

Concessione di costruzione e gestione del nuovo ospedale dell'ASL CN 2**Collegio tecnico consultivo****Determinazione n. 11****1. Premessa**

In data 25 ottobre 2022 la stazione appaltante ha sottoposto al Collegio tecnico consultivo in epigrafe il quesito n. 11, relativo alla riserva n. 9 (rubricata "Ritardo emissione Certificato di Collaudo provvisorio"), iscritta dalla concessionaria nel conto finale. Il successivo 28 ottobre la stazione appaltante ha sottoposto al Collegio il quesito n. 13, relativo alla riserva A formulata dalla concessionaria in calce al certificato di collaudo. Considerato che le due riserve hanno medesimo oggetto, differendo per gli importi, in relazione ai quali la riserva A aggiorna la riserva n. 9, i quesiti n. 11 e 13 possono essere trattati congiuntamente, facendo riferimento agli importi indicati nel secondo.

Nella sua seduta del 15 novembre 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. L'audizione si era tenuta nel corso della seduta del 22 novembre 2023, al termine della quale il Collegio aveva rilevato che erano emersi elementi di fatto e argomentazioni di diritto, rilevanti per la decisione, non presenti nei quesiti inizialmente posti e che si rendeva, pertanto, necessario acquisire dalle parti un'esposizione scritta, esaustiva ed organica delle rispettive ricostruzioni dei fatti e delle conseguenti richieste. La concessionaria ha trasmesso al Collegio la propria relazione in data 22 dicembre 2023, mentre il 17 gennaio 2024 sono pervenute le conseguenti controdeduzioni della stazione appaltante

e il successivo 8 febbraio la replica della concessionaria a tali controdeduzioni. Tutte le produzioni sono avvenute nei termini stabiliti dal Collegio, tenuto conto della proroga accordata alla stazione appaltante, con PEC del 31 dicembre 2023, e di quella accordata alla concessionaria, con PEC del 5 febbraio 2024.

La riserva n. 9 e la riserva A vertono sul ritardo nell'emissione del certificato di collaudo provvisorio, rispetto al termine del 15 agosto 2020, concordato tra le parti con atto del 25 marzo 2020. Lamenta la concessionaria che dalla tardiva emissione del certificato di collaudo, avvenuta solo il 29 settembre 2022 e, quindi, 775 giorni oltre il termine pattuito, sarebbero scaturiti pregiudizi a suo carico, di cui chiede il ristoro. In particolare, nella sua relazione fatta pervenire il 22 dicembre 2023, la concessionaria ha quantificato in € 6.522.626,07 l'ammontare complessivo di tale ristoro, di cui: € 503.369,94 per *“Spese generali sostenute per mantenere la propria struttura sino alla collaudazione delle opere”*; € 1.615.631,79 per *“Interessi maturati sulla rata di saldo ai sensi dell'art. 8 del Contratto di Concessione”*; € 65.000,00 per *“Premi pagati per garanzie fidejussorie e assicurative”* e € 4.338.624,34 per *“Perdita finanziaria per mancata restituzione garanzia definitiva (mancato utilizzo del bond per esecuzione di un progetto analogo)”*.

La stazione appaltante oppone che *“il ritardo nella conclusione delle operazioni di collaudo è quasi interamente dovuto al ritardo del Concessionario nel completamento dell'opera, che non è stata interamente collaudabile fino alla seconda metà del 2022”* e indica una serie di circostanze *“che dimostrano, senza alcuna possibilità di smentita, come le lavorazioni non potessero considerarsi ultimate in data 25.03.2020, data di*

avvio della gestione, e pertanto non fosse possibile concludere le operazioni di collaudo". Inoltre, la stazione appaltante contesta la effettiva sussistenza del danno, per alcune delle voci sopra indicate e, per una, la tardività della richiesta, come si illustrerà in modo più particolareggiato trattando le singole questioni.

