

Contratti pubblici

L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici

di Arrigo Varlaro Sinisi

Il 17 marzo 2020 è entrato in vigore il D.L. n. 18/2020 - cosiddetto "Cura Italia" - recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19". Tale decreto, convertito con modifiche con la legge n. 27 del 24 aprile, rappresenta una prima risposta del Governo volta a fronteggiare l'emergenza collegata alla diffusione del virus Covid-19 e agli effetti devastanti che la stessa sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale.

Il Decreto Legge, tra le altre, contiene alcune disposizioni destinate ad impattare, più o meno direttamente, sulla normativa applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sia nelle procedure di scelta del contraente (avviate o da avviare alla data di entrata in vigore del Decreto Legge), sia nell'esecuzione dei contratti.

Sommario: 1. La sospensione dei termini dei procedimenti: gli effetti - 1.1. La Circolare del MIT del 23 marzo - 1.2. La deliberazione n. 213 e il VADEMECUM dell'ANAC - 2. Regole eccezionali per "nuove" procedure di gara - 2.1. Misure di "Internazionalizzazione" - 2.2. Acquisti per lo sviluppo dei sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile - 2.3. Interventi in materia di istituti penitenziari - 2.4. L'affidamento diretto" di servizi e forniture finanziati con donazioni private - 2.5. Piattaforme per la didattica a distanza - 3. Gli appalti di rilevanza comunitaria - 4. Gli effetti dell'emergenza Covid-19 sui contratti in fase di esecuzione - 4.1. La disapplicazione penali - 4.2. La proroga "tecnica" dei contratti in corso - 4.2.1. La proroga tecnica, di natura "contrattuale" - 4.2.2. La proroga tecnica di origine "extracontrattuale" - 5. Gli effetti dell'emergenza Covid-19 negli appalti di lavori: i maggiori oneri dell'appaltatore - 5.1. La modifica del PSC e la sopportazione del relativo onere finanziario - 6. L'anticipazione.

1. La sospensione dei termini dei procedimenti: gli effetti

L'art. 103 del decreto legge, rubricato "Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza", al comma 1 prevede che "Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endo-procedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati. Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento".

L'art. 37 del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 (recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali", ha, tra l'altro, prorogato il suddetto termine del 15 aprile al 15 maggio 2020.

All'indomani dell'entrata in vigore del richiamato art. 103, una delle prime questioni che si è posta è se la stessa dovesse trovare applicazione anche alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici in corso di svolgimento.

La risposta è certamente affermativa.

La "procedura di gara", infatti, rientra a pieno titolo nella cosiddetta fase del procedimento ad "evidenza pubblica", in cui l'attività autoritativa della pubblica amministrazione è sottoposta al solo regime del procedimento amministrativo. Tale attività autoritativa termina con la sottoscrizione del contratto. Prima di tale momento - ed esattamente nella fase compresa tra l'aggiudicazione efficace (che si configura con la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario: art. 32, commi 7 e 8 del D.Lgs n. 50/2016, recante il Codice dei contratti pubblici) e la sottoscrizione del contratto - vi è una situazione intermedia, in cui convivono la fase autoritativa della stazione appaltante, sottoposta, come detto, al regime del procedimento amministrativo, con quella di diritto comune, in cui la pubblica amministrazione non ha la facoltà di esercitare tale potere autoritativo, ma agisce *jure privatorum*. Ciò accade, ad esempio, nel caso in cui la stazione appaltante, in via d'urgenza, consegna all'aggiudicatario le prestazioni prima della sottoscrizione del contratto. Il passaggio dalla fase ad evidenza pubblica a quella di diritto comune produce anche l'effetto di spostare la giurisdizione dal giudice amministrativo a quello civile.

Nella situazione che abbiamo definito intermedia, al contrario, convivono entrambe le giurisdizioni, che saranno diversamente adite a seconda che oggetto dell'invocata tutela giurisdizionale sia un interesse legittimo (fase ad evidenza pubblica) o un diritto soggettivo (fase di diritto comune).

La pubblica amministrazione esercita poteri autoritativi articolando la propria azione in procedimenti e sub-procedimenti amministrativi, che possono concludersi con atti meramente interni alla stessa P.A. (atti cosiddetti endo-procedimentali: ad esempio, nel comparto dei contratti pubblici, la "proposta di aggiudicazione" ex artt. 33, comma 1, e 32 comma 5 del D. Lgs n. 50/2016), ovvero in atti di rilevanza esterna

alla P.A., di natura provvedimentale (ad esempio, l'aggiudicazione ex art. 32 comma 6 del D.Lgs n. 50/2016, che, ai sensi del successivo art. 76, comma 5, è comunicata a tutti i partecipanti al confronto concorrenziale).

Ebbene, ai sensi dell'art. 103, comma 1, del "decreto legge "Cura Italia", tutti i termini dell'azione amministrativa che si estrinsecano nell'ambito di procedimenti o endo-procedimenti amministrativi, siano o meno perentori, ovvero finali od iniziali, devono intendersi "sospesi" dalla data del 23 febbraio fino al 15 aprile (termine, quest'ultimo, come detto, successivamente prorogato al 15 maggio 2020).

Per completezza di analisi si osserva che, in taluni casi, il potere autoritativo della Pubblica Amministrazione può essere esercitato anche dopo la sottoscrizione del contratto. Ciò accade, ad esempio, quando la stessa è chiamata a rilasciare determinate autorizzazioni all'appaltatore, come nel caso di subappalto. In questo caso l'art. 105, comma 18 del Codice dei contratti pubblici detta i tempi per il rilascio dell'autorizzazione e per la formazione del silenzio assenso, prevedendo termini ridotti per gli appalti di valore od importo contenuti (rispettivamente, 2% o 100.000 euro). Ebbene, la sospensione dei termini introdotta dall'art. 103 del decreto legge in esame trova ovviamente applicazione anche a tali procedimenti autorizzatori. Ciò viepiù in considerazione del fatto che l'art. 103, comma 1 terzo periodo, prevede espressamente che "Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento".

