

# Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

## Note e Commenti



### RIFLESSIONI SUL PROBLEMA DELLE SOPRAVVENIENZE NEL CONTRATTO DI APPALTO PUBBLICO IN CORSO DI ESECUZIONE DURANTE L'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19

Francesco Orabona

#### Abstract

[Reflections on the problem of the overeveniences in the contract being executed during the covid-19 health emergency] According to the main regulatory provisions of supranational and national legislation on public procurement and by virtue of the principles laid down by the case law on events occurring during the execution of the contract for the award of services and supplies (even of modest economic value), there seems to be no doubt about the possibility of extending these events in the context of the current health emergency from Covid-19. This circumstance would legitimize the Public Administration to enter into the necessary negotiations with the contractor in order to agree on the modification of certain contractual clauses that cannot be implemented under normal conditions due to the health emergency.

#### Key Words:

Contract, Overeveniences, Health emergency, Code, Clauses

Vol. 8 (2021)





# Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico in corso di esecuzione durante l'emergenza sanitaria da covid-19

Francesco Orabona\*

## 1. Premessa di carattere generale

Prima di addentrarci nel solco della problematica oggetto di analisi, appare doveroso delineare preliminarmente la disciplina normativa contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici) concernente la fattispecie contrattuale degli appalti pubblici di lavori, servizi o forniture e della concessione di lavori e servizi.

L'art. 3, lett ii) definisce gli appalti pubblici quali *<<contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi>>*; il medesimo articolo alle lettere uu) e vv) prevede la definizione di *«concessione di lavori»* e di *«concessione di servizi»* qualificando tali fattispecie quali contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta. In particolare, attraverso la concessione di lavori le stazioni appaltanti affidano ad uno o più operatori economici *<<l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ... riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere>>*; la concessione di servizi, ha, invece, ad oggetto *<<la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori>>* di cui alla lettera ll) del medesimo art. 3 e prevede *<<a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi>>*.

---

\* Francesco Orabona è Tecnologo dell'Istituto Nazionale di Statistica nell'area legale/giuridico amministrativa e Dottore di ricerca in Diritto amministrativo.  
Indirizzo e-mail: francroma71@gmail.com oppure orabona@istat.it

Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

Come si può ben osservare, le due categorie contrattuali possono considerarsi ontologicamente distinte tra di loro sia sotto il profilo sostanziale sia sul versante della situazione giuridica soggettiva. I contratti pubblici hanno, infatti, la caratteristica di realizzare, da un canto, una prestazione in favore della stazione appaltante a carico dell'appaltatore (interesse pubblico), dall'altro, il sorgere dell'obbligo contrattuale di corrispondere, a carico della stazione appaltante, un corrispettivo economico a favore dell'appaltatore. L'elemento distintivo che contraddistingue la concessione dall'appalto pubblico è dato dal corrispettivo e dalla gestione dell'opera e del rischio operativo che si assume il concessionario (c.d. <<*rischio di gestione*>><sup>1</sup>. Nel contratto di appalto, il corrispettivo in favore dell'appaltatore è fisso senza che quest'ultimo sia esposto a rischi vari quali, ad esempio, dovuti all'aumento dei prezzi del materiale di costruzione o alla riduzione di domanda del servizio erogato, salvo che in corso d'opera siano derivati oneri maggiori e, quindi, in tal caso l'imprenditore può chiedere l'aumento del corrispettivo rispetto a quello pattuito fin dall'inizio. Nella concessione, al concessionario, che affronta gli oneri dell'opera o del servizio, viene riconosciuto, come corrispettivo o prezzo, il diritto di gestire l'opera pubblica realizzata (in caso di concessione di lavori) o i servizi (in caso di fornitura di servizi). Talvolta, tale diritto può assumere la forma di corrispettivo fisso (definito "prezzo"). In entrambe le ipotesi, il concessionario non è remunerato direttamente dall'Amministrazione committente ma dall'utenza<sup>2</sup> che corrisponde, in un regime normalmente tariffario, i canoni richiesti per usufruire del servizio fornito dal gestore<sup>3</sup>. Si può dire, dunque, che a carico del concessionario si pongono maggiori rischi per il mancato recupero degli investimenti che è tenuto ad affrontare per avviare l'esecuzione delle prestazioni del contratto di concessione. L'ammortamento di tale rischio si potrebbe verificare allorché l'imprenditore possa rifarsi sull'utenza attraverso la riscossione di un canone o di una tariffa.

Altro parametro di riferimento che induce a ritenere distinte le due tipologie contrattuali è rappresentato dal fatto che con il contratto di appalto pubblico si realizza un rapporto giuridico bilaterale tra stazione appaltante e ditta affidataria; viceversa, nella concessione si istaura un rapporto trilaterale tra concedente, concessionario ed utente<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, p. 986

<sup>2</sup> Si pensi al caso del servizio di somministrazione di bevande e di altri prodotti con distributori automatici. In tal caso, lo stesso servizio è remunerato solo con i proventi delle vendite effettuate e rappresenta una concessione e, quindi, il concessionario ha solo il diritto di gestire il servizio e recupera i relativi oneri rifacendosi sugli utenti attraverso le vendite degli snack e delle bevande. Parimenti si pensi al servizio reso dalle Autostrade: il concessionario recupera i costi di gestione (realizzazione e manutenzione dell'infrastruttura) attraverso il pedaggio pagato dagli utenti.

<sup>3</sup> GAROFOLI, *op. ult. cit.*, p. 987.

<sup>4</sup> Qualche Autore ha ritenuto che le concessioni di lavori e/o servizi non siano né convenzioni accessorie a provvedimenti, né accordi integrativi, tanto meno contratti ad oggetto pubblico nel senso tradizionale dell'espressione residuando qualche incognita in relazione alle concessioni di beni. Per queste ultime non sarebbe agevole stabilire se l'oggetto prevalente dell'affidamento al contraente è costituito dal servizio oppure dal bene così come avviene nel caso dei contratti misti di servizi, forniture, lavori (così CERUTI, *Il riparto di giurisdizione nell'esecuzione dei contratti pubblici: appalti e concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 3, p. 302). A tal proposito la giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di Cassazione ha previsto che *solo l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei Comuni, quale che sia la terminologia adottata nella convenzione ed ancorché essa presenti elementi privatistici, è sempre riconducibile, ove*

Fatta questa premessa generale, al fine di risolvere le questioni emerse dal caso concreto -che si illustrerà nel prossimo paragrafo-, con il presente contributo si tenterà di analizzare, più nello specifico, la disciplina delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico di servizi e forniture in corso di esecuzione e si porrà, in particolar modo, l'attenzione sulla delicata problematica della revisione del paradigma contrattuale durante il periodo di emergenza sanitaria da Covid 19<sup>5</sup> alla luce della recente normativa emergenziale nazionale ed in considerazione delle indicazioni fornite dall'ANAC nonché delle recenti pronunce giurisprudenziali e delle disposizioni dell'ordinamento sovranazionale.

