

LODO ARBITRALE R.L. n. 15 del 2020 depositato il 14 dicembre 2020

R.G.A. n. 12 del 2019: Inedil S.r.l.c/Comune di Polignano a mare

Presidente Prof. Avv. Licciardello, Arbitri: Prof. Avv. Frosini, Avv. Balducci

Per Inedil S.r.l.: Avv. Durano, Avv. Carucci

Per Comune di Polignano a mare: Prof. Avv. Caputi Iambrenghi

I presupposti della "gravità" dell'inadempimento

Art. 1455 c.c.

Art. 1457 c.c.

In punto di risoluzione per inadempimento, non ogni tipo di inadempienza è idonea a comportare la risoluzione di un rapporto contrattuale, ma solo quella che compromette l'equilibrio contrattuale.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la risoluzione, quale reazione alla sopravvenuta alterazione del nesso di corrispettività tra le prestazioni durante l'esecuzione del contratto non si innesca automaticamente al verificarsi del vulnus contrattuale, ma è condizionata dal giudizio ex art. 1455 c.c. che, assoggettando la risoluzione alla verifica della non scarsa importanza dell'inadempimento avuto riguardo all'interesse di controparte, mira a preservare la sopravvivenza dell'assetto di interessi predisposto dalle parti.

L'art. 1455 introduce, in altri termini, un elemento strutturale in più che rende necessaria ma non sufficiente la mera rottura del sinallagma, che deve incidere in modo non scarsamente importante sul piano di interessi confluito nel regolamento contrattuale.

La violazione del contratto determina, quindi, una discrasia tra il piano di corrispettività e il piano degli interessi contrattuali e lo scarto deve essere non di scarsa importanza rispetto all'interesse della parte, che pertanto non risulta realizzato; se ne trae una conferma nella disciplina del termine essenziale (art. 1457 c.c.), che riconosce alla parte non inadempiente la possibilità di "ritrattare" l'essenzialità del termine previamente stabilita.

(Nel caso di specie, relativo ad una concessione di lavori, il Collegio ha escluso la sussistenza di un grave inadempimento, dal momento che il presunto ritardo

dell'amministrazione nel porre in essere le attività necessarie per la realizzazione del progetto esecutivo è stato superato con l'atto di integrazione della convenzione, mentre il rifiuto di procedere alla revisione mediante l'erogazione di un maggiore contributo - individuato quale unico strumento per procedere al riequilibrio economico - finanziario, non costituisce inadempimento grave dell'ente convenuto agli obblighi previsti dalla convenzione)

Concessione di lavori pubblici e obbligo di riequilibrio contrattuale

Art. 1372 c.c.

Art. 1467 c.c.

Artt. 37-bis ss l. n. 109 del 1994

Il principio di conservazione dei contratti pubblici, che nella fase di esecuzione vengano a subire alterazioni, ma non tuttavia in misura tale da rendere inutile la conservazione, comporta la necessità di procedere con un'azione di riequilibrio.

Infatti, nella fase esecutiva viene a concretizzarsi il risultato programmato dall'amministrazione, che per l'impresa costituisce un obbligo contrattuale, incombendo su quest'ultima la effettiva realizzazione del programma pubblico e seppure da ciò non conseguendo che tra amministrazione ed impresa vi sia una condivisione nella cura dell'interesse pubblico e che i diritti dell'impresa scemino a situazioni di interesse legittimo..

Se ciò dunque impedisce all'interesse pubblico di rappresentare unilateralmente il profilo causale del contratto stipulato, nondimeno non esclude di dare rilievo pubblicistico, nel complesso, al rapporto negoziale.

Dibattuto in giurisprudenza è se il risultato del programma, oggetto dell'obbligazione assunta dall'impresa nella finanza di progetto, determini in capo a quest'ultima l'assunzione di rischi che potrebbero alterare l'equilibrio contrattuale, compromettendo tuttavia il risultato (per l'amministrazione) in assenza di rimedi manutentivi.

Per le S.U. della Cassazione il concessionario, per le funzioni attribuitegli nell'iter che conduce alla realizzazione di un'opera pubblica, viene sotto certi riguardi ad assumere la veste di soggetto funzionalmente inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltante, così da rendersi compartecipe dell'operato di quest'ultimo. Questa compartecipazione valorizza l'obbligazione di risultato e la responsabilità in senso di *accountability* - più che di rischio - verso il risultato finale, per cui il vincolo del risultato per l'impresa non può tradursi nell'assunzione di ogni rischio che possa intaccare l'equilibrio contrattuale. L'*accountability*, al contrario, valorizza l'equilibrio del rapporto sinallagmatico tra amministrazione ed impresa nella prospettiva del risultato, ossia la concretizzazione del programma dei lavori. La compartecipazione non consegue ad una funzionalizzazione della impresa, ma si pone in linea con la costruzione del rapporto contrattuale meno "adversarial" e più "partenarial" verso il risultato.

