

## CORONAVIRUS E CONTRATTI PUBBLICI (aggiornato al d.l. 17 marzo 2020 n. 18)

di Aldo COPPETTI - Luigi GILI - Federico SMERCHINICH

*SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il Codice dei contratti pubblici. - 3. Rimedi. - 4. Maggiori costi. - 5. Il d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e contratti pubblici: una prima lettura degli artt. 47 e 48.*

**1. Premessa.** Per quanto la disciplina giuridica in tema di forza maggiore e di *factum principis* sia da ritenersi simile se non sovrapponibile, necessita una loro specificazione.

La **causa di forza maggiore** si ha a fronte di fatti eccezionali ed imprevedibili, estranei dalla sfera d'azione delle parti contrattuali. La diffusione del coronavirus è da ritenersi una causa di forza maggiore che può incidere in tutto o in parte sulla possibilità di dare esecuzione ai contratti pubblici ed alle prestazioni in genere a favore del pubblico e della collettività.

Il *factum principis* non è definito normativamente ma in dottrina e giurisprudenza si ritiene che sia generalmente un fatto, cagionato dall'intervento di un atto dell'Autorità amministrativa,

legislativa o giudiziaria, idoneo ad incidere negativamente su un rapporto obbligatorio alterandone l'equilibrio<sup>1</sup>.

Se la diffusione del *virus* è da ricondurre alla forza maggiore, diversamente i decreti legge, i d.P.C.M. e gli altri atti a rilevanza normativa emanati per rispondere alle eccezionali problematiche in essere, sono ricondursi al *factum principis*.

**2. Il Codice dei contratti pubblici.** Gli articoli di maggiore interesse sono gli **articoli 106 e 107 del d.lgs. n. 50/2016**.

**L'art. 106**, comma 1, lett. e) del Codice prevede che: *“Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:*

*e) se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.”*

---

<sup>1</sup> Cass. civ., Sez. II, 30 aprile 2012, n. 6594.

Si ricorda quali sono le modifiche da ritenersi sostanziali, ai sensi del comma 4 dell'articolo in questione: *“Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:*

*a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati (o di offerenti - n.d.r.) diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;*

*b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;*

*c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;*

*d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).”*

Da non dimenticare la possibilità in concreto di attivare la modifica anche ai sensi dell'art. 106, comma 2 lett. a), secondo cui non è necessario una procedura nuova: *“se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.”*

L'ipotesi di modifica ai sensi dell'art. 106, comma 2, lett. a) è quella più semplice ma esige una previsione utile e di riferimento negli atti di gara.

Un'alternativa di portata più generale alle condizioni sotto evidenziate, un po' più complessa sul piano procedurale, è quella della **variante in corso d'opera** ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c) del Codice, secondo cui: *“c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:*

*1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;*

*2) la modifica non altera la natura generale del contratto”.*

In tal caso l'art. 106, comma 14 del Codice fa obbligo al RUP anche di comunicare all'Osservatorio tramite le Sezioni regionali ogni variante in corso d'opera (in caso di appalto di valore inferiore alla soglia europea oppure in caso di appalto di valore sopra soglia ove la modifica del valore del contratto sia contenuta entro il 10%) oppure di comunicare all'ANAC la variante nei contratti sopra soglia (se di valore economico superiore al 10%).

Salvo l'obbligo comunicativo sopra ricordato, sul piano procedurale la variante potrebbe essere prontamente autorizzata dal RUP all'unica condizione di adeguatamente assolvere l'onere motivazionale in merito alla non alterazione della natura generale del contratto (che, laddove permanga omogeneità di prestazione, non dovrebbe essere requisito insuperabile).

**L'art. 107**, comma 4 del Codice dispone invece che: *“Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di **forza maggiore**, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla **sospensione parziale** dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale”*.

**Il legislatore ha previsto nella forza maggiore uno dei motivi per sospendere lo svolgimento delle prestazioni**, pur rappresentandosi per l'esecutore un obbligo di eseguire la parte ancora realizzabile.

Il comma 5 dell'articolo citato rafforza la tutela dell'appaltatore: *“L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale”*.

Queste norme sono valide sia in tema di lavori che di servizi e di forniture (in quanto compatibili *ex art.* 107, comma 7 del Codice).