Si precisa che il perimetro dell'indagine del presente scritto sarà limitato ad alcuni contratti di forniture e servizi di scarsa rilevanza economica atteso che è stato posto, come parametro di riferimento per una esaustiva analisi giuridica, una casistica di fattispecie contrattuali che lo scrivente ha dovuto direttamente affrontare durante l'emergenza sanitaria nell'ambito della propria attività professionale nell'interesse dell'Ufficio periferico della propria Amministrazione di appartenenza. Tali contratti -cui si applica la specifica disciplina dei contratti di servizi e forniture di cui all'art. 35 del medesimo Codice- prevedono l'erogazione di acqua potabile e di bevande calde, ivi compresa la manutenzione, attraverso l'installazione di appositi distributori all'interno della sede lavorativa; essi sono stati affidati direttamente ad una delle ditte secondo la procedura di cui all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici per un valore economico inferiore ad € cinquemila.

Ecco, dunque, che è sopraggiunto il problema durante l'emergenza sanitaria se in merito alla gestione di tale tipologia di contratti si possa valutare la possibilità di attribuire all'Amministrazione una legittima giustificazione per poter procedere alla revisione di alcuni degli aspetti contrattuali del servizio (modalità delle prestazioni, scadenza, durata, entità del valore economico delle medesime prestazioni, ecc.). Peraltro, sono emerse implicazioni di carattere comportamentale da entrambe le parti che hanno indotto ad assumere valutazioni, non sempre in linea con la normativa di settore, sfocianti il più delle volte nell'adesione ad accordi forzati di convenienza per evitare conseguenze reciproche (oneri economici aggiuntivi, perdita del cliente, ecc.) o per eludere inutili questioni

---

*non risulti diversamente, alla figura della concessione- contratto , atteso che il godimento dei beni pubblici , stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici , può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene - entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante concessione amministrativa, con la conseguenza che le controversie attinenti al suddetto godimento sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, quando non abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi. Nella figura della concessione- contratto, infatti, la Pubblica Amministrazione è titolare di una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte, in quanto dispone, oltre che dei diritti e della facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore, in cui la concessione è diretta a produrre i suoi effetti. (Cass., SS.UU., 16 settembre 2015, n. 18133; Cass., SS.UU., 26 febbraio 2003, n. 10157; Cass., SS.UU., 7 maggio 2003, n. 6898; Cass., SS.UU., 16 gennaio 1991, n. 377).*

<sup>5</sup> Come ben noto, diversi casi di polmoniti anomale, scoperte a fine dicembre 2019 in Cina nella città di Wuhan, si diffusero in breve tempo in molte città del Mondo. Da lì la scoperta che un virus si trasmette da uomo ad uomo denominato dall'OMS "Covid-19" dall'acronimo di Co(corona); vi(virus); D(malattia) e 19 (anno di identificazione del virus. In Italia, a fine gennaio 2020, il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza sanitaria per la scoperta di molti casi in alcune città del Nord. Da allora e fino ad oggi l'emergenza continua tant'è il legislatore nazionale ha continuamente adottato molteplici norme emergenziali per il contenimento dell'epidemia.

Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

contenziose che spesso si potrebbero rilevare non idonee alla risoluzione delle esigenze delle parti stesse.

L'analisi delle questioni sottese a tale tipologia di contratti<sup>6</sup> in tema di revisione del paradigma contrattuale in presenza di eventi sopravvenuti in corso d'opera, non può essere letta in maniera riduttiva posto che la casistica che si andrà ad illustrare potrà essere applicata in via analogica, ma con regole e schemi più rigidi, anche a quelle fattispecie più complesse di appalti pubblici di lavori e servizi.

## **2. Il caso concreto**

L'Amministrazione ha proceduto, ai sensi dell'art. 35 del Codice dei Contratti, all'affidamento diretto, ad una ditta selezionata sul territorio, del servizio di erogazione di acqua potabile e di bevande calde attraverso l'installazione di appositi distributori all'interno della sede lavorativa (ivi compresa la manutenzione) per un importo inferiore ad € cinquemila. In virtù di apposito capitolato ed in funzione delle lettere d'ordine intercorse tra le parti, sono state definite le prestazioni a carico dell'appaltatore e l'importo del canone di noleggio mensile del servizio.

Sin dall'inizio della pandemia sanitaria, il personale dipendente dell'Amministrazione è stato collocato in lavoro di smart working, talvolta al 100% ed in taluni periodi dell'anno al 50%, e, quindi il servizio fornito dalla ditta non è stato, per un lungo periodo e fino ad oggi, pienamente o del tutto utilizzato. Per tale motivo, l'Amministrazione ha formalmente proposto alla Ditta la sospensione del canone di noleggio durante la vigenza dello stato di emergenza sanitaria (allo stato fino ad aprile 2021) salvo ulteriori proroghe in considerazione di eventuali provvedimenti governativi e locali in merito al perdurarsi del periodo di emergenza sanitaria. Nella medesima richiesta l'Amministrazione ha proposto di mantenere il servizio fino alla scadenza contrattuale dei 48 mesi proponendo di riformulare l'entità del canone di noleggio rappresentando motivi legati al mancato utilizzo del servizio da parte del personale che ha lavorato in modalità agile ed in funzione delle disposizioni governative che hanno prorogato lo stato emergenziale fino ad aprile 2021. In prospettiva di tale riformulazione delle condizioni economiche, l'Amministrazione ha chiesto una notevole riduzione del canone con un abbattimento di circa il 40%.

In definitiva, ci si è posti il problema se l'Amministrazione sia legittimata ad ottenere la sospensione del pagamento del canone di noleggio nonché la riduzione di quest'ultimo oppure la rimodulazione delle condizioni contrattuali secondo le esigenze rappresentate dalla stessa Amministrazione.

## **3. Il quadro normativo sulle sopravvenienze**

Il d.lgs. n. 50/2016, all'art. 106, delinea, sia con riguardo ai settori ordinari che ai settori speciali, una compiuta disciplina in merito alle modifiche (c.d. varianti) del contratto di appalto pubblico in corso di esecuzione.

---

<sup>6</sup> Pare opportuno ribadire che si sta delimitando il campo di osservazione ai contratti di forniture di servizi di modico valore economico laddove la scelta del contraente è avvenuta direttamente dall'Amministrazione previo interpello informale di più ditte e senza l'attivazione della procedura di evidenza pubblica che caratterizza le gare di appalto più complesse ed articolate e di elevata consistenza economica.

La citata disposizione concede chiaramente alla Pubblica amministrazione la facoltà di introdurre varianti in corso d'opera ai contratti di appalto i quali *<<possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento>>* solo ed esclusivamente per quelle fattispecie tipizzate ed espressamente previste dalla medesima norma ai commi 1 e 2. In virtù di tale impostazione, il procedimento di modifica del contratto deve avvenire sotto la vigilanza del RUP ed in presenza di condizioni tassative: ovvero per espressa previsione di clausole contrattuali purché esse non apportino modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto; per motivi economici o tecnici esistenti e forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; per duplicazione dei costi; per esigenze derivanti da sopravvenute nuove disposizioni legislative, regolamentari o provvedimentali; per circostanze imprevedute e imprevedibili per l'Amministrazione aggiudicatrice; in caso di non superamento della soglia limite di cui alle lettere a) e b) della medesima disposizione; per trasformazioni aziendali dell'appaltatore. Basti pensare che la durata del contratto può essere modificata esclusivamente *<<se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga>>* (comma 11) senza che le parti possano arbitrariamente fissare condizioni di durata differenti dovendo attenersi ai medesimi *<<prezzi, patti e condizioni>>* già stabilite nel contratto originario. Allo stesso modo dicasi per la modifica delle prestazioni in quelle situazioni in cui sorga la necessità di disporre un aumento o una diminuzione delle stesse: in tal caso, la Stazione appaltante può imporre all'appaltatore *<<l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario>>* con decadenza del diritto di azionare la risoluzione contrattuale a carico del contraente privato (comma 12).

