

Dalla stipula del contratto d'appalto alla fase di esecuzione

Risoluzione, recesso, crisi di impresa,
emergenza covid

La risoluzione e dintorni

- Risoluzione per inadempimento
- Impossibilità sopravvenuta
- Effetti della risoluzione
- Fallimento di una delle parti
- Morte dell'appaltatore
- Crisi d'impresa
- Responsabilità contrattuale in tempo di emergenza coronavirus: forza maggiore
- Recesso

La norma

- L'art. 108 del D.Lgs. in esame **conferma il potere del contraente pubblico di determinare autoritativamente ed unilateralmente la risoluzione del contratto** senza la necessaria intermediazione di un provvedimento del giudice. La norma si applica **per i lavori nonché, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture.**

Parere del Consiglio di stato

- Come evidenziato dal **Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere n. 00855/2016 del 1/04/2016**, la nuova formulazione contenuta nell'art. 108, da un lato, **sostituisce gli artt. 135 e 138 del previgente codice appalti**, trascrivendone l'intero contenuto con limitate modificazioni e **individuando le ipotesi** al ricorrere delle quali la stazione appaltante può disporre la risoluzione di un contratto in corso di efficacia; dall'altro lato, **recepisce le ipotesi di “risoluzione” previste dalle direttive comunitarie** (artt. 44 della direttiva n. 23 del 2014, 73 della direttiva n. 24 del 2014 e 90 della direttiva del 2014).

La posizione del Consiglio di Stato

- Il potere della P.A. di determinare autoritativamente ed unilateralmente la risoluzione del contratto, è espressione di potere di autotutela in grado di incidere sul contratto, ma tale potere, in generale, trova dei limiti dopo la stipula del contratto e l'avvio della sua esecuzione. In particolare, riprendendo i principi affermati in merito da **Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14**, l'attività finalizzata alla risoluzione del contratto **dovrà essere governata applicando quanto previsto dall'art. 108.**

Risoluzione e recesso

Ipotesi di risoluzione facoltative previste dall'art. 108, 1° c.:

- modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;
- Sono state superate le soglie dell'art. 106, comma 1, lettere b), c) ed e) e comma 2 lettere a) e b);
- l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto in una delle situazioni ostative alla stipula dei contratti (art. 80);
- l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice,

Risoluzione e recesso

Ipotesi di risoluzione obbligatorie previste dall'art. 108, 2° c.:

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

Risoluzione e recesso

Ipotesi di risoluzione per inadempimento grave: art. 108, 3° c.:

- Quando il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, accerta un **grave inadempimento** alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni,
- invia al **responsabile del procedimento** una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore.

Ipotesi di risoluzione facoltative previste dall'art. 108, 4° c.:

- Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni **ritardi per negligenza dell'appaltatore** rispetto alle previsioni del contratto,
- il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato, gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni.

Risoluzione non chiamatela RESCISIONE

La RESCISIONE DEL CONTRATTO può chiedersi per anomalie verificatesi al momento della conclusione del contratto:

a) perché concluso in stato di pericolo,

Per esperire l'azione di rescissione per contratto concluso in stato di pericolo devono sussistere 2 condizioni:

- lo stato di pericolo in cui versava uno dei contraenti o altra persona, al momento della stipula,
- l'iniquità delle condizioni a cui il contraente ha dovuto soggiacere.

b) per lesione.

Per avere invece rescissione per lesione devono sussistere:

- una forte sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, tale che il valore di una prestazione sia almeno la metà dell'altra,
 - l' approfittamento dello stato di bisogno in cui versava la parte danneggiata.
-

Casi risoluzione

La RISOLUZIONE DEL CONTRATTO si ha invece per motivi verificatisi DOPO la conclusione del contratto.

Tali ipotesi sono:

la risoluzione di diritto (nei casi cioè previsti dalla legge) – **co. 1 e 2 del 108;**

la risoluzione per inadempimento di una delle parti (artt. 1453 – 1462 CC) – **co. 3 e 4 del 108;**

la risoluzione per impossibilità sopravvenuta;

la risoluzione per eccessiva onerosità.

