

Proposte di varianti contrattuali a causa della situazione emergenziale connessa con il fenomeno epidemiologico da Covid-19

Autore: Michele Palumbo

In: Diritto civile e commerciale

Premessa

La crisi pandemica che ha interessato l'Italia è stata formalizzata dalla Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, concernente la dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili (GU Serie Generale n. 26 del 01-02-2020 e successive proroghe, da ultimo, con il D.L. 7 ottobre 2020, n. 125) e dai conseguenti provvedimenti governativi, regionali e locali.

Le imprese, operanti sia nel settore privato che dei servizi pubblici a seguito dell'aggiudicazione di appalti o di concessioni, anche tramite le proprie associazioni di categoria, hanno avanzato proposte di rinegoziazione dei contratti in vigore, al fine di assorbire le perdite derivanti dalle maggiori spese dovute all'approvvigionamento di DPI da fornire in dotazione al proprio personale (guanti, mascherine e prodotti per la sanificazione).

A tal fine, è stato invocato, da una parte gli artt. 1467 e 1664 c.c., dall'altra l'art. 106, co. 1, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, quale possibili strumenti per la rinegoziazione degli atti negoziali.

Volume consigliato

I rimedi civilistici

Il codice civile consente i rimedi previsti dagli artt. 1467 e 1664 c.c., per i contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero differita.

In virtù di dette disposizioni, la parte sfavorita dalle circostanze può solo chiedere la risoluzione del

contratto, che la controparte può evitare concedendo la modifica delle condizioni, al fine di ricondurre l'atto negoziale a equità.

Al riguardo, la Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 della Corte di Cassazione che non considera causa esimente delle responsabilità del debitore la semplice sopravvenienza pandemica e delle relative norme finalizzate a contenere il contagio, in quanto è necessario dimostrare che "è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione".

Dunque, prosegue la citata Relazione il principio rimane quello per cui "spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti, richiamando la sentenza della Cass. 16 aprile 2009, n. 9026.

Detta dimostrazione spetterebbe, comunque, al soggetto inadempiente, tenuto conto che sarebbe impossibile per il creditore provare circostanze non rientranti nella sua sfera d'azione, anche in relazione all'art. 6-bis del D.L. n. 6/2020, in base al quale "il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

E quand'anche fosse fornita tale prova da parte del debitore, il quale potrebbe offrire un adempimento parziale, resta - in ogni caso - la necessità di quantificare in modo proporzionale la riduzione della prestazione da parte del creditore, a meno di non incorrere in un contenzioso di difficile soluzione tra le parti.

Peraltro, sempre sulla stessa linea la Cassazione recita che "nel quadro costituzionale del principio solidaristico, il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende, infatti, la c.d. impotenza finanziaria, per quanto determinata dalla causa di forza maggiore in cui si compendia l'attuale emergenza sanitaria. Il principio non scalfito rimane quello che nega all'impotenza in questione, sebbene incolpevole, una vis liberatoria del debitore dall'obbligazione pecuniaria".

Parimenti, si può ritenere che un aumento dei costi legati all'esecuzione della prestazione non possa essere causa di impossibilità sopravvenuta per eccessiva onerosità, qualora non ricorrano le fattispecie contrattuali richiamate dagli artt. 1467 e 1664 del c.c..

In particolare, la norma è chiara in relazione all'appalto, in quanto definisce con maggiore esattezza i contorni per l'applicazione della risoluzione del contratto o di un'eventuale rinegoziazione ("qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto").

Detto aspetto è di fondamentale importanza per il creditore che volesse andare incontro alle esigenze del

debitore per evitare la risoluzione del contratto.

Considerazioni in relazione alla possibilità di evitare la risoluzione per eccessiva onerosità da parte del debitore.

L'equa modifica delle condizioni, al fine di contemperare le esigenze del creditore e quelle del debitore, è impresa di non facile soluzione nel caso concreto.

Ricondurre a equità un contratto per evitarne la risoluzione, può comportare difficili valutazioni, specie se le prestazioni sono complesse e costituite da più forniture e servizi da svolgere a cura del debitore, quale può essere, per esempio, quello di ristorazione collettiva presso le mense (cd. catering).

Allo stesso modo per i servizi di pulizia, qual è la somma congrua da riconoscere agli operatori economici che senza dubbio hanno le maggiori spese e devono aumentare la qualità della prestazione eseguita, in quanto l'igienizzazione è diventata una questione imprescindibile?