Altri esempi di "procedimento" amministrativo che viene in evidenza durante la fase esecutiva di un contratto pubblico, sono quelli disciplinati agli artt. 205 e 206 del Codice dei contratti pubblici, recanti la disciplina dell'accordo bonario; od anche quello disciplinato all'art. 107 del medesimo Codice, in cui è disciplinato il procedimento sotteso alla risoluzione del contratto d'appalto. A tal proposito, è appena il caso di evidenziare che il medesimo art. 107, al comma 3 prevede che in tale procedimento non si applicano i "termini" previsti dall'art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990 (legge sul procedimento amministrativo). Lasciando quindi intendere che trovano invece applicazione le altre disposizioni della legge n. 241/1990, i cui termini oggi sono tutti da coordinare con la previsione dell'art. 103 del decreto legge "Cura Italia".

Per qual che concerne gli effetti pratici prodotti dal *praeceptum legis* dell'art. 103, si osserva che, ai sensi di tale norma, i termini procedurali ed endo-procedurali sono "sospesi" e non quindi "interrotti". L'uso dell'aggettivo "sospeso" vuol significare che tra il giorno 23 febbraio ed il 15 aprile si crea una sorta di ponte in cui i termini procedurali o endo-procedurali restano "congelati", per poi riprendere a decorrere dal giorno 16 aprile e concludersi nel termine previsto dall'ordinamento per la definizione del procedimento.

1.1. La Circolare del MIT del 23 marzo

A proposito dei termini entro i quali dovranno concludersi i procedimenti sospesi per effetto delle previsioni introdotte dal decreto legge "Cura Italia", il Ministro delle Infrastrutture e Trasporti, con la "Circolare" del 23 marzo, ha fornito alcune indicazioni sul tema. La Circolare evidenzia come lo scopo della norma sia volto ad assicurare due necessità: da un lato quella di assicurare la massima partecipazione dei soggetti interessati nonostante la situazione emergenziale in atto; dall'altro quella di "... evitare che la PA, nel periodo di riorganizzazione dell'attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale, incorra in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo". In tal senso la Circolare evidenzia come la previsione dell'articolo 103 è applicabile a tutti i termini "procedurali" stabiliti dalle singole disposizioni della *lex specialis* (a livello esemplificativo e non esaustivo: termini per la presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte; termini previsti dai bandi per l'effettuazione di sopralluoghi; termini concessi ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del codice per il c.d. "soccorso istruttorio") nonché a quelli "endo-procedurali", ad esempio quelli eventualmente stabiliti dalle commissioni di gara relativamente alle loro attività.

A tali condivisibili affermazioni contenute nella Circolare, che trovano fondamento nei sopra ricordati principi di diritto, se ne aggiunge una diversa, di natura più propriamente "politica" che, ad avviso di chi scrive, deve essere valutata attentamente, per evitare il rischio di creare un effetto contrario a quello auspicato dalla norma. Secondo le indicazioni fornite dal M.I.T., infatti, i dipartimenti di infrastrutture e trasporti e le stazioni appaltanti ad esso facenti capo, dovranno valutare l'opportunità di mantenere fermi comunque i termini procedurali originariamente previsti, senza tener conto quindi della "sospensione" prevista dal D.L. n. 18/2020.

L'invito che la Circolare rivolge alle stazioni appaltanti dovrà essere attentamente soppesato, nel senso che le decisioni di queste ultime dovranno comunque tener adeguatamente conto degli interessi dei terzi (ad esempio, degli operatori economici interessati a partecipare alle procedure di gara). Infatti, l'eventuale decisione di mantenere fermi i termini iniziali del procedimento non dovrà in alcun modo comprimere gli interessi dei terzi coinvolti nel procedimento stesso. Se ciò accadesse, la volontà di portare rapidamente a conclusione i procedimenti amministrativi in corso potrebbe rischiare di impantanarsi nelle paludi dei contenziosi giurisdizionali amministrativi. Con buona pace della celere conclusione delle procedure in questione.

Sul punto, l'art. 103 del decreto legge "Cura Italia" prevede che "Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti". La stessa norma precisa che ciò potrà avvenire "anche sulla base di motivate istanze degli interessati". L'utilizzo della congiunzione "anche", ad avviso di chi scrive, deve essere letta nel senso che potranno essere gli stessi soggetti interessati a chiedere alla pubblica amministrazione di mantenere fermi i termini previsti dall'ordinamento, nel senso di ignorare la sospensione disposta dal decreto legge "Cura Italia". Ciò non vuol anche significare che la pubblica amministrazione possa ignorare, totalmente o parzialmente, tale sospensione, pregiudicando le esigenze dei soggetti interessati. Ove ciò accadesse, verrebbero certamente frustrati i principi di adeguatezza e proporzionalità che dovrebbero sempre accompagnare l'azione della pubblica amministrazione, anche in ossequio al precetto costituzionale di buon funzionamento di quest'ultima (art. 97 Cost.).

1.2. La deliberazione n. 213 e il VADEMECUM dell'ANAC

Anche l'ANAC ha fornito, con la deliberazione n. 312 del 9 aprile ha fornito "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".