Il legislatore fa riferimento alla forza maggiore anche all'art. 194 comma 5 lett. a) del Codice, in ambito di varianti nell'affidamento al contraente generale, affermando che sono a carico del soggetto aggiudicatore le spese dovute alle varianti per far fronte a cause di forza maggiore.

Si soggiunge che, in linea ancor più generale, **l'art. 107, comma 2** del Codice, riferendosi alla sospensione dei lavori disposta dal RUP per ragioni di necessità, non esclude del tutto l'operatività a tutela dell'appaltatore di un meccanismo di natura indennitaria, quanto meno nei casi in cui, protraendosi la sospensione oltre i termini ivi previsti, l'appaltatore abbia inteso sciogliersi dal vincolo contrattuale e la stazione appaltante gliel'abbia impedito.

Tale principio potrebbe essere preso a riferimento dal legislatore ampliandone il raggio di operatività, in tutte quelle situazioni in cui—essendo impossibile per l'appaltatore rendere la prestazione dovuta per la forza maggiore e/o il *factum principis* sopra considerato e permanendo il vincolo contrattuale e connesse obbligazioni accessorie (ad esempio custodia mezzi o attrezzi, locali, adempimenti vari, impegno a riattivarsi al più presto) – vi siano costi comunque da sostenere.

**3. Rimedi.** Senza pretesa di completezza, in diritto civile la tematica delle epidemie è stata ad esempio oggetto di attenzione nel 2007, quando a seguito della manifestazione dell'epidemia di dengue emorragica nell'isola di Cuba, alcune persone hanno deciso di rinunciare al proprio viaggio, domandando lo scioglimento del vincolo obbligatorio senza il pagamento del corrispettivo dovuto per il recesso nel caso di pacchetti turistici.

In tal caso la Cassazione è intervenuta sul tema con una storica sentenza che ha ravvisato nella intervenuta epidemia, non una causa di forza maggiore idonea a risolvere il contratto per sopravvenuta impossibilità totale o parziale della prestazione (artt. 1463-1464 c.c.), bensì un fatto che ha inciso sulla realizzabilità della causa in concreto del contratto, cioè l'interesse del creditore-turista a godere del viaggio con la dovuta tranquillità e con le opportune rassicurazioni igienico sanitarie<sup>2</sup>.

Il contratto è stato ritenuto estinto con esonero delle parti dal corrispondere le relative obbligazioni. Si è spostata l'attenzione dalla fase fisiologica del contratto (esecuzione) a quella patologica (conclusione), valorizzando l'interesse delle parti alla prestazione. Dopo tale decisione si è assistito in diritto civile ad un progressivo sviluppo della tesi della causa in concreto, che ha ridotto i margini operativi dell'istituto dell'impossibilità

---

<sup>2</sup> Cass. civ., Sez. III, 24 luglio 2007 n. 16135.



sopravvenuta. Ci si dovrebbe chiedere se il ragionamento esposto possa valere in tema di contratti pubblici o se esso possa dare degli spunti, rilevando che la giurisprudenza amministrativa non ha particolare esperienza sul tema epidemiologico.

Considerata isolata la tesi di chi in passato ha sostenuto che “*l’istituto della forza maggiore non può trovare applicazione in una procedura di gara d’appalto, riferendosi tale istituto al solo campo delle obbligazioni civili*”<sup>3</sup>, è da ritenere prevalente l’orientamento secondo cui anche nella contrattualistica pubblica possa ricorrersi sia al concetto di forza maggiore che di *factum principis*.<sup>4</sup>

La natura bifasica delle procedure di contrattualistica pubblica (fase dell’evidenza pubblica e momento esecutivo) renderebbe non estensibile alla stessa il ragionamento avanzato in tema di causa in concreto del contratto. Infatti nel diritto amministrativo la causa è da ritenere sempre in senso astratto perseguendosi necessariamente un interesse pubblico e che, nel rispetto del

---

<sup>3</sup> Richiamata da Tar Piemonte, Sez. II, 29 settembre 2006, n.3309.

