioni rese dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS).

La sospensione delle attività di cantiere, anche quando non preceduta da un formale processo verbale, si dimostrava comunque assolutamente necessaria per procedere all'indispensabile **adeguamento** del documento progettuale attinente alla sicurezza, ovvero sia il **Piano di Sicurezza e Coordinamento**, mediante l'attivazione delle specifiche responsabilità del **Coordinatore della Sicurezza per la fase Esecutiva (CSE) e del Responsabile dei Lavori** (qui anche **Responsabile del Procedimento**). Senza dimenticare che il cantiere veniva in ogni caso a trovarsi in uno stato di completa improduttività per la cogenza di provvedimenti estesi su tutto il territorio nazionale, volti per un verso a limitare (o vietare) gli spostamenti degli individui, per altro verso a interrompere la filiera degli approvvigionamenti per la chiusura di pressoché la totalità delle attività produttive individuate come non essenziali.

Ebbene, stante la natura eccezionale ed assolutamente generalizzata dell'emergenza epidemiologica, tale da coinvolgere in maniera concomitante e simultanea tutte le attività produttive del territorio nazionale, comprese per l'appunto quelle tipiche del cantiere, ogni operatore economico si è trovato in breve tempo nelle condizioni di **un'insolita quanto unica (e drammatica) esposizione finanziaria**, insistendo essa contemporaneamente su tutto il novero delle proprie commesse e quindi su tutti i cantieri posti sul territorio nazionale.

È chiaro ed evidente che tale tenore eccezionale di esposizione finanziaria integra condizioni d'impresa del tutto estranee al consueto e ordinario rischio imprenditoriale.

Perciò visto lo scenario straordinario, unico nella storia nazionale successiva al dopoguerra, risulta determinante, al fine di consentire il **concreto ed efficace riavvio dei lavori** - quand'anche dovutamente vincolato al rispetto del nuovo protocollo sanitario atto a garantire la sicurezza delle maestranze dal rischio epidemiologico tuttora immanente – risulta determinante ogni azione utile a mantenere l'operatività economico-finanziaria dell'azienda, scongiurare una drammatica crisi di liquidità (con il rischio di non riuscire a pagare fornitori e lavoratori), garantire il completamento degli obblighi assunti (ed il conseguimento del connesso interesse pubblico), oltre che evitare inopinati sbocchi in stati di decozione o di semplice insolvenza.

In altri termini, **risulta cruciale l'introduzione di strumenti contrattuali idonei a consentire la prosecuzione dell'appalto in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica, e perciò a riequilibrare il rapporto sinallagmatico del contratto in conseguenza di una sua sopravvenuta ed imprevedibile esposizione, oltre ogni misura od ordine di grandezza.**

2. Quanto ai maggiori oneri della sicurezza

Pur nella consapevolezza che restano in capo al **Coordinatore della Sicurezza per l'Esecuzione dei lavori** gli obblighi imposti dall'art. 92 del D.lgs. n. 81/2008, tra i quali appunto l'**adeguamento del Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) ed il connesso aggiornamento della stima dei costi**, è quanto mai opportuno che ogni operatore economico collabori, oltre che con il proprio medico competente, anche con il Coordinatore stesso per individuare e valorizzare, nella peculiarità del cantiere e con un approccio di estrema tutela per le maestranze, tutte le misure atte a consentire la ripresa dei lavori nonché il loro dispiegamento in un clima di assoluta garanzia.

Segnatamente, fatta appunto salva la specificità del cantiere, per lo scopo costituiscono primario riferimento:

- Il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14 marzo;
- Il Protocollo emanato dal MIT il 19 marzo condiviso da Anas S.p.A., RFI, ANCE, Feneal Uil, Filca CISL e Fillea CGIL;

- Il Protocollo recante linee guida per l'intero settore edile che le parti sociali dell'edilizia (ANCE, ACI-PL, ANAEPA Confartigianato, CNA Costruzioni, FIAE Casartigiani, CLAAI-Dipartimento Edilizia, CONFAPI-ANIEM, Feneal Uil, Filca CISL e Fillea CGIL) hanno siglato il 24 marzo 2020;
- Il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri del 24 aprile 2020, che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha condiviso con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ANCI, UPI, Anas S.p.A., RFI, ANCE, Alleanza delle Cooperative, Feneal Uil, Filca – CISL e Fillea CGIL, al fine di aggiornare quello del 14 marzo (Allegato n°7 al DPCM del 26/4/2020);
- Il Protocollo di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri condiviso dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, e da ANCI, UPI, Anas S.p.A., RFI, ANCE, Alleanza delle Cooperative, Feneal Uil, Filca – CISL e Fillea CGIL, ANAEPA-Confartigianato, CNA Costruzioni, Casartigiani, CLAAI (Allegato 13 al DPCM del 17 maggio 2020);

Peraltro, riguardo agli ultimi due protocolli citati, l'intesa ha piena validità in forza dei DPCM del 26/4/2020 e del 17/5/2020 (dei quali costituiscono rispettivamente l'Allegato n°7 e quello n°13), ragion per cui le imprese edili adottano detti Protocolli di regolamentazione all'interno dei propri cantieri e dei luoghi di lavoro.