Il procedimento di modifica è assoggettato ad un articolato sistema istruttorio che si svolge sotto l'esclusiva vigilanza del RUP e con i successivi controlli dell'ANAC. L'iter si conclude con l'approvazione dell'atto aggiuntivo al contratto principale da parte della Stazione appaltante il cui avviso va comunicato non solo all'appaltatore ma va anche pubblicato in Gazzetta Ufficiale; i contratti sopra la soglia comunitaria sono pubblicati anche nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

Sul punto ci si è chiesti se l'atto aggiuntivo al contratto principale possa essere impugnato dinanzi al Giudice amministrativo o al Giudice ordinario. Il recente orientamento giurisprudenziale è giunto a chiarire la linea di demarcazione tra le due giurisdizioni: occorre far riferimento al *petitum* sostanziale della domanda identificantesi non solo in funzione della concreta pronuncia che si chiede al Giudice ma anche con riguardo ai fatti dedotti ed allegati dalle parti<sup>7</sup>; sicché se una parte intenda far valere la declaratoria di illegittimità degli atti di una procedura di evidenza pubblica -deducendo la non corretta applicazione delle condizioni legittimanti della modifica sostanziale del contratto di cui all'art. 106, comma 1, lett. b) del Codice dei Contratti pubblici-, il relativo contenzioso spetta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) C.P.A.<sup>8</sup>.

### 3.1 Segue: in particolare la fattispecie delle sopravvenienze

Concentriamoci più diffusamente sulla fattispecie che ci interessa ovvero sulla situazione in cui si ravvisa per l'Amministrazione la necessità di modificare il contratto *<<per circostanze imprevedute e imprevedibili>>* ed in ragione della *<<sopravvenienza di nuove>>* norme di legge di rango primario e secondario (*<<disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti>>*). Queste circostanze vanno senz'altro messe a

<sup>7</sup> Cass. civ., Sez. U. 26/7/2019, n. 20403 e 31/7/2018, n. 20350.

<sup>8</sup> T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 26-03-2020, n. 1259.

Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

confronto con l'attuale situazione di emergenza sanitaria onde poter stabilire se quest'ultima possa configurarsi come sopravvenienza tale da poter giustificare il potere dell'Amministrazione di provvedere alla revisione di alcuni degli elementi contrattuali del servizio o della fornitura dell'appalto.

Appare utile iniziare a fornire una panoramica più sistematica sulla vera portata della fattispecie di cui all'art. 106, comma 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici che va analizzata in coerenza con quanto previsto dalla disciplina civilistica in tema di sopravvenienze.

Ebbene, in funzione di tale prospettiva, si può cominciare a dire che il potere discrezionale dell'Amministrazione a determinare una modifica contrattuale per contratti di appalto di servizi o forniture si arresta di fronte ad una situazione di << *necessità* >> causata da << *circostanze impreviste e imprevedibili* >> e dal sopravvenire di nuove norme sia legislative di rango primario sia secondarie previste da regolamenti o da Autorità preposte << *alla tutela di interessi rilevanti* >>. In presenza di tali condizioni, ovvero la necessità ed il sopravvenire di circostanze sopravvenute, l'Amministrazione è, infatti, tenuta ad attivare il procedimento di modifica del contratto previsto dall'art. 106 del Codice dei Contratti di cui viene messo a conoscenza l'appaltatore con i rituali strumenti di pubblicità legale degli atti. Spetta, poi, alla parte privata la valutazione di aderire o meno alle revisioni contrattuali formulate dall'Amministrazione: in tal caso l'appaltatore ha a disposizione tutti gli strumenti ed i rimedi per avanzare eventuali contestazioni servendosi di una tempistica ben precisa fissata dal Codice dei Contratti.

La disciplina delle sopravvenienze prevista dal Codice dei contratti pubblici deve essere necessariamente combinata con alcuni istituti disciplinati dal Codice civile.

Il concetto di << *impossibilità della prestazione* >> per il caso del verificarsi di una causa non imputabile al debitore è presente nell'art. 1218 C.C.: la fattispecie ivi contenuta impone al debitore l'onere di provare il verificarsi di una causa a lui non imputabile al fine di ottenere l'esimente della responsabilità per inadempimento contrattuale; sul solco di questa impostazione c'è chi ha ritenuto che << *l'impossibilità liberatoria deve essere oggettiva ed assoluta*<sup>9</sup> e deve essere concepita come impossibilità naturalistica della realizzazione materiale della prestazione dovuta in sé considerata, cioè impossibilità di provocare il fatto o di tenere il comportamento promessi >><sup>10</sup>.

Nel caso dei contratti con prestazioni corrispettive si trova l'istituto della << *sopravvenuta impossibilità della prestazione* >> (art. 1463 C.C.) che non deve essere imputabile al debitore purchè sia sopravvenuta alla conclusione del contratto, anteriore all'inadempimento ed alla mora, e riferibile ad una prestazione infungibile<sup>11</sup>

Il riferimento ad << *avvenimenti straordinari e imprevedibili* >> è contenuto nella norma di cui all'art. 1467 C.C.; se nel corso dell'esecuzione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica e differita la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa si applica, come vedremo dopo, il rimedio della risoluzione del contratto purchè si siano realizzate due condizioni: intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto e la riconducibilità della eccessiva onerosità

---

<sup>9</sup> VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in Tratt. ROPPO, V, Rimedi, 2, Milano, 2006, p. 770; CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1463-1466, Bologna-Roma, 2002, p. 59.

<sup>10</sup> VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987, p. 122.

<sup>11</sup> SCALFI, *Risoluzione del contratto*, in EG, XXVII, Roma, 1991, p. 10.

sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale<sup>12</sup>

Significativo, poi, è il riferimento dell'art. 1664 C.C. alla nozione di <<circostanze imprevedibili>> durante l'esecuzione dell'appalto che possano determinare aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera previsti dal contratto stesso: in presenza di tale condizione, le parti hanno la facoltà di riformulare il prezzo del contratto.

### 3.2 Segue- Le possibili conseguenze giuridiche delle sopravvenienze ed i rimedi

Vediamo quali conseguenze possono sorgere al verificarsi delle sopravvenienze e quali sono i possibili rimedi che la legge concede alle parti contrattuali a difesa della loro posizione giuridica soggettiva.

L'eccessiva onerosità della prestazione contrattuale, determinata dal sopravvenire di eventi straordinari nel corso dell'esecuzione del contratto (art. 1467 C.C.), pone a carico della parte che deve tale prestazione la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto secondo lo schema di cui all'art. 1458 C.C.