L'Autorità, dopo aver rimesso al prudente apprezzamento delle stazioni appaltanti la valutazione circa la necessità o l'opportunità di differire l'avvio delle procedure di gara già programmate, tenuto conto

delle difficoltà di approvvigionamento, della necessità di effettuare sopralluoghi, della consultazione sul posto di atti o documenti, ecc., evidenzia come, in linea generale, le stazioni appaltanti, in detto periodo, dovrebbero avviare soltanto le procedure di gara ritenute urgenti ed indifferibili, adottando tutte le cautele volte a favorire la massima partecipazione e garantire la par condicio tra i concorrenti. Nel caso in le stazioni appaltanti decidano comunque di avviare procedure di gara, l'ANAC afferma che le stesse debbano fornire, negli atti di gara, una serie di informazione, dando atto, in estrema sintesi:

- a) della sospensione dei termini disposta dall'art. 103, sopra richiamato;
- b) della nuova scadenza del termine di sospensione degli anzidetti termini, disposta con il sopra richiamato D.L. n. 23/2020 (e successivamente prorogato dal D.L. n. 23/2020 al 15 maggio);
- c) che la stazione appaltante adotterà ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione della procedura, compatibilmente con la situazione di emergenza in atto. A tal fine, valuterà l'opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza della stessa, i termini endoprocedimentali, finali ed esecutivi originariamente previsti, nei limiti in cui ciò sia compatibile con le misure di contenimento della diffusione del Covid-19;
- d) della possibilità per la stazione appaltante, laddove il tipo di procedura e la fase della stessa lo consentano, di determinarsi per la disapplicazione della sospensione di alcuni termini di gara previsti a favore dei concorrenti precisando per quali termini conseguenti resta ferma l'applicazione dell'articolo 103.

Si tratta, a ben vedere, di indicazioni che non sembrano aggiungere nulla al dato normativo, con l'unico effetto di appesantire il contenuto degli atti di gara da pubblicare in questo periodo. D'altra parte, l'eventuale inosservanza di tali indicazioni da parte delle stazioni appaltanti non sembra possa produrre alcun effetto invalidante. Non è un caso che gli avvisi di gara pubblicati in questo periodo, sembrano non tener conto dell'indicazione di inserire le sopra richiamate indicazioni (tra gli altri, si vedano gli avvisi di gara pubblicati dalla Dipartimento della protezione civile per fronteggiare l'emergenza Covid-19).

Allo scopo di agevolare gli addetti ai lavori, l'A.N.A.C. ha pubblicato sul proprio sito un vademecum il cui dichiarato scopo è quello di fornire una ricognizione delle norme vigenti per aiutare le stazioni appaltanti a

far fronte all'emergenza sanitaria in atto e in tutte le ipotesi in cui si renda necessaria, in presenza dei presupposti di legge, un'accelerazione o una semplificazione delle procedure di gara. Pur senza voler entrare in questa sede in una disamina di tale documento, non possiamo sottrarci dal rilevare che talune indicazioni lasciano un po' perplessi. Come quando l'A.N.A.C., richiamando l'art. 31, comma 11 del Codice dei contratti pubblici, afferma che il ruolo di RUP può essere svolto da "professionisti esterni" se non vi è adeguata professionalità nell'organico interno alla stazione appaltante. A ben vedere il comma 11 dell'art. 31 citato si limita a prevedere che, in caso di carenza di professionalità competenti, la stazione appaltante può affidare all'esterno le attività di supporto al RUP, ma non anche il ruolo del RUP che, pertanto, deve restare interno alla stazione appaltante. Oppure, come quando prevede che l'esclusione automatica delle offerte anomale quando è pari o superiore a 10 è una facoltà della stazione appaltante, dimenticando che per gli appalti sotto soglia, con la legge cosiddetta "sblocca cantieri" n. 55/2019, in siffatti casi l'esclusione è automatica.

2. Regole eccezionali per "nuove" procedure di gara

Il D.L. n. 18/2020 ha introdotto alcune deroghe alle regole sulle procedure di affidamenti dei contratti pubblici, disciplinate dal Codice dei contratti pubblici. Alcune di queste deroghe prevedono, per specifici settori, il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, anche in assenza dei presupposti e delle condizioni che l'art. 63 del Codice richiede per il ricorso a tale procedura di affidamento. In altri casi è previsto il ricorso all'affidamento diretto, anche senza necessità di un previo confronto concorrenziale tra due o più operatori ed anche per importi di valore superiore alla soglia dei 40.000 euro, di cui all'art. 36, comma 2 lett. a) del Codice dei contratti pubblici.

Prima di soffermarci sulle specifiche deroghe introdotte dal decreto legge "Cura Italia", giova rammentare che, a proposito del ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando, l'A.N.A.C. ha pubblicato le Linee Guida n. 8 (in G. U. 23 ottobre 2017, n. 248) inerenti gli acquisti di "forniture e servizi ritenuti infungibili". Qui l'Autorità richiama le stazioni appaltanti al rispetto delle norme comunitarie e nazionali in materia di affidamenti di contratti pubblici mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara al fine di evitare indebite e non consentite restrizioni

della concorrenza. In argomento, si segnala anche il “Comunicato” del Presidente dell’A.N.A.C. del 28 marzo 2018, sul tema dell’infungibilità negli acquisti in ambito sanitario.

2.1. Misure di “Internazionalizzazione”

L’art. 72 del decreto legge n. 18/2020, il cui titolo è stato modificato in sede di legge di conversione in “Misure per l’internazionalizzazione del sistema Paese e potenziamento dell’assistenza ai connazionali all’estero in situazione di difficoltà”, ha previsto la realizzazione di una campagna straordinaria di comunicazione volta a sostenere le esportazioni italiane e l’internazionalizzazione del sistema economico nazionale nel settore agroalimentare e negli altri settori colpiti dall’emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19, anche avvalendosi di ICE-Agenzia italiana per l’internazionalizzazione delle imprese e per l’attrazione degli investimenti.

A tal fine ha previsto un primo sostanziale finanziamento di 150 milioni di euro.