Che occorra anzitutto aggiornare il PSC in funzione delle nuove condizioni generali del cantiere e che tale compito competa al Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione (CSE) viene stabilito anche nei protocolli appena richiamati ma tale responsabilità si rinviene pienamente ed in via dottrinale nella giurisprudenza di legittimità che ha interpretato gli obblighi posti dall'art.92 del TU 81/08.

In tal senso, la pronuncia della suprema Corte di **Cassazione Penale, Sez. IV, 23 gennaio 2017, n°3288**, porta a compimento un'analisi esegetica più che ventennale in tema di compiti del CSE, costituendo perciò spartiacque per le successive sentenze di legittimità (*ex multis*, Cass. Pen, Sez. IV, 17 luglio 2017, n°34869, Cass. Pen, Sez. IV, 5 ottobre 2017, n°45862, Cass. Pen, Sez. IV, 31 ottobre 2017, n°50037).

La sentenza sviluppa ed approfondisce il tema della cosiddetta **"alta vigilanza"** che compete al CSE, e precisamente essa:

- a) Analizza le ragioni che avevano portato la giurisprudenza precedente alla impropria omologazione tra CSE e datore di lavoro, sebbene essa fosse esclusa nei principi generali enunciati;
- b) Argomenta il principio della vigilanza sulla **"generale configurazione delle lavorazioni"**, in forza di rigorosi e motivati riscontri normativi. E perciò focalizza l'area di rischio governata dal coordinatore, ovvero quella che attiene all'area di cantiere, alla sua organizzazione, nonché a quelle lavorazioni nei rischi delle quali siano inclusi quelli da interferenze con altre imprese o lavorazioni. Compito del coordinatore è perciò *"quello di prendere in considerazione le fonti del pericolo rappresentate dall'ambiente di lavoro, dal modo in cui sono organizzate le attività in esso, dalle procedure lavorative e dalla convergenza in esso di più imprese"*;
- c) Elabora infine la distinzione dogmatica tra **rischio specifico** (della singola lavorazione) e **rischio infrastrutturale** del cantiere (cioè della configurazione generale delle lavorazioni): dimodoché si abbia che al datore di lavoro compete l'analisi e la responsabilità della singola lavorazione, mentre al CSE compete l'esame dell'infrastruttura del cantiere sicché – ancora la pronuncia di legittimità – *"il rischio specifico è quindi il negativo di quello affidato alle cure del coordinatore per l'esecuzione"*.

In quest'ottica, pertanto, è opportuno annotare come sia i dispositivi di protezione individuale anti contagio (ad es. le mascherine), che gli apprestamenti di protezione collettiva necessari (ad es. sfasamento delle lavorazioni, rilevazione temperatura corporea, alloggi specifici, gestione degli spazi

comuni) derivano tutti espressamente dall'attuazione del protocollo sanitario di prevenzione e contenimento del contagio, nulla avendo a che fare con la peculiarità dell'attività edile del cantiere e con la specificità delle relative misure di sicurezza.

Ne consegue che l'adozione degli uni strettamente riconducibili alla tutela della persona (per es. mascherina), quanto degli altri implicanti il controllo delle interferenze tra lavorazioni diverse (anche imputate a imprese differenti), riferendosi piuttosto alla specifica protezione dal contagio, deve intendersi impattante sulla "generale configurazione della lavorazioni", ovvero riguardare il "rischio infrastrutturale" del cantiere. E perciò, i dispositivi individuali anti-contagio come gli apprestamenti organizzativi non solo devono rientrare, a pieno titolo, nell'aggiornamento del PSC, ad esito dell'esame obbligatorio da parte del CSE del rischio da contagio da coronavirus, ma **gli oneri che ne conseguono devono essere integralmente riconosciuti all'impresa, senza ribasso, rientrando anch'essi nella gestione del rischio infrastrutturale.**

In altri termini, nel contesto assolutamente straordinario imposto dall'attuale pandemia, non può in alcun modo rilevare la differenza che si rinviene nella letteratura di specie, tra i cosiddetti oneri della sicurezza ex lege, tipici del rischio specifico della lavorazione e perciò attribuiti al datore di lavoro, oneri che la norma riconduce alle spese generali (ex art.32 comma 2) e perciò idonei ad essere sottoposti al ribasso, ed oneri, *rectius* costi, della sicurezza da allocare nel PSC, ad esito dell'ingerenza del committente nella definizione progettuale delle misure collettive di protezione, costi, al contrario dei precedenti, emancipati dal ribasso. Tale differenza non rileva, perché la materia non impatta sull'esame dell'attività edile e di tutte le lavorazioni nel loro complesso, ma piuttosto sull'intero contesto stravolgendone le condizioni di lavoro prima ancora che si ponga la necessità di valutare e contenere gli effetti dell'attività edile in sé.

