

N. R.G. 1685/2021



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**TRIBUNALE ORDINARIO DI BRESCIA**  
**SEZIONE SPEC. IN MATERIA DI IMPRESA**

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. [REDACTED] presidente  
dott. [REDACTED] giudice  
dott. [REDACTED] giudice relatore

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di I grado iscritta al n. r.g. 1685/2021 promossa da:

AS [REDACTED] S.P.A. (C.F. 00735390155), con il patrocinio degli avv.ti [REDACTED] [REDACTED]  
[REDACTED] [REDACTED]

parte attrice

**contro**

AGENZIA DI TUTELA DELLA SALUTE DI BERGAMO (C.F. 04114400163), con il patrocinio dell'avv. [REDACTED]

parte convenuta

**con l'intervento di**

REGIONE LOMBARDIA, con il patrocinio degli avv.ti [REDACTED]

terza intervenuta

**CONCLUSIONI**

Per A [REDACTED] s.p.a.:

*“Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza deduzione ed eccezione e con ogni conseguente o propedeutica pronuncia accertativa, costitutiva e di condanna (ivi inclusa, si opus sit, la disapplicazione della deliberazione prot. n. 1054 del 31 dicembre 2020, adottata dal direttore generale della stessa Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo), così provvedere:*

*Nel merito:*



1) accertare e dichiarare, per le ragioni esposte in fatto e in diritto, l'inadempimento parziale della convenuta Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo in persona del suo legale rapp.te p.t. alle obbligazioni nascenti dal contratto di fornitura concluso mediante l'emissione dell'Ordinativo di Fornitura prot. n. 131137078 del 10 novembre 2020;

2) per l'effetto, pronunciare la risoluzione parziale del corrispondente contratto di vendita per la sua quota rimasta inadempita, per fatto e colpa della medesima convenuta e in suo danno;

3) condannare l'Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo, in persona del suo legale rappresentante p.t., a risarcire ad A [REDACTED] S.p.a. il conseguente danno pari a euro 1.771.200,00 oltre IVA di legge e oltre gli interessi di mora, al tasso cui al D. Lgs. 231/2002 ss.mm.ii. con decorrenza dalla data della costituzione in mora del 28 gennaio 2020 ovvero, in via subordinata e salvo gravame, oltre gli accessori altrimenti previsti per legge e per contratto e con le decorrenze ivi stabilite;

4) condannare, altresì, la convenuta Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo al risarcimento degli ulteriori danni arrecati all'attrice A [REDACTED] S.p.A. in conseguenza del predetto inadempimento contrattuale, ivi inclusi quelli connessi alla custodia e allo smaltimento delle 98.400 dosi di vaccino acquistate e non ritirate, così come quantificati in corso di causa (euro 567,00 per la conservazione; euro 2.747,00 per la distruzione, il tutto oltre interessi legali e moratori e alla rivalutazione monetaria come per legge);

5) disattendere e respingere, per quanto di ragione, tutte le eccezioni e deduzioni formulata dal terzo intervenitore ad adiuvandum Regione Lombardia, in persona del suo Presidente p.t. e legale rapp.te;

In via istruttoria:

6) negare l'ingresso alla prova orale articolata da ATS Bergamo; ad ogni modo, ove fosse ammessa tale prova testimoniale, ammettere la prova contraria di A [REDACTED] S.p.a., a mezzo dei seguenti testi: signor\* E [REDACTED] G [REDACTED]; F [REDACTED] o M [REDACTED] G [REDACTED] o S [REDACTED] tutti domiciliati per la carica in [REDACTED] ([REDACTED]), presso As [REDACTED] S.p.a.”.

Per ATS di Bergamo:

“IN VIA [REDACTED] E:

1) rigettare tutte le domande proposte da As [REDACTED] S.p.A. nei confronti dell'Agenzia di tutela della Salute di Bergamo;

IN SUBORDINE, IN VIA RICONVENZIONALE:

2) annullare il contratto di fornitura per errore di diritto ovvero per errore sulla qualità del bene oggetto di fornitura, e per l'effetto rigettare tutte le domande proposte da As [REDACTED] S.p.A. nei confronti dell'Agenzia di Tutela della Salute ATS di Bergamo;



IN ULTERIORE SUBORDINE, IN VIA RICONVEZIONALE:

3) risolvere ex art.1467 c.c. il contratto di fornitura per eccessiva onerosità sopravvenuta e per l'effetto rigettare tutte le domande proposte da A [REDACTED] S.p.A. nei confronti dell'Agenzia di Tutela della Salute ATS di Bergamo;

IN OGNI CASO:

4) con vittoria di spese, diritti ed onorari;

IN VIA ISTRUTTORIA:

5) ammettere prova per testimoni sui capitoli di prova da (i) a (xi) dedotti nella memoria ex art. 183, VI comma n. 2 c.p.c. del 30.07.2021

Si indicano a testi sui capitoli (i)-(ii) (iii): ing. Marlene Romanò, c/o ARIA s.p.a.; dott. Danilo Cereda c/o Regione Lombardia.

Si indicano a testi sui capitoli da (iv) a (xi) dott. Arrigo Paciello c/o ATS Bergamo, il sig. Piermauro Signorelli c/o ATS Bergamo, il Direttore Amministrativo dell'ATS, dott. Paolo Giuseppe Cogliati; dott. Dario Cereda c/o Regione Lombardia”.

Per Regione Lombardia:

“Voglia Codesto Tribunale, ogni contraria istanza, eccezione o deduzione respinta, ammettere il presente intervento e respingere la domanda attrice, in quanto irricevibile, improcedibile, inammissibile ed infondata in fatto e diritto”.



**Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione**

1.1.- As [REDACTED] s.p.a. ha convenuto in giudizio l'Agencia di Tutela della Salute di Bergamo (di seguito anche solo "ATS Bergamo" o "ATS") lamentando l'inadempimento di quest'ultima alle obbligazioni derivanti dal contratto di fornitura concluso tra le parti in data 10.11.2020 mediante emissione dell'ordinativo di fornitura n. 131137078 avente ad oggetto dosi di vaccino antinfluenzale quadrivalente denominato "[REDACTED]" destinato all'infanzia, e domandando la condanna della convenuta a ricevere le dosi di vaccino acquistate e non ancora ritirate, a pagarne il prezzo maggiorato degli interessi moratori e a risarcirle i danni patiti in conseguenza del predetto inadempimento, ivi inclusi quelli connessi all'eventuale smaltimento delle dosi non ritirate, con espressa riserva di modificazione della domanda di adempimento in domanda di risoluzione<sup>1</sup>.

1.2.- Si è costituita in giudizio l'ATS di Bergamo che ha negato il proprio inadempimento contrattuale deducendo che la mancata emissione delle richieste di consegna per le dosi non ritirate avrebbe integrato esercizio del potere di modifica unilaterale delle prestazioni in corso di esecuzione accordato dal comma 12 dell'art. 106, d. lgs. n. 50/2016; l'ATS ha, pertanto, concluso per il rigetto delle domande avversarie, proponendo "*in subordine*" domanda riconvenzionale di annullamento "*per errore*" del contratto di fornitura nonché, "*in ulteriore subordine*", domanda riconvenzionale di risoluzione del medesimo contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

1.3.- Con atto depositato in data 12.5.2021, è intervenuta volontariamente in giudizio la Regione Lombardia che, affermato il proprio "*evidente e indubitabile interesse ad intervenire in difesa della posizione dell'Agencia di Tutela della Salute di Bergamo, vista la propria partecipazione alla procedura in contenzioso ed il ruolo di mandataria regionale dell'ATS convenuta ... in qualità di coordinatore regionale della Distribuzione per Conto ("DPC") per l'area vaccinale*", ha contestato la ricostruzione compiuta da A [REDACTED] e dedotto l'infondatezza dell'azione dalla stessa promossa nei confronti di ATS Bergamo, di cui ha chiesto il rigetto.

