

Concessione di costruzione e gestione del nuovo ospedale dell'ASL CN 2**Collegio tecnico consultivo****Determinazione n. 12****1. Premessa**

In data 25 ottobre 2022 la stazione appaltante ha sottoposto al Collegio tecnico consultivo in epigrafe il quesito n. 12, relativo alla riserva n. 10 (rubricata “Rimborso maggiori costi sostenuti dal Concessionario per assicurare le condizioni di sicurezza di legge”), iscritta dalla concessionaria nel conto finale.

Nella sua seduta del 19 febbraio 2024, 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 4 marzo 2024, 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. Il Collegio aveva altresì accolto la richiesta, avanzata dalle parti e giustificata da ragioni di economia procedimentale, di articolare la produzione delle memorie in due fasi, la prima riguardante la sola questione della tempestività e, quindi, ammissibilità della riserva n. 10 e la seconda, subordinata alla risoluzione in senso positivo di tale questione, concernente la quantificazione dell'indennizzo alla concessionaria. Nell'ambito della prima fase, la concessionaria ha trasmesso al Collegio la propria relazione in data 25 marzo 2024, mentre il 2 aprile 2024 sono

pervenute le conseguenti controdeduzioni della stazione appaltante. Tutte le predette produzioni sono avvenute nei termini stabiliti dal Collegio. Successivamente, in data 5 aprile 2024, la concessionaria ha trasmesso un ulteriore documento, che il Collegio ha ritenuto di non dover prendere in considerazione, in quanto prodotto al di fuori delle modalità e dei termini stabiliti dal Collegio stesso nella seduta del 4 marzo u.s.

Con la riserva n. 10 la concessionaria chiede *“il ristoro dei maggiori costi sostenuti nell’esecuzione dei lavori di costruzione del plesso ospedaliero per assicurare le condizioni di sicurezza di legge”* Più in particolare, rileva la concessionaria che il Coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione (C.S.E.), nella sua relazione al Collaudatore, quantificati i costi per la sicurezza sostenuti in corso d’opera, ha fatto presente che gli *“oneri individuati nel progetto originario sono stati riconosciuti al Concessionario con la liquidazione degli importi contrattuali inerenti i lavori e che però tale riconoscimento non poteva coprire i costi ed oneri oltre la data di ultimazione prevista alla sottoscrizione del contratto di concessione (ovvero in data 26/06/2011). I lavori, come evidenziato anche dal CSE, sono stati ultimati in data 21/09/219 con una protrazione di 99 mesi.”* Il C.S.E., come riferisce la concessionaria, *«fa notare anche che tale piano di sicurezza in fase di progetto si basava sul presupposto normativo del D.LGS. 494/1996 “concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili” mentre il panorama normativo a cui è stato assoggettato il progetto si è evoluto durante lo svolgersi dei lavori, in particolare con l’entrata in vigore del D.LGS n.81 del 09/04/2008.»* Conclude la concessionaria che *“Dalla computazione dei costi fatta dal CSE emerge*

che, data la maggiore durata dell'appalto e le successive modifiche normative intervenute, gli importi da riconoscere al Concessionario per ristorarlo dei costi sostenuti per garantire la sicurezza dei lavoratori per tutta la durata della commessa in questione oltre a quelli già riconosciuti con il progetto originario ammontano a Euro 5.645.979,41.”

La stazione appaltante oppone che “La Riserva n. 10 è intempestiva, in quanto l'eventuale necessità di implementare le misure di sicurezza del Cantiere avrebbero dovute essere segnalate alla Direzione Lavori e all'Amministrazione non appena constatata tale necessità, peraltro non derogabile ai sensi di legge, al fine di rimuovere qualsiasi maggior rischio incombente. Solo a seguito di diniego o non considerazione dell'istanza, e in quel preciso momento il Concessionario avrebbe dovuto annotare la riserva, e non mesi (anni) dopo.” La stazione appaltante aggiunge che «nessuna richiesta di maggiori oneri per la sicurezza del cantiere è mai stata avanzata dal Concessionario, neppure come rivendicazione informale, al di fuori del procedimento di apposizione delle riserve, fino a quando non è stata depositata la relazione del CSE.

Poiché non appare ragionevole che il Concessionario non avesse avuto contezza in precedenza di aver sostenuto oneri per la sicurezza non remunerati, si ritiene che ciò non sia avvenuto e che i maggiori costi individuati dal CSE, ove effettivamente sostenuti, siano stati in realtà liquidati “nell'ambito degli importi contrattuali inerenti ai lavori in esame e sono stati progressivamente stimati in corso d'opera, in occasione dei progressivi atti aggiuntivi sottoscritti dal Concessionario”, come affermato dalla Direzione Lavori.»

