

EMERGENZA CORONAVIRUS: POSSIBILI IMPATTI SUI CONTRATTI DI COSTRUZIONE

DE BERTI JACCHIA FRANCHINI FORLANI
STUDIO LEGALE

L'impatto del COVID-19 sui cantieri di costruzione delle società (italiane e non) ovunque nel mondo e sui relativi contratti di cd. *construction* si sta dimostrando sempre più significativo.

Ecco alcuni aspetti rilevanti.

1. Gli impatti di ordine pratico del COVID-19 sui cantieri

Un primo problema di ordine pratico consiste nella circostanza che, a seconda dello stato di avanzamento della pandemia nel Paese in cui si trova un determinato cantiere, i lavori potrebbero essere rallentati oppure financo bloccati.

Il COVID-19 potrebbe, infatti, avere effetti molto invasivi in relazione a vari aspetti. In dettaglio:

- a) un cantiere necessita di approvvigionamenti di materiali provenienti potenzialmente da tutto il mondo (cosiddetta "*supply chain*"). La consegna di questi beni potrebbe subire ritardi a causa delle attuali restrizioni ai trasporti;
- b) nei cantieri, operano spesso soggetti provenienti dal quartiere generale della Società (in questo caso l'Italia) che potrebbero essere impossibilitati a viaggiare verso il paese in cui è in corso la costruzione;
- c) potrebbero essere le stesse autorità pubbliche in cui è situato il cantiere: (i) ad imporre il rispetto di certe normative in tema di sicurezza che potrebbero rallentare i lavori; (ii) a decidere *tout court* di bloccare il cantiere.

È ovvio che tutto quanto sopra impatta su aspetti fondamentali della relazione contrattuale tra le parti quali: (i) l'eventuale riconoscimento di "*extension of time*" per completamento dei lavori; (ii) il riconoscimento di costi addizionali per l'Appaltatore a fronte dell'allungamento delle tempistiche; (iii) la possibilità di sospendere i lavori o di dichiarare la "*termination*" del rapporto stesso.

2. Possibili rimedi contrattuali invocabili dall'Appaltatore

Per l'analisi di tali questioni, ovviamente, è necessaria un'attenta lettura del singolo contratto di appalto per verificare a quali previsioni potrebbe essere ricondotta la pandemia che si è abbattuta sulla Comunità Globale e per comprendere come tali previsioni debbano essere lette alla luce della legge applicabile.

A questo riguardo, giova ricordare che la grandissima maggioranza delle opere infrastrutturali realizzate nel mondo sono eseguite, ad oggi, ricorrendo a contratti *standard* di appalto. Ciò tanto per ridurre i costi relativi alla negoziazione del contratto stesso quanto al fine di favorire tra gli operatori del settore una certa prevedibilità relativamente ad elementi cruciali del rapporto quali l'allocazione del rischio tra Committente e Appaltatore. Tra tali *standard*, quelli che hanno avuto una maggiore diffusione in ambito internazionale sono indubbiamente i modelli di contratto predisposti dalla Federazione Internazionale degli Ingegneri Consulenti (FIDIC), pubblicati per la prima volta nel 1957 e successivamente aggiornati nel corso degli anni¹.

Ci riferiremo nel seguito alle previsioni contenute nel FIDIC *Red Book* (versione del 1999), che è il modello di contratto più utilizzato *world-wide* per gli appalti in cui il progetto è predisposto dal Committente.

Extension of Time

Un primo aspetto di sicuro interesse per l'Appaltatore è comprendere se l'evento COVID-19, nel caso in cui abbia determinato un rallentamento dei lavori, possa effettivamente giustificare una richiesta di "*extension of time*".