Contesto che pertanto ha attinenza, a titolo indicativo: con le modalità di comportamento da tenere; con quelle di accesso dei fornitori esterni; con la pulizia e sanificazione degli ambienti; con le precauzioni igieniche personali; con i dispositivi di protezione personale; con la gestione degli spazi comuni; con la gestione di una persona sintomatica; con la sorveglianza sanitaria. In sostanza, con la nuova organizzazione del cantiere, anche in termini di turnazione imposta da un rinnovato sfasamento spazio-temporale fino ad una vera e propria **rimodulazione del cronoprogramma delle lavorazioni.**

Va da sé che tali misure comporteranno, come detto, **maggiori costi** di cui si dovrà tenere conto, atteso che il D.lgs. 81/2008 obbliga l'Appaltatore ad approntare, garantire e mantenere - per tutta la durata dell'appalto e a prescindere dall'incidenza maggiore o minore sulla sicurezza di una specifica fase di lavorazione - tutte le misure atte a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro. **Detti maggiori costi, come detto, dovrebbero essere quotati nel rinnovato PSC, senza ribasso.**

In questo senso, **la quantificazione dei nuovi costi può avvenire tramite prezzi ovvero nuovi prezzi** laddove debbano tenersi in debita considerazione le oggettive difficoltà locali e nazionali di reperimento dei dispositivi di sicurezza nonché l'acquisizione delle relative scorte. Nuovi prezzi che ben potrebbero essere determinati anche acquisendo la fattura di fornitura dall'appaltatore riferita al cantiere e coerente con il numero di soggetti coinvolti, a cui andrà aggiunto l'importo per spese generali da riconoscere all'Appaltatore (Circolare M.I.T. 30 ottobre 2012, n. 4536 pubblicata sulla G.U. n. 265 del 13 novembre 2012), con esclusione evidentemente della quota dell'utile.

3. Quanto alla necessità di un riequilibrio del contratto tramite compenso indennitario o risarcitorio.

Sotto il profilo della concreta **fase esecutiva del contratto**, appare essenziale, in uno spirito di leale e costruttiva cooperazione, compiere ogni azione che possa aiutare l'impresa a riavviare i lavori in un contesto così fortemente mutato e complesso rispetto alle condizioni originarie.

Sul piano delle misure atte ad assicurare immediata liquidità all'impresa: Anticipazione e SAL

In tema di anticipazione ex art.35 del Codice si segnala quanto previsto dall'art.207 del DL n°34/2020 (Decreto Rilancio):

L'art. 207 ("Disposizioni urgenti per la liquidità delle imprese appaltatrici") del D.L 19 maggio 2020 n. 34 (pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 21/L alla G.U. Serie Generale n. 128) ha appunto introdotto una rilevante modifica in tema di **anticipazione contrattuale**, elevando l'importo al 30% (comma 1) ed estendendo la misura agli appaltatori che abbiano già usufruito della anticipazione contrattuale (ovviamente nella precedente aliquota ridotta) nonché agli appaltatori che "abbiano già dato inizio alla prestazione senza aver usufruito di anticipazione".

La norma prevede il riconoscimento dell'importo dell'anticipazione prevista dall'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 **non solo a:**

- *"procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto";*

- *"in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini" e*

- *"...in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 30 giugno 2021"*

ma anche, come previsto al comma 2, in favore degli appaltatori

- ***"che hanno già usufruito di un'anticipazione contrattualmente prevista***

OVVERO

- ***che abbiano già dato inizio alla prestazione senza aver usufruito di anticipazione."***

In questi casi – specifica la norma in esame –

- *l'anticipazione...può essere riconosciuta, per un importo non superiore complessivamente al 30 per cento del prezzo e comunque nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante"*

e

- *"ai fini del riconoscimento dell'eventuale anticipazione, si applicano le previsioni di cui al secondo, al terzo, al quarto e al quinto periodo dell'articolo 35, comma 18 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e la determinazione dell'importo massimo attribuibile viene effettuata dalla stazione appaltante tenendo conto delle eventuali somme già versate a tale titolo all'appaltatore."*

La norma prevede limiti e compatibilità finanziaria con le risorse annuali stanziare per gli interventi e potrà essere compiutamente commentata a valle della legge di conversione: si pensi alla base di calcolo del 30% del prezzo in caso di lavori già avviati, come anche alla remissione alla S.A. della determinazione dell'importo massimo attribuibile "tenendo conto delle eventuali somme già versate a tale titolo all'appaltatore".

Inoltre, poiché la stazione appaltante nella determinazione dell'importo massimo attribuibile dovrà tenere conto delle "somme già versate", sembra risultare irrilevante la quota parte di anticipazione già recuperata, mentre per i lavori in fase di ultimazione la misura appare di difficile applicazione, atteso che l'importo da anticipare potrebbe superare addirittura l'importo residuo dei lavori da eseguire.

Trattandosi di decretazione d'urgenza, tali profili potranno essere affrontati ed auspicabilmente risolti nella legge di conversione.

Per quanto attiene invece al tema della corresponsione degli acconti (SAL), si segnalano all'attualità provvedimenti già autonomamente assunti da talune stazioni appaltanti a margine dei dispositivi di

sospensione dei lavori: provvedimenti che, mutuati dalla previgente normativa (si pensi all'art.141 comma 3 del regolamento DPR 207/2010 abrogato dall'entrata in vigore del Codice D.lgs. 50/2016), sono finalizzati all'emissione del SAL relativo ai lavori eseguiti alla data della sospensione dei lavori, pur in deroga ai termini ed alle condizioni di pagamento dei SAL, e perciò integrandoli nell'eccezionale contesto sopravvenuto.

