

Concessione di costruzione e gestione del nuovo ospedale dell'ASL CN 2**Collegio tecnico consultivo****Determinazione n. 10****1. Premessa**

In data 24 ottobre 2022 la stazione appaltante ha sottoposto al Collegio tecnico consultivo in epigrafe il quesito n. 9, relativo alla riserva n. 6 (rubricata "Riserva per mancato inizio della gestione – costi e oneri finanziari"), iscritta dalla concessionaria nel conto finale.

Nella sua seduta del 28 settembre 2023, il Collegio aveva ritenuto necessario audire le parti e dar loro la possibilità di produrre eventuale ulteriore documentazione, al fine di assicurare il più ampio contraddittorio. In data 18 ottobre 2023, le parti hanno chiesto, in luogo dell'audizione, di poter far pervenire al Collegio esposizioni scritte, esaustive ed organiche delle rispettive ricostruzioni dei fatti e delle conseguenti richieste, onde integrare il quesito inizialmente formulato con gli elementi di fatto e le argomentazioni di diritto necessarie per la decisione. La concessionaria ha trasmesso al Collegio la propria relazione in data 31 ottobre 2023, mentre il successivo 7 novembre sono pervenute le conseguenti controdeduzioni della stazione appaltante e il 14 novembre la replica della concessionaria a tali controdeduzioni. Tutte le produzioni sono avvenute nei termini ai quali le parti si erano impegnate.

La riserva n. 6 verte sul ritardato avvio della fase di gestione del nuovo ospedale, rispetto alla data del 1° ottobre 2018, fissata nell'Atto aggiuntivo n. 3, stipulato il 16 febbraio 2017, e confermata nell'Atto aggiuntivo n. 4, stipulato il 1° febbraio 2018, al Contratto di costruzione e gestione di alcuni servizi del Nuovo Ospedale di Alba-Bra, stipulato il 18 novembre 2005 (nel

seguito, per brevità, “il Contratto”): la concessionaria lamenta che dal tardivo avvio della fase di gestione, intervenuto solo il 1° maggio 2020, sarebbero scaturiti effetti dannosi nei suoi confronti e sostiene che tali danni, non essendo la loro causa a lei imputabile, sarebbero meritevoli di ristoro, per ristabilire l’equilibrio economico-finanziario della concessione, come previsto nell’art. 27 del Contratto. In particolare, nella sua relazione fatta pervenire lo scorso 31 ottobre, la concessionaria ha quantificato in € 2.716.767,00 e in € 2.074.581,00 i maggiori costi e oneri finanziari per debiti verso terzi e, rispettivamente, per la messa a disposizione di risorse finanziarie da parte dei soci, a fronte del mancato introito del corrispettivo di gestione nel periodo di ritardato avvio della stessa; ha inoltre quantificato in € 2.746.000,00 la perdita di valore della concessione per effetto dello spostamento nel tempo del ritorno finanziario dell’investimento e, quindi, in € 7.481.348,00 l’entità complessiva del danno subito, di cui chiede il ristoro.

La stazione appaltante oppone la tardività della riserva n. 6 e la conseguente decadenza della concessionaria dalle pretese fatte valere con la stessa. In particolare, sostiene la stazione appaltante che: *“la percezione e la conoscenza del Concessionario dell’effetto dannoso all’origine della Riserva in esame risale, quanto meno, in occasione del decorso infruttuoso del termine di ultimazione lavori del 30 settembre 2018 nonché del decorso del termine previsto del 1° ottobre 2018, per l’avvio della gestione senza che questa fosse stata di fatto iniziata. In ossequio agli oneri di tempestività di iscrizione delle Riserva, ai sensi dell’art. 31 comma 2° del dm n. 145 del 2000, il Concessionario avrebbe dovuto iscrivere la riserva al primo SAL utile, ossia al SAL n. 54. E’ incontrovertibile come la Riserva sia stata iscritta*

tardivamente e solo al SAL n. 60". Aggiunge la stazione appaltante che, comunque, *"nessun tipo di riconoscimento di oneri gestionali o correlati è consentito nella fase esecutiva dei lavori ma, se del caso, essere valutato nel contesto di riequilibrio del PEF"*.

Nella seduta del 15 novembre 2023, appurato che gli elementi raccolti nella fase istruttoria sono sufficienti per addivenire ad una decisione, il Collegio ha adottato la presente determinazione, le cui due sezioni sono state poste ai voti e approvate separatamente, come risulta dal verbale della medesima seduta, che s'intende integralmente richiamato dalla presente determinazione nelle parti che la riguardano.

2. Sulla tempestività della riserva

La questione circa la tempestività della riserva n. 6 si appalesa come preliminare, di talché la trattazione nel merito, sull'*an* e il *quantum* del ristoro richiesto dalla concessionaria, presuppone una sua risoluzione in senso positivo.