1.4.- Concessi alle parti i termini di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c., all'esito dello scambio delle relative memorie, la causa, di natura documentale, è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni e, quindi, rimessa al collegio per la decisione, previa concessione alle parti dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

<sup>1</sup> La domanda è stata, effettivamente, modificata in sede di prima memoria ex art. 183 sesto comma c.p.c. sul rilievo che, nelle more del giudizio, le dosi di vaccino sono scadute e sono state smaltite dall'attrice, che sopportandone il relativo costo, ha chiesto la conversione della originaria domanda di adempimento in domanda di risoluzione parziale del contratto - limitatamente alle dosi non ritirate e non pagate dall'ATS -, oltre al risarcimento del danno quantificato nella stessa misura del residuo prezzo di vendita, pari a € 1.771.200,00, oltre iva.



2.- L'azione proposta da A [REDACTED] nei confronti di ATS Bergamo si fonda sul presupposto che, avendo le parti contraenti definito all'art. 3.2. della "Convenzione per la fornitura di vaccini antinfluenzali destinati alla campagna vaccinale 2020/2021 ed all'emergenza sanitaria "COVID-19"", tra esse stipulata in data 2.10.2020, il massimale del contratto come risultato dell'aumento di 1/5 (cioè a 492.000 dosi) del quantitativo di vaccini aggiudicato (410.000 dosi) e avendo l'ATS di Bergamo, con l'emissione dell'ordinativo n. 131137078 del 10.11.2022, "acquistato irrevocabilmente" l'intero ammontare di dosi contemplate nella Convenzione (ossia il massimale contrattuale incrementato del quinto), il diritto potestativo di modificare in aumento o riduzione, entro i limiti del quinto, la misura delle prestazioni contrattuali, accordato alla P.A. dall'art. 106, comma 12, d.lgs. n. 50/2016, sarebbe già stato già esercitato ed esaurito dalla convenuta, con conseguente preclusione per la stessa di modificare (nuovamente) l'oggetto del contratto con una riduzione del quantitativo della fornitura nella misura, appunto, di 1/5<sup>2</sup>.

Sulla scorta di tali assunti, A [REDACTED] ha originariamente domandato la condanna di ATS Bergamo a eseguire il contratto di fornitura per l'intero oggetto indicato nella Convenzione e, quindi, a ricevere la consegna di 98.400 dosi di vaccino non ritirate, versando all'attrice il corrispettivo contrattuale, pari a € 1.771.200,00, oltre interessi moratori; in sede di prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c., dato atto della intervenuta scadenza delle dosi di vaccino in attesa di ritiro, A [REDACTED] ha modificato la domanda di manutenzione in domanda di risoluzione "parziale" del contratto, ferma la domanda di risarcimento del danno, che ha affermato "coincide[re], intanto, con il debito a suo tempo assunto a titolo di prezzo della vendita pari a euro 1.771.200,00 euro (94.800 dosi x 18 euro), oltre IVA come per legge", cui si aggiungerebbero i costi "ingiustamente sostenuti" dall'attrice per la custodia delle dosi di vaccino, "nelle condizioni e con le modalità necessarie per regolamento e prassi", e quelli sostenuti per il successivo smaltimento dei farmaci scaduti, che si è riservata di quantificare e provare nei successivi termini processuali.

2.1.- La tesi dell'attrice è stata contrastata dalla difesa convenuta, che ha sostenuto come la riduzione unilaterale del contratto di fornitura compiuta da ATS Bergamo con la comunicazione del 30.12.2020 rientri a pieno titolo nella facoltà prevista dal citato art. 106, comma 12, del Codice degli appalti, mentre del tutto inconferente sarebbe il riferimento, operato dalla controparte, all'art. 3.2 della Convenzione "che non ha nulla a che fare con la natura e con la finalità di tale diritto potestativo, e non ne rappresenta l'esercizio, né determina o può determinare l'impossibilità del successivo esercizio

<sup>2</sup> Si legge, infatti, nelle difese attoree: "Quel potere ... è stato esercitato da ATS Bergamo in aumento nei limiti del quinto d'obbligo, allorché ha formulato l'Ordinativo di Fornitura prot. U. 101084 del 10 novembre 2020, con il quale ha acquistato irrevocabilmente n. 492.000 dosi di vaccino" (cfr. prima memoria, pag. 10).



*genuino del diritto, se dello stesso ricorrano i presupposti*” (cfr. comparsa di costituzione di ATS Bergamo, pag. 12).

Secondo la convenuta, l'emissione in data 10.11.2020 dell'ordinativo avente ad oggetto tutte le 492.000 dosi contemplate dalla Convenzione avrebbe lasciato intatto il potere dell'Ente di rettificare in diminuzione, in fase di esecuzione, il numero di dosi necessarie per la campagna vaccinale e l'impegno di spesa - precisamente da n. 492.000 dosi a 393.600 dosi, per un importo di adesione che da € 8.856.000,00 iva esclusa, è sceso a € 7.084.800,00 iva esclusa (80% dell'importo originariamente previsto) - e ciò in quanto *“la disciplina sul “quinto d'obbligo” persegue la soddisfazione del preminente interesse pubblico all'adattamento del contratto alle esigenze sopravvenute nel corso dell'esecuzione”* (ibidem).

Nella vicenda in oggetto, l'interesse pubblico sotteso alla prerogativa riconosciuta dalla legge si sarebbe manifestato durante la fase di esecuzione del contratto, con la trasmissione da parte del Ministero della Salute, in data 26.11.2020, della nota dell'AIFA del 20.11.2020, contenente chiarimenti sull'uso del vaccino [REDACTED] che indicava la possibilità di somministrazione del vaccino ai pazienti pediatrici in un'unica soluzione (in luogo delle due originariamente previste, come da posologia, per i bambini di età inferiore a 9 anni che si fossero vaccinati per la prima volta con vaccino iniettivo) e ed escludeva l'estensione del vaccino negli adulti (cfr. doc. 19 di parte attrice); di qui la rettifica unilaterale dell'ordinativo di fornitura operata da ATS Bergamo in data 30.12.2020 direttamente tramite la piattaforma NECA, al fine di *“evitare uno spreco di denaro pubblico”*, essendo *“la fornitura di vaccini antinfluenzali divenuta ridondante rispetto alle esigenze stimate ed effettive”* (cfr. comparsa di costituzione di ATS Bergamo, pag. 13).

2.2.- Anche Regione Lombardia, precisato che *“l'ATS di Bergamo ha agito in esecuzione della Deliberazione n. XI/3675 del 13.10.2020 della Giunta della Regione Lombardia con cui si è deciso di aumentare la copertura vaccinale contro l'influenza per la stagione 2020/2021, in qualità di coordinatore regionale della Distribuzione per Conto (“DPC”) per l'area vaccinale”* (cfr. comparsa di costituzione pag. 19), ha sostenuto il legittimo esercizio da parte di tale ente del potere di riduzione della prestazione accordato dall'art. 106, comma 12, d. lgs. n. 50/2016, in ragione del *“combinato disposto delle due variazioni di AIFA/Min della Salute”* che avrebbe *“ridotto il fabbisogno in Regione Lombardia dimezzando di fatto le dosi necessarie (da schedula a due dosi a schedula ad 1 dose) e togliendo la possibilità di somministrazione alle persone tra 18 e 49 anni”* (cfr. comparsa di costituzione, pag. 11).