Applicare il principio conservativo del rapporto contrattuale, in conformità alla lettura pubblicistica della fase esecutiva, consente di configurare l'equilibrio non solo in termini di diritto dell'impresa ma anche di dovere per l'amministrazione, che è tenuta ad istruire e decidere su ogni richiesta di riequilibrio economico finanziario avanzata dall'impresa che, se fondata, può mantenere in vita il contratto e condurre ad una manutenzione equitativa di esso.

Il principio di conservazione trova il suo fondamento giuridico innanzitutto nell'art. 1372 c.c. da cui si desumono la durevolezza del vincolo contrattuale e la sua capacità di produzione degli effetti che ne conseguono per tutto il tempo stabilito nel relativo regolamento e la impossibilità della modificazione o della cessazione degli effetti previsti ad opera di una sola delle parti. Per i contratti a esecuzione continuata o periodica l'art. 1467 dispone che se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea

normale del contratto e tuttavia la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Alla immutabilità del contenuto del contratto si può, pertanto, derogare per una esigenza di conservazione del contratto e dell'equilibrio contrattuale, consentendo, mediante la gestione delle sopravvenienze, una gestione efficiente dei rischi connessi alla dinamica contrattuale, e ciò al fine di garantire l'effettività del risultato che rappresenterebbe così il punto di incontro di due soggetti, l'amministrazione e l'impresa: per la prima rappresenta una attività doverosa (funzione) per la seconda il contenuto di una obbligazione (civilistica).

Sul piano del sistema civilistico l'effetto conservativo è rimesso alla volontà delle parti, comunque obbligate al rispetto degli indirizzi conservativi, in seno al rapporto negoziale, che vanno letti alla luce dell'art. 1367 c.c.

Del resto anche i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione devono essere improntati ai principi della collaborazione e della buona fede, che indirizzano verso quei rimedi c.d. manutentivi che rispondono ad una logica conservativa del programma negoziale e sono diretti a realizzare un adattamento dello stesso alle esigenze sopravvenute. Infatti, il mutamento delle condizioni contingenti non è necessariamente incompatibile con l'interesse al mantenimento del rapporto contrattuale dovendosi primariamente perseguire in buona fede l'adeguamento del regolamento contrattuale e ricorrere allo scioglimento del contratto solo in considerazione della difficoltà ad attuare le modificazioni opportune. La prospettiva pubblicistica rivela l'interesse pubblico alla completa attuazione del programma ed all'accaparramento dei risultati e la tutela dell'equilibrio contrattuale costituisce una garanzia di effettività del risultato, per cui in sostanza l'obbligazione assunta dall'impresa di realizzare il programma pubblico comporta di guardare ai rimedi demolitori solo in via sussidiaria rispetto ai rimedi manutentivi, attraverso l'avvio del procedimento di riequilibrio. Sotto questo profilo nella prospettiva del sistema amministrativo c'è una convergenza di interessi anche pubblici alla conservazione del rapporto contrattuale avendo le soluzioni caducatorie (risoluzione del contratto) un evidente effetto oltremodo negativo sull'interesse pubblico che è quello della realizzazione del programma di lavori.

Ne consegue, che la revisione del piano di equilibrio economico-finanziario non consegua al mero mutamento delle condizioni del mercato, ma soltanto all'alterazione imprevedibile del mercato per fatti straordinari che sfuggono alla disponibilità dell'impresa. Il che deve condurre ad un obbligatorio riequilibrio per la doverosità della funzione pubblica e della tutela di interessi pubblici immanenti nella fase di esecuzione del contratto.

(Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto che gli eventi imprevedibili, straordinari e non dipendenti dall'impresa che hanno determinato una alterazione dell'equilibrio economico finanziario del contratto nella fase di esecuzione obblighino l'amministrazione ad avviare il procedimento di revisione e concluderlo nei termini di legge. La tutela manutentiva va considerata prevalente rispetto a quella caducatoria, l'equilibrio contrattuale va, pertanto, mantenuto a fronte delle sopravvenienze fattuali che tendano a stravolgerlo, o comunque ad alterarlo. Alla luce di ciò, il Collegio ha assegnato un termine di 120 gg. al Comune per procedere alla manutenzione del rapporto contrattuale, così da assicurare la conservazione del rapporto, adeguandone la regolazione alle sopravvenienze imprevedibili, che si sono verificate).