In considerazione dell’esigenza di contenere con immediatezza gli effetti negativi sull’internazionalizzazione del sistema Paese in conseguenza della diffusione del Covid-19, il comma 2 dell’art. 72, modificato ed integrato in sede di legge di conversione, prevede che agli interventi disciplinati dalla medesima norma, nonché a quelli inclusi nel piano straordinario di cui all’art. 30 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla L. n. 164/2014 - recante norma per la “Promozione straordinaria del Made in Italy e misure per l’attrazione degli investimenti - si applicano, fino al 31 dicembre 2020, le disposizioni dell’art. 63, comma 6 del D.Lgs n. 50/2016 -. In altre parole, fino alla data summenzionata, le stazioni appaltanti potranno individuare gli affidatari attraverso la “procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara”. Atteso che il ricorso a tale procedura di affidamento è autorizzato da una norma di legge, ad avviso di chi scrive, non è necessario che le stazioni appaltanti, nella determina di affidamento, motivino il ricorso a tale procedura di affidamento, dando evidenza della sussistenza dei presupposti e delle condizioni previste dal medesimo art. 63 del Codice.

2.2. Acquisti per lo sviluppo dei sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile

L’art. 75 del decreto legge in commento, modificato ed integrato in sede di legge di conversione, detta anche regole speciali per favorire gli “Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del

lavoro agile e di servizi in rete per l’accesso di cittadini e imprese”.

Per “lavoro agile” si intende la modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa. La prestazione lavorativa può essere eseguita in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Ciò è quanto prevede, in estrema sintesi, l’art. 18 della legge n. 81/2017, recante misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.

Ebbene, l’art. 75 del decreto legge in commento, al fine di favorire la diffusione di servizi in rete ed agevolare l’accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese, quali ulteriori misure di contrasto agli effetti dell’imprevedibile emergenza epidemiologica da Covid-19, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici (da intendersi per tali quelle indicate all’art. 3 del Codice dei contratti pubblici), nonché le autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la Commissione nazionale per le società e la borsa e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, e nel rispetto delle disposizioni del codice antimafia, sono autorizzate, sino al 31 dicembre 2020, ad acquistare beni e servizi informatici, preferibilmente basati sul modello cloud SaaS (acronimo di *software as a service*), nonché servizi di connettività, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell’art. 63, comma 2 lett. c) del Codice appalti, “selezionando l’affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una «start-up innovativa» o un «piccola e media impresa innovativa», iscritta nell’apposita sezione speciale del registro delle imprese, di cui all’art. 25 del D.L. n. 179/2012, convertito con modifiche dalla L. 221/2012, e dall’art. 4, comma 2 del D.L. n. 3/2015, convertito con la L. n. 33/2015.

In buona sostanza, nei limiti ed alle condizioni sopra ricordate, le sole stazioni appaltanti sopra indicate possono procedere ad affidamenti con la procedura di cui all’art. 63, in deroga ai limiti ed alle condizioni stabilite all’art. 36, comma 2 lett. c) e c-bis) del Codice appalti.

I commi 2 e 4 dell'art. 75 del decreto legge n. 18/2020 individuano poi ulteriori condizioni e adempimenti che le amministrazioni devono osservare laddove affidino i contratti ai sensi della medesima norma.

In tal senso l'art. 75 prevede che allo scopo di giungere rapidamente alla sottoscrizione del contratto, si proceda sulla base delle autocertificazioni dell'operatore economico aggiudicatario in relazione al possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l'assenza di motivi di esclusione secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Informativo di Anac, nonché previa verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al Codice antimafia. Inoltre, è previsto che le amministrazioni stipulino immediatamente il contratto ed avviino l'esecuzione degli stessi, anche in deroga ai termini di cui all'art. 32 del Codice appalti.

Il comma 3-bis, aggiunto dalla richiamata legge di conversione n.27/2020, prevede che i contratti relativi agli acquisti di servizi informatici e di connettività hanno una durata massima non superiore a trentasei mesi, prevedono di diritto la facoltà di recesso unilaterale dell'amministrazione decorso un periodo non superiore a dodici mesi dall'inizio dell'esecuzione e garantiscono in ogni caso il rispetto dei principi di interoperabilità e di portabilità dei dati personali e dei contenuti comunque realizzati o trattati attraverso le soluzioni acquisite ai sensi del comma 1, senza ulteriori oneri per il committente. La facoltà di recesso unilaterale, di cui al periodo precedente, è attribuita senza corrispettivo e senza oneri di alcun genere a carico dell'amministrazione.

2.3. Interventi in materia di istituti penitenziari

Altre misure straordinarie sono state introdotte in materia di edilizia penitenziaria. In particolare, l'art. 86 del D.L. n. 18/2020, modificato in sede di legge di conversione, oltre ad autorizzare la spesa di 20ML di euro, per la realizzazione di interventi urgenti di ristrutturazione e di rifunzionalizzazione delle strutture e degli impianti danneggiati nel corso delle recenti proteste dei detenuti legate alla diffusione del Covid-19, nonché per l'attuazione delle misure di prevenzione previste dal D.P.C.M. dell'8 marzo 2020, introduce ulteriori deroghe al Codice dei contratti pubblici, in materia di procedure di affidamento. O meglio, prevede (comma 2) che i summenzionati interventi, essendo qualificati come di "somma urgenza", possono essere affidati con le procedure di cui all'art. 163 del Codice degli appalti.

Ai sensi del sopra richiamato art. 163, l'esecuzione dei lavori può dunque essere affidata in forma diretta ad uno o più operatori economici individuati dal responsabile del procedimento o dal tecnico dell'amministrazione competente. Senonché, mentre la previsione dell'art. 163 si applica agli interventi di valore fino a € 200.000,00, la norma del decreto legge n. 18/2020 si applica sino ai valori delle soglie comunitarie individuati all'art. 35 e s.m.i. del Codice appalti.