Si è ritenuto che l'onerosità sopravvenuta non produce alcun effetto liberatorio automatico poiché, nel momento in cui si verificano le condizioni per esperire tale rimedio, la parte tenuta all'adempimento può agire in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto<sup>13</sup>

Secondo autorevole dottrina, il debitore non è normalmente esonerato dall'adempimento né è legittimato a sospendere l'esecuzione della prestazione, per cui per potersi liberare dalla sua obbligazione (e non incorrere nella responsabilità per inadempimento) avrebbe il solo rimedio di agire in giudizio per la risoluzione<sup>14</sup>.

Una tesi opposta ritiene che <<il debitore in buona fede potrebbe legittimamente sospendere l'esecuzione della prestazione sin dalla tempestiva comunicazione stragiudiziale della sopravvenienza onerosa e della volontà di avvalersi del rimedio risolutorio>><sup>15</sup>.

Sotto il profilo meramente processuale, è necessario che nella domanda principale la parte attrice deduca espressamente l'eccessiva onerosità della prestazione oppure nella stessa domanda riconvenzionale il convenuto debitore lo deve eccepire quando viene citato nel giudizio promosso dall'altro contraente per l'adempimento (o la risoluzione per inadempimento) del contratto. Sul punto la giurisprudenza ha ritenuto che l'eccessiva onerosità sopravvenuta può essere invocata solo a fondamento di una domanda di risoluzione, e non quale mera eccezione per contrastare l'altrui richiesta di adempimento, essendo diretta al conseguimento di una pronuncia che va oltre il rigetto della domanda di adempimento<sup>16</sup>.

La risoluzione del contratto per inadempimento produce effetto retroattivo tra le parti ad eccezione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica per i quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite (art. 1458 C.C.).

---

<sup>12</sup> DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in NN.D.I., XVI, Torino, 1957, p. 129\*; TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 1546.

<sup>13</sup> SACCO, *Il contratto*, in Tratt. Vassalli, Torino, 1975, p. 1001; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1995, p. 209.

<sup>14</sup> BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 387.

<sup>15</sup> SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Tratt. Grosso, Santoro Passarelli, Milano, 1980, p. 292.

<sup>16</sup> Cass. civ. 20744/2004; Cass. civ. 1090/1995



Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

Il rimedio della risoluzione del contratto di appalto in corso di esecuzione trova un limite nella disciplina del Codice dei Contratti.

Infatti l'art. 106, comma 12, attribuisce alla stazione appaltante la possibilità di imporre all'appaltatore l'esecuzione delle prestazioni alle stesse condizioni previste nel contratto originario quando ravvisi, in corso di esecuzione del contratto, la necessità di prevedere un aumento o una diminuzione delle stesse prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto. In tal caso, la parte privata non può agire per la risoluzione del contratto. Come si può ben notare, la norma riserva all'Amministrazione il potere discrezionale<sup>17</sup> di aumentare o di diminuire le prestazioni non solo esclusivamente al sopraggiungere di eventi straordinari ma anche quando ne sorge l'esigenza durante l'esecuzione del rapporto contrattuale<sup>18</sup>.

In genere, alla parte contrattuale nei cui confronti è stata proposta la domanda di risoluzione, è concesso il rimedio della c.d. *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467 C.C. Tale rimedio è alternativo alla risoluzione contrattuale e può essere esperito dal creditore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa, <<il quale può evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto in modo da rimuovere l'eccessiva onerosità sopravvenuta>><sup>19</sup> Tale rimedio può assumere una connotazione di carattere processuale esperibile sotto forma di eccezione in senso proprio attraverso apposita domanda riconvenzionale<sup>20</sup> oppure può essere considerato, dal punto di vista sostanziale, quale <<dichiarazione di volontà unilaterale, negoziale e recettizia [offerta], contenuta in un atto processuale e diretta alla formazione, mediante l'accettazione della controparte o, in difetto, l'attestazione di idoneità del giudice, di un regolamento modificativo dell'originario contenuto contrattuale>><sup>21</sup>

Al fine di rendere l'offerta adeguata al suo scopo ed idonea alla riduzione ad equità del contratto, occorre che le condizioni proposte dalla parte comportino un'attenuazione dell'onerosità sopravvenuta di modo che si possa ricondurre l'onerosità nei limiti della normale alea del contratto<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Tale potere può essere configurato quale diritto potestativo avente fonte legale e non negoziale innestandosi *ab externo* sul contratto il cui valore può essere ridotto o incrementato per effetto di scelte operate solo ex post dalla stazione appaltante (T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, 10-02-2020, n. 284).

<sup>18</sup> Sull'argomento la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'art. 106, comma 12, del Codice dei Contratti pubblici sia sempre applicabile in caso di errore della stazione appaltante e non quindi necessariamente in caso di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili; ne consegue che l'esigenza di aumento o di diminuzione delle prestazioni contrattuali emerga "in corso di esecuzione", non essendo consentita una previsione di modifica secondo tale art. 106 a monte della stipulazione del contratto, quando cioè vi sia un vizio genetico e noto della legge di gara che renda certa l'inadeguatezza delle prestazioni contrattuali cui parametrare le offerte (Cons. St., 25.02.2020, n. 1394). Tra l'altro, il "quinto d'obbligo" previsto nella citata disposizione rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti al contenuto del contratto che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo ed ai quali l'art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici si rivolge (T.A.R. Lombardia, n. 284/2020, cit.).

<sup>19</sup> BIANCA, *Diritto*, op. cit., p. 398.

<sup>20</sup> BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1947, p. 77; DE MARTINI, *Eccessiva onerosità, diminuita utilità della controprestazione e principio di corrispettività nella dinamica del contratto*, in GCCC, 1951, p. 129.

<sup>21</sup> BIANCA, *Diritto*, V, p. 399; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 532.

<sup>22</sup> MAGNI, *Ancora sull'offerta di riduzione ad equità*, in GI, 1993, I, 1, 2018.

In ogni caso, la parte che esegue parzialmente o che non adempie del tutto la prestazione, può liberarsi dalla responsabilità contrattuale se prova l'impossibilità della stessa prestazione che non dipende da una causa a lui imputabile. In mancanza l'inadempimento è "punito" con l'azione di risarcimento del danno da parte del creditore. La regola generale di tale azione risarcitoria è rinvenibile nella norma di cui all'art. 1218 C.C. il quale presuppone che sussistano i seguenti elementi: a) inadempimento; b) impossibilità della prestazione; c) imputabilità della causa dell'impossibilità di esecuzione; caso fortuito e forza maggiore. Tale disposizione va correlata anche con gli artt. 1256 (impossibilità della prestazione), 1176 (dovere di diligenza del debitore), 1175 e 1375 (dovere di correttezza-buona fede).

Il regime civilistico della risoluzione va combinato con la disciplina di cui all'art. 108 del Codice dei Contratti. Infatti, quest'ultima disposizione prevede una regolamentazione tassativa di varie situazioni che possono determinare la risoluzione del contratto di appalto.

In un primo caso è prevista la facoltà per la stazione appaltante di risolvere il contratto di appalto al verificarsi di una delle condizioni indicate nel comma 1, facendo salve le ipotesi di cui ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107 del medesimo Codice<sup>23</sup>. Viceversa, sussiste l'obbligo a carico della Stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto in presenza delle condizioni di cui al secondo comma del citato art. 108<sup>24</sup>.