Conforme in tale senso l'**Atto di Segnalazione dell'ANAC n°5 del 29/4/2020**, nel quale l'Autorità propone l'adozione da parte del Governo di specifica norma - anche a tutela della posizione dei funzionari pubblici in relazione ad eventuale rischio di incorrere in responsabilità erariali - atta a consentire appunto il pagamento anticipato dei lavori già eseguiti alla data dell'intervenuta sospensione dei lavori, seppur in deroga alle specificazioni di capitolato e contrattuali.

Sulle concrete misure necessarie a riequilibrare il sinallagma del contratto

Tornando al tema che qui impegna, non vi è dubbio che la riorganizzazione delle lavorazioni elementari di cantiere in ragione del novero di apprestamenti e di protocolli comportamentali che devono necessariamente essere introdotti non potrà non avere significative ripercussioni sul futuro dispiegamento dei lavori, evidentemente per l'intera durata dell'emergenza o della "convivenza" con il Covid. Significando perciò che solo presumibilmente con la messa a punto del vaccino i protocolli sanitari introdotti nel quotidiano del cantiere potranno essere abbandonati ed il contratto potrà riprendere il suo iniziale sinallagma (quello inizialmente pattuito) ovvero il proprio gradiente produttivo precedente all'epidemia da coronavirus.

Ed è evidente come, tra l'altro, la necessità di contingentare le presenze negli spazi comuni, l'impiego di DPI impattanti e di modalità lavorative che preservino la distanza interpersonale, la riorganizzazione del layout del cantiere, l'eventuale necessaria turnazione degli operai nell'impossibilità di affidare l'organizzazione delle squadre di operai alle sole regole tecniche, l'obbligo, laddove necessario, di introdurre sfasamenti spaziali e temporali delle attività – tutte conseguenze di una ripresa dei lavori con tutte le cautele imposte dal perdurante rischio di contagio e perciò finalizzate a scongiurarlo – non possano non incidere sui fattori produttivi, provocando l'ovvio effetto di ridurre il rendimento unitario e dilatare i tempi di esecuzione, rendendo l'iniziale prezzo corrispettivo privo di congruità e perciò insostenibile.

Inoltre, non si può non tener conto dei rallentamenti dell'intero sistema produttivo nazionale e internazionale e delle conseguenti difficoltà negli approvvigionamenti di materie prime, materiali e mezzi d'opera

Per tali ragioni, si rende necessario e imprescindibile introdurre nel contratto un meccanismo di riequilibrio negoziale, che attenga al profilo economico come a quello dei termini entro cui completare i lavori.

La semplice proroga del termine utile contrattuale, con la contestuale adozione di un nuovo cronoprogramma che rimoduli le attività in funzione delle nuove misure, pur sollevando l'appaltatore da ogni responsabilità per la sopravvenuta maggiore estensione del vincolo contrattuale, non può certamente bastare a riequilibrare un sinallagma del contratto **completamente stravolto a causa della grave distorsione patita da tutte le componenti del prezzo**: i) a partire da quella relativa alla manodopera il cui costo incide purtroppo significativamente di più sulla produzione unitaria conseguibile; ii) alla successiva dei mezzi d'opera e dei macchinari, che agisce con un costo evidentemente non più equilibrato od ammortizzato da una produzione ridotta; iii) a quella connessa alle forniture, cioè ai contratti di approvvigionamento che alla ripresa potranno subire fenomeni inflattivi o addirittura essere significativamente rivisti a causa dello stravolgimento dell'intera filiera retrostante; iv) senza dimenticare la parte del prezzo forfettaria legata alle spese generali che, a fronte della ridotta produzione, genereranno una componente infruttifera.

Occorre quindi un vero e proprio meccanismo che potrebbe definirsi revisionale del prezzo d'appalto, che non si limiti però al semplice esame di variazioni di indici di settore, che evidentemente sottodimensionerebbero la straordinarietà della fattispecie, ma piuttosto si configuri come un risarcimento dell'enorme aggravio cui viene sottoposto l'operatore economico nel nuovo contesto imposto da un fenomeno naturale che coinvolge ogni individuo, in ogni azione e nella propria socialità.

Pertanto, la necessità che il contratto debba essere riportato ad equità tramite congruo meccanismo perequativo, viene rinvenuta anche nelle numerose tutele del Codice civile.

A cominciare dagli **articoli 1175, 1375 CC** che richiedono alle parti un comportamento contrattuale improntato alla generale correttezza e buona fede, e poi segnatamente **l'art. 1366 CC**, laddove si intende che all'insegna di tale presupposto di correttezza e buona fede debba conformarsi ogni interpretazione dell'articolato contrattuale, avendo bene a mente la comune intenzione delle parti, cioè la **causa del contratto**, che ovviamente poco ha a che fare con il gravame insorto a causa della pandemia.

Se le parti infatti hanno ben presente che il negozio è stipulato in vista di un determinato assetto di interessi, rappresentato dall'**opera da realizzare**, e che è dato per presupposto, non può che risultare contrario a buona fede pretendere l'adempimento alle medesime condizioni previste dal contratto originario anche dopo l'obiettivo stravolgimento di detti presupposti per eventi di straordinaria forza maggiore (come la pandemia).