Nel caso di denegata qualificazione della riduzione del quantitativo di fornitura come legittimo esercizio della modifica di riduzione di 1/5 *ex art.* 106 comma 12 cit., la Regione ha, infine, invocato il recesso di ATS dal contratto di fornitura, ai sensi dell'art. 19 della Convenzione.

3.- In tal modo sinteticamente chiarite le posizioni delle parti, deve osservarsi che il compendio documentale in atti fornisce un quadro sufficientemente chiaro dello svolgimento dei fatti e del contenuto degli accordi intercorsi. Non vi sono, peraltro, divergenze sostanziali nelle rispettive narrazioni in fatto, differendo unicamente l'interpretazione data dalle parti alle norme di legge e di contratto.

3.1.- Emerge, in particolare, che nel mese di luglio 2020, ossia in fase di pianificazione della campagna vaccinale, tra la Regione Lombardia e la società attrice - azienda farmaceutica titolare dei diritti di commercializzazione relativi a medicinali e vaccini per uso umano - venne avviata una interlocuzione volta a verificare la possibilità di importare dall'estero circa 500.000 dosi del vaccino [REDACTED] al fine di *“prevenire potenziali situazioni di carenza degli stessi che, già a quella data, si presumevano come molto probabili in conseguenza del prevedibile aumento della domanda di vaccinazioni da parte della popolazione a causa della perdurante pandemia da COVID-19”* (cfr. atto di citazione pagg. 2-3; docc. 5 e 6 di parte attrice).

Indetta, dunque, dall'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti s.p.a. (“AR [REDACTED] s.p.a.”) - soggetto c.d. “aggregatore” per la regione Lombardia con funzione di centrale di committenza per l'acquisizione di beni e servizi a favore degli enti del servizio sanitario regionale - con determina del 24.7.2020 una procedura negoziata d'urgenza per la fornitura in questione, in data 4.8.2020 essa veniva aggiudicata ad A [REDACTED], unica offerente.

Il successivo 18.9.2020 la Regione Lombardia presentò presso l'AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco) una richiesta di autorizzazione all'importazione dall'estero di 504.310 applicatori nasali monouso del predetto vaccino, che venne in pari data accolta dalla predetta Agenzia, la quale autorizzò *“la struttura sanitaria richiedente... all'importazione in Italia del vaccino [REDACTED] Spray nasale, sospensione, n. Lotto [REDACTED] 2 regolarmente registrato da A [REDACTED] AB nel Paese di provenienza: U.K. nella quantità richiesta”* (cfr. docc. 7 e 8 di parte attrice).

In data 2.10.2020 venne, quindi, stipulata tra AR [REDACTED] e la società attrice la convenzione n. IA.2 [REDACTED] (la “Convenzione”) per la fornitura di [REDACTED] dosi del vaccino “[REDACTED]” al prezzo unitario di [REDACTED] per un importo complessivo di € 7.380.000,00. In data 18.11.2020 la Convenzione fu integrata da un accordo di rinnovo avente ad oggetto ulteriori 12.310.

<sup>3</sup> Vaccino antinfluenzale quadrivalente in forma farmaceutica spray nasale, sospensione, indicato nella profilassi dell'influenza in bambini e adolescenti di età compresa tra 24 mesi e 18 anni.



Secondo quanto previsto dalla Convenzione, la fornitura avrebbe potuto essere incrementata *“fino a concorrenza del limite di 1/5 (un quinto) dell’Importo Massimo Contrattuale”*; al riguardo si precisava che sul portale *“NECA”* - ossia il *“catalogo elettronico delle Convenzioni attivate”* destinato, tra l’altro, alla ricezione degli ordinativi di fornitura inoltrati dagli Enti Contraenti (nella specie, ATS di Bergamo) - *“verranno contemporaneamente rese disponibili sia le dosi messe in gara ed aggiudicate (“Massimale”) sia quelle corrispondenti all’estensione del massimale (il c.d. quinto d’obbligo) al fine di consentire all’ATS di BG di emettere un unico ordine di acquisto per l’intero volume così calcolato”* (cfr. Convenzione, art. 3.2).

La natura della Convenzione è esplicitata all’art. 1.2, ove si legge che essa *“definisce la disciplina normativa e regolamentare per la stipula, validità ed esecuzione dei singoli contratti attuativi della medesima; infatti, essa rappresenta le condizioni generali dei Contratti di Fornitura che saranno stipulati dai singoli Enti Contraenti ed il Fornitore attraverso l’emissione dei relativi Ordinativi di Fornitura, nei quali specificheranno le quantità e l’importo complessivo della fornitura oggetto di ciascun Lotto. La Convenzione dà origine unicamente ad un obbligo del Fornitore di accettare, mediante esecuzione, fino a concorrenza del quantitativo massimo contrattuale stabilito, di cui al successivo Articolo 3, gli Ordinativi di Fornitura deliberati dagli Enti che utilizzano la presente Convenzione nel periodo della sua validità ed efficacia”*.

Nei successivi articoli è descritta la procedura per la stipulazione dei singoli contratti di fornitura, che avviene *“attraverso l’emissione degli Ordinativi di Fornitura”* e *“la semplice ricezione da parte del Fornitore”* di tali ordinativi *“inoltrati dagli Enti Contraenti attraverso NECA”* (cfr. art. 5.2 e lett. h delle premesse, ove si legge altresì che i suddetti ordinativi indicano *“l’esatto quantitativo della fornitura richiesta”*).

Alla lettera j) delle definizioni contenute all’art. 2, l’*“Ordinativo di Fornitura”* è descritto come *“il documento informatico generato da NECA e sottoscritto con firma digitale dal Punto Ordinante con il quale l’Ente Contraente manifesta la volontà di utilizzare la Convenzione e al contempo stipula un Contratto di Fornitura che avrà esecuzione mediante le future Richieste di Consegna, impegnando il Fornitore alla prestazione di quanto ivi richiesto”*.

In sintesi, l’approvvigionamento in vista della distribuzione *“per conto”*<sup>4</sup> dei vaccini in questione si è articolata nei seguenti passaggi: previa individuazione dei quantitativi da parte di Regione Lombardia, la centrale di committenza regionale AR s.p.a. ha indetto una procedura dedicata, cui ha partecipato l’ATS di Bergamo quale coordinatore regionale della distribuzione; in qualità di *“capofila”*, l’ATS ha

<sup>4</sup> Come spiegato da ATS e Regione Lombardia, la distribuzione per conto è una delle tre modalità di distribuzione dei farmaci rimborsabili dal SSN insieme al canale distributivo convenzionale delle farmacie e alla distribuzione diretta.





aderito alla Convenzione prot. IA.2020.0049233 del 2.10.2020 ed emesso, in data 10.11.2020, l'ordinativo di fornitura n. 131137078 per il massimale di dosi di vaccino previsto nella Convenzione, ossia per 492.000 dosi, che ha, in tal modo, acquistato; è seguita richiesta di consegna da parte dell'Ente per un numero di dosi pari a 393.600, effettivamente ritirate presso i distributori intermedi e pagate.