Altra deroga che il decreto legge "Cura Italia" riserva agli interventi di cui trattasi, riguarda la presentazione della "perizia giustificativa degli stessi". Nello specifico, agli interventi ricompresi nel decreto legge in commento non trova applicazione il termine di 10 giorni, che l'art. 163 citato assegna al responsabile del procedimento per la compilazione della perizia giustificativa degli interventi in questione, e per la sua trasmissione alla stazione appaltante, in uno con il verbale di "somma urgenza". In assenza di una specifica previsione, si pone il dilemma se possa trovare applicazione il termine di trenta giorni, previsto dall'art. 2 della Legge n. 241/1990 e s.m.i., per la conclusione dei procedimenti amministrativi.

In ultimo, ma non da ultimo, si evidenzia che il regime speciale previsto dall'art. 86 si applica fino al 31 dicembre 2020.

2.4. L'affidamento diretto di servizi e forniture finanziati con donazioni private

Il D.L. n. 18/2020 prevede (art. 99, comma 1) che il Dipartimento della Protezione Civile è autorizzato ad aprire uno o più conti correnti bancari dedicati in via esclusiva alla raccolta ed utilizzo delle donazioni liberali di somme finalizzate a far fronte all'emergenza epidemiologica del virus Covid-19.

La stessa norma (comma 2) prevede che fino al 31 luglio 2020 - ossia fin che dura lo "stato di emergenza", dichiarato con D.P.C.M. del 29 gennaio 2020 - l'affidamento di contratti di "forniture" e "servizi" da parte delle aziende, agenzie e degli enti del Servizio sanitario nazionale da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza Covid-19, qualora sia finanziato in via esclusiva tramite donazioni di persone fisiche o giuridiche private, ai sensi dell'art. 793 c.c., avvenga mediante affidamento diretto.

Tale affidamento avviene dunque in modo "diretto", e quindi senza la necessaria previa consultazione di due o più operatori economici, a condizione che sia effettuato per importi non superiori alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici. Pur se la norma non lo prevede espressamente, trovano comunque applicazione i principi

stabiliti dal Codice dei contratti pubblici, secondo i quali le prestazioni non possono essere artificiosamente frazionate, compresa la stima del valore dei contratti, allo scopo di evitare l'applicazione di tutto o di parte del Codice (in tal senso, militano, tra l'altre, le previsioni degli artt. 30 comma 2, 31, comma 11, 35 comma 6 del Codice dei contratti pubblici).

In ultimo, l'art. 99 comma 3 del decreto legge "Cura Italia" prevede che l'affidamento di cui sopra detto è ammissibile a condizione che "sia conforme al motivo delle liberalità". In assenza di precise indicazioni al riguardo, deve ritenersi che gli affidamenti debbano essere effettuati per esigenze finalizzate a far fronte all'emergenza epidemiologica del virus Covid-19, come previsto dal comma 1 della medesima norma. A tal riguardo, è previsto che, al fine di assicurare idonea trasparenza all'impiego delle suddette liberalità, dovrà essere redatta apposita separata rendicontazione, da pubblicarsi al termine dell'esigenza Covid-19.

2.5. Piattaforme per la didattica a distanza

L'art. 120 del D.L. n. 18/2020, anch'esso modificato ed integrato con la legge di conversione n. 27/2020, assegna al Ministero per l'Istruzione, nell'ambito del Fondo per l'innovazione digitale e la didattica laboratoriale di cui all'art. 1, comma 62, della L. n. 107/2015, le risorse necessarie per consentire alle istituzioni scolastiche statali di dotarsi di piattaforme e di strumenti digitali utili per l'apprendimento a distanza anche mettendo a disposizione degli studenti dispositivi digitali individuali per la relativa fruizione, ovvero per potenziare gli strumenti digitali già in uso alle medesime istituzioni scolastiche.

Il comma 3 della norma in commento prevede che le istituzioni scolastiche acquistano le piattaforme e i dispositivi di cui sopra detto, mediante ricorso agli strumenti di cui all'art. 1, commi 449 e 450, della legge n. 296/2006.

La stessa norma prevede che, qualora non sia possibile ricorrere ai predetti strumenti, le istituzioni scolastiche provvedono all'acquisto delle piattaforme e dei dispositivi di cui al comma 1, lettere a) e b), anche in deroga alle disposizioni del Codice degli appalti. In cosa consista tale deroga la norma non lo chiarisce. Certamente non può riguardare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, che si ritiene debbano sempre accompagnare l'affidamento di qualunque contratto da parte della pubblica amministrazione, in ossequio ai principi

stabiliti, tra gli altri, dagli artt. 4 e 30 del Codice degli appalti.

3. Gli appalti di rilevanza comunitaria

Per quel che concerne gli appalti di rilevanza comunitaria nulla cambia e, pertanto, continuano a trovare applicazione le regole dell'Unione Europea. La Commissione Europea, con riferimento all'emergenza determinata dal Covid-19, ha pubblicato di recente una "Comunicazione" (in G.U.C.E, 1° aprile 2020, c/108 1/01), in cui individua le procedure ed i termini previsti dalle direttive comunitarie in caso di affidamenti in situazioni di "urgenza" o di "estrema urgenza".

In particolare, osserva la Commissione che se sussiste l'urgenza, la direttiva comunitaria prevede una riduzione sostanziale dei termini generali. Nello specifico, nell'ambito di una procedura "aperta" il termine minimo di 35 giorni per la presentazione delle offerte, in casi di urgenza debitamente motivata, può essere ridotto sino a 15 giorni (Articolo 27, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE); nell'ambito di una procedura "ristretta", il termine per la presentazione di una domanda di partecipazione di 30 giorni può essere ridotto a 15 giorni (Articolo 27, paragrafo 3, della direttiva citata) e quello per la presentazione di un'offerta può essere ridotto da 30 a 10 giorni (Articolo 28, paragrafo 6, della medesima direttiva). Tutto ciò al fine di consentire una rapida aggiudicazione dell'appalto. Le previsioni sopra ricordate sono state recepite nel Codice dei contratti pubblici, rispettivamente, per quel che concerne la riduzione dei termini nella "procedura aperta", all'art. 60 comma 3, e per la procedura ristretta all'art. 61, comma 6.