<sup>4</sup> Si v. in argomento Cass. civ., Sez. II, 14 maggio 2005, n. 10113, che ha ritenuto la “sorpresa archeologica” come un evento di forza maggiore tale da cagionare l’impedimento alla prosecuzione dei lavori in adempimento di doveri imposti dalla legge (*factum principis*), senza alcuna discrezionalità per il committente, con la conseguenza che la sospensione dei lavori disposta dalla stazione appaltante non è frutto di una scelta amministrativa e pertanto non consente all’appaltatore di richiedere lo scioglimento del contratto o l’indennizzo per i maggiori oneri sopportati.

principio di nominatività dei provvedimenti amministrativi, ogni atto serve per raggiungere un certo fine individuato dalla legge.

Di conseguenza, **una sopravvenienza data da forza maggiore o da *factum principis* che incida sulla fase antecedente l'aggiudicazione**, sarebbe contrastabile tramite l'**autotutela amministrativa** ai sensi in particolare dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990.<sup>5</sup>

Altro tema che attualmente si pone per le procedure in corso, è la possibilità di proroga e di differimento dei termini, ad esempio ai fini della presentazione dell'offerta.<sup>6</sup>

Se, invece, **l'evento imprevedibile e di larga portata sopravviene nel momento esecutivo del contratto pubblico**, occorre intervenire sul sinallagma instauratosi, facendosi ricorso alla normativa in tema di **modifiche, varianti in corso d'opera**<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Si v. Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 28 marzo 2017, n. 507, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2018, n. 858, in tema di revoca in autotutela anche a fronte di maggiori costi generati dalla malattia delle piante *xilella fastidiosa*.

<sup>6</sup> Nonché per adempimenti di settore: si v. comunicato del Presidente ANAC, 4 marzo 2020, di proroga termini per la conclusione dei contratti di attestazione. Inoltre, pendente la procedura di gara, altre problematiche che emergono sono, ad esempio, la possibilità di svolgere le sedute di gara in modalità telematica o come l'operatore economico possa adempiere all'obbligo di sopralluogo.

<sup>7</sup> *“Lungi dal rappresentare il "naturale e fisiologico" strumento di risoluzione di problematiche operative, la variante, specie nel caso di un appalto integrato, qual è quello di specie, rappresenta un rimedio eccezionale di cui la P.A. può disporre al fine sopperire a carenze progettuali, ovvero a circostanze impreviste e*

**e di sospensione** (artt. 106 e 107 d.lgs. n. 50/2016) al fine della rimodulazione e/o rinegoziazione delle prestazioni, sempre che ne sussistano le condizioni, ed *in extrema ratio* a quella sulla **risoluzione per impossibilità sopravvenuta**. A questa va aggiunta l'ipotesi ampia della sospensione delle attività in base alla normativa emergenziale attualmente in essere.<sup>8</sup>

**4. Maggiori costi.** Nell'ambito del diritto civile, gli istituti in rilievo sarebbero la causa in concreto del contratto o la risoluzione per impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione. Nel primo caso, i contraenti sarebbero esonerati dall'adempiere alla propria obbligazione, mentre nel secondo caso vi sarebbe una risoluzione di diritto con conseguente effetto retroattivo tra le parti e restituzione delle prestazioni, salvo quelle già eseguite (art. 1458 c.c.).

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, una prima prospettiva è di considerare la forza maggiore (a cui è da equiparare in termini di effetti il *factum principis*) come motivo sopravvenuto che funge da (più che legittima) causa per rimodulare la prestazione in fase esecutiva (a fronte di modifica

---

*imprevedibili, che emergano nel corso dei lavori e, dunque, durante l'esecuzione del rapporto contrattuale.*" (Tar Puglia, Lecce, Sez. I, cit.).

<sup>8</sup> Art. 1, lett. o) e n) d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 ("Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19").

o di variante), con correlata rideterminazione del corrispettivo da prendere a riferimento (con maggiori problematiche se l'appalto è strutturato a corpo e non a misura).