ULTERIORI IPOTESI DI RISOLUZIONE PREVISTE DAL CODICE CIVILE

Art. 1456 c.c.: **clausola risolutiva espressa
e risoluzione di diritto**

Art. 1454 e 1455 c.c.: **diffida ad adempiere
in caso di inadempimento rilevante**

ALTRE IPOTESI DI RISOLUZIONE PREVISTE DA NORMATIVE VARIE

Esistono varie norme che prevedono ipotesi di risoluzione, quali, ad esempio:

D.Lgs. 81/2008;

D.Lgs. 159/2011

L.135/2012

Art. 21, L. 646/1982;

L. 136/2010

La risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento

- Il contratto d'appalto può essere risolto **per inadempimento** secondo la regola dettata dall'articolo 1453 del codice civile. Riportandone il testo questa afferma che *“Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno”*. Si tratta di un'ipotesi di risoluzione giudiziale.
- In alternativa, con una soluzione di diritto, può essere inserita nel contratto su accordo delle parti una **clausola risolutiva espressa**. Disciplinata dall'articolo 1456 del codice civile, è utile a risolvere il contratto di diritto quando le obbligazioni contrattuali non vengono eseguite secondo le modalità pattuite.
- L'inadempimento deve essere grave e in misura maggiore rispetto all'inadempimento nella **vendita** dove è sufficiente una diminuzione apprezzabile del valore del bene. Lo afferma l'opinione diffusa nella giurisprudenza.

Domanda di risoluzione e di riduzione del prezzo o eliminazione dei vizi

- Il secondo comma dell'articolo 1453 del codice civile stabilisce che *“La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma **non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione**”*. Pone dunque dei limiti al rapporto tra richiesta di risoluzione e di adempimento.
- Ammesso che il committente possa chiedere all'appaltatore di eliminare i vizi dell'opera o la riduzione del prezzo ai sensi dell'articolo 1668 del codice civile, **la giurisprudenza nega l'incompatibilità di tali richieste con la domanda di risoluzione nello stesso giudizio**. Spiega infatti che la riduzione del prezzo non costituisce esatto adempimento della prestazione e quindi non incorre nel divieto posto dalla suddetta norma.
- Per quanto riguarda la domanda di eliminazione dei vizi invece, la corte interviene affermando che *“per ciò che concerne i rapporti fra la domanda di risoluzione ed eliminazione dei vizi, l'esatto adempimento richiesto con questa seconda incorre nel divieto suddetto nei soli limiti in cui sussista l'interesse attuale del contraente che ha chiesto, la risoluzione, tal che **non può escludersi la proponibilità di entrambe le medesime domande in un unico giudizio**, per l'eventualità del venir meno di tale interesse e quindi in rapporto di subordinazione della seconda alla prima”*.

Inadempimento dell'appaltatore e vizi dell'opera

- Quando riguarda l'appaltatore, l'inadempimento può tradursi in un'opera difforme e viziata rispetto al risultato pattuito nel contratto. Questo è un caso in cui il committente ha la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto, oltre ad altri rimedi. Lo dice espressamente il secondo comma dell'articolo 1668 del codice civile affermando che "Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto".
- Ci sono altre ipotesi di inadempimento dell'appaltatore che legittimano l'applicazione dell'articolo 1453 del codice civile. Sono, ad esempio, la mancata esecuzione dell'opera, il realizzo parziale o tardivo, il rifiuto della consegna. In questi casi infatti non possono dirsi applicabili gli articoli 1667 e 1668 del codice civile che richiedono l'esecuzione completa dell'opera.
- Spetta al committente l'onere di fornire le prove a fondamento della sua richiesta di risoluzione. Ovvero le prove dei vizi e delle difformità dell'opera.
- Si sottolinea come la risoluzione del contratto di appalto possa essere richiesta solo quando i vizi e le difformità dell'opera siano di notevole entità, tale da renderla completamente inadatta alla sua destinazione
- Si precisa inoltre come, nel caso in cui il committente richieda la risoluzione del contratto per inadempimento delle tempistiche stabilite di esecuzione dei lavori con l'appaltatore, la domanda giudiziale di risoluzione debba essere chiesta in corso d'opera e non a lavori già terminati.

