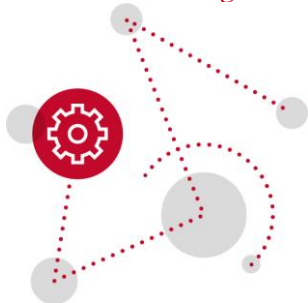


Focus Team *Construction & Engineering*

14 Luglio 2020

Focus Team
Construction & Engineering**Focus Team leader**

Paolo Daino

paolo.daino@belex.com

Tel. +39-02-771131

**Autori**

Paolo Daino

paolo.daino@belex.com

Tel. +39-02-771131

Monica Iacoviello

monica.iacoviello@belex.com

Tel. +39-02-771131

Giuseppe Manzo

giuseppe.manzo@belex.com

Tel. +39-02-771131

Massimo Baroni

massimo.baroni@belex.com

Tel. +39-02-771131

Alessandro Rosi

alessandro.rosi@belex.com

Tel. +39-02-771131

Giovanni Minuto

giovanni.minuto@belex.com

Tel. +39-02-771131

1. Premessa

Tra le misure adottate dal Governo per fronteggiare la diffusione del Covid-19, diverse hanno riguardato, direttamente o indirettamente, anche il settore degli appalti di lavori. I principali interventi hanno avuto ad oggetto dapprima la sospensione dell'esecuzione delle attività edili¹ e recentemente la ripresa consentita nel rispetto di misure di sicurezza rafforzate.²

Altre disposizioni hanno inteso regolare – sia pure solo in minima parte e con disposizioni di non agevole interpretazione – i **rapporti tra le parti** dei contratti,³ compresi gli appalti,⁴ sulla cui esecuzione le misure di

¹ L'art. 1, comma 1, lett. e) e l'allegato 1 al DPCM 22 marzo 2020 (e successivamente l'art. 2, comma 1 e l'allegato 3 al DPCM 10 aprile 2020), che hanno **sospeso** in via generale l'attività di **costruzione di edifici** (Codice ATECO 41), consentendo la prosecuzione delle sole attività di ingegneria civile (Codice ATECO 42, ad esclusione dei codici 42.99.09 e 42.99.10) e di installazione di impianti elettrici, idraulici ed altri lavori di costruzione e installazione (Codice ATECO 43.2), nel rispetto delle misure di contenimento della diffusione del Covid-19.

² L'art. 2, comma 1 e l'allegato 3 del DPCM 26 aprile 2020, che hanno disposto la **ripresa di tutte le attività edili** a partire dal **4 maggio 2020**, nel rispetto del protocollo condiviso dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, ANCI, UPI, Anas S.p.A., RFI, ANCE, Alleanza delle Cooperative, Feneal Uil, Filca-CISL e Fillea CGIL di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri del 24 aprile 2020 (Allegato 7 all'art. 2, comma 6, del DPCM 26 aprile 2020; il "Protocollo").

³ L'art. 91, comma 1, del decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020, convertito con modificazioni in Legge n. 27 del 14 aprile 2020 ("D.L. Cura Italia"), ha integrato l'art. 3, comma 6-bis del Decreto Legge n. 6 del 23 febbraio 2020 disponendo: "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

⁴ Con specifico riferimento ai **contratti di appalto tra privati**, l'art. 103, comma 2-ter, del D.L. Cura Italia, introdotto in sede di conversione, ha disposto che: "Nei contratti tra privati, in corso di validità dal 31 gennaio 2020 e fino al 31 luglio 2020, aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori edili di qualsiasi natura, i termini di inizio e fine lavori si intendono prorogati per un periodo pari alla durata della proroga di cui al comma 2. In deroga ad ogni diversa previsione contrattuale, il committente è tenuto al **pagamento dei lavori eseguiti** sino alla data di sospensione

contenimento hanno inciso.

La regolazione nazionale è stata poi variamente integrata dalle singole Regioni che, nell'esercizio delle proprie competenze, hanno adottato numerose ordinanze contingibili e urgenti, contribuendo a complicare il quadro normativo.

In questo contesto, il nostro Focus Team *Construction & Engineering* ha individuato talune significative aree di impatto della pandemia da Covid-19 sui contratti di appalto, che intende commentare – in forma sintetica e con un approccio pratico – attraverso un ciclo di newsletter che tratterà i temi di seguito individuati:



Questa prima newsletter intende illustrare l'istituto della sospensione dei lavori **imposta dalla legge** derivante dall'emergenza sanitaria da Covid-19.