La fattispecie concreta sottoposta al Collegio è riconducibile alla problematica dell'onere di tempestiva iscrizione delle riserve legate ai cd. fatti continuativi, intendendosi come tali quegli accadimenti la cui portata dannosa, anche se immediatamente percepibile, diviene precisamente quantificabile con il protrarsi del tempo o dopo la loro cessazione, sicché la conseguente alterazione del sinallagma contrattuale sarà suscettibile di precisa valutazione economica solo al termine della loro protrazione. Come è noto, sull'argomento è andata consolidandosi una giurisprudenza, tanto della Corte di cassazione quanto delle corti di merito, che si può ormai ritenere pacifica. Questa giurisprudenza è esemplificata dall'ordinanza della Corte di

cassazione, Sez. I civ., n. 2112 del 25 gennaio 2022, nella quale si afferma che: *“Nei pubblici appalti, è obbligo dell’impresa inserire una riserva nella contabilità contestualmente all’insorgenza e percezione del fatto dannoso; in particolare, in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, la riserva va iscritta contestualmente o immediatamente dopo l’insorgenza del fatto lesivo, percepibile con la normale diligenza, mentre il “quantum” può essere successivamente indicato. Ne consegue che, ove l’appaltatore non abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso maggior onere che tale fatto dannoso comporta, è tardiva la riserva formulata solo nel s.a.l. successivo”*.

Ritenendo il Collegio di non doversi discostare da tale giurisprudenza, l’esame della fattispecie sottoposta al suo esame non può che avvenire alla luce della stessa. Al riguardo, osserva il Collegio come, nel caso di specie, il fatto dannoso non possa che identificarsi con il mancato avvio della fase di gestione al 1° ottobre 2018; da tale fatto sono poi scaturiti gli effetti pregiudizievoli, lamentati dalla concessionaria, che si sono protratti per tutto il tempo in cui è stato procrastinato l’avvio della gestione. Se è così, il fatto dannoso era già agevolmente percepibile, con l’ordinaria diligenza, alla data in cui la fase di gestione doveva essere avviata e non lo è stata; ne segue che era onere del concessionario iscrivere la relativa riserva nel primo atto utile idoneo a riceverla, ossia nello Stato di avanzamento dei lavori (SAL) n. 54, mentre l’iscrizione avvenuta solo nel SAL n. 60 non può che essere considerata tardiva.

Adduce la concessionaria che *“l’onere di comprovare la tardività della iscrizione ricade in capo a chi tale eccezione ha formulato”* e che: *“Nella*

specie, quindi, il RUP avrebbe dovuto dimostrare che Genesi Due era già a conoscenza della maggiore onerosità denunciata con la riserva prodotta dal fatto continuativo (il ritardo nella consegna è il fatto continuativo per definizione) prima della sottoscrizione del SAL 60, prova che non ha reso né ha fornito alcun elemento che possa far ritenere che Genesi Due potesse essere in grado di apprezzare e valutare gli effetti economici denunciati con la riserva prima del SAL 60". Tuttavia, la percepibilità, da parte della concessionaria, della maggiore onerosità derivante dal fatto dannoso è *in re ipsa*, atteso che il mancato avvio della fase di gestione e la conseguente inevitabile traslazione in avanti del tempo del flusso dei relativi introiti erano evenienze di immediata percezione. In effetti, lo spostamento in avanti del flusso degli introiti di gestione rispetto ai tempi pattuiti è già di per sé un danno, facilmente percepibile, sconvolgendo l'equilibrio economico-finanziario pianificato ed esponendo la concessionaria a una situazione di illiquidità, atteso che tale flusso è destinato a coprire i costi sopportati per l'esecuzione dei lavori. Può poi accadere che, per fare fronte allo squilibrio economico-finanziario venutosi a creare, la concessionaria si veda costretta a misure quali il ricorso al credito o al capitale conferito dai soci; gli oneri derivanti da siffatte misure vanno indubbiamente ad aggravare il danno e, quindi, incidono sul *quantum*, ma è indubbio che il danno era già venuto in essere ed era percepibile a prescindere dalle stesse. Del resto, che la mera traslazione in avanti nel tempo del flusso degli introiti sia già di per sé un danno è implicitamente presupposto anche dalla stessa concessionaria, laddove ne quantifica l'importo in € 2.746.000,00, in aggiunta a quello degli oneri finanziari sopportati.

Le stesse considerazioni si possono fare riguardo all'affermazione della concessionaria *“di avere avuto evidenza della maggiore onerosità richiesta con la riserva solo con l’approvazione del bilancio di esercizio del 2019, avvenuta il 7 aprile 2020”*; in effetti, tale circostanza può al più giustificare il posponimento della quantificazione del danno, non la mancata iscrizione della riserva nel SAL n. 54, in un momento in cui il fatto dannoso era già agevolmente percepibile. Ed in tal senso – e in ogni caso – l’articolo 26 del Contratto individua nel ritardato avvio della gestione un evento che legittima comunque la stazione appaltante e la concessionaria a richiedere la revisione della concessione.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio – avendo espresso voto favorevole il dott. Piletta, l’arch. Bonelli e l’avv. Quadrio e voto contrario l’avv. Annoni e l’ing. Carlucci per le ragioni espresse nel verbale della seduta del 15 novembre 2023 – ritiene che la riserva n. 6, iscritta dalla concessionaria nel conto finale, non si possa considerare tempestiva e sia, pertanto, inammissibile, risultando così preclusa la trattazione nel merito delle pretese fatte valere con la stessa.

°°0°°

Il presente documento, che consta di 6 pagine, è firmato in modalità digitale da:

dott. Marco Piletta;

avv. Marco Annoni;

arch. Silvano Bonelli;

ing. Francesco Carlucci;

avv. Stefano Quadrio.