

Gli effetti dell'emergenza legata al COVID-19 negli appalti di "lavori": i maggiori oneri dell'appaltatore¹.

Avv. Arrigo Varlaro Sinisi.

In un nostro recente contributo², ci siamo soffermati sugli effetti dell'emergenza legati alla diffusione epidemiologica del virus COVID-19 negli appalti pubblici di "servizi", in termini di "proroga tecnica" e di prezzi contrattuali.

In questa sede vogliamo invece soffermarci su quali siano le tutele dell'appaltatore nel caso in cui l'emergenza di cui trattasi sia causa di maggiori oneri per l'appaltatore stesso, oneri determinati, tra l'altro, da un'alterazione del regolare avanzamento del cronoprogramma dei lavori, ovvero da costi imprevisti e imprevedibili al momento della sottoscrizione del contratto.

1. La disapplicazione delle penali.

L'art. 91 del D.L. n. 18/2020, recante misure di sostegno connesse all'emergenza di cui trattasi, contiene alcune disposizioni destinate ad incidere direttamente sulla disciplina dei contratti d'appalto.

L'art. 91 prevede infatti che, nei casi in cui dovessero registrarsi dei ritardi o degli inadempimenti contrattuali, conseguenti all'attuazione delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, le stazioni appaltanti non dovranno applicare le penali contrattuali. Trattasi di una previsione che trova applicazione a tutte le tipologie di contratti pubblici, siano esse di lavori, servizi o forniture.

Nello specifico, il comma 1 dell'art. 91 introduce il precetto secondo il quale il rispetto delle misure di contenimento di cui al D.L. n.6/2020 (recante "*Misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza*

¹ In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it aprile 2020.

² "*Gli effetti dell'emergenza legata al COVID-19 sugli appalti pubblici: la "proroga tecnica"*", pubblicato in www.appaltiecontratti.it 21/4/2020, in tal senso, v. <http://www.appaltiecontratti.it/tid/5623613/>.

epidemiologica da COVID-19”), emanato proprio allo scopo di fronteggiare l'emergenza di cui sopra detto, deve essere sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.

È appena il caso di rammentare che ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture trovano applicazione, oltre alle disposizioni normative contenute nella legislazione speciale (*in primis*, il D.Lgs n. 50/2016), anche quelle del codice civile (in tal senso, milita la previsione dell'art. 30, comma 8 del D.lgs n. 50/2016). Così si spiega il richiamo agli artt. 1218 e 1224 del codice civile in una norma, l'art. 91 citato, destinata a disciplinare la fase esecutiva dei contratti pubblici.

L'appaltatore, dunque, indipendentemente dalla concessione formale della proroga, ha comunque diritto alla disapplicazione delle penali, laddove non dovesse riuscire a rispettare le scadenze previste nel contratto. Prima tra tutte, il termine di ultimazione dei lavori.

2. Il risarcimento dei danni per la prolungata sospensione dei lavori.

Trattandosi di un diritto derivante da una norma di legge, l'appaltatore non è tenuto a formalizzare la richiesta disapplicazione della penale attraverso l'apposizione di una “riserva”. Tale richiesta, pertanto, non è soggetta a decadenza. Ciò, ovviamente, solo nel caso in cui il mancato rispetto dei termini contrattuali sia riconducibile esclusivamente all'emergenza da COVID-19.

Per quel che concerne la richiesta dell'appaltatore di refusione dei maggiori oneri per la sospensione dei lavori imposta dalla normativa speciale sul “COVID-19”, viene in evidenza l'art. 107 del Codice dei contratti pubblici. Tale norma prevede che il RUP, per ragioni di “*necessità o pubblico interesse*”, può disporre la sospensione dei lavori. E' indubbiamente il caso della sospensione disposta per fronteggiare l'emergenza da COVID-19. La stessa norma (comma 2) prevede che qualora la sospensione, o le sospensioni, se più di una, dovessero durare per un tempo superiore a un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità. Se la stazione appaltante si oppone,

l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. La norma, dopo aver precisato che nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi, prevede che il RUP, una volta cessate le cause di sospensione, dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il "nuovo termine contrattuale".

Qualora dovesse accadere che il RUP non disponga immediatamente la ripresa dei lavori, l'appaltatore dovrà **diffidare** il RUP a dare le opportune disposizioni al direttore dei lavori affinché vi provveda. La formalizzazione della diffida è indispensabile per evitare che l'appaltatore incorra nella decadenza dal relativo diritto di richieste risarcitorie.

Al riguardo l'art. **10, comma 4 del D.M. n.49/2018** (Regolamento recante: *«Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione»*, del Direttore dei lavori), prevede che **la diffida** proposta ai fini sopra indicati, **“è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione”**.

In tal caso l'esecutore dovrà, sempre a pena di decadenza, iscrivere riserva nel verbale di ripresa dei lavori (comma 5 del citato art. 10).

Par superfluo evidenziare che il D.M. n. 49/2018 si applica a tutti i contratti i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo il 30 maggio 2018, data di entrata in vigore del menzionato decreto ministeriale. Inoltre, da tener presente che ai sensi dell'art. 9 del medesimo D.M. 49/2018, la disciplina delle riserve è contenuta nel capitolato speciale d'appalto. Pertanto, per una conoscenza completa del regime contrattuale delle "riserve", occorrerà necessariamente avere riguardo anche a tali disposizioni di natura negoziale.

Per i contratti assentiti prima dell'entrata in vigore del D.M. n. 49/2018, continuano a trovare applicazioni le disposizioni del d.P.R. n. 207/2010.

In ultimo, ma non da ultimo, si rammenta che, per quel che concerne i contratti che rientrano nell'ambito dei cosiddetti "settori speciali", occorre avere riguardo solo alla disciplina contenuta a livello contrattuale, atteso che ad essi non si applica né la disciplina del D.M. n. 49/2018, né le disposizioni in materia di "riserve", contenute nel

d.P.R. n. 207/2010 (a meno che la loro applicazione non sia prevista dagli atti contrattuali).

3. I danni da anomalo andamento dell'appalto.

Una sospensione “legittima” dei lavori, salvo quanto visto in precedenza, non attribuisce all'esecutore il diritto a pretendere risarcimenti e/o indennizzi di sorta.

Occorre tuttavia tener presente che per consolidata giurisprudenza, ove durante l'esecuzione dei lavori dovessero verificarsi circostanze non riconducibili a fatto dell'appaltatore, che determinino un andamento anomalo dell'appalto, con conseguenti maggiori oneri per l'esecutore, questi potrà richiederne la refusione alla committente, attraverso una “riserva”. Nel caso del COVID-19, maggiori oneri potrebbero, ad esempio, derivare da una diversa organizzazione del lavoro, resasi necessaria allo scopo di garantire la sicurezza dei lavoratori in cantiere. Ovviamente la valutazione di ciò non potrà che essere effettuata in concreto, e quindi caso per caso.

Gli oneri che solitamente la giurisprudenza riconosce all'appaltatore in caso di anomalo andamento dell'appalto sono quelli derivanti dalla sottoproduzione (in termini di maggiori oneri per ritardata formazione dell'utile, per ridotto utilizzo di macchinari, oltre che dei mezzi d'opera e del personale ecc.), nonché quelli connessi ad un eventuale sfioramento del termine contrattuale (in termini di maggiori spese generali, maggiori costi per il prolungamento delle fidejussioni ecc.). Il tutto, come detto, andrà verificato – e quindi provato – in concreto.