Gli appalti di lavori sono frequentemente disciplinati da articolate **norme contrattuali**, che possono avere un significativo impatto sulla soluzione delle questioni esaminate. Prenderemo perciò anche in considerazione, a fini illustrativi, esempi di disposizioni usuali nei contratti di appalto italiani e internazionali. Naturalmente, ciascun singolo caso dovrà essere necessariamente valutato in base alle pattuizioni nei singoli contratti d'appalto, di cui andrà verificata la "tenuta" alla luce del carattere emergenziale delle citate norme.

dei lavori". La "durata della proroga di cui al comma 2" è fino ai "novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza".

2. Disposizioni speciali per la pandemia da Covid-19 e codice civile

2.1. Principi generali

Riguardo ai contratti aventi ad oggetto **attività sospese** in forza delle disposizioni d'urgenza, rileva innanzitutto la disciplina dell'**impossibilità sopravvenuta** dell'esecuzione della prestazione.⁵ Infatti, le norme emergenziali che hanno obbligatoriamente imposto la sospensione dei lavori hanno reso impossibile, perché vietata dalla legge, l'esecuzione della prestazione principale dell'appaltatore, ossia il compimento dell'opera o servizio affidatogli (ferma restando la possibilità di proseguire alcune attività non vietate, quali ad esempio la progettazione dell'opera e la programmazione).

Poiché la sospensione disposta dalla normativa emergenziale ha **natura provvisoria**, l'impossibilità ha **carattere temporaneo**. Conseguentemente, l'obbligazione dell'appaltatore (e quindi il contratto) non si estingue; piuttosto, fino a quando l'impossibilità "*perdura*", l'appaltatore "*non è responsabile del ritardo nell'adempimento*" (art. 1256, comma 2, c.c., primo periodo); ma quando la prestazione diviene nuovamente possibile l'appaltatore deve riprenderne l'esecuzione.⁶

Va tuttavia ricordato il principio per cui l'impossibilità temporanea diviene **definitiva**, con conseguente estinzione dell'obbligazione, se perdura "*fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*" (art. 1256, comma 2, secondo periodo). In tal caso, viene in rilievo l'**art. 1672 c.c.** in base al quale, in caso di scioglimento del contratto d'appalto per impossibilità sopravvenuta non imputabile a una parte, il committente è tenuto a "*pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito*".⁷

⁵ La disciplina rilevante in materia d'impossibilità sopravvenuta è contenuta negli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c. e, con specifico riferimento all'appalto, nell'art. 1672 c.c. Per gli appalti pubblici, trova applicazione l'**art. 107, commi 1 e 5, del D.lgs. 50/2016**.

⁶ Peraltro, in un appalto complesso, la determinazione del ritardo scusabile potrebbe non coincidere, meramente, con il periodo di divieto dell'esecuzione della prestazione, ma dovrebbe tenere conto, tra l'altro, anche delle eventuali difficoltà non imputabili all'appaltatore connesse alla ripresa dei lavori, che, difficilmente, potrà essere istantanea.

⁷ Se l'appalto ha a oggetto prestazioni continuative o periodiche (art. 1677 c.c.), l'impossibilità temporanea, a seconda dei casi, può dare luogo a un'impossibilità definitiva, sia pure parziale, nel caso in cui le prestazioni che avrebbero dovuto essere rese durante il periodo di sospensione non possano essere utilmente rese dopo la cessazione della sospensione.

Quando l'impossibilità non è definitiva e l'**appalto riprende**, l'impossibilità temporanea giustifica, come detto, il ritardo dell'appaltatore nell'esecuzione della prestazione.

Tuttavia, la circostanza che il ritardo è dovuto a impossibilità temporanea **non consente**, di per sé, all'appaltatore di ottenere **compensi aggiuntivi o indennizzi**, salvo che il contratto non disponga diversamente (come talvolta avviene). La legge, infatti, ricollega all'impossibilità l'esclusione della responsabilità dell'appaltatore, ma non il suo diritto a un compenso. Può fare eccezione il caso in cui, in conseguenza o durante il periodo della sospensione l'appaltatore sia stato richiesto o abbia comunque dovuto svolgere opere o servizi aggiuntivi, aventi natura di vere e proprie variazioni: il tema sarà trattato in una successiva apposita *newsletter*.