Nella seduta del 19 febbraio 2024, appurato che gli elementi raccolti nella fase istruttoria sono sufficienti per addivenire ad una decisione, il Collegio ha adottato la presente determinazione, le cui sei 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 risarcibilità del ritardo

Considerato che è incontestata tra le parti la sussistenza del ritardo di 775 giorni nell'emissione del certificato di collaudo provvisorio rispetto alla data pattuita, deve il Collegio accertare se tale ritardo può dare luogo al risarcimento dei conseguenti danni. E' indubbio che, derivando l'obbligazione di emettere il certificato di collaudo entro il 15 agosto 2020 da un accordo di natura contrattuale, la stazione appaltante sarà tenuta al risarcimento del danno conseguente al mancato rispetto di tale termine, se non prova che il ritardo è stato determinato da impossibilità derivante da causa ad essa non imputabile (art. 1218 del Codice civile). A tal fine, la stazione appaltante e il collaudatore vanno considerati come un unico plesso soggettivo nei rapporti con la concessionaria, atteso che il collaudatore si configura quale organo, seppur straordinario, della stazione appaltante, sicché tra i due opera una relazione di immedesimazione organica, in conseguenza della quale si

atteggiano come un'unica figura soggettiva nei confronti degli altri soggetti con i quali si rapportano.

La stazione appaltante, nelle sue controdeduzioni, elenca una serie di circostanze che avrebbero impedito l'ultimazione delle operazioni di collaudo in tempo utile per emettere il certificato nel termine pattuito. Nell'analizzare tali circostanze, va però fatta una distinzione tra quelle consistenti *“in una condotta o in un evento riferibile all'impresa che impedisca o ostacoli lo svolgimento delle operazioni di collaudo nel termine di legge (come nel caso di mancata consegna delle opere o della mancata rimozione di materiali o attrezzi)”* e quelle che si concretano in un *“vizio dell'opera ... attenendo siffatto vizio al diverso e successivo profilo della responsabilità dell'appaltatore, per incompleta o difettosa esecuzione dell'opera”* (Corte di cassazione, Sez. I civile, ord. 13 marzo 2019, n. 7194). Nel primo caso, infatti, il ritardo conseguente all'ostacolo o impedimento non è certamente imputabile alla stazione appaltante; nel secondo caso, invece, nulla impedisce che si proceda al collaudo, salvo rilevare in esito al collaudo stesso i vizi e adottare le conseguenti misure nei confronti dell'esecutore, sicché il ritardo nelle operazioni non trova giustificazione.

Ad avviso del Collegio, tra le circostanze evidenziate dalla stazione appaltante, può essere considerata come di ostacolo o impedimento al regolare svolgimento delle operazioni di collaudo quella che *“la documentazione finale necessaria per approvare (e quindi successivamente collaudare) la variante V50 è pervenuta dal Concessionario unicamente in data 30.03.2021”*. E' evidente, infatti, che il collaudo non può essere eseguito finché non sono state regolarizzate tutte le varianti, essendo il progetto,

aggiornato con le eventuali varianti, il termine di riferimento in relazione al quale viene espresso il giudizio di conformità delle opere realizzate, che costituisce l'essenza del collaudo. Sostiene, al riguardo, la concessionaria che non era suo onere redigere e proporre la perizia di variante, richiesta oltretutto dopo la scadenza del termine pattuito per il collaudo. Resta, però, il fatto che si è concretamente assunta tale incombenza e non ha contestato, a suo tempo, la tardività della richiesta o che se ne dovessero fare carico altri. Ritiene, di conseguenza, il Collegio che nelle more della redazione della perizia di variante e della sua approvazione, intervenuta il 19 novembre 2021, non si possa imputare alla stazione appaltante la mancata conclusione delle operazioni di collaudo.

Invero, potrebbe essere astrattamente considerato un ulteriore margine di tempo, posteriore all'approvazione della perizia di variante, per concludere le operazioni di collaudo relative alle lavorazioni e opere contemplate nella perizia stessa; tale margine, assai arduo da quantificare, sarebbe comunque ridotto, atteso che, nelle more dell'approvazione, nulla impediva lo svolgimento delle operazioni di collaudo delle opere e lavorazioni non interessate dalla variante. Per contro, a differenza della redazione della perizia di variante, la durata del procedimento di approvazione, di quasi otto mesi, rientrava indubbiamente nel controllo dalla stazione appaltante e, in ragione dell'impegno contrattuale a concludere il collaudo entro la data convenuta, era suo onere contenerne i tempi di conclusione. Atteso, però, che anche l'entità di siffatto possibile contenimento è ardua da quantificare, pare ragionevole ritenere che i due scostamenti temporali, di segno opposto rispetto alla data del 19 novembre 2021, si possano compensare.