Diffida ad adempiere

- Durante l'esecuzione della prestazione da parte dell'appaltatore il committente ha il diritto di controllare e verificare lo svolgimento dei lavori. Lo stabilisce l'articolo 1662 del codice civile. Se consta un operato non conforme alle condizioni pattuite nel contratto, ovvero a regola d'arte, può intimare l'appaltatore con **diffida ad adempiere** a conformarsi entro un termine. Si presuppone dunque possibile correggere i vizi dell'operato o rifarla da capo.
- In mancanza di riscontro **il contratto si risolve di diritto** senza bisogno di ricorrere alla domanda giudiziale. Il contratto inoltre può risolversi, lo ha affermato la cassazione, anche se tale attività di controllo non è stata posta in essere dal committente essendo infatti un diritto e non un onere.

La responsabilità del committente

- L'obbligazione principale del committente è quella del pagamento del corrispettivo dell'opera eseguita dall'appaltatore, nelle forme, tempi e modalità pattuite.
- Nel caso di inadempimento del committente l'appaltatore può agire in giudizio per chiedere il pagamento del corrispettivo ma deve provare di aver eseguito l'opera in modo conforme a quanto stabilito nel contratto e a regola d'arte. **Può inoltre chiedere la risoluzione del contratto**, oltre alla possibilità di fruire delle azioni convenzionali previste dalle norme comuni, solo quando subisca un effettivo pregiudizio.
- Un altro classico caso di risoluzione del contratto di appalto per inadempimento del committente si verifica quando quest'ultimo ingerisce nell'attività autonomamente svolta dall'appaltatore sospendendo i lavori senza motivazione.

La risoluzione del contratto d'appalto per impossibilità sopravvenuta

- Il contratto d'appalto può risolversi quando la prestazione che ne costituisce oggetto **diventa impossibile da eseguire per una causa non imputabile a nessuna delle parti.**
- A disciplinare l'ipotesi è l'articolo 1672 del codice civile che tratta però una impossibilità parziale. Prevede infatti che *“il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta , nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera”*.
- Il concetto di utilità di cui parla la norma va inteso in senso relativo. Si tratta ovvero di un'utilità propria di quel committente contraente e non un'utilità valida oggettivamente per chiunque.

Cosa comporta la risoluzione del contratto d'appalto?

- Stando alle regole generali sugli effetti della risoluzione del contratto l'articolo 1458 del codice civile stabilisce la retroattività della risoluzione per inadempimento. Nel contratto d'appalto dunque, la risoluzione, sia richiesta giudizialmente sia avvenuta di diritto, **ha efficacia retroattiva fra le parti**. Tale effetto è pacifico se si pensa che l'appalto è un contratto ad esecuzione prolungata e non continuata o periodica.
- C'è tuttavia un'eccezione. Ci si riferisce ai contratti d'appalto ad esecuzione continuata o periodica. Lo afferma il secondo periodo del primo comma dell'articolo 1458. Questo recita: *“salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite”*.
- L'altro effetto della risoluzione del contratto d'appalto è la **tutela restitutoria delle parti**.
- Se la risoluzione deriva da inadempimento dell'appaltatore il committente non sarà più obbligato a pagare il prezzo e avrà eventualmente diritto a chiedere la ripetizione delle somme già pagate con gli interessi. Avrà inoltre diritto anche alla restituzione dei materiali forniti all'appaltatore per realizzare l'opera, se da lui stesso procurati, nella stessa forma e qualità.

Gli effetti della risoluzione dell'appalto in base al tipo di opera

- Bisogna tuttavia distinguere cosa succede a seconda che l'opera data in appalto sia mobile o immobile.
- Se **mobile** l'appaltatore che l'ha già eseguita ne rimane proprietario. Se l'aveva già data in consegna al committente questo gliela deve restituire.
- Il committente che aveva dato in appalto un bene **immobile** ha una duplice possibilità. Può scegliere, quando chiedi la risoluzione, di demolire l'opera, se già eseguita, oppure di diventarne proprietario per accensione. In questo caso è contrastata l'opinione sulla tutela restitutoria. C'è chi ritiene vada pagata una somma all'appaltatore a titolo di indennità di arricchimento, chi ritiene non possa operare la risoluzione non essendoci il ripristino della posizione dell'appaltatore.