La seconda prospettiva è di considerare la forza maggiore come ragione legittima di sospensione del contratto<sup>9</sup> ma con eventuale indennizzo a favore dell'appaltatore solo nell'ipotesi delineata dall'art. 107, comma 2 del Codice.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Nella legislazione antecedente l'odierno Codice dei contratti pubblici, era possibile ravvisare un riferimento generico a circostanza speciali senza una specificazione in termini di forza maggiore: *“Qualora circostanze speciali impediscano in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, il direttore dei lavori ne ordina la sospensione, indicando le ragioni e l'imputabilità anche con riferimento alle risultanze del verbale di consegna. Sono circostanze speciali le avverse condizioni climatiche, i casi di forza maggiore, le situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera nei casi previsti dall'Art. 63, comma 1, lettere a), b) e c) della legge. 2. La sospensione disposta ai sensi del comma 1 permane per il tempo necessario a far cessare le cause che hanno comportato l'interruzione dell'esecuzione dell'appalto. Nel caso di sospensione dovuta alla redazione di perizia di variante, il tempo deve essere adeguato alla complessità ed importanza delle modifiche da introdurre al progetto.”* (art. 133, d.P.R. n. 554/1999). Viceversa, l'art. 159, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 (e in precedenza già l'art. 24 d.m. n. 145/2000) qualifica(va) espressamente la forza maggiore come circostanza speciale tale da configurare motivo di sospensione legittima dei lavori.

<sup>10</sup> In giurisprudenza, ad esempio, è stato di recente affermato che *“l'esplosione dell'ordigno bellico deve (...) considerarsi fatto imprevisto e imprevedibile e in nessun modo può essere attribuito, nella sua valenza potenzialmente dannosa, a responsabilità della committenza; l'evento in parola e le relative attività di bonifica rientrano chiaramente nel novero delle cause di forza maggiore e/o comunque delle circostanze speciali che legittimano la sospensione dei lavori senza necessità di alcun compenso, indennizzo o risarcimento in favore dell'appaltatore, secondo quanto disposto dall'art. 24 del D.M. n. 145 del 2000. Da ciò si ricava*

**5. Il d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e contratti pubblici: una prima lettura degli artt. 47 e 48.** Con **d.l. 17 marzo 2020 n. 18**, il Governo ha adottato misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica in corso.

Prima di passare alla disamina degli artt. 47 e 48 del d.l. in esame, di maggiore interesse ai fini del presente scritto, si riportano le altre previsioni contenute nel decreto che riguardano direttamente il Codice dei contratti pubblici.

L'**art. 72** ammette, per i contratti pubblici inerenti a iniziative volte a contenere gli effetti negativi sull'internazionalizzazione del sistema Paese, la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara (art. 63, comma 6 d.lgs. 50/2016).

---

*l'impossibilità di riconoscere all'appaltatrice le affermate maggiori onerosità conseguenti alla dilatazione delle tempistiche programmate essendo stata esclusa, come visto, la responsabilità della committente dell'opera in relazione alle obbligazioni da questa assunte in sede contrattuale. Con il che quei medesimi fatti impeditivi che il consulente ha definito non imputabili all'ATI non possono fondare, per espressa disciplina normativa, alcun riconoscimento in favore della stessa." (Trib. Roma, Sez. spec. in materia di imprese, 16 gennaio 2020). L'indennizzo non è dovuto qualora non vi sia responsabilità accertata a carico della stazione appaltante (invece su un'ipotesi di responsabilità in materia di bonifica ambientale, Cons. Stato, Sez. IV, 27 giugno 2017, n. 3124).*

L'art. 75 (*“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”*) introduce nuove procedure fino al 31 dicembre 2020 per l'acquisto da parte della pubblica amministrazione di beni e di servizi informatici.

L'art. 86 (*“Misure urgenti per il ripristino della funzionalità degli Istituti penitenziari e per la prevenzione della diffusione del COVID-19”*) autorizza fino al 31 dicembre 2020 l'avvio di lavori di somma urgenza ai sensi dell'art. 163 del Codice, per quanto riguarda gli interventi presso gli Istituti penitenziari danneggiati dalle proteste dei giorni scorsi ed al fine di apprestare misure a tutela della salute.