La stazione appaltante asserisce, inoltre, che la concessionaria avrebbe *“consegnato le certificazioni e attestazioni di conformità dei lavori solo in data 26/05/2022 e, come è noto, il realizzatore di un'opera pubblica deve produrre e consegnare tutta la documentazione inerente quanto eseguito in originale prima della emissione del Certificato di collaudo in quanto obbligo contrattuale”*. La concessionaria, da parte sua, replica che: *“Trattasi di affermazione palesemente falsa. Il collaudo, per come previsto nell'Atto Aggiuntivo nr. 3, doveva avvenire per parti d'opera e tutta la documentazione per ogni parte d'opera era agli atti fin dal collaudo tecnico intervenuto ancor prima della consegna del plesso ospedaliero a marzo 2020”*. In mancanza di una precisa individuazione dei documenti, non è possibile appurare se e quando sono stati effettivamente forniti alla stazione appaltante, affinché li potesse mettere a disposizione del collaudatore. La stessa e-mail prodotta dalla stazione appaltante (allegato n. 15 alle sue controdeduzioni) prova che il 26 maggio 2022 della documentazione è stata resa disponibile dalla concessionaria alla stazione appaltante in formato elettronico, ma non vale ad escludere, almeno astrattamente, che la medesima documentazione fosse già stata in precedenza consegnata in formato cartaceo. In definitiva, dagli atti non emerge la prova, sufficiente a vincere la presunzione di cui al citato art. 1218 del Codice civile, che la carenza di documentazione, lamentata dalla stazione appaltante, fosse di ostacolo o impedimento alle operazioni di collaudo.

Le altre circostanze addotte dalla stazione appaltante a giustificazione del ritardo nella conclusione delle operazioni di collaudo si possono considerare inconferenti, perché assorbite nel lasso temporale coperto da quella relativa

alla variante V50 o perché riferite a vizi dell'opera che la concessionaria ha rimosso in garanzia e non a comportamenti che avrebbero ostacolato o impedito lo svolgimento delle operazioni.

Il collaudatore, nella sua Relazione riservata sulle domande avanzate dal concessionario all'atto della sottoscrizione del certificato di collaudo, evidenzia che *“Il Conto Finale è stato prodotto dal Direttore dei Lavori in data 15/02/2022 sottoscritto dal Concessionario in data 4/08/2022, la relazione di accompagnamento al Conto finale è stata prodotta in data 14/04/2022. Il RUP ha predisposto la propria relazione di accompagnamento sullo Stato Finale in data 5/09/2022”*. La stazione appaltante, però, non riprende queste circostanze nelle sue controdeduzioni e, di conseguenza, non dà alcuna prova che le medesime non siano ad essa imputabili, ai sensi del più volte citato art. 1218 del Codice civile.

In definitiva, pare al Collegio che, per il ritardo nell'emissione del certificato di collaudo successivamente al 19 novembre 2021, pari a complessivi 314 giorni, la stazione appaltante non sia riuscita a dare prova che lo stesso sia stato determinato da impossibilità derivante da causa ad essa non imputabile, sicché non si può disconoscere alla concessionaria il diritto al risarcimento dei pregiudizi conseguentemente subiti.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio – avendo espresso voto favorevole il dott. Piletta, l'avv. Annoni e l'ing. Carlucci e voto contrario l'arch. Bonelli e l'avv. Quadrio, per le ragioni espresse nel verbale della seduta del 19 febbraio 2024 – ritiene che la concessionaria abbia diritto al risarcimento per i pregiudizi conseguenti al ritardo nell'emissione del certificato di collaudo provvisorio, limitatamente a 314 giorni.