Morte dell'appaltatore

- L'articolo 1674 del codice civile stabilisce che il contratto d'appalto si risolve quando muore l'appaltatore solo se *“la considerazione della sua persona sia stato motivo determinante del contratto”*.
- Significa ad esempio che l'opera era stata affidata a **una persona fisica** piuttosto che ad un'impresa o ad una società, le quali sopravvivono anche in occasione della morte del titolare.
- Se il contratto si risolve per tale causa, tuttavia, il committente deve **corrispondere agli eredi dell'appaltatore un'indennità e un rimborso spese**. La prima dev'essere pari al valore delle opere eseguite (secondo il prezzo pattuito) e il secondo riguarda *“le spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, ma solo nei limiti in cui le opere eseguite e le spese sostenute gli sono utili”*.

Risoluzione del contratto d'appalto per fallimento di una delle parti

- Ai sensi dell'articolo 81 della legge fallimentare ***“Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie”***.
- Si tratta di un ipotesi di risoluzione di diritto che opera in via automatica all'emanazione della dichiarazione di fallimento. Non dà origine a diritti risarcitori delle parti ed ha efficacia *ex nunc*, dunque non è retroattiva.
- Il contratto originario resta sciolto anche dopo l'esecuzione della procedura concorsuale. È fatto salvo il caso in cui le parti pattuiscano un nuovo accordo.
- Se al momento della dichiarazione di fallimento erano già state proposte domande di adempimento o di risarcimento del danno queste diventeranno improcedibili per via ordinaria e dovranno **essere ammesse al passivo della procedura concorsuale**.

Responsabilità contrattuale in tempo di emergenza coronavirus: forza maggiore

- La legislazione d'emergenza contiene un solo spunto normativo. Il Governo con il Decreto Legge 18 marzo 2020 "Cura Italia" all'art. 91 prevede (art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che dispone «All'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6 è inserito il seguente»):
- **“comma 6-bis: Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valida ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c. della responsabilità del debitore anche relativamente applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardi o omessi adempimenti”.**

segue

Art. 1218 cod. civ.: Responsabilità del debitore

- Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, **se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile**

segue

L'art. 1223 cod. civ. : Risarcimento del danno

- *Il risarcimento del danno per inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*

segue

- Il dovere di rispetto della normativa d'emergenza va a situarsi ad un gradino superiore delle altre norme di legge o, meglio, ne costituiscono aggiornamento in deroga così pure alle norme contrattuali.
- L'esatto coordinamento va attuato caso per caso tenendo conto di due condizioni.

segue

- 1) **prova contraria**: ai fini dell'art. 1218 c.c. l' "*impossibilità della prestazione*" è elemento da utilizzarsi a prova contraria, ma analogamente per l'art. 1223, a fronte della richiesta di danni per inadempimento o ritardo il debitore dovrà dimostrare di avere adempiuto a norme superiori, quelle emergenziali;
- 2) ci si dovrà attenere agli **elementi costitutivi della "forza maggiore"** visto che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato precisi concetti per l'inquadramento dell'istituto, che devono essere tenuti in considerazione.

Dove sta la forza maggiore

- Art. 1467 cod. civ. Contratto con prestazioni corrispettive
“Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, **se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili**, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458
- .La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.
- *La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.*

Cosa è la forza maggiore

- La dottrina e giurisprudenza hanno elaborato il concetto di “**forza maggiore**” individuandone i due elementi (oggettivo e soggettivo) che la costituiscono.
- 1) **elemento oggettivo**: ci si dovrà trovare di fronte a contingenze anormali, impreviste ed imprevedibili, non imputabili all’attività del soggetto interessate;
- 2) **elemento soggettivo**: il soggetto interessato deve attivarsi per evitare per quanto possibile le conseguenze dell’evento anomalo verificatosi.
- Un banale esempio: l’azienda che pur avendo la possibilità di tenere aperto e produttivo il reparto semplicemente adottando misure di contenimento non eccessivamente onerose o impossibili, preferisca, invece, chiudere non rispettando poi le consegne, potrebbe non vedersi riconosciuta la possibilità di richiamare efficacemente la forza maggiore.