La questione si complica ulteriormente nel caso in cui una delle parti sia la Pubblica Amministrazione, che deve seguire regole ben precise per la "modifica dei contratti durante il periodo di efficacia" (art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016), in quanto la valutazione implica un imprescindibile giudizio di congruità del nuovo prezzo alla prestazione cambiata, ancora più precisa rispetto all'ambito privato, sempreché sussistano i presupposti previsti dalla citata norma, sui quali si pongono le riflessioni, che saranno vagliate in seguito.

E, soprattutto, l'eventuale soluzione sarebbe in grado di superare il vaglio di un controinteressato a vedere la risoluzione del contratto per far in modo che la PA avvii una nuova gara? La congruità del nuovo corrispettivo supererebbe il controllo della Corte dei Conti)?

I predetti quesiti sono di ardua risposta anche per i più attenti funzionari del settore, anche perché spesso parliamo di importi dove l'incremento anche di pochi centesimi sulla singola prestazione, determina aumenti complessivi di milioni di Euro.

Modifica di contratti durante il periodo di efficacia (art. 106, co. 1, lett. c, del D.Lgs. n. 50/2016).

Al riguardo, si ritiene preliminarmente che la citata disposizione normativa non sia applicabile alla fattispecie concreta prospettata in premessa (difficoltà finanziarie delle imprese), in quanto - aderendo alla stessa Sent. n. 6326/2019 del Consiglio di Stato - "la necessità di modifica è determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili **per l'amministrazione aggiudicatrice**". Dunque, la giurisprudenza stabilisce che le "**connesse necessità amministrative**", per le quali si potrebbe procedere alla modifica di un contratto (anche a causa di un provvedimento normativo intercorso medio tempore), debbano far emergere un interesse sotteso, almeno da parte di entrambi i contraenti (e non del solo appaltatore), a variare le originarie condizioni negoziali, al fine di stabilire prestazioni/caratteristiche precedentemente non previste. In tal senso, la citata sentenza chiarisce che si "deve determinare per **l'Amministrazione la 'necessità di modifica'** considerata dalla legge, condizione che, onde evitare un uso distorto dello strumento della variante contrattuale, non può che assumere un carattere oggettivo".

Alla luce di quanto sopra, è palese che le Amministrazioni non sono nella condizione di poter rinegoziare/modificare un atto negoziale a causa delle criticità finanziarie determinate dal periodo emergenziale in essere, nonostante le possibili difficoltà degli operatori economici nel continuare l'esecuzione del contratto sulla base dei corrispettivi determinati in sede di aggiudicazione.

Infatti, appare difficilmente ravvisabile una necessità amministrativa, tale da configurare un interesse per l'Amministrazione a modificare i contratti (ricorrendo alla norma in argomento), in quanto le variazioni sono generalmente rivolte a una riduzione delle prestazioni o a un aumento degli oneri. Al riguardo, la Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14, ha chiarito che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino "modifiche tali che "le disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell'appalto iniziale" (Cons. di St., sez. III, 28.05.2019, n. 3520).

E se i contratti sono aleatori?

Nell'osservare che i contratti aleatori "per loro natura" o "per volontà delle parti" non consentono l'applicazione dell'art. 1467 o dell'art. 1664 del codice civile in materia di impossibilità dell'esecuzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, si ritiene che l'unica soluzione per evitare una perdita eccessiva è quella di avvalersi di un'eventuale clausola per l'esercizio del diritto di recesso, pattuita prima della stipula del relativo atto negoziale (es: in caso di aumento delle spese per aumento del costo degli strumenti per l'esecuzione del contratto, oltre una certa percentuale).

Fermo restando l'onere della prova da parte del contraente che denunci un'eccessiva onerosità sopravvenuta anche nei contratti commutativi (es. l'appalto), quelli aleatori vedono un'oggettiva difficoltà a svincolarsi dalla prestazione, basata proprio sull'accettazione del rischio al momento della sottoscrizione del negozio. In tal senso, torna utile pensare alla situazione in cui si trovano le Società che emettono assicurazioni sulla vita: pretendere di rivedere o recedere unilateralmente dai contratti in vigore a causa dell'influenza epidemica da Covid-19, in quanto si è innalzato notevolmente il tasso di mortalità degli assicurati, comporterebbe una certa condanna dell'impresa per inadempimento della prestazione dovuta.