3. Sul risarcimento delle spese per il mantenimento della struttura

La concessionaria ha richiesto € 503.369,94 per *“Spese generali sostenute per mantenere la propria struttura sino alla collaudazione delle opere”*.

Rappresenta la concessionaria che, durante il periodo di ritardo nell'emissione del certificato di collaudo, si è vista costretta a mantenere la propria struttura operativa di cantiere, affrontando i costi per il personale che espone analiticamente nella sua relazione.

Oppone la stazione appaltante che il *“Concessionario ha avviato la fase di gestione in data 23.03.2020 (come da allegato 2), e pertanto, ovviamente, a tale scopo ha dovuto sostenere costi di personale a partire da tale data”*.

Rileva, inoltre, che *“Non si comprende come e perché dovrebbero essere riconosciuti oneri aggiuntivi per personale di cui non si conosce l'attività, il ruolo e le mansioni. Si può solo supporre che le ore lavorative menzionate dal Concessionario ... facciano riferimento alle decine di interventi che lo stesso è stato obbligato ad effettuare per porre rimedio alla situazione di assoluta negligenza dimostrata nel corso dei lavori con i conseguenti innumerevoli difetti costruttivi rilevati con l'inizio dell'attività”*.

Non sfugge al Collegio che, anche dopo l'ultimazione dei lavori e nella pendenza del termine per l'emissione del certificato di collaudo, l'esecutore resta gravato dagli obblighi di vigilanza e custodia delle opere realizzate ed è, inoltre, tenuto alla loro manutenzione, volta ad assicurarne la buona conservazione; ne segue che il protrarsi delle operazioni di collaudo può comportare la necessità di mantenere in vita una struttura organizzativa finalizzata all'adempimento di detti obblighi, con conseguenti maggiori oneri e costi. Osserva, però, il Collegio che, nel caso di specie, lo stesso soggetto è

passato, senza soluzione di continuità, dal ruolo di costruttore a quello di gestore delle opere, circostanza questa che rende arduo immaginare vi fosse la necessità di separate attività volte alla vigilanza, custodia e manutenzione delle opere e, tanto meno, di una separata struttura organizzativa deputata a tali attività. Del resto, le spese per il personale esposte dalla concessionaria sembrano riguardare figure con ruoli direttivi o di supervisione, non personale direttamente adibito ad attività di vigilanza, custodia e manutenzione delle opere. Si tratta di figure il cui mantenimento in operatività non pare *prima facie* necessario per l'assolvimento degli obblighi di cui sopra, ma piuttosto frutto di una libera scelta organizzativa della concessionaria, la quale, peraltro, non fornisce elementi di prova in senso contrario, tanto più necessari quanto si considera che tale personale ben avrebbe potuto essere incaricato anche o soltanto delle differenti attività, svolte dalla concessionaria dopo l'ultimazione dei lavori, evidenziate dalla stazione appaltante nelle sue controdeduzioni.

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 19 febbraio 2024 – ritiene che non possa essere accordato alla concessionaria l'indennizzo di cui sopra.

4. Sugli interessi maturati sulla rata di saldo

La concessionaria ha richiesto € 1.615.631,79 per “*Interessi maturati sulla rata di saldo ai sensi dell’art. 8 del Contratto di Concessione*”. Il calcolo è stato eseguito sulla base di un ritardo di 775 giorni e in ragione di un tasso dell’8% annuo, qualificato dalla concessionaria come “*Interesse sul costo*”.

capitale proprio”. La stazione appaltante non ha contestato l’astratta debenza degli interessi né il loro calcolo, in termini di capitale e di tasso utilizzato.

Ritiene il Collegio che gli interessi possano essere riconosciuti per il minor periodo di 314 giorni, come sopra determinato, utilizzando per il loro computo il capitale e il tasso d’interesse incontestati dalle parti.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio, con voto unanime, ritiene che vadano riconosciuti alla concessionaria gli interessi, calcolati con le modalità di cui si è detto.