L'art. 99 (*“Erogazioni liberali a sostegno del contrasto all'emergenza epidemiologica da COVID-19”*), al comma 3, dispone che *“Nella vigenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020 e, in ogni caso sino al 31 luglio 2020, l'acquisizione 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 finanziata in via esclusiva tramite donazioni di persone fisiche o giuridiche private, ai sensi dell'art. 793 c.c., avviene mediante affidamento diretto, senza previa consultazione di due o più operatori economici, per importi non superiori alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto*

*legislativo 18 aprile 2016, n. 50, a condizione che l'affidamento sia conforme al motivo delle liberalità”.*

**L’art. 91** (*“Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici”*) modifica l’art. 35, comma 18 del Codice, prevedendo l’anticipazione del prezzo anche in via di urgenza.

**L’art. 120** (*“Piattaforme per la didattica a distanza”*) prevede che le istituzioni scolastiche possano acquistare piattaforme e dispositivi *“anche in deroga alle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*.

Focalizzandoci ora sugli **artt. 47 e 48** del d.l. in esame, essi interessano le attività svolte presso i centri semiresidenziali per i disabili ed i centri diurni per disabili ed anziani, oltre che i servizi educativi e scolastici, a prescindere che siano svolti in convenzione, appalto o concessione.

Al riguardo il Governo prevede una procedura di *“rimodulazione”* delle prestazioni originarie – in deroga agli esaminati strumenti ordinari della modifica e della variante in corso d’opera comunque ad oggi operanti per i contratti pubblici non riguardanti i suddetti servizi – ed un regime derogatorio

rispetto alle previsioni originarie del contratto (o del rapporto con la p.a.) pendente il periodo di sospensione delle attività.

Iniziamo dalla disamina dell'**art. 47** ("*Strutture per le persone con disabilità e misure compensative di sostegno anche domiciliare*") del d.l. n. 18/2020.

Data la specificità di ogni singola normativa regionale ed in mancanza di una definizione univoca, per i servizi ai disabili il legislatore parla di "**Centri semiresidenziali**", ossia di quelle strutture ove vengono fornite prestazioni socio-assistenziali, socio-educative, a rilevanza polifunzionale, socio-occupazionale, sanitarie o socio-sanitarie, senza che l'utente ivi risieda (*i.e.* strutture non h24).

L'attività in dette strutture—se non già in precedenza interrotta per impossibilità di garantire la tutela della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro — è sospesa dalla data di pubblicazione del d.l. sino al 3 aprile 2020.

Nell'articolo in esame non è prevista la rimodulazione del servizio, disciplinata dal successivo art. 48, ma l'eventuale attivazione di "*misure compensative di sostegno anche domiciliare*", qualora sorga l'esigenza di interventi non differibili a favore delle persone con disabilità **ad alta necessità di sostegno sanitario**.



Anche nel periodo della sospensione gli utenti sono da intendersi a carico del centro semiresidenziale. Le attività ivi prestate sono da ritenersi in uno stato di quiescenza, atteso che l'art. 47, comma 1 prevede che *“le assenze dalle attività dei centri di cui al comma precedente, indipendentemente dal loro numero, non sono cause di dismissione o di esclusione dalle medesime”*.

L'art. 48 (*“Prestazioni individuali domiciliari”*) riguarda i servizi educativi e scolastici (già sospesi prima del d.l. in esame), oltre che i servizi socio-sanitari o socio-assistenziali nei centri diurni per anziani e per disabili (ove sospesi per provvedimenti *infra* statali).<sup>11</sup>

In proposito, è in primo luogo da chiedersi quali siano i servizi educativi e scolastici che rientrano nel perimetro applicativo della disposizione in esame, testualmente identificati come *“servizi educativi e scolastici, di cui all'art. 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65”*.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Le attività presso i centri diurni per disabili, ove ancora operanti, sono comunque da ritenersi sospese a decorrere dal 18 marzo 2020, qualora corrispondenti alle attività svolte presso i centri semiresidenziali di cui all'art. 47 del d.l. in esame.

<sup>12</sup> L'art. 2 del d.lgs. n. 65/2017 riguarda, in particolare, i servizi educativi per l'infanzia (articolati in nidi, micronidi, sezioni primavera e servizi integrativi) e le scuole dell'infanzia.