2.2. Disposizioni speciali

Fermi i principi appena esposti, va poi tenuto conto che, con specifico riferimento ai contratti di appalto tra privati aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori edili, l'**art. 103, comma 2-ter del D.L. Cura Italia** ha:

- (i) disposto una generale proroga dei termini di inizio e fine lavori per “*un periodo pari alla durata della proroga di cui al comma 2*” della medesima disposizione, ossia “*per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza*”;⁸
- (ii) sancito che: “*In deroga ad ogni diversa previsione contrattuale, il committente è tenuto al pagamento dei lavori già eseguiti sino alla data di sospensione dei lavori*”.

Entrambe le disposizioni sono redatte in modo particolarmente infelice. Con riferimento, in particolare, alla **proroga** di cui al punto (i) che precede, la norma, pur disciplinando tutti i contratti “*in corso di validità*” nel periodo di emergenza e commisurando la proroga a una “*durata*”, fa a sua volta riferimento a una disposizione (quella del comma 2) che (a) riguarda soli termini che sarebbero scaduti in un momento compreso nel periodo di emergenza, e (b) non definisce la durata di una proroga, bensì una data di scadenza fissa (il novantesimo giorno dopo la fine del periodo di emergenza). Non è pertanto chiaro se la proroga debba applicarsi, come nel caso del comma 2, ai soli termini altrimenti in scadenza durante il periodo di emergenza o anche a quelli che sarebbero scaduti in data successiva; né

⁸ Il comma 2, nella parte che interessa, recita: “*Tutti i certificati, attestati, permessi, ... compresi i termini di inizio e di ultimazione dei lavori di cui ... , in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza*”. La cessazione dello stato di emergenza risulta ad oggi prevista per il 31 luglio 2020, in considerazione della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020.

se la proroga debba intendersi concessa fino al novantesimo giorno successivo alla fine dello stato di emergenza (come il riferimento al comma 2 sembra suggerire), o per un periodo pari alla durata dell'emergenza più novanta giorni (ossia il periodo massimo di "durata" della proroga di cui al comma 2), o infine per un periodo fisso di novanta giorni (ossia il periodo minimo di "durata" della proroga di cui al comma 2). In tutti i casi, la norma, prevedendo una proroga non commisurata all'effettiva durata e alle reali conseguenze della sospensione, conduce a esiti poco logici,⁹ e per di più incompatibili con il fatto che a partire dal 4 maggio 2020 l'esecuzione dei lavori è stata nuovamente consentita, pur con particolari cautele.¹⁰ Né si comprende come la disposizione in parola possa applicarsi (tanto più dopo tale ultima data) anche al momento di inizio dei lavori. Non è infine chiaro se la norma prevalga sulle disposizioni contrattuali – frequenti negli appalti privati di opere complesse o di notevole valore – che disciplinino in modo più preciso e puntuale le proroghe conseguenti a ritardi non imputabili all'appaltatore, ad esempio facendo riferimento al metodo del "percorso critico" o comunque a criteri di causa-effetto. La prevalenza della disciplina contrattuale, se compatibile con l'impossibilità di prosecuzione delle opere fino al 4 maggio 2020 (e con le prescrizioni di maggior rigore successivamente applicabili),¹¹ consentirebbe di attenuare le conseguenze dell'infelice redazione della norma.

Con riguardo alla previsione di cui al precedente punto (ii), attraverso la stessa il legislatore ha introdotto una modifica *ex lege* delle **disposizioni sul pagamento** del corrispettivo dovuto all'appaltatore volta a superare non solo ogni diversa pattuizione contrattuale, ma anche il principio generale (art. 1665, ultimo comma, c.c.) secondo il quale, in assenza di patto contrario, l'appaltatore matura il diritto al prezzo dovutogli per l'opera solo al momento della sua ultimazione e accettazione: la norma consente dunque all'appaltatore di ottenere il pagamento della parte del corrispettivo corrispondente allo stato di avanzamento dei lavori al momento

⁹ Nel primo e nel terzo caso, la norma fisserebbe un nuovo termine, rispettivamente, in data fissa (29 ottobre 2020) o di durata fissa (90 giorni) che prescinderebbe, irragionevolmente, dal fatto che il termine contrattuale originario scadesse all'inizio, alla fine, o addirittura dopo la fine del periodo di emergenza (con la conseguenza che mentre in alcuni casi la proroga sarebbe eccessiva, in altri il tempo complessivo, al netto del periodo di emergenza, ne risulterebbe addirittura ridotto). Nel secondo caso si avrebbe una proroga di un periodo fisso di 9 mesi, che in molte ipotesi risulterebbe sproporzionata. Va dato anche atto di una ulteriore interpretazione, poco coerente però con il dato letterale, secondo cui la proroga opera solo se il rinvio del termine iniziale o finale dei lavori dipenda dalla sospensione, dalla mancata emissione o dalla imminente scadenza di uno dei diversi provvedimenti amministrativi, previsti dal comma 2 dell'art. 103 (cui il comma 2-ter fa rinvio), applicandosi per il resto la generale disciplina dell'impossibilità temporanea.