3.2.- La controversia tra le parti è insorta in relazione alle residue 98.400 dosi di cui l'ATS non ha richiesto la consegna, pur sollecitata da A [REDACTED] che, con comunicazione email del 28.12.2020, l'ha invitata *“a dare esecuzione alle proprie obbligazioni e a procedere pertanto ad emettere al più presto Richieste di Consegna per 122.000 dosi di cui alla Convenzione nonché ad emettere l'Ordinativo di Fornitura per le 12.310 dosi di cui al Rinnovo”*<sup>5</sup>; a tale missiva ha risposto la convenuta con e-mail del 30.12.2020, rendendo noto che *“è stato modificato l'impegno 'PROT [REDACTED] DEL [REDACTED] DI 'ATS DI BERGAMO'”* tramite riduzione sul portale [REDACTED] del quantitativo di dosi ordinato in misura del 20% (cfr. docc. 14 e 15 A [REDACTED]).

Secondo l'attrice tale condotta integrerebbe inadempimento contrattuale e ciò sul rilievo che il potere di variazione delle prestazioni nel limite del quinto dell'importo del contratto sarebbe già stato previsto dall'art. 3.2 della Convenzione - che costituirebbe *in parte qua* specificazione del diritto potestativo di variazione disciplinato dall'art. 106, comma 12, del Codice degli appalti - e sarebbe stato, in concreto, esercitato dall'ATS con l'emissione dell'ordinativo di fornitura del 10.11.2020 avente ad oggetto 492.000 dosi, ovvero il massimale contrattuale già comprensivo dell'aumento (del quinto, appunto) delle dosi aggiudicate, fissate dalla Convenzione in 410.000. La P.A. avrebbe, in tal modo, esaurito lo *jus variandi* riconosciute dalle legge, senza possibilità di nuovo esercizio in senso contrario, ossia con riduzione del 20% dell'ordinativo.

4.- La tesi non può trovare accoglimento: il diritto di modifica entro il quinto delle prestazioni contrattuali disciplinato dal più volte citato art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 attiene, invero, chiaramente alla fase esecutiva del rapporto e non a quella di formazione del vicolo contrattuale.

Già la rubrica dell'articolo - *“Modifica di contratti durante il periodo di efficacia”* - depone in tal senso. Il comma 12 prevede, poi, che *“la stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo*

<sup>5</sup> L'attrice ha lamentato l'inadempimento da parte della convenuta tanto della presa in carico delle residue 98.400 dosi sulle 492.000 totali ordinate, quanto dell'obbligo di concludere il secondo ulteriore ordinativo di fornitura in relazione all'integrazione della Convenzione del 18.11.2020 che prevedeva la fornitura di ulteriori 12.310 dosi. Tuttavia, la stessa attrice in sede di comparsa conclusionale ha precisato che *“dopo l'Ordinativo di Fornitura del 10 novembre 2020, la Convenzione Prot.IA.2020.0049233 del 2.10.2020 è stata rinnovata con integrazione prot. AR [REDACTED] n. IA.2020.0058449 del 18 novembre 2020, per un quantitativo di ulteriori 12.310 dosi, aggiuntive a quelle che formavano oggetto della convenzione stessa (doc. 11). Ma questo addendum non è mai stato attivato da ATS BERGAMO ed esula, così, dalla lite”*.



*del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto".*

La norma è oltremodo chiara nel collocare la facoltà di esercizio del diritto di modifica *"in corso di esecuzione"* e, dunque, a contratto già concluso, ove sorga la *"necessità"* di tale adeguamento.

Nel caso in esame, è documentato e pacifico che l'acquisto delle dosi vaccinali nel numero di 492.000 si sia perfezionato mediante l'emissione da parte di ATS dell'ordine di fornitura datato 10.11.2020.

Prima di tale momento, tra le parti contraenti vigeva unicamente la *"disciplina normativa e regolamentare per la stipula, validità ed esecuzione dei singoli contratti attuativi della medesima"*, secondo quanto chiarito dall'art. 1.2 della Convenzione stessa, recante *"le condizioni generali dei Contratti di Fornitura che saranno stipulati dai singoli Enti Contraenti ed il Fornitore attraverso l'emissione dei relativi Ordinativi di Fornitura, nei quali specificheranno le quantità e l'importo complessivo della fornitura oggetto di ciascun Lotto. La Convenzione dà origine unicamente ad un obbligo del Fornitore di accettare, mediante esecuzione, fino a concorrenza del quantitativo massimo contrattuale stabilito, di cui al successivo Articolo 3, gli Ordinativi di Fornitura deliberati dagli Enti che utilizzano la presente Convenzione nel periodo della sua validità ed efficacia"*.

Ora è chiaro che, rappresentando la trasmissione dell'ordine di fornitura, in base alla stessa cornice regolamentare di riferimento, lo strumento e il momento di perfezionamento del contratto, tale atto non poteva in sé integrare ed esaurire il diritto di modifica delle prestazioni contrattuali, riconosciuto dalla legge, una volta concluso il contratto, per la fase esecutiva del rapporto.

Detta fase, in base alla Convenzione, si sarebbe dovuta realizzare *"mediante le future Richieste di Consegna"* (cfr. art. 2 lett. j), anch'esse da trasmettersi tramite portale NECA, con l'indicazione del numero di protocollo dell'ordine di fornitura, dei prodotti e delle relative quantità da consegnare, nonché del luogo - sede e/o ufficio presso il quale effettuare le consegne (cfr. art. 6 della Convenzione). Sebbene la formulazione dell'art. 3.2 della Convenzione contenga un fuorviante riferimento al *"c.d. quinto d'obbligo"*<sup>6</sup>, la disciplina ivi contemplata resta circoscritta alla fase di conclusione del contratto, non potendo, per tale ragione, derogare a una disposizione di legge che disciplina il potere di modifica in corso d'esecuzione.

A tale conclusione si perviene anche considerando la *ratio* dell'istituto dello *jus variandi* in materia di appalti pubblici, che è quella di consentire la soddisfazione del preminente interesse pubblico di adattamento del contratto concluso con la pubblica amministrazione alle *"necessità"* sopravvenute nel

<sup>6</sup> Laddove stabilisce che *"l'importo massimo contrattuale della presente convenzione contempla già l'incremento, alle stesse condizioni, della fornitura fino a concorrenza del limite di 1/5 (un quinto) dell'Importo Massimo Contrattuale"*, sicché *"su NECA verranno contemporaneamente rese disponibili sia le dosi messe in gara ed aggiudicate ("Massimale") sia quelle corrispondenti all'estensione del massimale (il c.d. quinto d'obbligo) al fine di consentire all'ATS di BG di emettere un unico ordine di acquisto per l'intero volume così calcolato"*.



corso dell'esecuzione dell'opera o del servizio, senza che ciò obblighi a una nuova procedura di affidamento; l'esigenza è temperata dal divieto per la P.A. di imporre al contraente una variazione eccessiva (in aumento o diminuzione) degli obblighi contrattuali rispetto all'originaria previsione e dalla necessità che tale variazione sia ancorata a oggettive esigenze sopravvenute aventi carattere imprevedibile (v. *infra*).

Il limite del quinto è individuato dal legislatore quale misura massima del sacrificio imposto all'autonomia del privato, che al ricorrere della "necessità" contemplata dalla norma ha l'obbligo di eseguire le minori o maggiori prestazioni richieste dall'amministrazione.