Sembrerebbe contrario alla *ratio* ispiratrice dell'art. 48, su cui si tornerà appresso, circoscrivere la portata della norma ai soli servizi educativi menzionati dall'art. 2 del d.lgs. n. 65/2017. Pur auspicando un chiarimento in sede di conversione del d.l. n. 18/2020, appare sin da ora maggiormente aderente alle finalità perseguite dal legislatore un'interpretazione estensiva che consideri due tipologie di servizi: (i) quelli educativi in genere e (ii) quelli scolastici destinati all'infanzia quali identificati dal d.lgs. n. 65/2017. Del resto il comma 3 del medesimo art. 48 si riferisce anche ai servizi resi da “*educatori nella scuola primaria*”, confermando che la complessiva portata dell'art. 48 non può intendersi limitata ai soli servizi all'infanzia previsti dall'art. 2 d.lgs. in questione.

Il comma 1 dell'articolo in esame prevede poi significativamente che “*le pubbliche amministrazioni forniscono, avvalendosi del personale disponibile, già impiegato in tal servizi, dipendente da soggetti privati che operano in convenzione, concessione o appalto, prestazioni in forme individuali domiciliari o a distanza o resi nel rispetto delle direttive sanitarie negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente i servizi senza ricreare aggregazione. Tali servizi si possono svolgere secondo priorità individuate dall'amministrazione competente, tramite coprogettazioni con gli enti gestori, impiegando i medesimi operatori ed i fondi ordinari destinati a tali finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previsti, anche in deroga a*

*eventuali clausole contrattuali, convenzionali e concessorie, adottando specifici protocolli che definiscano tutte le misure necessarie per assicurare la massima tutela della salute di operare ed utenti”.*

Dalla suddetta previsione, come dal successivo comma 2<sup>13</sup>, si evince che **l’ente pubblico titolare del servizio ed il gestore (a qualsiasi titolo) sono chiamati ad avviare una rimodulazione del servizio** (domiciliare, a distanza o comunque reso nel rispetto nelle direttive sanitarie).

La norma, come scritta (“... *le pubbliche amministrazioni forniscono ...*”), pare prevedere come obbligatoria questa procedura di rimodulazione. Dall’altro è ragionevole ipotizzare che si possa giungere in concreto a rimodulare i servizi una volta definita l’analisi dei bisogni degli utenti e delle loro famiglie<sup>14</sup>, ed una volta verificata la possibilità effettiva di rispondere a queste esigenze riadattando i servizi originari.

---

<sup>13</sup> Il quale, al secondo paragrafo, menziona “*Le prestazioni convertite in altra forma*”.

<sup>14</sup> Ed acquisita la loro disponibilità a fruire del servizio in forma nuova: si pensi ad un servizio con operatore a domicilio, presenza in questo periodo non sempre gradita.

Come poi previsto dall'articolo in esame, il servizio va ripensato tramite la pratica collaborativa della coprogettazione<sup>15</sup>, rimettendo all'Amministrazione l'individuazione delle priorità di interventi. Il tutto va definito con un accordo tra le parti, “*anche in deroga a [precedenti] clausole contrattuali, convenzionali e concessorie*”, allegando allo stesso specifici protocolli afferenti le misure necessarie da adottare al fine di assicurare la massima tutela della salute di operatori e di utenti.<sup>16</sup>

Il comma 2 dell'art. 48 si occupa invece della **remunerazione del gestore**.

Invero il comma 1 dell'articolo in questione già prevede che i servizi rimodulati siano sostenuti finanziariamente con i medesimi fondi ordinari appostati per gli appalti, convenzioni e concessioni di riferimento. Il comma 2 aggiunge che “*le pubbliche amministrazioni sono autorizzate al pagamento dei gestori privati dei suddetti servizi per il periodo di sospensione, sulla base di quanto iscritto nel bilancio preventivo*”.

---

<sup>15</sup> Si v. il d.P.C.M. 30 marzo 2001 (“*Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328*”), nonché l'art. 55 d.lgs. n. 117/2017, in tema di coprogettazione con gli Enti del Terzo Settore.

<sup>16</sup> Altro tema che presumibilmente si porrà, è chi delle parti contrattuali debba farsi carico dei maggiori oneri per DPI e per mascherine da fornire agli operatori che svolgessero prestazioni domiciliari.