Nei casi di "estrema urgenza", la Commissione ricorda che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione "nella misura strettamente necessaria quando, a causa eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici." (art. 32, paragrafo 2, lett. c), della direttiva). In buona sostanza, una "procedura negoziata senza previa pubblicazione" consente alle amministrazioni aggiudicatrici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti; l'aggiudicazione diretta "a un operatore economico preselezionato" rimane l'eccezione ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di

fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza (il cosiddetto "esecutore determinato", che nel Codice dei contratti trova corrispondenza all'art. 63, comma 3 lett. c).

La Commissione conclude che è fuor di dubbio che nell'ambito dell'emergenza "Covid-19", le esigenze immediate degli ospedali e delle istituzioni sanitarie (forniture, servizi e lavori pubblici) devono essere soddisfatte con la massima celerità possibile. Tuttavia, occorre valutare caso per caso per stabilire se ricorrono i presupposti per l'affidamento secondo le procedure dell'urgenza ovvero della estrema urgenza. Valutazione che indubbiamente non può che essere rimessa al prudente apprezzamento delle stazioni appaltanti, che dovranno darne adeguata motivazione nella determina di affidamento.

4. Gli effetti dell'emergenza Covid-19 sui contratti in fase di esecuzione

Gli effetti dell'emergenza legate al Covid-19 si estendono, ovviamente, anche ai contratti in fase di esecuzione. Per tale ragione il legislatore è intervenuto stabilendo d'imperio alcune regole, finalizzate a garantire l'equilibrio tra le reciproche obbligazioni nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e lo ha fatto prevedendo, in primo luogo, la disapplicazione delle penali.

Al riguardo l'ANAC, con la sopra richiamata delibera n. 312/2020, ha affermato che le stazioni appaltanti dovranno concedere "proroghe e/o differimenti" ulteriori rispetto a quelli previsto dal decreto legge n. 18/2020, laddove l'impossibilità di rispettare i termini sia dovuta all'emergenza sanitaria. Vediamo, qui di seguito, ciò che ha previsto il decreto legge in questione a proposito della disapplicazione delle penali e ciò che prevede l'ordinamento in tema di concessione della proroga.

4.1. La disapplicazione penali

L'art. 91 del D.L. n. 18/2020 detta alcune disposizioni destinate ad incidere sulla disciplina contrattuale.

In particolare, 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.

Il comma 1 dell'art. 91, il comma 1 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 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. Tale previsione è attuata attraverso l'inserimento del comma 6.bis all'art. 3 del predetto D.L. n. 6/2020.

È appena il caso di rammentare 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, nonché ad oggi anche quelle del d.P.R. n. 207/2010), anche quelle del codice civile (in tal senso, milita la previsione dell'art. 30, comma 8, 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.

In sintesi, la disapplicazione delle penali potrà essere attuata attraverso il riconoscimento di una "proroga" che, per quel che concerne i "lavori" sarà attuata in conformità dell'art. 107 comma 5 del Codice, senza tuttavia tener conto dell'obbligo dell'appaltatore, ivi previsto, di richiederla con "congruo anticipo", atteso che il diritto dell'appaltatore al riconoscimento della proroga per la protrazione del tempo legato all'emergenza del Covid-19 è previsto per legge.

4.2. La proroga "tecnica" dei contratti in corso

La sospensione di tutti i termini amministrativi, stabilita dal richiamato art. 103 fino al 15 aprile, poi estesa al 15 maggio dall'art. 37 del D.L. n. 23/2020, ha inciso e inciderà anche sulle procedure di gara in corso o da avviare in questo periodo. Tutto ciò produrrà, tra le altre, l'inevitabile conseguenza di far slittare in avanti il tempo per l'individuazione del soggetto cui affidare gli appalti di servizi. Tale circostanza potrebbe indurre le stazioni appaltanti a "prorogare" gli appalti in corso, in attesa della conclusione della procedura di gara sottesa all'individuazione dell'appaltatore destinato al subentro nel contratto.

L'ordinamento consente che le stazioni appaltanti, negli appalti di servizi, possano prorogare le prestazioni affidate all'appaltatore in due casi: la prima si ha quando esse abbiano previsto, in una clausola della *lex specialis* di gara - e quindi nel contratto - l'opzione di estendere la durata il contratto per un determinato periodo di tempo (ad esempio: 3 anni +1). In questo caso trattasi di una scelta della stazione appaltante fatta a monte dell'affidamento, e che pertanto nulla ha a che fare con gli effetti prodotti dal Covid-19.

Quella che rileva, invece, è la “proroga” concessa per la necessità di prolungare la durata del servizio per il tempo strettamente necessario ad individuare il nuovo affidatario. Ebbene, in questo caso la proroga, che nella prassi è definita “tecnica”, può avere origine contrattuale o extra-contrattuale.

4.2.1. La proroga tecnica di natura “contrattuale”

In ambito “contrattuale”, la proroga dei contratti di durata (e quindi, negli appalti di servizi o forniture), alla luce della più recente giurisprudenza, può essere ricondotta a due ipotesi.

La prima ricorre nel caso in cui la stazione appaltate abbia inserito nella *lex specialis* di gara - quindi, nel contratto - una “opzione di proroga”. In tal caso, in linea con quanto previsto all’art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016, la proroga sarà consentita per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l’individuazione di un nuovo contraente ed il contraente sarà tenuto all’esecuzione delle prestazioni agli stessi prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto originario. La proroga, pertanto, sarà formalizzata attraverso un atto di sottomissione.