Forza maggiore ha natura di esimente.

- Sulla natura di **esimente** della forza maggiore, si cita: *“Sotto il profilo naturalistico, infine, la forza maggiore si atteggia come una causa esterna che obbliga la persona a comportarsi in modo difforme da quanto voluto, di talché essa va configurata, relativamente alla sua natura giuridica, come una **esimente** poiché il soggetto passivo è costretto a commettere la violazione a causa di un evento imprevisto, imprevedibile ed irresistibile, non imputabile ad esso contribuente, nonostante tutte le cautele adottate (Cass. sez. 5, 22/09/2017, n. 22153, cit., e Cass. sez. 6- 5, 08/02/2018, n. 3049, cit)».*

La Corte di Giustizia

- Infine la Corte di Giustizia CE nella sentenza 18 dicembre 2007, resa nella causa C-314/06, che si è così espressa: *«Secondo una giurisprudenza costante, ... la nozione di forza maggiore non si limita all'impossibilità assoluta, ma deve essere intesa nel senso di **circostanze anormali e imprevedibili, indipendenti dall'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso**».*

Effetto sospensivo o effetto risolutivo?

- Poco ci si è interrogati sulla portata dell'impedimento giustificato e sul suo eventuale effetto temporale. Come sempre è accaduto nell'affrontare in concreto l'istituto della forza maggiore, dovrà applicarsi al caso di specie, ognuno diverso, la sua possibile conseguenza.
 - Talvolta avrà evidenti effetti interruttivi del rapporto con soluzione dell'obbligo contrattuale, talvolta una mera sospensione.
 - In merito si tenga conto della seguente pronuncia giurisprudenziale: *“L'impossibilità parziale ha effetto risolutivo solo quando, avuto riguardo all'interesse delle parti, investa l'essenza stessa dell'operazione negoziale, privando il resto, in parte significativa, di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo perseguito con il negozio, ai sensi degli artt. 1362 e ss., c.c.”* Corte Cass. n. 4939/2017.
- 

La Convenzione di Vienna del 1980

art. 79

- La Convenzione di Vienna del 1980 all'art. 79 individua le caratteristiche principali che devono essere presenti affinché la clausola di forza maggiore possa trovare applicazione:
- a) impedimento indipendente dalla volontà del debitore;
- b) impedimento non prevedibile al momento della conclusione del contratto;
- c) l'impedimento non è superabile.

La Convenzione di Vienna del 1980

Art 79 comma 1: Una parte non è responsabile dell'inadempienza di uno qualsiasi dei suoi obblighi se prova che tale inadempienza è dovuta ad un impedimento indipendente dalla sua volontà e che non ci si poteva ragionevolmente attendere che essa lo prendesse in considerazione al momento della conclusione del contratto, che lo prevedesse o lo superasse, o che ne prevedesse o ne superasse le conseguenze.

Per far valere la clausola di forza maggiore, l'articolo 79, comma 4°, sancisce l'obbligo per la parte che non dà esecuzione al contratto, di avvisare l'altra parte dell'impedimento e delle sue conseguenze sulla sua capacità di esecuzione. L'avviso deve arrivare a destinazione in un termine ragionevole a partire dal momento in cui la parte che non ha dato esecuzione era a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'impedimento, altrimenti la parte che non ha dato esecuzione al contratto sarà tenuta al pagamento dei danni ed interessi a causa della mancata ricezione.

RECESSO (art. 109 – co. 1)

Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159,

la stazione appaltante **PUÒ RECEDERE** dal contratto **IN QUALUNQUE TEMPO**

previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture,

oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture **non eseguite.**

Recesso (art. 109)

Trattasi del potere conferito dal contratto (o dalla legge) ad una delle parti di **sciogliersi unilateralmente** dal vincolo contrattuale.

Nell'appalto pubblico è conferito in via generale solo al committente pubblico.