¹⁰ V. sopra, nota 2.

¹¹ Le conseguenze contrattuali delle misure imposte dal Protocollo (sopra, nota 2) e più in generale delle necessarie cautele per la prevenzione della diffusione del Covid-19 sono trattate in una successiva *newsletter*.

dell'inizio della sospensione, anche se il contratto non avesse previsto tale pagamento o lo avesse subordinato a condizioni non ancora verificatesi (ad esempio un importo minimo o una determinata “milestone” non ancora raggiunti). La norma non chiarisce però come i lavori eseguiti debbano essere valorizzati, e in particolare se e in quali casi la norma possa “travolgere” le disposizioni pattizie che prevedano criteri convenzionali per la quantificazione degli acconti in corso di esecuzione; o quelle che dispongano l'applicazione, su ciascuno stato di avanzamento lavori, di ritenute in garanzia o il recupero di anticipazioni e altri acconti. Ad ogni modo, sembra possibile escludere che il pagamento abbia valore definitivo rispetto alla porzione di opera eseguita; lo stesso dovrebbe, quindi, essere considerato come un semplice acconto, con conseguente applicazioni delle disposizioni generali in tema di verifica finale dell'opera.

3. Modello contrattuale “Ance”

A differenza che in altri paesi, in Italia non vi sono modelli contrattuali “standard” o comunque di generale diffusione. A titolo puramente esemplificativo si può fare riferimento al modello di contratto di appalto privato dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili (“**Modello Ance**”).¹² Le disposizioni che potrebbero venire in rilievo sono le seguenti:

- l'art. 12.1, in forza del quale *“se i lavori devono essere sospesi per cause di forza maggiore o comunque non imputabili all'Appaltatore o al Committente”, l'appaltatore può richiedere “un termine suppletivo per l'ultimazione dei lavori corrispondente ai giorni di sospensione o comunque in misura equa”;*
- l'art. 12.2, che prevede la facoltà per entrambe le parti di richiedere la risoluzione del contratto nel caso in cui il periodo di sospensione superi una soglia contrattualmente definita; in questa ipotesi, è previsto il diritto dell'appaltatore alla *“corresponsione di un compenso proporzionato al quantum delle opere eseguite, escluso ogni risarcimento del danno”;*
- l'art. 12.4, in virtù del quale *“qualora la sospensione dei lavori per cause non imputabili all'Appaltatore si protragga oltre i 30 giorni consecutivi, l'Appaltatore ha diritto al pagamento del compenso per i lavori eseguiti sino alla data di inizio della sospensione stessa, ancorché a quel momento non sia stato raggiunto l'ammontare minimo per la liquidazione dello stato di avanzamento lavori”.*

Con riferimento alla clausola da ultimo elencata (che risulta in linea con la ratio sottesa alla disposizione di cui all'art. 103 comma 2-ter D.L. Cura Italia), il compenso dovuto all'appaltatore dovrebbe essere calcolato sulla

¹² Edizione 2020.

base dei criteri scelti dai contraenti per la determinazione del prezzo ad ogni SAL (salvo quanto si è detto sulle difficoltà interpretative della disposizione in questione).

4. Modelli di contratto internazionali

In molti Paesi, committenti pubblici e privati fanno uso di modelli contrattuali pubblicati da organismi specializzati e associazioni di settore. I modelli contrattuali più internazionalmente diffusi sono probabilmente quelli pubblicati dalla *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC). Con specifico riferimento ai rapporti contrattuali disciplinati da modelli FIDIC,¹³ nel caso in cui il Governo e/o le competenti autorità locali abbiano adottato provvedimenti o misure che possano avere effetti sulla prosecuzione dei lavori, potrebbero verificarsi i seguenti scenari, caratterizzati da una progressiva difficoltà nella prosecuzione dei lavori (fino al caso limite dell'impossibilità) e dai correlativi ritardi e aumenti di costi:

- ritardi causati dalla necessità di ottemperare alle disposizioni emesse dalle autorità competenti (*Delays caused by Authorities*): nel caso in cui l'appaltatore abbia diligentemente adottato le misure disposte dalle autorità competenti del Paese in cui vengono svolti i lavori e tali disposizioni abbiano causato un ritardo o intralcio (*disruption*) non prevedibile dei lavori (ma non il blocco del cantiere), l'appaltatore potrà avere diritto ad una proroga dei termini di ultimazione lavori (*Extension of Time*);¹⁴
- difficoltà/rallentamenti dei lavori per carenza di beni e/o personale (*Governmental Actions*): qualora l'epidemia in sé e/o i provvedimenti adottati dalle autorità competenti recanti misure urgenti atte a fronteggiare l'emergenza epidemiologica abbiano comportato maggiori difficoltà o rallentamenti nello svolgimento dei lavori per carenza di materiali, beni o personale, l'appaltatore potrà richiedere una proroga dei termini di ultimazione dei lavori.¹⁵

¹³ Si ricorda che la FIDIC ha pubblicato nel suo sito un documento intitolato *COVID-19 Guidance Memorandum for Users of FIDIC Standard Forms of Works Contract* (<https://fidic.org/COVID-19>) contenente linee guida sull'applicazione delle disposizioni dei modelli contrattuali FIDIC in relazione alle diverse tipologie di provvedimenti adottati dalle autorità dei Paesi in cui le opere si svolgono.

¹⁴ Clausola 8.5 del *Red Book*, *Yellow Book* e *Silver Book*, ed. 1999; Clausola 8.6 dei corrispondenti modelli ed. 2017.

¹⁵ Clausola 8.4(d) del *Red Book* e *Yellow Book*, ed. 1999; 8.5(d) dei corrispondenti modelli ed. 2017. Tale clausola è contenuta sia nei modelli FIDIC più risalenti sia in quelli più recenti e prevede che un differimento dei termini sia giustificato qualora si verifichino carenze di personale, beni o materiali dovute ad epidemie o ad iniziative e provvedimenti governativi: “*Unforeseeable shortages in the availability of personnel or Goods (or Employer-Supplied*

- modifiche legislative (*Changes in Legislation*): in presenza di modifiche di legge, introdotte dopo la data di inizio dei lavori, che abbiano comportato o possano comportare un ritardo o un aumento dei costi, l'appaltatore potrà richiedere un aggiustamento del prezzo contrattuale e/o una proroga del termine di ultimazione lavori;¹⁶
- forza maggiore/evento eccezionale (*Force Majeure*): se le autorità locali/Governo hanno emanato provvedimenti che impediscono il proseguimento dei lavori (quali, ad esempio, istituzione di un *lockdown*, zone di quarantena, fermo dei cantieri), occorre valutare se la situazione possa essere considerata un evento di forza maggiore/evento eccezionale. Nel caso di risposta affermativa, molto probabile, l'appaltatore avrebbe diritto ad una *Extension of Time*.

Come visto, in tali scenari, i modelli standard prevedono, in linea generale, soltanto il diritto dell'appaltatore a ottenere una *Extension of Time*, ma non anche il rimborso dei maggiori oneri (*financial remedy*). Tale diritto è però previsto nel caso di *Changes in Legislation*, nella cui fattispecie le disposizioni sull'emergenza Covid-19 possono in molti casi rientrare, a seconda del loro contenuto. In ogni caso, la possibilità di poter chiedere il rimborso dei costi addizionali andrebbe valutata, caso per caso, in base alle previsioni specifiche contenute nel contratto o stabilite dalla legge applicabile.

Materials, if any) caused by epidemic or governmental actions”. La disposizione manca, peraltro, nel *Silver Book*.

¹⁶ Clausola 13.7 del *Red Book*, *Yellow Book* e *Silver Book*, ed. 1999; 13.6 dei corrispondenti modelli ed. 2017.



Focus Team *Construction & Engineering*

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con focus su *construction* e *engineering*.

Paolo Daino

Arbitrati Internazionali, Societario

Roberto Flammia

Bancario e Finanziario

Riccardo Biciato

Bancario e Finanziario

Lorenzo Melchionda

Arbitrati Internazionali

Riccardo Bordi

Societario

Rosaria Longobardi

Societario

Paolo Di Giovanni

Arbitrati Internazionali

Alessandro Rosi

Amministrativo

Monica Iacoviello

Contenzioso

Fabiola Rossi

Fiscale

Giuseppe Manzo

Societario

Chiara Mancini

Contenzioso

Catia Tomasetti

Bancario e Finanziario

Giovanni Minuto

Arbitrati Internazionali