La seconda ipotesi va inquadrata come “modifica contrattuale”. Infatti, secondo taluna giurisprudenza un contratto di servizi può essere prorogato anche attraverso una “modifica del contratto”, disposta ai sensi del comma 1 dell’art. 106. In questo caso, secondo la medesima giurisprudenza, l’esigenza di disporre la proroga dovrà essere motivata da una circostanza sopravvenuta, imprevedibile ed imprevedibile, non imputabile alla stazione appaltante (1). In questo caso si rammenta che la modifica del contratto potrà essere ammessa sino al 50 % del valore del contratto iniziale e potrà essere imposta all’appaltatore, agli stessi prezzi patti e condizioni del contratto originario, nel limite del 20 % del valore di quest’ultimo.

Ove si aderisca all’opzione interpretativa della richiamata giurisprudenza, si dovrà anche ammettere che, nel caso in cui la durata della proroga produca, di fatto, un incremento del valore del contratto inferiore alle soglie di cui al comma 2 dell’art. 106 del Codice, la stessa proroga potrebbe essere disposta anche indipendentemente dalla sopravvenienza di un evento imprevedibile ed imprevedibile, non riconducibile alla committente. E ciò poiché tali condizioni non sono richieste per le modifiche del contratto,

disposte ai sensi del richiamato comma 2. Tale norma, infatti, prevede che “I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice”, se il valore della modifica è al di sotto dei valori che lo stesso comma 2 individua sub lett. a) e b).

Qualche perplessità si pone con riferimento alla giurisprudenza sopra richiamata. La “modifica” del contratto cui fa riferimento l’art. 106 riguarda, infatti, l’oggetto dell’appalto, da intendersi evidentemente come le prestazioni che le parti si obbligano reciprocamente a fornire. Viceversa la “proroga” - che a differenza dell’oggetto non costituisce un elemento essenziale del contratto, ma un elemento accidentale dello stesso - riguarda la “durata” delle prestazioni affidate con il contratto. Ad ogni buon conto, sarà il tempo a rivelarci se la suddetta pronuncia sarà stata condivisa anche dalla successiva giurisprudenza.

4.2.2. La proroga tecnica di natura “extracontrattuale”

In materia di appalti pubblici di servizi, la giurisprudenza è pacifica nell’affermare che non vi è alcuno spazio per l’autonomia contrattuale delle parti, e ciò poiché vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge, l’Amministrazione, una volta scaduto il contratto, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, deve effettuare una nuova gara pubblica (2). Ciò è garanzia del rispetto dei principi comunitari in materia di libera concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, sanciti, tra l’altro, dall’art. 30 comma 1 del Codice degli appalti (in tal senso, anche l’ANAC, *ex multis* Delibere nn. 6/2013 e 1/2014)

In altre parole, la proroga “tecnica” extracontrattuale, nell’unico caso oggi ammesso, ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale. Essa “è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall’Amministrazione) vi sia l’effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (3).

(1) Cons. Stato 23 settembre 2019, n. 63269.

(2) *Ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 18 aprile 2020, n. 1392; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 6 marzo 2020, n. 242; Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192.

(3) Cons. Stato, Sez. V, sent., 11 maggio 2009, n. 2882; ANAC, parere AG 38/2013.

In questi casi trattandosi, di fatto, di un nuovo affidamento, la proroga, motivata dalle esigenze di cui sopra detto, dovrà essere formalizzata nel rispetto delle norme sulle procedure di affidamento in materia. Inoltre, trattandosi di un “nuovo” affidamento, dovranno essere concordati i prezzi, i patti e le condizioni che, non necessariamente saranno quelli del contratto in precedenza assentito al medesimo affidatario.

5. Gli effetti dell'emergenza Covid-19 negli appalti di lavori: i maggiori oneri dell'appaltatore

Si è detto in precedenza che l'art. 91 del D.L. n. 18/2020 prevede 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. 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. A tal riguardo, la giurisprudenza, in presenza di un evento impreveduto ed imprevedibile, non imputabile all'appaltatore, che determina uno slittamento del termine di ultimazione dei lavori, riconosce all'appaltatore stesso il diritto ad un termine “suppletivo” (4).

In ogni caso, ad avviso di chi scrive, alla luce della chiara previsione del richiamato art. 91, l'appaltatore non è tenuto a formalizzare una richiesta di “proroga” e, conseguentemente, di 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. È 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. n. 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 applicazione 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

(4) In argomento, v. A. Varlaro Sinisi, *Contratti pubblici, dall'aggiudicazione al collaudo, aggiornato al D.M. 49/2018 e alla legge 55/2019 “sblocca cantieri”*, Edito da DEI, Tipografia del Genio

Civile, Roma, 2020, 105 ss., in cui richiama, tra l'altro, Cass. 18 febbraio 2008, n. 3932.

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).

Un’ultima considerazione sul fatto che l’emergenza Covid-19 potrebbe determinare un “anomalo andamento” dell’appalto. Abbiamo detto in precedenza che una sospensione “legittima” dei lavori 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, resa 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.

5.1. La modifica del PSC e la sopportazione del relativo onere finanziario

Al momento della ripresa delle attività nei cantieri (cosiddetta “fase 2” dell’emergenza Covid-19), una delle questioni che si è posta è stata di comprendere in che modo fosse possibile attuare il rispetto delle misure per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori occupati nei cantieri, e chi sia il soggetto chiamato a sostenere i relativi oneri.

È ben noto che l’ordinamento prevede che le misure per garantire la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori occupati nei cantieri sono contenute nel PSC-Piano di Sicurezza e Coordinamento. A tal riguardo, l’art. 100, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008 - recante il Testo Unico in materia di Sicurezza e Salute sui luoghi di lavoro - prevede che il PSC è

costituito da una relazione tecnica e dalle prescrizioni correlate alla complessità dell’opera da realizzare e alle eventuali fasi critiche del processo di costruzione, atte a “prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori”. La medesima norma stabilisce inoltre che il PSC contiene l’indicazione della stima dei costi della sicurezza, come definiti nell’allegato XV al summenzionato T.U.