Anche a seguito dell'emissione dell'ordine di fornitura avente ad oggetto il massimale contrattuale, sussisteva, dunque, il diritto di ATS Bergamo di modificare il quantitativo acquistato ai sensi dell'art. 106, comma 12, d. Lgs. n. 50/2016.

5.- Ritiene, nondimeno, il Tribunale che la riduzione unilaterale della prestazione in concreto operata dall'Ente in data 30.12.2020 ecceda i limiti di un esercizio diligente e in buona fede del diritto in esame.

5.1.- Configurando evidente deroga al principio generale sancito al primo comma dell'art. 1372 c.c. ed eccezione alla stessa regola dell'evidenza pubblica - in quanto consente all'amministrazione di ampliare o diminuire unilateralmente l'oggetto del contratto mediante affidamento diretto all'appaltatore - la disciplina in esame deve trovare applicazione nei soli casi espressamente previsti, da considerarsi di stretta interpretazione.

Quand'anche, pertanto, si voglia intendere la previsione del comma 12 dell'art. 106 come autonoma rispetto a quella del primo comma e ai presupposti ivi indicati alla lettera c)<sup>7</sup>, deve comunque attribuirsi all'inciso "*qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni*" il significato di subordinare l'esercizio dello *ius variandi* al manifestarsi di circostanze obiettive, imprevedibili al momento della stipula del contratto e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del rapporto, non potendo la prerogativa in esame essere legittimamente utilizzata per rimediare a originari errori della stazione appaltante in sede di valutazione del fabbisogno o per eludere gli obblighi

<sup>7</sup> Secondo cui: "*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 (...) 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*".



discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni.

5.2.- Nel caso di specie, ferma la situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid-19, le circostanze in ragione delle quali si sarebbe, secondo la convenuta, manifestata, solo in fase esecutiva, la necessità della riduzione del quantitativo di fornitura non possono considerarsi imprevedibili e nemmeno sopravvenute alla conclusione del contratto.

Si ricorda che Regione Lombardia aveva avviato con l'attrice, sin dal luglio 2020, uno scambio di corrispondenza al fine di garantirsi le dosi di vaccino oggetto di causa (si noti, vaccino antinfluenzale e non anti COVID-19) e, dopo aver ricevuto l'autorizzazione all'importazione da parte dell'AIFA nel mese di settembre, ha tramite AR s.p.a. stipulato la Convenzione del 2.10.2020, individuando come *"unico Ente autorizzato all'acquisto del Prodotto ... ATS di Bergamo"* (cfr. art. 2, lett. e).

Nello stesso scambio epistolare sopra citato emerge come, già alla data del 25.9.2020, A avesse indicato la scadenza delle dosi di vaccino antinfluenzale nel giorno 22.2.2021.

Emesso, in data 10.11.2020, l'ordinativo di fornitura per l'intero ammontare delle dosi aggiudicate già incrementato del 20%, il successivo 18.11.2020, il fabbisogno di vaccini veniva confermato, dal momento che le parti concludevano l'accordo di rinnovo avente ad oggetto le ulteriori 12.310 dosi, raggiungendo il quantitativo autorizzato dall'AIFA.

Ora, ATS ha "giustificato" la diminuzione del quantitativo in virtù della circolare del Ministero della Salute del 26.11.2020 che, trasmettendo la nota del Direttore Generale dell'AIFA del 20.11.2020, relativa all'utilizzo di nella campagna vaccinale 2020/2021, indicava come adeguata la protezione offerta già dalla prima dose di vaccino.

Al riguardo, deve, in primo luogo, rilevarsi che la nota dell'AIFA è successiva di soli due giorni al rinnovo della convenzione A-A per le 12.310 dosi aggiuntive e che la circolare del Ministero che la divulga interviene a distanza di soli 16 giorni dall'ordinativo di fornitura inerente le 492.000 dosi aggiudicate.

Ben avrebbe potuto, pertanto, la convenuta dare tempestiva comunicazione ad A della circostanza asseritamente sopravvenuta e idonea a giustificare la riduzione della fornitura, invece di informarla di tale riduzione soltanto il 30.12.2020 (più di un mese dopo l'emanazione della circolare ministeriale e solo a seguito del sollecito dell'attrice del 28.12.2020) con una e-mail priva di spiegazione, operando in pari data la modifica dell'ordinativo mediante inserimento diretto sul portale

5.3.- Ad escludere il carattere sopravvenuto, imprevedibile e necessitato della esigenza di riduzione del quantitativo di fornitura in corso di esecuzione conduce, peraltro, lo stesso tenore della nota dell'AIFA,



ove in relazione all'“utilizzo della singola dose sui bambini” si legge: “gli elementi citati dalla Regione Lombardia, rispetto alla copertura già significativa offerta dalla prima dose del farmaco, come valutato in due studi UK (71% dose singola vs 81% doppia dose e 87% dose singola vs 94% doppia dose, in un secondo studio)”, non hanno portato a una revisione del dosaggio suggerito dall'EMA; tuttavia, alcuni Stati Membri hanno deciso di utilizzare una singola dose vaccinale secondo un'analisi di benefici e rischi evidentemente in linea con quanto riportato dalla Regione Lombardia [...] Conclusioni [...] 2. Per quanto riguarda ... la problematica del dosaggio, si ritiene che, al fine di gestire la prevenzione raggiungibile con le dosi materialmente disponibili e per meglio gestire la campagna vaccinale in corso di emergenza Covid 19, considerata la copertura significativa offerta già dalla prima dose del vaccino, in analogia a quanto deciso in alcuni Paesi, si potrebbe effettuare per la popolazione pediatrica la somministrazione singola”.

La nota della predetta Agenzia si esprime, dunque, in termini dubitativi e non vincolanti, suggerendo una possibile gestione della somministrazione diversa da quella sino a quel momento ritenuta preferibile, non senza evidenziare che gli studi presi in esame dalla Regione Lombardia non avevano comportato una revisione del dosaggio suggerito dall'EMA in due somministrazioni, e confermando la mancata approvazione dell'estensione di indicazione del vaccino negli adulti (peraltro mai suggerita dall'Agenzia Europea<sup>8</sup>).

Detta comunicazione, come già rilevato, è datata 20.11.2020 e fa riferimento a note precedentemente inviate dalla Regione Lombardia alla DG Prevenzione del Ministero della Salute: se ne deduce che le informazioni e i dati di letteratura richiamati a fondamento delle nuove valutazioni di Regione e Ministero in termini di “benefici e rischi” fossero già da tempo pubblicati e divulgati presso gli operatori di settore e, quindi, già conosciuti o conoscibili dagli enti pubblici, sì da doversi ritenere che,