L'art. 107 del d.lgs. n. 50/16, prevede la fattispecie della sospensione dell'esecuzione del contratto <<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>> nonché la proroga <<con congruo anticipo rispetto alla scadenza>> dello stesso contratto per l'ipotesi in cui l'esecutore dell'appalto <<per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato>> (comma 5). Secondo la ratio della norma, la

---

<sup>23</sup> Le condizioni che legittimano la risoluzione del contratto di cui al comma 1 dell'art. 108 del Codice dei Contratti sono:

- 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) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1, sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136, comma 1;
- d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

<sup>24</sup> Il comma 2 dell'art. 108 elenca le seguenti condizioni che impongono l'obbligo di risoluzione del contratto:

- a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- b) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80.

Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

sospensione e la proroga non operano in modo automatico ma sono subordinate all'invio di specifica ed espressa richiesta da parte dell'appaltatore<sup>25</sup>.

E', altresì, prevista la possibilità di sospensione dei lavori per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica (art. 107, comma 2). In tal caso, pare possa accordarsi in favore dell'appaltatore la tutela di un meccanismo di natura indennitaria, quanto meno nei casi in cui, protraendosi la sospensione oltre i termini ivi previsti, l'appaltatore medesimo abbia inteso sciogliersi dal vincolo contrattuale e la stazione appaltante gliel'abbia impedito<sup>26</sup>. Sul punto, è stato ritenuto che il principio posto dalla citata disposizione potrebbe trovare applicazione più ampia ovvero sarebbe riferito a tutte quelle situazioni in cui risulta impossibile per l'appaltatore rendere la prestazione dovuta a causa di forza maggiore e/o di *factum principis*<sup>27</sup> oppure in presenza di obbligazioni accessorie ancora da adempiere (ad esempio custodia mezzi o attrezzi, locali, adempimenti vari, impegno a riattivarsi al più presto) per le quali vi sono ulteriori costi da sostenere<sup>28</sup>.

Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale la sospensione può ritenersi legittima solo allorché sia disposta per motivi di pubblico interesse o per necessità o sia giustificata da fatti obiettivi non imputabili alla Pubblica Amministrazione committente o da esigenze non previste né prevedibili con l'ordinaria diligenza<sup>29</sup>.

Con l'entrata in vigore del D.L. 16 Luglio 2020, n. 76 c.d. Decreto Semplificazioni, sono state introdotte una serie di disposizioni di carattere temporaneo e derogatorio, al fine di realizzare un'accelerazione degli investimenti pubblici semplificando le procedure in materia di contratti pubblici e procedendo allo snellimento e abbassamento delle soglie.

Con particolare riferimento alla fattispecie della sospensione, è stata prevista la sospensione dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, fino al 31 dicembre 2021, in deroga all'articolo 107 del d.lgs. n. 50/2016 per una delle ragioni<sup>30</sup> ivi indicate tra le quali emergono i motivi di ordine pubblico e salute pubblica ivi comprese le misure adottate per contrastare l'attuale emergenza sanitaria. La casistica contenuta nel comma 1 della citata disposizione può essere ricondotta a quelle condizioni legittime di esonero dalla responsabilità da parte dell'appaltatore in presenza delle quali, la parte contrattuale, che pretende l'esecuzione della prestazione, non può invocare l'inadempimento dell'altra

---

<sup>25</sup> FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, p.10.

<sup>26</sup> COPPETTI- GILI- SMERCHINICH, *Coronavirus e contratti pubblici*, in Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, p. 7.

<sup>27</sup> Il *factum principis* è stato assimilato ai provvedimenti emergenziali del Governo (decreti legge, D.P.C.M. e altri atti a rilevanza normativa); diversamente la diffusione del virus che va ricondotto alla forza maggiore: così COPPETTI- GILI- SMERCHINICH, *op. ult. cit.*, p. 2.

<sup>28</sup> COPPETTI- GILI- SMERCHINICH, *op. ult. cit.*, p. 7.

<sup>29</sup> Cass. Civ., 21 giugno 2007, n. 14510; Cass. civ. Sez. I, Ord., 14-06-2018, n. 15700.

<sup>30</sup> Il comma 1 dell'art. 5 del d.l. n. 76/2020 prevede le seguenti ragioni per consentire la sospensione:

a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;

b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;

c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;

d) gravi ragioni di pubblico interesse.

parte. Ne consegue che nelle opportune sedi giurisdizionali il Giudice potrà tenere conto degli interessi in gioco di tutte le parti che vanno contemperati con l'interesse pubblico alla realizzazione delle opere.

Si è ritenuto, dunque, che l'istituto della sospensione (totale o parziale) del contratto in corso di esecuzione, possa costituire una opzione perseguibile dalle stazioni appaltanti poiché l'emergenza derivata dal COVID-19 legittima il differimento dei termini contrattuali<sup>31</sup>.

L'art.109 del Codice dei Contratti attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di 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. E', altresì, previsto che il decimo dell'importo delle opere non eseguite sia 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 (comma 2).

Secondo l'opinione di qualche Autore, la citata norma potrebbe essere invocata in tempi "normali" atteso che la previsione di esborsi ulteriori di denaro in un periodo di estrema criticità, caratterizzato dall'attuale emergenza sanitaria, non sembrerebbe <<ragionevole, a meno che non vi siano ragioni particolarmente stringenti (ad esempio si prevede la reinternalizzazione di un servizio e dunque c'è l'interesse a chiudere il più velocemente possibile i rapporti con l'appaltatore)>><sup>32</sup>.

#### **4. La normativa emergenziale sovranazionale e nazionale**

Ora possiamo concentrarsi su alcune disposizioni adottate dal legislatore comunitario e da quello nazionale in ordine alla regolamentazione dei contratti di appalto durante l'emergenza sanitaria da Covid-19.

La Commissione europea con comunicazione del 01.04.2020 contenente gli "Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19", ha fornito una serie di indicazioni per fronteggiare la crisi sanitaria in materia di acquisto di forniture, servizi e lavori di appalti pubblici. Con tale provvedimento è concessa agli appaltatori e stazioni appaltanti la possibilità, in caso di urgenza, di ridurre notevolmente i termini delle procedure aperte e ristrette: per le prime si applica un termine di 35 giorni per la presentazione delle offerte; per le seconde è previsto un termine di 30 giorni per la presentazione delle domande di partecipazione ed un ulteriore termine di 30 giorni per la presentazione delle offerte. In caso di persistenza della situazione di urgenza, il termine per la presentazione delle offerte può essere ridotto a 15 giorni in casi di urgenza debitamente motivata (procedura aperta); viceversa, il termine per la presentazione di una domanda di partecipazione può essere ridotto a 15 giorni e quello per la presentazione di un'offerta a 10 giorni per la procedura ristretta.

Il provvedimento della Commissione prevede, altresì, la possibilità per le Amministrazioni di aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza

---

<sup>31</sup> DONATI, *Contratti di appalto in essere ai tempi del COVID 19. Quali scenari per le stazioni appaltanti?*, in <https://www.giurisprudenzappalti.it/sentenze/contratti-di-appalto-in-essere-ai-tempi-del-covid-19-scenari-per-le-stazioni-appaltanti/>, 2020, p. 7.

<sup>32</sup> DONATI, *op. cit.*, p. 10.

Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

pubblicazione quando si ravvisano ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili: tale condizione è ammissibile nel caso in cui termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Il provvedimento *de quo* ha, inoltre, qualificato quali eventi imprevedibili per l'Amministrazione le <<*esigenze specifiche degli ospedali e di altre istituzioni sanitarie in relazione alla fornitura di cure, dispositivi di protezione individuale, ventilatori polmonari, posti letto supplementari e infrastrutture ospedaliere e di terapia intensiva aggiuntive, comprese tutte le attrezzature tecniche*>>, circostanze queste che non possono essere pianificate in anticipo da parte dell'Amministrazione.

Il legislatore italiano, in tema di emergenza sanitaria da Covid-19, tra i molteplici provvedimenti emergenziali vigenti, ha introdotto all'art. 3, commi 6 bis e 6 ter del d.l. n. 6/2020 una disciplina specifica nel settore delle obbligazioni contrattuali in presenza di misure di contenimento dell'epidemia adottate dal Governo. L'impianto normativo di tale disposizione normativa, seppure abbia una valenza generica e poco puntuale, prevede la possibilità di escludere la responsabilità del debitore per le ipotesi di cui agli articoli 1218 e 1223 C.C. o per il caso del verificarsi di decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti degli obblighi contrattuali sulla scorta del presupposto che tale condizione sia valutata da una o entrambe le parti contrattuali e purchè siano in corso di vigenza le disposizioni di contenimento e restrizione dell'attuale emergenza sanitaria. (art. 3, comma 6-bis). Sul punto, qualche Autore ha ritenuto che <<*la disposizione si applicherebbe solo nel caso in cui il ritardato o mancato adempimento sia conseguenza del rispetto delle misure di contenimento adottate dal Governo e rappresenterebbe una particolare tipologia di causa di forza maggiore purchè sia stato adottato, da parte dell'Autorità, un provvedimento il quale, oltre ad impedire o rendere eccessivamente gravosa la prestazione oggetto del contratto, esclude la responsabilità per l'inadempimento del debitore, sempre che quest'ultimo abbia agito rispettando i principi di buona fede e diligenza di cui agli artt. 1175 e 1176 C.C.*>>. <sup>33</sup>. Del resto, tale impostazione ermeneutica andrebbe condivisa almeno se si intende far riferimento a qualsiasi fattispecie contrattuale estendendo il campo di azione anche ai contratti pubblici di appalto nella fase della loro esecuzione, - laddove emergono elementi regolamentati dalla disciplina civilistica-, e non di certo alla fase di evidenza pubblica nella quale l'Amministrazione soggiace ai rigidi vincoli del Codice dei Contratti. Le indicazioni fornite dal legislatore emergenziale sembrano chiare in particolar modo nella parte in cui la disposizione fa riferimento alle eventuali <<*decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*>> in cui potrebbe andare incontro una delle parti contrattuali nel corso della vigenza del rapporto negoziale. Nondimeno, una lettura differente della norma potrebbe eludere l'intento del legislatore di voler tutelare anche gli appaltatori e le Amministrazioni durante tutto il periodo di difficoltà economiche e sociali originate dalla crescente ed incessante pandemia da Covid-19.

Nel successivo comma 6 ter è prevista la "possibilità" di prevenire il contenzioso attraverso l'esperimento del procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28/2010.

La formulazione letterale della norma sembra attribuire alle parti la facoltà e non l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione anche se tale passaggio sembra mal conciliarsi con la *ratio* di cui alla seconda parte della stessa disposizione ove è previsto che tale procedimento costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Qui ci troviamo di fronte ad un'affermazione legislativa non molto chiara che potrebbe far

---

<sup>33</sup> DI MARCO, *L'esonero da responsabilità contrattuale prevista dall'art. 91, comma 1, del Cura Italia*, in Quot. Giur., 10.4.2020.

propendere per l'obbligatorietà del tentativo di mediazione stante la sua condizione di procedibilità del giudizio.

Di particolare rilevanza è la delibera n. 312 del 09.04.2020 dell'ANAC contenente "*Prime indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni*" che, tra l'altro, ha espressamente chiarito che il suddetto articolo 6-bis del d.l. n. 6/2020 si applica anche ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture qualificando l'attuale emergenza sanitaria <<*quale causa di forza maggiore che giustifica il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, escludendo l'applicazione delle penali di cui all'articolo 113-bis, comma 2, del codice dei contratti pubblici*>>.

Sul versante giurisprudenziale, seppure limitato ad una casistica di merito, che allo stato attuale può non considerarsi esaustiva per la trattazione in esame, si collocano quelle situazioni di chiusura di molte attività commerciali in costanza della pandemia da Covid-19 che hanno visto profilarsi, per la parte più debole (che ha subito lo svantaggio economico) del contatto di locazione per uso commerciale, la possibilità di "ricontrattare" il contenuto essenziale del contatto stesso anche in assenza di puntuali clausole di rinegoziazione. Questa evenienza implica per le parti di operare un tentativo stragiudiziale di concordare i termini della rinegoziazione non escludendosi strascichi di natura contenziosa risolvibili dal Magistrato<sup>34</sup>

D'altro canto, seppure allo stato non si sia ancora formata una copiosa giurisprudenza di legittimità che qualifichi l'attuale emergenza sanitaria quale vera e propria causa di forza maggiore che esoneri dalla responsabilità contrattuale la parte inadempiente, non va trascurata quella giurisprudenza risalente che ha riconosciuto come causa di forza maggiore, in presenza della quale resta escluso il diritto dell'appaltatore a qualsiasi compenso o indennizzo, la circostanza secondo la quale non è di per sé sufficiente che l'Amministrazione committente si limiti ad allegare, invocandone la forza cogente, il mero fatto obiettivo dell'intervento di un provvedimento emesso da un'altra Autorità che abbia impedito la prosecuzione dei lavori, ma occorre che essa dimostri anche la propria assenza di colpa in riferimento alla determinazione dell'evento, che ha reso impossibile l'adempimento dell'obbligo, posto a suo carico, di assicurare all'appaltatore la possibilità di realizzare l'opera affidatagli, ovvero provi la non imputabilità delle relative cause, sulla base dell'imprevedibilità, inevitabilità e non superabilità delle stesse, alla stregua dello sforzo dovuto secondo l'ordinaria diligenza<sup>35</sup>.

Con particolare riferimento alle emergenze "sanitarie" in tema di penali negli appalti pubblici, si è ritenuto che sia possibile non applicare la penale per ritardo nella consegna di una fornitura in considerazione di un'epidemia influenzale che, se anche abbia interessato solo una percentuale limitata delle maestranze, si sia protratta per un considerevole periodo di tempo, sì da costituire un ragionevole impedimento alla normale produzione<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Trib. Roma, ord. del 27.8.2020. Con tale provvedimento emesso *in audita altera parte* il giudice ha disposto la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, tenuto conto che, anche dopo la riapertura dell'esercizio commerciale, l'accesso della clientela resterà contingentato per ragioni di sicurezza sanitaria.

<sup>35</sup> Cass. civ. Sez. I, Sent., 16-07-2014, n. 16276.

<sup>36</sup> Cons. St. Sez. III, 01/03/1972, n. 287.

Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

Nell'ambito dell'ordinamento inglese, in tema di contratti di Partenariato pubblico-privato ("PPP")<sup>37</sup> vige il principio secondo cui le parti hanno la facoltà di risolvere il rapporto negoziale al verificarsi di avvenimenti di forza maggiore che impediscono l'espletamento degli obblighi per un periodo di tempo prolungato, principio questo che non attribuisce ad entrambe le parti alcuna responsabilità per inadempimento contrattuale<sup>38</sup>. In particolare, il contratto può essere sospeso dall'Amministrazione in caso di deficienza grave nella fornitura del servizio che non viene prontamente risolta (ad esempio quando vi è un rischio sanitario o un rischio per la sicurezza)<sup>39</sup>. Con la nota del 29.04.2020 il Cabinet Office -Procurement Policy del Regno Unito ha illustrato una serie di strumenti ai quali le stazioni appaltanti possono ricorrere per procurarsi beni, servizi e forniture di cui necessitano nell'emergenza sanitaria: tra essi sono previste anche condizioni di modifica del contratto in corso di esecuzione. A tal riguardo, il Cabinet Office ha previsto garanzie a favore delle imprese favorendo agevolazioni e proroghe a contratti già stipulati ivi compresa la possibilità di modifica all'oggetto dei contratti in corso prevedendo l'estensione dei termini di adempimento o le modifiche delle modalità di consegna dei beni o dei servizi. In tal modo, gli operatori economici hanno avuto la possibilità di proseguire le proprie attività conservando la propria remunerazione e rendendosi utile anche durante il periodo critico dell'emergenza sanitaria (si pensi, ad esempio, ad un contratto per il trasporto dei bambini nelle scuole che potrebbe essere legittimamente trasformato nel trasporto dei medici negli ospedali). Nelle stesse linee guida fornite è, tra l'altro, indicato alle stazioni appaltanti di non interrompere o ritardare il pagamento dei propri fornitori, al fine di evitare che la crisi di liquidità possa portare al fallimento degli operatori economici più deboli della filiera nonché è anche prevista la possibilità di concedere anticipazioni, acconti e tempistiche di pagamento accorciate<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Nel nostro ordinamento il d.lgs. n. 50/2016 disciplina il contratto di partenariato pubblico privato (artt. 180-186) e lo definisce <<quale contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore>> (art. 3). il comma 8 dell'art. 180 del Codice dei Contratti stabilisce le varie tipologie di PPP: finanza di progetto, concessione di costruzione e gestione, concessione di servizi, locazione finanziaria di opere pubbliche, contratto di disponibilità. L'articolo 183 del medesimo Codice ha, inoltre, rafforzato lo strumento della Finanza di Progetto permettendo agli operatori economici la presentazione alle amministrazioni aggiudicatrici di proposte per la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità anche se già inserite negli strumenti di programmazione. La concessione di lavori pubblici è un accordo che riguarda la progettazione, costruzione e gestione di un'opera pubblica che può essere affidato attraverso procedure tradizionali oppure attraverso il procedimento amministrativo del *Project financing*. Esempi di opere pubbliche realizzate con la concessione di lavori pubblici sono parcheggi e illuminazione pubblica. Altre tipologie di PPP sono ad esempio la concessione di servizi, il contratto di disponibilità e la locazione finanziaria di opera pubblica.

<sup>38</sup> European PPP Expertise Centre in <http://www.eib.org/epec>., versione italiana 2011, p. 62.

<sup>39</sup> European PPP Expertise Centre, cit., p. 59.

<sup>40</sup> VALAGUZZA, *Covid-19 e contratti pubblici: l'esperienza inglese delle Procurement Policy Notes*, in <https://www.ingenio-web.it/26823-covid-19-e-contratti-pubblici-lesperienza-inglese-delle-procurement-policy-notes>.

## 5. Spunti di riflessione

Cerchiamo di capire se l'attuale emergenza sanitaria possa assurgere a causa di giustificazione per la Pubblica Amministrazione per poter rinegoziare il *quantum* delle prestazioni ed i tempi di esecuzione del servizio e se l'appaltatore possa legittimamente accettare le condizioni poste dalla pubblica Autorità senza formulare alcuna contestazione.

Dall'esame complessivo del quadro normativo sopra enunciato, con particolare riguardo alla disciplina delle sopravvenienze nei contratti di appalto e dal combinato disposto delle disposizioni legislative di settore sia sovranazionale che nazionale anche nell'ottica dei fondamentali principi posti dal sistema civilistico e dalla giurisprudenza prevalente, non pare dovrebbero sussistere dubbi sulla possibilità di estendere nell'alveo del concetto di impossibilità sopravvenuta della prestazione anche l'evento dell'attuale emergenza sanitaria<sup>41</sup>. Tale impostazione troverebbe principale fondamento giuridico nel testo di cui all'art. 106 del Codice dei Contratti pubblici nella parte in cui questa norma *expressis verbis* giustifica il ricorso all'istituto delle modifiche contrattuali in presenza di *disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*, disposizioni queste che andrebbero identificate ovviamente con le attuali norme emergenziali che legittimerebbero la Pubblica Amministrazione a dover avanzare all'appaltatore proposte di variazione di alcune clausole contrattuali per servizi o forniture che non potrebbero essere espletate in condizioni di pieno regime a causa dell'emergenza sanitaria. Nel solco di questa prospettiva, si pensi a tutta quella serie di fattori dipendenti non solo dall'emergenza sanitaria ma anche dall'impiego di una quota elevata del personale in modalità lavorativa di smart-working per un lungo lasso temporale, fattori questi che possono indurre l'Amministrazione pubblica a scelte doverose e forzate, caratterizzate da quel pizzico di "autonomia" privata<sup>42</sup> non sfociante, necessariamente, in poteri autoritativi e spesso velate da un'eccessiva e disordinata prassi che prevale, a volte, su schemi rigidi normativamente prefigurati. Per meglio dire, utili indicazioni di siffatto atteggiamento dell'Amministrazione possono rinvenirsi in giustificazioni di carattere economico, sotto il profilo dell'abbattimento dei costi in termini di risparmio della spesa pubblica, strettamente correlate a quelle situazioni di potenziale danno erariale sottoposto, come ben noto, al vaglio del Giudice contabile. Ecco, dunque, che nasce l'esigenza per l'Amministrazione, forse anche contro la volontà dell'imprenditore, di avanzare proposte e controproposte, anche informali, contrassegnate da evidenti riduzioni del *quantum* delle prestazioni del servizio o di rimodulazione delle modalità di svolgimento delle attività concordate con l'impresa (a giorni alterni o per alcuni periodi di tempo); di prendere accordi con l'impresa con la speranza di ottenere la sospensione dei pagamenti in ragione della durata dell'emergenza disposta legislativamente e commisurata in prospettiva della

---

<sup>41</sup> A seguito dell'impatto dell'emergenza COVID-19 sul settore degli appalti pubblici, la Delibera ANAC n. 312 del 9 aprile 2020 (già citata nel testo) ha fornito un contributo fondamentale per la sospensione dei termini (era stato prevista la sospensione fino al 15 aprile 2020 ex art. 103, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020, e fino 15 maggio ex art. 37 del decreto-legge n. 23 dell'8 aprile 2020). L'ANAC, infatti, ha posto l'obiettivo <<di evitare, per quanto possibile, una completa paralisi del flusso delle procedure di gara, facendo leva sulle possibilità offerte dalla tecnologia e dallo smart working, senza indugiare più di tanto sulle eventuali difficoltà organizzative delle stazioni appaltanti>>: così DONATO, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione*, in Quaderni di Ricerca Giuridica, giugno 2020, p. 18.