Al riguardo, il Consiglio di Stato (Sez. IV, sent. n. 3653/2016) ha puntualizzato che la "normale alea negoziale" (oltre la quale sarebbe possibile la risoluzione), "ai sensi dell'art. 1467 del codice civile [...], riguarda i contratti con prestazioni corrispettive, che abbiano esecuzione continuata o periodica ovvero siano ad esecuzione differita, e **sempre che (art. 1469) i contratti medesimi non abbiano natura aleatoria o tali siano da considerarsi per volontà delle parti**".

Dunque, i contratti aleatori non sono suscettibili di rinegoziazione proprio per la loro natura o per quella che le parti hanno inteso dare all'atto negoziale. Nella stipula di un contratto aleatorio la parte deve essere consapevole del rischio al quale si sottopone, in quanto la legge ammette tale circostanza, purché sia chiara ai contraenti (caso tipico è l'art. 1472, co. 2, c.c.).

Il rischio nei contatti commutativi.

Invece, per i contratti rientranti nella suddetta fattispecie, la Suprema Corte, con la sentenza (Cass. sent. n. 28813/2013), ha enunciato il principio secondo cui le parti assumono "il rischio di eventuali alterazioni del valore economico delle rispettive prestazioni entro limiti rientranti nella normale alea negoziale, che ciascun contraente deve conoscere al momento della stipula".

Pertanto, occorre valutare in quali termini avviene lo squilibrio nel sinallagma contrattuale concordato tra le parti, tenuto conto dell'ambito nel quale è applicabile la disciplina dell'art. 1467.

In tal senso, nei contratti commutativi a prestazioni corrispettive appare determinante stabilire la proporzionalità tra gli adempimenti concordati tra le parti e lo squilibrio avvenuto su una sola delle due, avendo riguardo dei reciproci interessi (per la Cass. sent. n. 16637/2013, è la "causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite e della incidenza di queste sulla funzione economico sociale del contratto"). In questo caso, il rischio assunto dalle parti è ponderato e valutato proprio in fase di contrattazione, prima che si instauri qualunque relazione negoziale.

Tale logica risponde proprio alla possibilità di chiedere la risoluzione del contratto, qualora la prestazione superi l'alea che il contraente aveva considerato al momento della stipula.

La delibera dell'ANAC

Nell'ambito del suddetto quadro normativo, occorre leggere la recente Delibera n. 1022 del 25 novembre 2020 ("Problematiche inerenti ai contratti aventi ad oggetto i servizi di ristorazione in conseguenza della situazione di emergenza sanitaria"), emessa dall'ANAC, la quale esprime la massima secondo cui "l'obbligo di applicare le misure di cui al 'Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro' del 24 aprile 2020 nonché la richiesta di prestazioni ulteriori per far fronte alla particolare situazione di emergenza che sta interessando l'intero Paese costituisce presupposto idoneo a giustificare il ricorso ad una variante in corso d'opera per circostanze imprevedute e imprevedibili ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera c), del Codice dei contratti pubblici".

Al riguardo, detta Autorità precisa che, "ai fini della corretta definizione dell'oggetto della variante, è necessaria un'accurata verifica dell'impatto delle misure di prevenzione e contenimento del contagio da COVID-19 sullo svolgimento della prestazione oggetto di affidamento, in particolare in termini di oneri aziendali per la sicurezza, nonché delle modifiche in termini di quantità e di modalità di erogazione dei servizi richieste dalla stazione appaltante ai fini del rispetto delle predette misure di prevenzione e contenimento. La modifica delle modalità organizzative per la prestazione del servizio non costituisce, nel caso di specie, alterazione della natura generale del contratto".

L'enunciata Delibera si esprime in modo favorevole per le modifiche riguardanti solo le varianti finalizzate all'applicazione dell'obbligatorie misure di prevenzione e contenimento del contagio da COVID-19 sullo svolgimento della prestazione oggetto di affidamento, di cui al Protocollo del 24 aprile 2020 (es.: ricambio d'aria, utilizzo di prodotti monoporzione, distanziamento interpersonale, pulizia e sanificazione degli ambienti, uso dei dispositivi di protezione, quali uso di prodotti igienizzanti, mascherine e guanti, ecc.).

Nell'osservare il mancato vaglio di una possibile aleatorietà dell'atto negoziale stipulato dalle appaltatrici, si ritiene che l'ANAC abbia inteso considerare il servizio in esame un normale appalto di tipo commutativo.