Ma l'equilibrio sinallagmatico viene salvaguardato anche dall'**art.1374 CC**, laddove vincola le parti anche alle conseguenze che derivano da quanto espressamente pattuito, da analizzare "secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità". Ed ancora l'articolo **1362 C.C.** che prevede che il contratto vada interpretato secondo la comune intenzione delle parti, tenendo perciò conto anche dei presupposti soggettivi che hanno dato vita al contratto e in vista dei quali le parti hanno stipulato.

Ebbene, la diffusione del coronavirus è certamente da ritenersi una **causa di forza maggiore** che incide sulla possibilità di dare esecuzione ai contratti pubblici ed alle prestazioni in genere a favore della collettività. Prova ne è che, in più di un cantiere, l'amministrazione committente ha correttamente innescato la specifica diligenza riposta **nell'art.107, comma 1 ovvero comma 4 del Codice di cui al D.lgs. 50/2016, provvedendo a sospendere i lavori con apposito processo verbale.**

"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." (art.107 comma 1).

Ma è soprattutto al comma 4 – che disciplina la sospensione parziale - che si rinviene la forza maggiore quale motivo dell'arresto dei lavori: *"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..."* (art.107 comma 4).

È evidente che il legislatore ha quindi previsto nella **forza maggiore** - cui la pandemia può indubbiamente ricondursi - uno dei motivi per sospendere lo svolgimento delle prestazioni, pur rappresentandosi per l'esecutore l'obbligo di eseguire la parte realizzabile, evenienza che qui non

rileva atteso che è di tutta evidenza **come non sia possibile proseguire alcuna attività in cantiere prima che venga aggiornato il PSC e adeguato l'intero cantiere alle nuove condizioni di lavoro.**

Di stretto legame eziologico con l'istituto della sospensione dei lavori disposta per circostanze eccezionali o non prevedibili al momento della stipula del contratto (art.107 c.1) ovvero di *forza maggiore* (art.107 c.4) è quello che consente al committente (che ne detiene la responsabilità) di attivare lo *ius variandi* affinché sia dato rimedio mediante l'adeguata azione amministrativa alla sopravvenuta instabilità del contratto, qualora evidentemente dalla circostanza eccezionale od imprevedibile o dalla *forza maggiore* sopravvenute derivi pregiudizio per il suo sinallagma.

Non vi è dubbio che la straordinarietà dello scenario deve dare l'impulso ad una azione del committente rapida, singolare ed efficace, e che pertanto, a prescindere che l'amministrazione abbia o meno disposto la formale sospensione dei lavori all'atto di dare avvio all'adeguamento del cantiere in funzione di tutelare la sicurezza delle maestranze dal rischio contagio, diventa necessario invocare l'istituto custodito **dall'art.106 del Codice, che disciplina "La modifica dei contratti durante il periodo di efficacia", recando segnatamente al comma 1 lett. c) l'istituto più puntuale della variante in corso d'opera**, laddove **"la necessità di modifica è 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."**

Qui l'evento imprevedibile è di larga portata, sopravviene nel momento esecutivo del contratto pubblico, e perciò occorre intervenire sul sinallagma instauratosi, al fine della rimodulazione e/o rinegoziazione delle prestazioni.

Perciò la variante in corso d'opera, adottata ai sensi dell'**art.106 comma 1 lett. c)**, ha il compito di perfezionare detto riequilibrio a norma di legge.

In verità, secondo altro sillogismo non meno efficace, lo straordinario contesto pandemico sopravvenuto potrebbe integrare le condizioni per l'applicazione di un altro istituto anch'esso regolato dall'art.106, segnatamente quello riconducibile al **comma 1 lett. a)**, laddove viene statuito che le modifiche ai contratti durante il loro periodo di efficacia sono consentite se esse *"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"*. La mancanza nei documenti di gara di clausole chiare, precise ed inequivocabili, tali da consentire modifiche al contratto qui segnatamente rivolte a revisionare il prezzo corrispettivo - condizione dalla quale in condizioni ordinarie è impossibile prescindere - verrebbe colmata, nelle condizioni eccezionali e straordinarie sopravvenute, dalle statuizioni di tenore emergenziale che ispirano la **Ordinanza del Capo della Protezione Civile (Ocdpc) n. 630 del 3 febbraio 2020**, recante *"Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili"*, e segnatamente dalla disciplina derogatoria in essa introdotta per far fronte all'emergenza sanitaria. In particolare, si dà atto, all'art.3 (Deroghe), comma 3, della possibilità di derogare espressamente dalla novella dell'art.106 **"allo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali e allo scopo di derogare ai termini previsti dai commi 8 e 14 per gli adempimenti nei confronti di ANAC"**.

Tanto, a ben vedere, potrebbe consentire l'ammissibilità di varianti ex comma 1 lett. a) dell'art.106, anche se appunto non espressamente previste nei documenti di gara o in clausole contrattuali, e per di più senza alcun limite di valore, avendo primario riguardo, nel contesto straordinario e derogatorio legittimato, alla revisione del prezzo corrispettivo necessitata dalle nuove immanenti condizioni.