In primo luogo, si potrebbe sostenere che il COVID-19 integri una causa di forza maggiore che rende giustificabile un "*extension of time*" sulla base dell'articolo 19 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999). A questo fine:

- occorrerà innanzitutto dare prova che la pandemia possa essere considerata un "evento eccezionale", per cui ricorrano le seguenti condizioni esplicitamente previste dalla citata disposizione contrattuale: (i) era evento al di fuori del controllo della parte; (ii) la parte non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere tale evento prima di stipulare il contratto; (iii) una volta che si è materializzato l'evento, la parte non avrebbe potuto ragionevolmente eliminarne gli effetti oppure contrastarli efficacemente; e (iv) l'evento non è sostanzialmente attribuibile all'altra parte². Qualsiasi valutazione in relazione alla sussistenza di tali criteri non potrà ovviamente prescindere anche da un'analisi del concetto di "forza maggiore" sulla base della legge applicabile al contratto;

¹ Ad oggi, i principali modelli di contratti proposti dalla FIDIC sono:

- *Red Book* (modello di contratto per gli appalti in cui il progetto è predisposto dal committente);
- *Silver Book* (modello di contratto "chiavi-in-mano", in cui l'appaltatore cura sia la fase di progettazione che l'esecuzione del progetto);
- *Gold Book* (modello di contratto in cui l'appaltatore non solo progetta ed esegue l'opera, ma si occupa anche della sua gestione successivamente alla realizzazione);
- *Yellow Book* (modello di contratto per la fornitura di impianti e macchinari);
- *Green Book* (versione semplificata del *Red Book* per appalti di minor valore).

² Nel dettaglio l'articolo 19.1 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999) prevede, nella sua versione in inglese, che la forza maggiore possa essere definita come "... an exceptional event or circumstance: (a) which is beyond a Party's control; (b) which such Party could not reasonably have provided against before entering into the Contract; (c) which, having arisen, such Party could not reasonably have avoided or overcome; and (d) which is not substantially attributable to the other Party ...".

- l'eventuale “*extension of time*” fondata sulla pandemia andrà richiesta entro 14 giorni dal momento in cui l'Appaltatore è venuto (o sarebbe dovuto venire) a conoscenza della causa di forza maggiore³;
- occorrerà poi che l'Appaltatore dia prova di aver mitigato gli effetti derivanti dalla pandemia nella maggior misura possibile⁴.

In alternativa, si potrà tentare di ricorrere alla norma di cui all'articolo 8.4 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999)⁵. Sulla base di tale disposizione, per poter chiedere una “*extension of time*”:

- occorrerà, *inter alia*, dare prova che il cantiere sia stato colpito da una non prevedibile carenza nella disponibilità di personale o materiali a causa di un'epidemia (per l'appunto il COVID-19) o di azioni governative;
- sarà necessario avanzare la richiesta di “*extension of time*” entro 28 giorni dal momento in cui si è venuti (o si sarebbe dovuti venire) a conoscenza dell'evento⁶.

Richiesta di costi aggiuntivi

Ulteriore aspetto di sicuro rilievo che si potrebbe porre è se le spese aggiuntive che siano state “sopportate” dall'Appaltatore a causa del Coronavirus possano essere richieste come costi aggiuntivi al Committente.

Sono varie le previsioni del FIDIC *Red Book* (versione del 1999) che potrebbero essere invocate a tale riguardo. Nel dettaglio:

- una prima strada percorribile potrebbe essere quella di fare riferimento nuovamente all'articolo 19 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999). Tale previsione prevede infatti che l'Appaltatore possa richiedere costi aggiuntivi nel caso in cui l'evento di forza maggiore si sia verificato nel luogo di esecuzione del contratto e rientri, *inter alia*, nelle seguenti categorie di eventi: guerra, terrorismo, rivolte o eventi similari⁷. Si potrebbe dunque tentare di forzare il dato contrattuale e ragionare “per analogia” paragonando l'emergenza da Coronavirus a tali circostanze. Questo ovviamente sulla base dell'assunto che si possa assimilare il COVID-19 a una causa di forza maggiore sulla base della legge applicabile al contratto.
- Alternativamente, si potrebbe tentare di utilizzare la clausola 13.7 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999)⁸. Tale disposizione normativa prevede che l'Appaltatore possa chiedere costi aggiuntivi (oltre ad “*extension of time*”) nel caso in cui sia possibile individuare mutamenti di legislazione nel paese in cui è dislocato il sito di costruzione che abbiano comportato per l'Appaltatore stesso costi aggiuntivi e ritardi. Andrebbe dunque dimostrato, in questo caso, che a causa del Coronavirus i governi locali hanno posto in essere particolari legislazioni di emergenza (che impongono gravi oneri sull'Appaltatore). Nelle relative valutazioni andrebbero coinvolti esperti della legge applicabile al contratto per verificare che i provvedimenti in questione possano effettivamente essere considerati

³ Cfr. Articolo 19.2 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999).