<sup>8</sup> Le argomentazioni spese dalla Regione Lombardia al fine di ricollegare la (asseritamente sopravvenuta) riduzione del fabbisogno alla impossibilità di somministrare il vaccino agli adulti appaiono confuse se non addirittura contraddittorie: da un lato si afferma, infatti, che “*le dosi previste erano 500.000 per garantire un'offerta di vaccino ad almeno 250.000 bambini 2-10 anni (i bambini 2-10 anni sono 800.000, complessivamente le persone 2-17 anni sono circa 1,5 milioni)*”, in tal modo confermando la specifica finalità dell'approvvigionamento, ossia il suo utilizzo per l'età infantile; d'altro lato, sul rilievo che una circolare ministeriale del giugno 2020 autorizzasse l'uso del vaccino in persone di età compresa tra 2 e 59 anni e che nelle indicazioni di commercializzazione il farmaco fosse indicato fino a 49 anni, la Regione qualifica come “*contraddicente le indicazioni pregresse*” la nota ministeriale del novembre 2020, attribuendole l'idoneità a mutare il quadro fattuale di riferimento. Sennonché è sufficiente la lettura della nota AIFA del 20.11.2020 per riscontrare che l'estensione del vaccino alla fascia adulta non era mai stata approvata in Europa dall'EMA, interessata dell'argomento sin dal 2013 e che non vi erano dati di letteratura sufficienti ad esprimere una diversa valutazione. Quanto alla circolare ministeriale del giugno 2020, cui la Regione ha fatto generico riferimento nell'atto di costituzione, producendola solo con la seconda memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c., non si rinviene in essa una specifica raccomandazione di somministrazione agli adulti del vaccino [REDACTED] ma solo una descrizione dello stesso come “*autorizzato per l'uso in persone di età compresa tra 2 e 59 anni*”, insufficiente a integrare una raccomandazione ministeriale in tal senso; si noti, peraltro, che in tale circolare il Ministero segnalava l'indisponibilità sul mercato italiano del vaccino in oggetto. Solo a seguito di richieste specifiche da parte della Regione, il Ministero trasmetteva la più volte citata nota dell'AIFA che chiariva quanto, invero, già noto in ambito europeo, ossia l'insufficienza di studi certificanti l'efficacia del vaccino sugli adulti.





se non ancora alla data di stipulazione della Convenzione (2.10.2020) quanto meno indubbiamente a quella di emissione dell'ordinativo di fornitura (10.11.2020), e dunque in tempo utile per un eventuale diverso impiego dei vaccini (previe tutte le necessarie autorizzazioni), tali emergenze fossero ben note, con conseguente esclusione del carattere sopravvenuto e necessitato della modifica operata dall'ATS solo in data 30.12.2020.

Deve soggiungersi che la nota ministeriale del 26.11.2020, lungi dall'autorizzare o consigliare la riduzione delle forniture in essere, indica la somministrazione di una singola dose in bambini mai vaccinati contro l'influenza quale "strategia" che avrebbe consentito di "raddoppiare l'offerta vaccinale con le dosi materialmente disponibili e ottimizzare la campagna vaccinale in corso di emergenza COVID-19" ritenendola "pertanto condivisibile dal punto di vista della sanità pubblica".

Va, infine, escluso che la "grande preoccupazione di non riuscire a portare a termine la procedura di affidamento" e la natura "urgente" della procedura negoziata fatte valere dalla difesa della Regione Lombardia (cfr. da ultimo memoria di replica, pag. 2) integrino i caratteri dell'evento imprevedibile e sopravvenuto idoneo a legittimare la modifica contrattuale.

Se è, pertanto, condivisibile che le prestazioni fossero soggette a "mutazioni di contesto", anche "alla luce della pandemia", deve nondimeno rilevarsi che la modifica in concreto operata non è seguendo le stesse allegazioni delle parti, la risultante di una mutata situazione di fatto.

6.- Sussiste dunque l'inadempimento contrattuale lamentato da AS [REDACTED] avendo ATS Bergamo esercitato lo *jus variandi* previsto dall'art. 106, comma 12, Codice degli appalti, in assenza dei relativi presupposti e avendo pacificamente impedito con la propria condotta l'integrale esecuzione del contratto, rifiutando di ricevere l'ultima parte di vaccini acquistati e omettendo di pagarne il prezzo.

È opportuno chiarire (dato l'accento fatto a tale istituto dalla convenuta nella propria comparsa di costituzione e l'argomento sul punto speso anche dalla Regione Lombardia) che la condotta di ATS non può essere sussunta nell'ipotesi di recesso prevista dall'art. 19 della Convenzione, vuoi perché non risulta che l'ATS abbia comunicato tempestivamente tale volontà di recesso, essendosi per sua stessa ammissione limitata con la comunicazione del 30.12.2020 a modificare, tramite sistema NECA, "l'impegno dell'O.d.F. prot. U. 101084 del 10 novembre 2020", vuoi perché non ricorre alcuna delle ipotesi di recesso espressamente contemplate dalla Convenzione<sup>9</sup>, men che meno quella di recesso "per

<sup>9</sup> Che consente il recesso unilaterale da parte dell'ente contraente "nei casi di giusta causa, quali a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo:

a. qualora sia stato depositato contro il Fornitore un ricorso ai sensi della legge fallimentare o di altra legge applicabile in materia di procedure concorsuali, che proponga lo scioglimento, la liquidazione, la composizione amichevole, la ristrutturazione dell'indebitamento o il concordato con i creditori, ovvero nel caso in cui venga designato un liquidatore, curatore, custode o soggetto avente simili funzioni, il quale entri in possesso dei beni o venga incaricato della gestione degli affari del Fornitore;

b. reiterati inadempimenti del Fornitore;





*giusta causa*” prospettata da ATS solo con la missiva del 2.2.2021 inviata ad A [REDACTED] in risposta alla costituzione in mora da quest’ultima trasmessa con pec del 28.1.2021. Invero, come chiarito dalla stessa lettera c) dell’art. 19.1. della Convenzione, si ha giusta causa di recesso solo in presenza di *“fattispecie che faccia venire meno il rapporto di fiducia sottostante la Convenzione e/o ogni singolo Contratto di Fornitura”*: nessuna circostanza di tale natura è stata dedotta dalle parti, sicché il riferimento all’ipotesi contrattuale in esame appare inconferente.

7.- A fronte del descritto contegno dell’ente contraente, scaduti nelle more e divenuti inutilizzabili i farmaci in oggetto - peraltro non destinabili a terzi, unico ente autorizzato all’acquisto del prodotto essendo ATS Bergamo in base all’autorizzazione AIFA (cfr. art. 2, lett. e della Convenzione) -, A [REDACTED] ha domandato la risoluzione “parziale” del contratto per la quota di prestazione non eseguita, chiedendo, a titolo di risarcimento del danno, lo stesso prezzo pattuito e non incamerato per le dosi non ritirate dall’ATS, maggiorato degli interessi, nonché le spese di custodia e di smaltimento.

La domanda deve ritenersi ammissibile.

7.1.- L’art. 1453, secondo comma, c.c. consente, in primo luogo, la conversione della domanda di adempimento - originariamente proposta da A [REDACTED] - in domanda di risoluzione contrattuale.

Quanto alla più problematica questione della risoluzione parziale del contratto, essa è prevista per i contratti a esecuzione continuata o periodica dal primo comma dell’art. 1458 c.c. che stabilisce: *“la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l’effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite”*.

La Suprema Corte ha, peraltro, affermato essere *“orientamento pacifico, in dottrina e nella giurisprudenza anche di questa Corte, che la risoluzione parziale del contratto, esplicitamente ammessa dall’art. 1458 c.c. nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, deve ritenersi possibile anche nell’ipotesi di contratto ad esecuzione istantanea, quando il relativo oggetto sia rappresentato - secondo la valutazione del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per violazione di legge o vizi logici - non da un’unica cosa infrazionabile, ma da più cose aventi propria individualità, quando, cioè, ciascuna di queste, separata dal tutto, mantenga un’autonomia economico-funzionale,*

---

*c. ogni altra fattispecie che faccia venire meno il rapporto di fiducia sottostante la Convenzione e/o ogni singolo Contratto di Fornitura.*

*2) In caso di mutamenti di carattere organizzativo e/o logistico a carattere eccezionale che riguardino l’Amministrazione Contraente e che abbiano incidenza sull’esecuzione della fornitura, la stessa Amministrazione Contraente potrà recedere in tutto o in parte unilateralmente dalla Convenzione, con un preavviso di almeno 30 (trenta) giorni, da comunicarsi al Fornitore con PEC”.*



che la renda definibile come bene a sé, suscettibile di diritti o di negoziazione distinti” (cfr. Cass. n. 16556/2013<sup>10</sup>; conf. Cass. n. 10700/2005).