Ad ogni modo che l'istituto sia quello lett. a) o lett. c) del comma 1 art.106, è chiaro che quanto alla definizione del **nuovo cronoprogramma dei lavori**, evidentemente **parte essenziale della variante**, esso non potrà che derivare dalla pertinente analisi che compete alle figure istituzionali dell'amministrazione (RUP, DL e CSE) da porre in forma dialettica con l'approfondimento, peraltro

normalmente oggetto di specifica obbligazione contrattuale, che l'esecutore effettua al fine di sottoporre le previsioni rinnovate al vaglio di un dettagliato esame di tipo organizzativo e produttivo.

Se lo strumento giuridico – l'adozione della variante ex art.106 comma 1 lett. a) o lett. c) – sembra essere stato individuato, il metodo di calcolo dell'indennizzo a riequilibrio del contratto è invece di difficile definizione analitica, soffrendo la circostanza che l'attuale eccezionale contingenza non trova precedente nella letteratura di settore.

Potrebbe soccorrere, a beneficio del suo sostegno giuridico, l'**art.1664 comma 2 CC**, secondo il quale *"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"*. Il suo ricorso sarebbe giustificato dal fatto che la sopraggiunta eccessiva onerosità sia riconducibile ad una ragione – la pandemia da coronavirus – che evidentemente potrebbe rientrare tra le cause naturali oggetto del dominio di competenza ed applicazione del citato comma 2 art.1664 CC.

In tale prospettiva, perciò, l'indennizzo assume la denominazione di **equo compenso**. Sul suo calcolo non vi sono strette indicazioni di letteratura, potendosi perciò agire sui prezzi elementari di contratto allo scopo di definirne il giusto e congruo rinnovato tenore.

4. Quanto al calcolo dell'indennizzo compensativo a riequilibrio del contratto.

Quanto invece all'**indennizzo (ovvero risarcimento) che è necessario introdurre a riequilibrio del contratto**, si vuole qui operare una proposta, qualificata per quanto possibile di metodo analitico.

Si precisa che la proposta non comprende il complesso di tutti i maggiori costi della sicurezza che il CSE dovrà avere cura di inserire nell'aggiornamento del computo metrico estimativo del rinnovato PSC, in funzione dei numerosi e onerosi apprestamenti tecnici ed organizzativi da mettere in atto alla ripresa dei lavori. Essi devono costituire la base economica del nuovo PSC da inserire anch'esso tra gli elaborati della variante assieme a quelli rappresentativi delle nuove procedure e del rinnovato layout di cantiere.

Si ritiene che il presupposto teorico analitico necessario ad individuare l'indennizzo possa risiedere nella curva ad S contrattuale che, riportata nel piano cartesiano (asse delle ascisse per il tempo t e asse delle ordinate per l'importo I), narra la previsione pattizia della produzione cumulativa, a corrispettivi contrattuali (quindi a prezzi elementari contrattuali), dalla consegna dei lavori alla loro ultimazione.

L'integrale della curva dalla consegna dei lavori ($t=0$) fino al termine utile contrattuale ($t=t.u.f.$) rappresenta l'intero prezzo corrispettivo, mentre la pendenza della curva in ogni suo punto (ovvero l'inclinazione della tangente in quel punto rispetto all'asse delle ascisse) raffigura la produttività teorica nell'incrocio delle due coordinate.

La curva ad S tuttavia non è analiticamente rappresentabile in una specifica equazione (perciò nemmeno la sua funzione derivata che individua la produttività), perché essa è di complesse proprietà geometriche ed oltretutto perché assolutamente tipica ed unica per ogni cantiere, posto che sono tipiche di ogni contratto e quindi di ogni cantiere sia la durata della fase iniziale di avvio produttivo, da cui dipende il primo flesso della curva, sia quella della fase finale, allorquando la curva quasi si adagia orizzontalmente (secondo flesso), avvisandoci che è stata raggiunta la quasi totalità dell'importo del contratto e deve attuarsi la dismissione del cantiere.

Vista la difficoltà di gestire una curva complessa ed irregolare ci si può affidare in maniera più pragmatica a 2 criteri semplificativi:

- a) La discretizzazione della curva cioè la sua trasformazione in una spezzata dove ogni intervallo viene stabilito a priori (per esempio intervallo mensile);
- b) La trasformazione della curva in una retta, in una via di ancora maggiore semplificazione;

L'obiettivo sia nel caso dell'insieme di intervalli (per es. mensili) che nella semplificazione estrema della retta è di individuare la produzione media definita dal rapporto tra importo corrispettivo elementare e durata per conseguire quell'imposto corrispettivo; produzione media che nel caso a) sarà variabile ma sempre univocamente determinata per ogni intervallo stabilito (quindi per ogni mese), mentre nel caso b) sarà unica e definitivamente fissata dal rapporto tra l'importo contrattuale I_c e la durata T_c del contratto (o termine utile contrattuale).