Al riguardo, l'Autorità delibera, peraltro, solo l'applicabilità dell'art. 106, co. 1, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto l'obbligo di adempiere alle misure di prevenzione consentirebbe l'avvio di un procedimento volto alla rinegoziazione del rapporto.

Tuttavia, non si ritiene di soprassedere sulla possibilità di addivenire alle modifiche in argomento senza la sussistenza della sopracitata necessità amministrativa, ossia l'esigenza e la volontà pubblica di adeguare

le prestazioni negoziali alla nuove misure.

Dunque, non è ravvisabile un diritto soggettivo della parte onerata a eseguire la prestazione per mantenere in essere il contratto, in quanto la stessa potrebbe lecitamente rifiutare l'adempimento di propria competenza, atteso che il disciplinare sarebbe in contrasto con norme imperative.

Ma, nel caso esaminato dall'ANAC, l'Amministrazione potrebbe ritenere, di fronte al lecito rifiuto di adempiere alla prestazione da parte dell'appaltatrice, di ricorrere ad altre forme di vettovagliamento del personale (a seguito di un confronto costi/benefici, potrebbe essere maggiormente conveniente l'erogazione del buono pasto, piuttosto che riconoscere all'operatore una quota aggiuntiva della prestazione o un prezzo superiore) ovvero bandire una nuova gara per l'affidamento del servizio. .

In tal senso, ulteriori questioni di potenziale contenzioso possono generarsi nell'ottica di un riequilibrio finanziario della prestazione sia con le appaltatrici sia con gli eventuali controinteressati.

Quale può essere la cifra congrua da riconoscere a incremento del prezzo pattuito, determinato in occasione di una procedura di gara pubblica?

Nel caso in cui l'Amministrazione decidesse - invece di ricorrere ad altre modalità di vettovagliamento - di adeguare il prezzo delle prestazioni, sarebbe necessario stabilire i parametri e/o criteri da tenere conto nella quantificazione del nuovo prezzo da riconoscere agli affidatari.

Fermo restando che per il periodo pregresso nel quale avrebbero potuto rifiutare la prestazione ritenendola in contrasto con norme imperative, non si ritiene riconoscibile alcun risarcimento, per quello futuro occorre considerare le indicazioni richiamate nella citata delibera, nell'ambito della questione esaminata dall'ANAC. Le osservazioni dell'Autorità, comunque, appaiono generiche e di difficile ponderazione da un punto di vista tecnico-economico, nella considerazione che il particolare servizio espletato in ambito ristorazione, prescrive già, in normali condizioni, l'adozione di specifiche misure igieniche, tenuto conto della necessaria applicazione dei manuali di buona prassi igienica di settore (GHP) e dei Piani di Autocontrollo (HACCP).

Restando nel settore su cui si è espressa l'ANAC, andrebbe definito, per esempio, qual è l'incidenza di un maggior consumo di guanti, mascherine e prodotti per le sanificazioni, che dovrebbero essere già normalmente impiegati da parte degli operatori addetti ai servizi di ristorazione collettiva? Ovvero come incide l'utilizzo di prodotti monoporzione (quali sale, olio ecc.) in luogo della classica oliera (o saliera o acetiera) condivisa sui tavoli? O anche, sarebbe comunque utilizzabile detta oliera, qualora gli utenti si sanificassero tutti le mani con appositi prodotti prima di consumare il vitto?

Dette questioni rendono estremamente difficile ponderare un costo aggiuntivo congruo in relazione ai pasti consumati dagli utenti che non necessariamente utilizzano i citati prodotti monoporzione (peraltro, molte indicazioni riportate nel protocollo sono di tipo esortativo e non obbligatorio), ovvero quantificare il

maggior costo per dispositivi di protezione e sanificazione, qualora l'Amministrazione (come tutti i soggetti pubblici e privati) si fosse anche fatta carico di dette spese (mascherine, guanti, erogatori di gel, ecc.), installando postazioni per la distribuzione di kit Anti-Covid.

In conclusione, occorre osservare che la quantificazione in argomento è ancora più complessa dalle legittime aspettative di altri operatori economici controinteressati, che nella situazione di grave disagio finanziario avrebbero tutto l'interesse a partecipare a una nuova gara per l'affidamento del medesimo servizio, ritenuto eccessivamente oneroso da parte delle attuali appaltatrici.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/proposte-di-varianti-contrattuali-a-causa-della-situazione-emergenziale-connessa-con-il-fenomeno-epidemiologico-da-covid-19/>