Infatti, anche il contratto a esecuzione istantanea avente ad oggetto più cose, ciascuna con propria individualità, nella fase di esecuzione può comportarsi come un contratto a esecuzione continuata o periodica, potendo parte della prestazione essere differita nel tempo. Secondo la Corte, in questi casi la divisibilità non può che riferirsi all’oggetto, non solo perché verso di esso è orientato l’interesse delle parti, ma anche perché la prestazione di per sé risponde al carattere dell’unicità e, solo in forma traslata dalla divisibilità dell’oggetto, è qualificabile anch’essa come divisibile.

Deve, dunque, essere dichiarata la risoluzione parziale del contratto di fornitura concluso mediante l’emissione dell’ordinativo di fornitura prot. n. 131137078 del 10.11.2020.

8.- Al parziale inadempimento di ATS segue il diritto di A [REDACTED] di ottenere il risarcimento dei danni che di tale inadempimento siano conseguenza.

Parte attrice ha individuato la prima e principale voce di danno nello stesso “debito a suo tempo assunto a titolo di prezzo della vendita pari a euro 1.771.200,00 euro (94.800 dosi x 18 euro), oltre IVA come per legge”, cui si aggiungerebbero i costi “ingiustamente sostenuti” per la custodia delle dosi di vaccino non ritirate, “nelle condizioni e con le modalità necessarie per regolamento e prassi”, e quelli sostenuti per il successivo smaltimento dei farmaci scaduti.

8.1.- In relazione alla parte di corrispettivo non conseguita dall’attrice giova ricordarsi che “nei contratti a prestazioni corrispettive, alla risoluzione per inadempimento si accompagna il diritto, per il contraente fedele, al risarcimento del danno, non limitato all’interesse negativo (“id quod interest contractum non fuisse”) ma esteso all’interesse positivo (“quantum lucrari potuit”), atteso, per un verso, che l’azione di risoluzione è alternativa all’azione di adempimento, la quale è senz’altro finalizzata al conseguimento dell’interesse positivo e considerato, per altro verso, che, diversamente opinando, la responsabilità (contrattuale) per inadempimento coinciderebbe “quoad effectum” con la responsabilità precontrattuale, venendosi a trattare in modo uguale situazioni diverse” (Cass. n. 28022/2021).

Va, pertanto, riconosciuto ad A [REDACTED] il risarcimento del lucro cessante, coincidente con l’importo imponibile dell’acquisto di 98.400 dosi, pari a € 1.771.200,00. Essendo venuto meno, per effetto della

<sup>10</sup> Nel caso al vaglio della S.C., le parti avevano concluso un contratto di fornitura di cinque gruppi di elettropompe, ciascuno dei quali aventi una propria individualità e autonomia, sia economica sia funzionale, potendo funzionare indipendentemente dagli altri, come dimostrato dalla circostanza che ne erano stati forniti tre e che per il loro funzionamento non avevano necessitato degli ultimi due; secondo la sentenza di merito ritenuta dalla Suprema Corte immeritevole di censura e confermata, pertanto, ciascuno dei predetti gruppi di elettropompe, avente per di più un proprio prezzo, costituiva un impianto di sollevamento suscettibile di formare oggetto distinto di interesse e di negoziazione diverso da quello degli altri.



risoluzione parziale, il presupposto di imposta (ossia la cessione dei beni, che sono stati smaltiti), l'IVA non è certamente dovuta.

Secondo l'insegnamento della S.C., al danneggiato spettano la rivalutazione monetaria e gli interessi compensativi, a decorrere dal giorno della verifica dell'evento dannoso, poiché l'obbligazione di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale costituisce, al pari dell'obbligazione risarcitoria da responsabilità extracontrattuale, un debito non di valuta, ma di valore, che tiene luogo della materiale utilità che il creditore avrebbe conseguito se avesse ricevuto la prestazione dovutagli (Cass. n. 37798/2022; conf. Cass. n. 26202/2022; v. anche Cass. n. 12698/2014, secondo cui *"in tema di appalti pubblici, l'amministrazione risponde a titolo contrattuale dell'inadempimento ai propri obblighi, sicché, alla stregua dei principi generali regolanti la corrispondente responsabilità, competono all'appaltatore, sulla somma a lui spettante a titolo di risarcimento del danno, la rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valore, e, sull'importo rivalutato, gli interessi legali"*).

Sulla predetta somma capitale di € 1.771.200,00 vanno, pertanto, conteggiati gli interessi compensativi del danno derivante dal mancato tempestivo godimento dell'equivalente pecuniario del bene perduto: secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 1712/95), tali interessi decorrono dalla produzione dell'evento di danno sino al tempo della liquidazione e si calcolano sulla somma via via rivalutata nell'arco di tempo suddetto e non sulla somma già rivalutata (Cass. n. 4791/2007).

Tenuto conto delle variazioni del coefficiente di rivalutazione Istat (FOI generale) intervenute dal gennaio 2021 ad oggi e preso a riferimento un indice medio dell'1,151%, si ottiene un capitale rivalutato alla data odierna, già comprensivo degli interessi compensativi al tasso legale, di € 2.097.614,00, importo sul quale decorreranno gli interessi legali dalla data della sentenza al pagamento effettivo.

8.2.- In relazione al risarcimento delle ulteriori voci di danno, A [REDACTED] ha quantificato in € 567,00 le spese sostenute per la conservazione delle 98.400 dosi non ritirate e in € 2.747,00 i costi di distruzione delle stesse in quanto scadute in data 22.2.2021, documentando questi ultimi con gli allegati 26 e 27 (verbale di constatazione della Guardia di Finanza, delega per la distruzione, certificato di completamento e comunicazione all'Agenzia delle Entrate, formulario dei rifiuti smaltiti presso l'impianto Eco C.i.m.i.s. s.r.l., riepilogo costi sottoscritto da DHL) e chiarendo in sede di seconda memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. i relativi criteri di calcolo<sup>11</sup>.

Quanto al costo del deposito dei vaccini presso i magazzini di DHL nel periodo novembre 2020 - febbraio 2021, la convenuta ha correttamente osservato che, oltre a non risultare specificamente

<sup>11</sup> Le confezioni di vaccino [REDACTED] smaltite sono indicate in 11.081 su un totale di 67.774; il costo di smaltimento viene quantificato in € 2.747 in rapporto a un costo generale di € 16.822,00.



documentato, detto costo non sarebbe in ogni caso ad essa imputabile, considerato che, sulla base di quanto stabilito nella Convenzione, A [REDACTED] avrebbe comunque dovuto assicurare la disponibilità presso i magazzini di un quantitativo del 20% superiore all'offerta, per eventuali consegne che avrebbero potuto essere richieste per tutta la durata della Convenzione.