Il pagamento del gestore avviene letteralmente tramite due “quote”. La **prima quota** di pagamento riguarda le attività rimodulate e verrà riconosciuta all’esito della verifica effettiva dei servizi resi. Invece *“La corresponsione della seconda quota, sarà corrisposta previa verifica dell’effettivo mantenimento, ad esclusiva cura degli affidatari di tal attività, delle strutture attualmente interdette, tramite il personale a ciò preposto, fermo restando che le stesse dovranno risultare immediatamente disponibili e in regola con tutte le disposizioni, con particolare riferimento a quelle emanate ai fini del contenimento del contagio da Covid-19, all’atto della ripresa della normale attività”*.

Da soggiungere che la seconda quota verrà riconosciuta sino al residuo dell’importo programmato per il servizio originario quale iscritto nel bilancio preventivo, decurtata la prima quota e *“al netto delle eventuali minori entrate connesse alla diversa modalità di effettuazione del servizio stesso”*.

Alla luce del dettato normativo in esame – peraltro non chiarissimo – è da ritenere che per i contratti in corso e per i servizi di cui si tratta, il gestore che svolge prestazioni rimodulate verrà pagato complessivamente come da importo originario, non considerate le eventuali minori entrate connesse alla diversa modalità di effettuazione del servizio, ossia principalmente decurtata la quota, quando prevista, di

compartecipazione al costo dei servizi che non dovesse pervenire dall'utente, come nel caso di servizi di nido d'infanzia.

La seconda quota di pagamento pare poi trovare una sua logica nell'intento del legislatore di volere remunerare l'effettivo mantenimento della struttura interdetta da parte del gestore. Ossia l'impegno del gestore a presidiare ed anche ad assolvere le obbligazioni accessorie comunque vigenti nel periodo di sospensione dell'attività<sup>17</sup>, in vista della futura riattivazione dei servizi in modalità ordinaria.

Il comma 3 dell'art. 48 in esame, infine, prevede che il pagamento degli importi di cui al comma 2 comporti la cessazione del fondo di integrazione salariale e di cassa integrazione in deroga.

A tal ultimo riguardo è da chiedersi se il gestore privato abbia la facoltà di scegliere di non operare per la rimodulazione, optando per la fruizione degli ausili di cui al comma 3. Come già evidenziato, il tentativo di rimodulazione previsto dal legislatore appare necessario data la finalità prioritaria perseguita a favore

---

<sup>17</sup> Si v. *supra* le considerazioni svolte in merito all'art. 107 d.lgs. n. 50/2016 ma anche la previsione dell'art. 1358 c.c., secondo cui *“Colui che si è obbligato o alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero la ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni della controparte”*.

dell'utenza, e dunque l'ipotesi del comma 3 parrebbe operare solo in mancanza di possibilità di rimodulazione del servizio.

Si è peraltro facili indovini a rilevare che la norma possa dare adito a questo come ad altri dubbi applicativi, ivi incluso quello speculare se e “quanto” la pubblica amministrazione sia obbligata a procedere per la rimodulazione dei servizi od ancora a fronte di quale previa verifica in concreto il gestore abbia diritto alla seconda quota di corrispettivo.

Certo è che dal testo attuale dell'art. 48, comma 2 emerge chiaramente che il proposito prioritario del legislatore è quello di garantire la continuità di servizi agli utenti, avendo esso stesso definito d'autorità (in modo più o meno in modo puntuale) la non secondaria problematica della remunerazione del gestore.

È inoltre da osservare che se la finalità prioritaria è quella di garantire continuità ai servizi in questione, anche le pubbliche amministrazioni sono chiamate a perseguire pari obiettivi per i servizi da loro gestiti direttamente (ad es. un nido d'infanzia), anche se evidentemente con forme e modalità diverse rispetto a quanto previsto dall'art. 48, il quale tratta della rimodulazione solo in merito ai servizi gestiti dai privati.

Infine è da segnalare, per completezza, che i servizi prestati presso le strutture residenziali (ad es. le comunità educative per minori) di regola continuano ad essere attivi, in osservanza delle

prescrizioni e delle indicazioni degli enti competenti (anche regionali e comunali) e di quanto rimarcato dal legislatore all'art. 16 del d.l. n. 18/2020, in tema di misure a protezione della salute dei lavoratori e della comunità.