Il coordinato disposto dell’art. 2.1.2 e dell’art. 4.1 di tale allegato prevede che nei costi della sicurezza vanno stimati, “per tutta la durata delle lavorazioni previste in cantiere”, tra gli altri, anche quelli “delle misure preventive e protettive e dei dispositivi di protezione individuale eventualmente previsti nel PSC per lavorazioni interferenti”.

Il PSC è redatto dal Coordinatore per la progettazione (art. 100, comma 1, lett. a) del citato T.U.).

I datori di lavoro delle imprese esecutrici e i lavoratori autonomi sono tenuti ad attuare quanto previsto nel PSC, oltre che nel POS-Piano Operativo di Sicurezza (art. 100, comma 3, del T.U.). Quest’ultimo è redatto dai datori di lavoro delle imprese esecutrici.

In fase di esecuzione dei lavori, spetta al CSE-Coordinatore per l’esecuzione verificare il rispetto delle prescrizioni contenute nel PSC e nel POS, da parte delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi.

Spetta invece al RUP, quale responsabile dei lavori, garantire il rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro (art. 89, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 81/2008) e quindi assicurarsi che il PSC sia adeguato alla normativa sopravvenuta.

A tal riguardo l’ANAC, con le Linee Guida n. 3 sul “RUP”, ha tra l’altro precisato che: “nella fase dell’esecuzione, il RUP, avvalendosi del direttore dei lavori, sovrintende a tutte le attività finalizzate alla realizzazione degli interventi affidati, assicurando che le stesse siano svolte nell’osservanza delle disposizioni di legge, in particolare di quelle in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, e garantendo il rispetto dei tempi di esecuzione previsti nel contratto e la qualità delle prestazioni”.

Ora, poiché disposizioni sopravvenute impongono oggi “nuove” misure di sicurezza nei cantieri, allo scopo di contenere la diffusione del virus Covid-19, spetta al RUP adottare le misure opportune affinché il PSC sia adeguato a ciò.

Si è posto il problema di comprendere attraverso quali procedure ciò sarebbe stato possibile.

Il PSC, essendo parte integrante del contratto d’appalto (art. 100, comma 2 del D.Lgs. n. 81/2008), in

fase di esecuzione dei lavori può essere modificato secondo le procedure previste dall'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016.

Laddove si sia in fase di progettazione sarà il Coordinatore per la progettazione ad adeguare il PSC alle nuove disposizioni normative.

Per quel che concerne le procedure di gara in corso di svolgimento, per contro, la possibilità di modificare il PSC appare certamente più complicata. Ipotizzare l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, allo scopo di adeguare il PSC alle prescrizioni sopravvenute, pare una misura eccessiva, poco ragionevole e forse sproporzionata. La stazione appaltante potrà invece valutare di dare ai concorrenti giusta evidenza della circostanza che il PSC che sarà allegato al contratto d'appalto sarà adeguato alla normativa sopravvenuta e alle connesse prescrizioni delle autorità competenti in materia di Covid-19. Se possibile, il PSC modificato sarà messo subito a disposizione dei concorrenti per la relativa consultazione. Ciò sebbene, come noto, gli oneri della sicurezza compresi nel PSC non siano soggetti a ribasso e di conseguenza non in grado di condizionare in modo significativo l'offerta economica dei concorrenti. Detto ciò, è evidente che ogni singolo caso andrà esaminato in concreto, alla luce delle relative peculiarità.

Alla luce di quanto tutto quanto in precedenza detto, è possibile affermare che gli oneri della sicurezza ricompresi nel PSC sono carico della stazione appaltante e saranno corrisposti all'appaltatore senza alcun ribasso. Analogamente, quest'ultimo li dovrà a propria volta corrispondere al subappaltatore, senza alcun ribasso.

Restano invece a carico delle imprese gli oneri aziendali per la sicurezza, che sono compresi tra le "spese

generali" e come tali riconosciute all'operatore economico nell'ambito del corrispettivo dell'appalto.

A diverse conclusioni si giunge nel caso in cui sia l'appaltatore a richiedere una modifica del PSC, per renderlo maggiormente confacente all'esigenza di garantire la sicurezza e salute dei lavoratori. In tal caso, l'art. 100, comma 5, del T.U. sopra menzionato prevede che l'impresa aggiudicataria ha "facoltà" di presentare al CSE eventuali proposte di integrazione al PSC qualora, sulla base della propria esperienza, ritenga che queste possano meglio garantire la sicurezza dei lavoratori nel cantiere. Ebbene, la menzionata norma prevede che ove la stazione appaltante accolga tale richiesta di integrazioni, in nessun caso all'appaltatore saranno riconosciute modifiche o adeguamenti dei prezzi.

6. L'anticipazione

Sempre allo scopo di fronteggiare l'emergenza Covid-19, il legislatore ha introdotto un'altra previsione normativa, destinata tuttavia a sopravvivere anche dopo che sarà cessata una tale emergenza. Infatti il richiamato art. 91 ha disposto l'integrazione dell'art. 35, comma 18 del Codice degli appalti, inserendo la previsione che consente l'erogazione dell'anticipazione anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'art. 32, comma 8, Codice stesso. Trattasi, dunque, di una "novità" destinata a sopravvivere anche dopo che sarà cessata l'emergenza da Covid-19. Rammentiamo che l'art. 35 comma 18 prevede l'erogazione all'affidatario dell'anticipazione nella misura del 20 per cento del valore del contratto, per tutte le tipologie di contratto: lavori, servizi e forniture.