L'obiezione merita accoglimento, dovendosi altresì osservare che, secondo la predetta Convenzione erano *“a carico del Fornitore, intendendosi remunerati con il corrispettivo contrattuale di cui oltre, tutti gli oneri le spese ed i rischi relativi alla prestazione delle forniture, delle attività e dei Servizi Connessi oggetto della Convenzione, nonché ad ogni attività che si rendesse necessaria o, comunque, opportuna per un corretto e completo adempimento delle obbligazioni previste nella presente Convenzione”*.

Tra i servizi connessi espressamente qualificati dall'allegato alla Convenzione come *“accessori alla fornitura del Prodotto”*, il cui corrispettivo *“deve intendersi incluso nel prezzo unitario, IVA esclusa, della fornitura del Prodotto offerto in sede di gara”* sono menzionati i servizi di *“trasporto e consegna”*, nonché quelli di *“assistenza alla fornitura”*.

A quanto sopra deve aggiungersi che A [REDACTED] non ha, pacificamente, atteso l'emissione da parte dell'ATS delle richieste di consegna inerenti le 98.400 dosi poi non ritirate, affidandole al trasportatore DHL sin dalla prima settimana di novembre 2020.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, le spese di conservazione devono restare a suo carico. Discorso diverso vale per le spese di smaltimento che, concernendo un'attività certamente non ricompresa tra i servizi connessi alla fornitura e dunque indubbiamente non rientrante nel corrispettivo pattuito, rappresenta un esborso estraneo al contratto, determinato unicamente dall'inadempimento di ATS.

Va, pertanto, riconosciuto all'attrice il risarcimento di detti costi, per l'importo di € 2.747,00 che, maggiorato di rivalutazione e interessi, risulta pari a € 3.224,00 in moneta attuale.

9.- Non meritano, infine, accoglimento le domande riconvenzionali proposte in via subordinata da ATS Bergamo.

9.1.- Quanto alla domanda di annullamento del contratto *“per errore”*, essa si fonda su un duplice presupposto: (i) in caso di accoglimento da parte del giudice dell'interpretazione secondo cui l'art. 3.2. della Convenzione integrerebbe ipotesi speciale dell'istituto disciplinato dall'art. 106 comma 12 d.lgs. 50/2016, escludendo un successivo esercizio dello *jus variandi* in corso di esecuzione del contratto, l'ordinativo di fornitura del 10.11.2020, in quanto emesso nell'erroneo convincimento della sua possibile riduzione entro il limite di 1/5, sarebbe affetto da errore di diritto, riconoscibile dalla controparte; (ii) l'ATS sarebbe, inoltre, caduta in errore relativamente alla *“qualità dell'oggetto della*



fornitura (vaccino ██████████)", non rappresentandosi la possibilità di somministrare un'unica dose di vaccino, anziché due, errore "anche in questo caso" qualificato come "determinante" l'ammontare delle dosi ordinate.

9.1.1.- In riferimento al primo profilo è sufficiente rilevare che l'interpretazione in tesi foriera di errore non è stata accolta in questa sede, avendo il Tribunale ritenuto esercitabile in fase esecutiva lo *jus variandi* contemplato dal Codice degli appalti.

A ciò si aggiunga che, trattandosi di ipotetico errore "di diritto", esso avrebbe potuto costituire causa di annullamento del contratto solo ove integrante "la ragione unica o principale del contratto" (art. 1429, n. 4, c.c.), condizione che nella specie non è stata provata e nemmeno allegata dalla convenuta.

9.1.2.- Deve, quanto al secondo profilo, escludersi che la problematica del dosaggio (ossia la possibilità di ritenere la copertura adeguata dopo una sola somministrazione) integri "qualità dell'oggetto" che "secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso" (art. 1429, n. 2, c.c.), coinvolgendo piuttosto una scelta strategica di gestione dei vaccini operata dagli enti competenti, esternamente al contratto e successivamente alla sua stipulazione, dunque non attinente la fase genetica del vincolo negoziale.

9.2.- Infondata è, altresì, la domanda riconvenzionale di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Invero, le ragioni che hanno condotto ad escludere la legittimità dello *jus variandi* esercitato dall'ATS inducono a maggior ragione a negare l'esistenza dei presupposti richiesti dall'art. 1467 c.c., ossia il "verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili" tali da determinare una "sopravvenuta" eccessiva onerosità della prestazione.

Invero, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per potere determinare la risoluzione del contratto richiede, ai sensi della citata norma, la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale.

Secondo la giurisprudenza, il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, identificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza (Cass. n. 22396/2006).

Fuori da tali ipotesi, trova applicazione il generale principio secondo cui, nei contratti a prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata o periodica o differita, ciascuna parte assume su di sé il rischio





degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro i limiti rientranti nell'alea normale del contratto, da tenersi pertanto da ciascun contraente presenti al momento della stipulazione, alla stregua della dovuta diligenza. Ne consegue che non assume al riguardo rilievo la sopravvenienza di circostanze prevedibili che rendano comunque eccessivamente gravoso - e pertanto inesigibile - l'adempimento della prestazione, vertendosi in tal caso non già in tema di alterazione dell'economia contrattuale bensì d'inadempimento (Cass. n. 12235/2007).

L'accertamento delle suddette caratteristiche di eccezionalità non può che fondarsi sugli elementi offerti dalle parti: nel caso in esame, come visto, le circostanze addotte dalla convenuta (nota AIFA e circolare ministeriale) non sono idonee a integrare eventi "straordinari e imprevedibili" del tipo di quelli contemplati dall'art. 1467 c.c. Né, a ben guardare, risulta configurabile lo stesso "squilibrio tra le prestazioni" che la norma mira a correggere, venendo nella specie in rilievo unicamente una diversa valutazione della immutata situazione di fatto da parte degli enti a ciò preposti.

10.- Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo facendo applicazione dei parametri medi previsti dal d.m. n. 55/2014 e successive modificazioni e integrazioni (da ultimo d.m. n. 147/2022) per i giudizi ordinari di cognizione di valore superiore a € 520.000,00 relativamente alle quattro fasi giudiziali ivi contemplate.

Tali spese vanno poste a carico di convenuta e terza intervenuta, noto essendo che "*in caso di intervento adesivo, l'interventore diventa parte del giudizio, in ordine alla cui posizione si applicano gli artt. 91 e 92 c.p.c., potendo, perciò, essere anche condannato alle spese in caso di soccombenza della parte adiuvata o vedersi riconoscere il favore delle spese nell'ipotesi di vittoria della stessa parte adiuvata*" (Cass. S. U. n. 27846/2019).

**p.q.m.**

il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così provvede:

dichiara la risoluzione parziale per inadempimento dell'Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo del contratto di fornitura concluso con As [REDACTED] s.p.a. mediante l'emissione dell'ordinativo di fornitura prot. n. 131137078 del 10.11.2020;

condanna l'Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo a corrispondere ad A [REDACTED] s.p.a. a titolo di risarcimento del danno € 2.100.838,00 in moneta attuale, oltre interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza al pagamento effettivo;





condanna l'Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo e la Regione Lombardia a rifondere ad A [REDACTED] s.p.s. le spese di lite, che liquida in € 3.399,00 a titolo di esborsi ed € 37.951,00 a titolo di compensi, oltre al rimborso forfettario delle spese generali, Iva e Cpa come per legge.

Brescia, 24 maggio 2023

Il giudice relatore

dott. Angelica Castellani

Il presidente

dott. Raffaele Del Porto