⁴ Cfr. Articolo 19.3 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999).

⁵ In particolare, l'articolo 8.4 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999) prevede, nella sua versione in inglese, che “... (t)he Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractor's Claims] to an extension of the Time for Completion if and to the extent that completion for the purposes of Sub-Clause 10.1 [Taking Over of the Works and Sections] is or will be delayed by any of the following causes: ... (d) Unforeseeable shortages in the availability of personnel or Goods caused by epidemic or governmental actions...”.

⁶ Cfr. Articolo 20.1 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999).

⁷ Cfr. Articolo 19.1 (i)-(iv) del FIDIC *Red Book* (versione del 1999).

⁸ Cfr. Articolo 13.7 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999) rubricato nella versione in inglese “Adjustments for Changes in Legislation”.

modifiche significative alla legislazione locale sulla base della citata previsione contenuta nel FIDIC *Red Book* (versione del 1999).

Possibilità di termination del Contratto di Appalto

Da ultimo, va fatto un cenno anche alla possibilità che gli eventi legati al COVID-19 possano spingere l'Appaltatore a risolvere il rapporto contrattuale (ad esempio perché è diventato anti-economico) dando dunque comunicazione di "termination".

A riguardo, si nota che sulla base del FIDIC *Red Book* (versione del 1999) ciascuna parte può risolvere il contratto se l'esecuzione di tutti i lavori sia impedita dalla causa di forza maggiore per un periodo continuativo di 84 giorni o per periodi non continuativi che assommati siano superiori a 140 giorni⁹.

Anche in questo caso non si potrà prescindere, in primo luogo, dal coinvolgimento di un esperto della legge applicabile al contratto per valutare se il COVID-19 possa essere assimilato ad una causa di forza maggiore sulla base di quella determinata legislazione.

Bisognerà, inoltre, dare dimostrazione che è impossibile proseguire la totalità dei lavori (ad esempio per continua mancanza di materiali causata dalla pandemia) e non solo una loro parte¹⁰.

3. Accorgimenti di carattere pratico per l'Appaltatore che intenda invocare determinati rimedi contrattuali

La materia è articolata e in quotidiana evoluzione. Gli effetti provocati dal COVID-19 si presentano infatti come un *unicum*. Di talché, allo stato, si devono ancora formare precisi filoni interpretativi di lettura del FIDIC *Red Book* (versione del 1999) (o di altri *standard* contrattuali).

Per di più, tutte le considerazioni che si potranno muovere sulla base della lettura delle clausole contrattuali dovranno comunque essere analizzate anche alla luce della legge applicabile al contratto che, come abbiamo visto, potrebbe avere un ruolo primario (per esempio in relazione all'interpretazione di concetti fondamentali previsti contrattualmente quali quello di "forza maggiore" o di mutamenti di legislazione).

Allo stato sono comunque prospettabili alcune iniziali possibili *best practice* che l'Appaltatore potrà seguire al fine: (i) di gestire al meglio dal punto di vista contrattuale effetti derivanti dal COVID-19 sul cantiere che sta operando; e (ii) "preparare il terreno" nel caso in cui si aprisse uno scenario contenzioso con il Committente avente ad oggetto le conseguenze derivanti dal Coronavirus.

Apertura di un dialogo in buona fede con il Committente

Riguardo al secondo aspetto sopra menzionato, sicuramente andrà in primo luogo instaurato un dialogo in buona fede con la propria controparte.

Sarà dunque opportuno aprire tavoli negoziali per discutere della situazione e per identificare le proprie domande (che potranno per l'appunto prevedere richieste di "extension of time" o riconoscimento di ulteriori costi).