Quindi, ponendoci per comodità nel caso più semplice della retta (perciò la sua pendenza rispetto all'asse delle ascisse, ovvero la produttività prevista od attesa, sarà sempre la stessa per tutta la durata del contratto):

P_{mc} = produzione media contrattuale = I_c (importo contrattuale) / T_c (tempo contrattuale)

(Ovvero, se si vuole ragionare sull'intervallo i -esimo:

P_{mi} = produzione media nell'intervallo individuato (i -esimo) = $D(\text{delta}) I_i / D(\text{delta}) T_i$, cioè il rapporto che vede al numeratore le differenze di importo nell'intervallo i -esimo cioè in corrispondenza delle due ordinate individuate, ed al denominatore l'intervallo temporale abbinato cioè corrispondente alla differenza delle ascisse correlate alle ordinate individuate).

È evidente che I_c = Importo contrattuale rappresenta il complessivo Ricavo ovvero, in via convenzionale, la sommatoria di Utile, Spese Generali e Costi Diretti contrattuali; in formula:

$R = Ut \text{ (Utile)} + SG \text{ (Spese Generali o Costi Indiretti)} + \text{Costi Manodopera} + \text{Costi Mezzi e Noli} + \text{Costi Approvvigionamenti}$.

SG ed Ut sono convenzionalmente fissati dalle (tuttora vigenti) lettere b) e c) del comma 2 dell'art.32 del regolamento DPR 207/2010, nei valori, rispettivamente, del 13-17% (per comodità ci si può porre nel valore medio del 15%) e del 10%.

È necessaria una precisazione prima di proseguire. Appare chiaro che il percorso analitico intrapreso punta a coinvolgere i titoli che la letteratura di specie pone a fondamento delle poste risarcitorie, allorquando, a causa di comportamento imputabile al committente pubblico, l'esecutore abbia a patire una produzione inferiore a quella attesa (ovverosia incorre nel cosiddetto *anomalo andamento dei lavori*), i cui effetti si manifestino nel mancato ammortamento dell'apparato organizzativo e produttivo predisposto, al contrario, per l'intera produzione prevista.

È altrettanto chiaro che nel contesto sopravvenuto di *forza maggiore*, entrambi i contraenti d'appalto, il committente pubblico e l'esecutore, non possono in alcun modo vedersi imputata alcuna responsabilità, e perciò in via strettamente giuridica l'operatore economico avrebbe diritto al solo maggior tempo che si rende necessario per il compimento dell'opera (proroga) e non anche a farsi risarcire dal committente contraente il danno patrimoniale subito in conseguenza dalla mancata piena utilizzazione dell'impianto produttivo predisposto per attuare i lavori secondo la programmazione stabilita.

Tuttavia l'enormità e la drammaticità del nuovo scenario, privo di precedente, in uno all'esigenza di trovare una soluzione a rimedio quanto più possibile congrua (che superi quella inadeguata della semplice revisione dei prezzi, ex art.1664 c.1 CC), in assenza peraltro di idonei strumenti forniti dal Codice dei Contratti, suggeriscono l'adozione di strumenti contrattuali di riequilibrio, indennitari o compensatori, molto prossimi al risarcimento del danno patrimoniale, quand'anche quest'ultimo debba porsi come valore massimo ammissibile all'interno di un range il cui esame di congruità deve essere agganciato al caso specifico, al distinto cantiere, in ragione della reale forza lavoro presente e delle provate conseguenze sui contratti di approvvigionamento.

Riprendendo il metodo analitico proposto, l'importo a ricavo sopra individuato, allorquando venga riferito al periodo elementare contrattualmente previsto per l'emissione del rateo del prezzo (SAL), per esempio il mese, coincide con il ricavo atteso per il periodo contrattuale (o mese) i -esimo:

Rpi = Ricavo previsto periodo i-esimo = Uti (Utile del periodo i-esimo) + SGi (Spese Generali del periodo i-esimo) + (Costi Manodopera) i (periodo i-esimo) + (Costi Mezzi e Noli) i (periodo i-esimo) + (Costi Approvvigionamenti) i (periodo i-esimo).

In sostanza l'equazione di equilibrio convenzionale sancisce che la produzione attesa nel periodo di riferimento del SAL i-esimo, ovvero il ricavo nel detto periodo, risulta bilanciato dall'utile convenzionale del 10% (art.32 c.2 lett. c), dalle spese generali anch'esse convenzionalmente stabilite in una percentuale compresa tra il 13% ed il 17% (art.32 c.2 lett. b), e dalla sommatoria dei costi diretti che, ancora in via convenzionale, vanno a coprire la rimanente parte, ovvero il 75% del ricavo (se si assumono le SG al valore medio del 15%).

Ogniquale la produzione effettiva (ovvero il ricavo effettivo) nel periodo elementare (per es. mese) risulti inferiore a quella prevista, occorre ricercare le ragioni di detto ridotto conseguimento produttivo e qualora le responsabilità siano riconducibili al committente l'esecutore ha diritto ad essere risarcito. Non è questo il caso, come si è già detto, perché il committente non ha alcun ruolo nella genesi della ridotta produzione (epidemia da Covid), ma l'indicazione qui proposta è di definire una massima congruità cui riferire il sostegno economico-finanziario all'operatore economico che ha visto la sua attività completamente stravolta dall'epidemia.