Recesso ad nutum nel contratto di appalto (art 1671 c.c.), onere della prova del lucro cessante e quantificazione del danno secondo equità. Cassazione civile Sentenza 5879/2017

- **" ... in ipotesi di recesso unilaterale del committente dal contratto d'appalto, ai sensi dell'art. 1671 cod. civ., grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere, restando salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi, ovvero gli ha procurato vantaggi diversi ... "**

E ancora, sul criterio equitativo nella liquidazione del danno:

- **"Nella liquidazione di tale indennizzo, peraltro, il giudice del merito ha facoltà di applicare il criterio equitativo che, se costituisce il metodo normale per la valutazione del lucro cessante (ex art. 2056 cod. civ.), può essere utilizzato per qualsiasi danno ed, in particolare, per la determinazione della quota di spese generali, costi di ammortamento, impegno improduttivo di materiali e mano d'opera ecc., quando sia impossibile o assai difficoltoso, sulla base di una valutazione discrezionale del giudice, fornire la prova precisa dell'entità del pregiudizio sofferto ".**

Conseguenze slittamento in graduatoria

Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 (NB. SOLO in questa ipotesi di risoluzione e NON in altre!!!) ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del D.Lgs. 159/2011 ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto

INTERPELLANO PROGRESSIVAMENTE

i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori (CO. 1)

le difficoltà dello slittamento in graduatoria

In caso di interpello, non esiste più il limite del 5° graduato e l'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta (CO. 2).

Anac è ferma su questa ricostruzione non può esser modificato il contratto neppure il progetto neppure nel caso di appalto integrato

Articolo 108. Risoluzione del contratto: facoltà di risoluzione (comma 1)

Causa		Norma di riferimento	Adempimenti in caso di risoluzione	Conseguenze
Sospensione delle prestazioni NON imputabile all'appaltatore:		Comma 1, alinea	L'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità.	Pagamento del valore delle prestazioni già regolarmente eseguite.
- per un periodo superiore a 1/4 della durata prevista dal contratto		(art. 107, comma 2)	- <i>Se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini;</i>	Se per un periodo superiore a 6 mesi:
- per un periodo superiore a 6 mesi oltre la durata prevista dal contratto		(art. 107, comma 4)	- <i>se la stazione appaltante non si oppone la risoluzione diventa efficace senza indennizzi.</i>	Comunicazione ad ANAC. (*) (comma 4, periodi terzo e quarto).
Il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell' articolo 106, comma 6 <i>(in quanto inammissibile ai sensi dei commi 1 o 2 dello stesso articolo 106)</i>		Comma 1, lettera a)	1) Il RUP comunica all'appaltatore la determinazione di risoluzione con preavviso di 20 giorni, ordina al DL la redazione dello stato di consistenza e la presa in consegna (comma 6). 2) È disposto il collaudo (comma 7). 3) L'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri e sgombero delle aree nel termine assegnato; in caso di mancato rispetto del termine, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese (comma 9, primo periodo).	1) Pagamento del valore delle prestazioni già regolarmente eseguite decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto (comma 5).
il contratto è stato modificato superando le soglie seguenti ...	50% per le prestazioni supplementari	Comma 1, lettera b), prima parte (art. 106, commi 1 e 7)	4) In alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza, la stazione appaltante può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare cauzione per l'1% del contratto (comma 9, secondo periodo).	2) Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento di eventuali danni (comma 9, terzo periodo).
	La soglia consentita dai documenti di gara	Comma 1, lettera b), seconda parte (art. 106, comma 1, lettera e)		
	comunitarie oppure 15% per i lavori o 10% per servizi e forniture	Comma 1, lettera b), terza parte (art. 106, comma 2)		

(*) *Tempestivamente al superamento dei sei mesi; sanzione da 50 e 200 euro per ogni giorno di ritardo nella comunicazione.*

L'aggiudicatario doveva essere escluso dalla procedura o dall'aggiudicazione in quanto prima dell'aggiudicazione ricadeva in una delle situazioni di cui all' articolo 80, comma 1 (provvedimento definitivo di condanna)	Comma 1, lettera c)	1) Il RUP comunica all'appaltatore la determinazione di risoluzione con preavviso di 20 giorni, ordina al DL la redazione dello stato di consistenza e la presa in consegna (comma 6). 2) È disposto il collaudo (comma 7). 3) L'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri e sgombero delle aree nel termine assegnato; in caso di mancato rispetto del termine, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese (comma 9, primo periodo).	1) Pagamento del valore delle prestazioni già regolarmente eseguite decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto (comma 5). 2) Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento di eventuali danni (comma 9, terzo periodo).
Appalto aggiudicato in violazione degli obblighi dei Trattati comunitari riconosciuti in un procedimento delle CGUE ex art. 258 TFUE	Comma 1, lettera d)	4) In alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza, la stazione appaltante può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare cauzione per l'1% del contratto (comma 9, secondo periodo).	