Occorrerà comunque certamente tenere traccia di tutte le discussioni iniziate al fine di dare prova che sia stato fatto tutto il possibile per accordarsi "in good faith" con il Committente.

⁹ Cfr. Articolo 19.6 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999).

¹⁰ Su questo aspetto l'articolo 19.6 del FIDIC *Red Book* (versione del 1999) prevede, nella sua versione in inglese, che si possa risolvere il contratto "... if the execution of substantially all the Works in progress is prevented ...".

A tal fine, l'Appaltatore dovrà risultare sempre credibile nelle proprie richieste. Dovrà dunque evitare, ad esempio, di includere nelle proprie domande di "extension of time" o di costi addizionali questioni che nulla abbiano a che fare con il COVID-19.

Registrazione puntuale degli eventi

Parallelamente, anche al fine di creare possibile *evidence* in vista di una futura disputa, l'Appaltatore dovrà comunque registrare per iscritto tutti i contatti avuti con il Committente volti a riportargli le necessarie informative in relazione al COVID-19. A questo riguardo, di seguito le possibili azioni che dovranno essere implementate:

- in primo luogo, sarà sempre rilevante fornire le relative *notice* contrattuali previste dal contratto nel caso in cui si ritenga di essere intitolati ad "extension of time" o a costi addizionali. Questo porterà ad evitare qualsiasi contestazione formalistica da parte del Committente che l'Appaltatore sia decaduto dal diritto di avanzare tali richieste.
- È comunque fondamentale tenere una corrispondenza puntuale con il Committente che richiami le evidenze specifiche relative alla pandemia. In particolare sarà importante:
 - mantenere costanti contatti scritti con tutti i vari *stakeholders* della *supply chain* da cui si evinca come vi siano stati ritardi nella consegna di materiali dovuti al COVID-19;
 - tenere traccia di tutte le evidenze relative alla forza lavoro e alle eventuali restrizioni che non abbiano consentito alle maestranze di prestare la propria attività come da programma (a causa di provvedimenti tesi ad evitare l'affollamento del cantiere oppure per chiusure del sito lavorativo decretate dalle Autorità *in loco*).
- Sarà fondamentale tenere traccia di tutte le evidenze che dimostrino che l'Appaltatore è incorso in costi addizionali (non previsti originariamente) a causa della pandemia. L'Appaltatore potrebbe infatti incorrere, ad esempio, in spese ulteriori: (i) per pulizie industriali da apportare al cantiere originariamente non previste nel suo "scope of work" (richieste da autorità locali come misura per contrastare il COVID-19); oppure (ii) per ottenimento di permessi speciali per poter continuare ad operare nonostante l'emergenza sanitaria. In ambedue i casi, sarà importante notificare al Committente prontamente i costi che si sono sostenuti specificando gli eventi che li hanno generati.
- Sarà comunque sempre necessario dare prova che l'Appaltatore ha tentato di mitigare i danni derivanti dal Coronavirus. Questo, ad esempio, dando evidenza che: (i) si è velocizzato l'approvvigionamento di materiali in ritardo nella consegna a causa dell'emergenza COVID-19 privilegiando la via aerea piuttosto che quella marittima oppure cercando fonti di fornitura alternative; (ii) che, nel cantiere, si è tentato di dare priorità a parti della lavorazione meno "intaccate" dagli effetti del COVID-19 in un'ottica di mitigazione dei danni e nel tentativo di proseguire comunque i lavori nonostante gli effetti della pandemia.

14 aprile 2020

I nostri contributi di informazione e aggiornamento sulla crisi del Covid-19 e sulle sue implicazioni sono uno sforzo collettivo dello Studio ed una iniziativa di servizio. Per sottolinearlo, gli autori hanno rinunciato ad indicare il proprio nome in calce ai singoli lavori. Il presente articolo ha esclusivamente finalità informative e non costituisce parere legale.

*Our contributions of information and update on the Covid-19 crisis and its implications constitute a collective effort of the Firm and an initiative of service. For such reason, the authors decided not to sign individually their works and articles.
This article is exclusively for information purposes, and should not be considered as legal advice.*

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com