<sup>42</sup> Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226; Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401.



Francesco Orabona, *Riflessioni sul problema delle sopravvenienze nel contratto di appalto pubblico...*

scadenza contrattuale; di reiterare la sospensione in considerazione della proroga dell'emergenza, ecc.

Tale prospettiva non è assoluta ed unilaterale ma va considerata anche la posizione dell'altro contraente ovvero l'imprenditore. Non a caso, l'impresa, pur cercando di mantenere la fiducia dell'Amministrazione e di non perdere l'agognato servizio affidato, ha, come unica alternativa, quella di mostrare atteggiamenti accomodanti e cedevoli alle esigenze della parte pubblica. Si pensi alla convenienza per l'imprenditore di accettare periodi di sospensione delle prestazioni economiche e delle attività o di concedere uno sconto sul valore contrattuale pattuito. Vanno comunque messe in conto eventuali contestazioni che, talvolta, conducono verso la strada contenziosa attraverso l'evocazione di strumenti civilistici quali l'azione di adempimento, la risoluzione del contratto, l'eccessiva onerosità della prestazione, ecc. Nondimeno le conseguenze giudiziarie andrebbero a pesare sull'equilibrio finanziario dell'Amministrazione sia in termini di penali sia di costi addebitabili dall'impresa.

Non va tralasciata la tesi in merito alla possibilità di introdurre nel nostro Ordinamento giuridico l'istituto della rinegoziazione del contratto alla luce dell'attuale emergenza sanitaria da Covid-19 anche se, allo stato, nel nostro codice civile non è presente alcuna norma che preveda, in generale, un diritto di rinegoziare, possibilità quest'ultima consentita solo dal legislatore solo con particolare riferimento ad alcuni contratti tipici<sup>43</sup>.

Il meccanismo ispirato alla tendenza di far ricorso ad una prassi legalmente consentita per affidamenti diretti (senza particolari formalità e senza regole di evidenza pubblica, come nel caso prospettato) non pare che lasci spazio a quegli istituti espressamente previsti dalla disciplina speciale, la quale vincolerebbe eccessivamente l'azione amministrativa a rigidi parametri prefissati dal Codice dei Contratti pubblici (artt. 106 e 107). Si pensi alle modifiche contrattuali per i contratti di servizi e forniture valide per sopravvenuti eventi imprevedibili, modifiche che sono poste, dunque, a garanzia del valore economico delle condizioni da rivedere. Si veda, inoltre, l'articolazione di un'apposita istruttoria gestita dal RUP e l'azione di vigilanza dell'ANAC che interviene in caso di accertamento dell'illegittimità della variante al contratto. E, poi, non va trascurato lo strumento della sospensione e della proroga del contratto in presenza di circostanze determinate da necessità o di pubblico interesse o per cause imprevedibili o di forza maggiore. Anche qui l'attività amministrativa soggiace ad una particolare istruttoria condotta dal RUP.

## Considerazioni conclusive

Va operata a cura dell'interprete una valutazione caso per caso delle questioni proprio per scongiurare il pericolo di adagiarsi a prassi consolidate nel tempo che potrebbero far sorgere comportamenti *contra legem* sia sul fronte della parte pubblica che di quella privata.

Primo passaggio che meriterebbe di essere considerato attiene a quell'operazione ermeneutica che mira all'individuazione dell'esatta qualificazione giuridica del contratto di affidamento del servizio.

Orbene, la prima fonte di orientamento è il riferimento al valore dell'importo dell'appalto affidato considerando il parametro del limite della (sopra/sotto) soglia

---

<sup>43</sup> MINISCALCO, *COVID-19 e diritto dei contratti: è maturo il tempo per introdurre, in via generale, la rinegoziazione del contratto?* in *diritto.it.*, p. 1.

comunitaria, prevista dal Codice dei contratti pubblici, nonché la tipologia di procedura adottata dall'Amministrazione per affidare il servizio; sicché appare semplice stabilire che le revisioni (ricordiamolo in tempi di pandemia) delle condizioni contrattuali di un appalto molto rilevante economicamente, conclusosi con l'evidenza pubblica, implicherebbero il rigoroso rispetto dei vincoli posti dalla disciplina speciale in termini di gestione dell'istruttoria e controllo in capo ad un RUP di tutte le attività per la verifica dei presupposti necessari alla revisione delle clausole contrattuali. Tale impostazione agevolerebbe l'interprete nell'individuazione di quegli istituti civilistici più opportuni che andrebbero calati nel tessuto normativo proprio della disciplina speciale dei contratti pubblici. Si pensi alla fattispecie della sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile all'Amministrazione, alla risoluzione del contratto, al recesso, ecc. A ciò si aggiunga l'attuale normativa emergenziale che fa da contorno a tutta una serie di istituti giuridici che andrebbero collegati e coordinati tra loro allo scopo di rendere più chiara ed omogenea l'attività di revisione del contenuto del contratto.

Questo discorso potrebbe essere meno rigoroso se si considera un tipo di appalto realizzato senza le particolari formalità del Codice dei contratti pubblici e quando esso sia affidato all'imprenditore con modalità fiduciarie in ragione di una minore consistenza economica del suo valore. Su questo versante, dunque, sembra profilarsi una maggiore tendenza prassistica delle parti contrattuali concentrata, talvolta, in atteggiamenti "quasi derogatori" delle norme giuridiche poiché le variazioni dello schema contrattuale sembrano soggiacere ad un libero arbitrio delle stesse parti; è, frequente, infatti che la gestione dei rapporti negoziali avvenga con modalità del tutto informali, senza supervisione di apposito RUP, con limiti temporali di scadenza contrattuale abbastanza dilatati nel tempo, con determinazioni economiche delle prestazioni, per lo più, tendenzialmente al di sotto del valore di mercato, ecc. Il tutto costituirebbe uno scenario misto e confuso di istituti giuridici che, così messi insieme, perderebbero la loro essenza e connotazione di legalità tipica del nostro ordinamento giuridico.

Il caso prospettato potrebbe risolversi nel senso di concedere all'Amministrazione la sospensione del pagamento del canone di noleggio per tutto il periodo di proroga dello stato di emergenza stabilito dal legislatore; facendo così, l'ente pubblico si vedrebbe risollevato da un onere economico inutile ed eccessivo a causa del mancato utilizzo (a pieno) del servizio affidato. D'altro canto, l'Amministrazione potrebbe tranquillamente ottenere, salvo accettazione da parte dell'appaltatore, una notevole riduzione del canone mensile di noleggio e manutenzione del servizio. Nondimeno, l'entità dell'importo potrebbe essere rinegoziato tra le parti le quali possono concordare le condizioni economiche e contrattuali in ragione delle rispettive esigenze ed interessi reciproci. L'estrema *ratio* sarebbe la strada contenziosa in caso di mancato accordo tra le parti.

# Cultura giuridica e diritto vivente

---

## Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

## Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

## Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

[redazioneculturagiuridica@uniurb.it](mailto:redazioneculturagiuridica@uniurb.it)

## Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

## Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

## Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

---

*Cultura giuridica e diritto vivente* - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

---