5. Sul risarcimento dei premi per garanzie fideiussorie e assicurative

La concessionaria ha richiesto € 65.000,00 per “*Premi pagati per garanzie fidejussorie e assicurative*”. Non risultano presenti, nella documentazione prodotta dalle parti, pezze giustificative della spesa, la quale, peraltro, non è stata contestata dalla stazione appaltante.

È indubbio che, in caso di ritardo nell’emissione del certificato di collaudo, la stazione appaltante, se non dimostra che il ritardo non gli è imputabile, deve tenere indenne l’esecutore dei lavori dai maggiori premi conseguentemente pagati per garanzie fideiussorie e assicurative. Nel caso di specie, stante la rilevata carenza di documentazione, non è possibile appurare se, considerando il solo ritardo nel periodo intercorrente tra il 19 novembre 2021 e il 29 settembre 2022, l’importo dei premi da risarcire rimarrebbe di € 65.000,00 o diminuirebbe; tale accertamento, peraltro, ben può essere svolto dalle parti in modo oggettivo.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio, con voto unanime, ritiene che vada accordato alla concessionaria l’indennizzo corrispondente ai premi pagati per garanzie fideiussorie e assicurative che la concessionaria stessa

dimostrerà essere conseguenti al protrarsi delle operazioni di collaudo oltre il 19 novembre 2021.

6. Sul risarcimento per ritardata restituzione della garanzia definitiva

L'indennizzo di € 4.338.624,34, richiesto della concessionaria per "*Perdita finanziaria per mancata restituzione garanzia definitiva (mancato utilizzo del bond per esecuzione di un progetto analogo)*", è chiaramente volto a ristorare un'asserita perdita di *chance*. Come noto, da tempo ormai la giurisprudenza ha affermato la risarcibilità di questo tipo di danno nel nostro ordinamento, definendo, però, alcuni criteri che delimitano il novero delle fattispecie risarcibili. In particolare, la giurisprudenza afferma che, per valutare la risarcibilità della perdita di *chance*, va adottato "*un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili*" (Corte di cassazione, Sez. II civile, sent. 13 dicembre 2001, n. 15759). Pertanto, la perdita di *chance* deve essere attuale ed effettiva e la dimostrazione di un nesso di causalità tra la condotta lesiva e la perdita stessa costituisce condizione necessaria per il suo risarcimento; è, quindi, onere di chi avanza la richiesta di risarcimento "*provare la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita*" (Corte di cassazione, Sez. lav., sent. 2 dicembre 1996, n. 10748). Nel caso di specie, dalla documentazione che il concessionario ha prodotto, risulta come lo stesso abbia sì calcolato il lucro cessante derivante dalla "*mancata restituzione della garanzia e non aver impiegato tale garanzia per lo sviluppo di altri progetti analoghi*", ma lo abbia fatto con riferimento ai proventi generati da un progetto del tutto ipotetico, non avendo indicato un concreto progetto che avrebbe potuto intraprendere o che,

quantomeno, avrebbe avuto la non trascurabile probabilità di poter intraprendere. Nella prospettazione della concessionaria manca, quindi, quella attualità e concretezza della *chance* che è condizione necessaria per la risarcibilità della sua perdita. Si aggiunga che la concessionaria nemmeno ha chiarito come la mancata restituzione della garanzia le avrebbe precluso la possibilità di ottenere altra garanzia per l'ipotetico progetto che lamenta di non aver potuto intraprendere. Tutte queste considerazioni portano ad escludere che l'accogliabilità richiesta d'indennizzo.

L'infondatezza nel merito rende superfluo l'esame della questione, sollevata dalla stazione appaltante, circa la tardività della richiesta, non essendo stata la stessa inserita nella formulazione iniziale della riserva n. 9.

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 19 febbraio 2024 – ritiene che non possa essere accordato alla concessionaria l'indennizzo di cui sopra.

°°0°°

Il presente documento, che consta di 12 pagine, è firmato in modalità digitale da:

dott. Marco Piletta;

avv. Marco Annoni;

arch. Silvano Bonelli;

ing. Francesco Carlucci;

avv. Stefano Quadrio.