Poiché ovviamente anche il ricavo effettivamente conseguito nel periodo i-esimo del SAL (o produzione effettiva) risulta convenzionalmente equilibrato dalla sommatoria dei costi (diretti ed indiretti) e dall'utile, ovvero da tutte le componenti elementari del prezzo, appare chiaro che la differenza tra la produzione prevista e contrattualmente pattuita (per la quale l'impresa si è organizzata) e quella minore effettivamente conseguita comporta, al netto dell'utile, l'insorgenza di maggiori costi (diretti ed indiretti) sostenuti (perché calibrati ad una organizzazione in origine destinata a conseguire l'intera produzione) ma non ammortizzati dal ricavo concretamente ottenuto nel SAL i-esimo.

Nettando dell'utile (10%) e delle spese generali (15%) la differenza tra il ricavo previsto e quello effettivo si ha l'incremento dei costi diretti:

$D (R_{pi} - R_{ei}) / 1,10 / 1,15 = D \text{ costi diretti} = D \text{ costi manodopera} + D \text{ costi macchinari} + D \text{ costi approvvigionamenti}.$

Tralasciando la parte degli approvvigionamenti, la cui ripetuta onerosità appare di difficile individuazione (dipendendo essa, tra l'altro, dalla tipologia dei fornitori, dagli aspetti negoziali che vengono impattati, da eventuali fenomeni inflattivi che dovessero innescarsi sui costi delle materie prime), e perciò dovrebbe essere oggetto di esame e rappresentazione specifici per ogni contratto, si ritiene possano essere emarginati gli incrementi convenzionali dei costi della manodopera e dei macchinari non equilibrati (od ammortizzati) dalla produzione effettivamente conseguita e pagata dal committente.

Quanto alle voci D costi manodopera e D costi mezzi, macchinari e noli, si potrebbe fare riferimento alle incidenze della manodopera e dei mezzi d'opera nei prezzi più ricorrenti per il contratto in esame, allo scopo di calcolarne la media ponderata. Oppure si può fare riferimento alle tabelle allegate al DM 11.12.1978, che individuano valori medi delle incidenze di manodopera, mezzi d'opera e noli, che sebbene strettamente funzionali, nell'originario scopo del DM, al calcolo della revisione dei prezzi (istituto in passato largamente utilizzato prima che venisse sospeso negli anni 90 e poi ripreso dal comma 1 lett. a) art.106 Codice 50/2016), vengono spesso tuttora prese a riferimento dalle stesse stazioni appaltanti per individuare un'incidenza media della manodopera e mezzi d'opera cui ragguagliare il calcolo del risarcimento dovuto all'impresa, allorché spetti alla committente risarcire il danno patrimoniale da ridotta produzione.

Applicando le percentuali di manodopera e mezzi d'opera (cioè le loro incidenze medie così rinvenute) al valore della mancata produzione sopra richiamato (nettato di utile e spese generali), si ottiene un

valore numerico che potrebbe costituire il massimo valore dell'indennizzo da corrispondere all'esecutore in tema di maggiori costi per maestranze e mezzi d'opera. Ovvero:

$D (R_{pi} - R_{ei}) / 1,10 / 1,15 \times (\% D \text{ costi manodopera}) = \text{Indennizzo per la voce manodopera}$

$D (R_{pi} - R_{ei}) / 1,10 / 1,15 \times (\% D \text{ costi mezzi d'opera}) = \text{Indennizzo per la voce mezzi d'opera}$

Quanto ai costi indiretti, cioè alle spese generali, esse si calcolano convenzionalmente applicando la percentuale forfettaria fissata al c.2 art. 32 regolamento (per es. 15%) al complesso dei costi diretti. Quindi:

$D (R_{pi} - R_{ei}) / 1,10 / 1,15 \times 15\% = \text{Spese Generali riferite alla mancata produzione.}$

Le spese generali, come noto, risultano modulate sulla durata contrattuale (il loro andamento segue quindi la curva ad S), al netto però dell'aliquota indipendente dal tempo – in letteratura pari ad 1/3 (circa il 33%) – che viene spesa nelle fasi di impianto e smontaggio del cantiere (e quindi pagata all'esecutore qualunque sia la durata del contratto).

Applicando la percentuale di 2/3 di 15% all'importo della mancata produzione, si ottengono le spese generali infruttifere, non ammortizzate dalla produzione, cui quindi poter raggugliare il massimo indennizzo per i costi indiretti sostenuti in contesto Covid.

Qualora sia stata disposta la sospensione dei lavori, e solo per il tempo della sospensione, gli indennizzi dovrebbero essere limitati seguendo le indicazioni dell'art.10 comma 2 lettere a) e b) del DM 49/2018, che fanno riferimento alla reale presenza di manodopera e mezzi d'opera e che impongono per le ulteriori spese generali la percentuale fissa del 6,5 %.

È evidente che tanto il titolo individuato a compensare le maggiori spese generali, quanto quello congiunto ai maggiori costi di manodopera e mezzi dovrebbero costituire un sovrapprezzo da applicare in ogni rateo del prezzo (SAL), per l'intero periodo in cui dovrà essere applicato il protocollo di difesa dal Covid e contenimento del contagio.