Articolo 108. Risoluzione del contratto: obbligo di risoluzione (comma 2)

Fattispecie	Norma di riferimento	Adempimenti obbligatori	Conseguenze
Decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsi documenti o dichiarazioni mendaci	Comma 2, lettera a)	1) Il RUP comunica all'appaltatore la determinazione di risoluzione con preavviso di 20 giorni, ordina al DL la redazione dello stato di consistenza e la presa in consegna (comma 6). 2) È disposto il collaudo (comma 7). 3) L'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri e sgombero delle aree nel termine assegnato; in caso di mancato rispetto del termine, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese (comma 9, primo periodo).	1) Pagamento del valore delle prestazioni già regolarmente eseguite decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto (comma 5). 2) Imputazione della maggiore spesa sostenuta per affidare le prestazioni ad altro operatore se la stazione appaltante non si avvale del subentro di cui all'art. 110 (comma 8).
Provvedimento definitivo di applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione	Comma 2, lettera b), prima parte	4) In alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza, la stazione appaltante può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare cauzione per l'1% del contratto (comma 9, secondo periodo).	3) Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento di eventuali danni (comma 9, terzo periodo).
Provvedimento definitivo di condanna per uno o più reati di cui all' articolo 80 (sopravvenuto al contratto)	Comma 2, lettera b), seconda parte		

Articolo 108. Risoluzione del contratto: risoluzione condizionata (commi 3 e 4)

Fattispecie	Norma di riferimento	Adempimenti obbligatori	Conseguenze
Grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, che compromette la buona riuscita delle prestazioni	Comma 3	<ol style="list-style-type: none">1) Il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione invia al RUP una relazione documentata, indicando la stima di quanto eseguito regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore.2) Formula la contestazione degli addebiti, assegnando un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione delle controdeduzioni al RUP.3) Valutate negativamente le controdeduzioni, o scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del RUP dichiara risolto il contratto.	<ol style="list-style-type: none">1) Pagamento del valore delle prestazioni già regolarmente eseguite decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto (comma 5).2) Imputazione della maggiore spesa sostenuta per affidare le prestazioni ad altro operatore se la stazione appaltante non si avvale del subentro di cui all'art. 110 (comma 8).
Grave ritardo nell'esecuzione rispetto ai termini contrattuali per negligenza dell'appaltatore	Comma 4, primo periodo	Il direttore dei lavori, il direttore dell'esecuzione o il RUP assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a 10 giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni.	<ol style="list-style-type: none">1) Pagamento del valore delle prestazioni già regolarmente eseguite decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto (comma 5).2) Resta fermo l'addebito delle penali.
	Comma 4, secondo periodo	Scaduto il termine è redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore e qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto.	

Articolo 109. Recesso dal contratto

Fattispecie	Norma di riferimento	Presupposti	Adempimenti obbligatori	Conseguenze
Recesso per cause antimafia	d.lgs. n. 159/2012 < soglia comunitaria Art. 88, commi 4-bis e 4-quater => soglia comunitaria Art. 92, commi 3 e 4	Contratto stipulato previa dichiarazione sostitutiva con condizione risolutiva nelle more dell'ottenimento della documentazione antimafia a termini scaduti	Recesso dal contratto in caso di sopravvenienza di misure di prevenzione ostative al contratto	pagamento del valore delle prestazioni già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite
Recesso unilaterale (nonché revoca)	Commi 1, 2 e 3	Provvedimento formale motivato della stazione appaltante	formale comunicazione con preavviso di almeno venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità delle prestazioni	pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, inoltre: il 10% della differenza tra i 4/5 del valore del contratto (al netto del ribasso) e il valore delle prestazioni non eseguite.

**GRAZIE PER
L'ATTENZIONE!**