Nella seduta del 16 aprile 2024, appurato che gli elementi raccolti nella fase istruttoria sono sufficienti per addivenire ad una decisione sulla tempestività e ammissibilità della riserva n. 10, 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. Sull'ammissibilità della riserva

Al fine di decidere sull'ammissibilità della riserva n. 10, il Collegio deve preliminarmente appurare se la richiesta di ristoro economico avanzata dalla concessionaria sia assoggettabile al regime delle riserve, con la relativa disciplina su forma e termini, punto sul quale le posizioni delle parti divergono. Infatti, la concessionaria ha prodotto un parere legale nel quale, a conclusione di un articolato percorso argomentativo, si sostiene, anche sulla scorta dei precedenti desumibili da numerose pronunce arbitrali, che la riserva n. 10 *“attiene alla pretesa di ristoro delle spese sostenute dal Concessionario per la sicurezza dei cantieri (cd. costi della sicurezza) non soggetti a ribasso, ossia quei costi che non costituiscono corrispettivo contrattuale e che la giurisprudenza arbitrale è consolidata ed unanime nel sottrarre al regime delle riserve”*, sicché *“non trova applicazione il termine decadenziale previsto per l'apposizione delle riserve (Lodo Roma 21/03/2013, n. 19 e Lodo Varese 30/05/2013, n. 41).”* Lo stesso parere richiama, inoltre, l'art. 240-bis, comma 1-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in combinato disposto con l'art. 112 dello stesso decreto legislativo e con gli articoli 45 e seguenti del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ai sensi dei quali non possono essere oggetto di

riserva *“gli aspetti progettuali che ... sono stati oggetto di verifica”*, tra i quali *“la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori”*.

Replica la stazione appaltante che la giurisprudenza della Corte di cassazione si è attestata su un'interpretazione opposta, interpretazione pacificamente applicata dalle corti di merito.

Osserva, innanzitutto, il Collegio che, in effetti, le pretese avanzate con la riserva n. 10 afferiscono alla *“sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori”*, materia che non può essere oggetto di riserva, ai sensi del già citato combinato disposto dell'art. 240-bis, comma 1-bis, del d.lgs. 163/2006, con l'art. 112 dello stesso decreto legislativo e gli articoli 45 e seguenti del d.P.R. 207/2010, espressione del principio generale secondo cui le riserve non possono riguardare scelte progettuali. Ne segue che la riserva n. 10 non può essere ritenuta ammissibile, non già perché intempestiva, ma perché la richiesta economica relativa al riconoscimento dei maggiori costi sostenuti per gli oneri della sicurezza non è materia oggetto di riserva.

Tali considerazioni non si pongono in contrasto con quanto affermato dalla Corte di cassazione (Sez. I civ., sent. 17 luglio 2014, n. 16367), secondo la quale l'onere di iscrizione tempestiva delle riserve deve essere *“esteso anche ai maggiori costi sopportati dalla ricorrente per l'adozione delle misure previste dal piano di sicurezza”*. In effetti, nella fattispecie sulla quale si è pronunciata la Suprema Corte, l'impresa aveva chiesto il ristoro di oneri per la sicurezza previsti dal piano di sicurezza e coordinamento (P.S.C.) cui facevano espresso riferimento i contratti stipulati con la stazione appaltante, mentre nel caso di specie la concessionaria chiede il ristoro dei maggiori oneri per la sicurezza conseguenti al protrarsi dei lavori oltre il termine inizialmente

previsto dal contratto nonché al sopravvenuto mutamento del quadro normativo e segnatamente all'entrata in vigore del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, non contemplati nel progetto iniziale o in sue varianti.

Il fatto che la pretesa fatta valere con la riserva n.10 sia sottratta al regime delle riserve comporta sì che la riserva sia inammissibile, ma anche che la pretesa stessa non si possa considerare decaduta per mancata iscrizione di riserva nei termini di legge. D'altra parte, i maggiori oneri lamentati dalla concessionaria, così come individuati e quantificati dal C.S.E., concorrerebbero al complessivo costo di realizzazione dell'opera e pertanto il loro verificarsi avrebbe determinato il venire meno dell'equilibrio economico-finanziario del contratto di concessione, che andrebbe, pertanto, ripristinato.

Al riguardo, è noto come la concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche sia caratterizzata dal necessario equilibrio economico-finanziario tra i costi sopportati dal concessionario in fase di costruzione e i proventi percepiti dallo stesso concessionario dalla gestione dell'opera, integrati dal prezzo pagato dalla stazione appaltante, quando previsto dal contratto, come nel caso di specie. Tale equilibrio è sancito dall'articolo 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, applicabile *ratione temporis*, il quale, al comma 2 stabilisce che: *“Qualora necessario il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara”*; lo stesso articolo, al comma 2-bis, aggiunge che: *“I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne*

costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza”.

Le norme ora citate sono riprese e trovano attuazione nell'art. 27 del 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”), il quale detta un'articolata disciplina delle modalità per procedere alla revisione del contratto, ove si renda necessario correggere sopravvenuti disequilibri economico-finanziari. Ritiene il Collegio che proprio questo meccanismo di revisione debba essere attivato dalle parti, a fronte dei maggiori oneri lamentati dalla concessionaria, così come individuati e quantificati dal C.S.E., all'esito di un confronto con lo stesso C.S.E. circa la necessità di tali oneri per far fronte a obblighi in materia di sicurezza dei lavoratori non contemplati nel progetto originario o in sue varianti e conseguenti alla proroga del termine per l'ultimazione dei lavori o all'entrata in vigore del d.lgs. 81/2008 e s.m.i.

Il Collegio non può sostituirsi al C.S.E. nelle valutazioni da lui effettuate con le connesse quantificazioni economiche, stante la competenza esclusiva dello stesso in materia, così come non può sostituirsi alle parti nella revisione del contratto per il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario, poiché questa comporta una modifica contrattuale e, quindi, l'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti stesse. Ritiene, tuttavia, il Collegio, in ossequio al suo

mandato di “prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse” (art. 215, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), di poter fornire le seguenti indicazioni alle parti: 1) la revisione del contratto per il ripristino dell’equilibrio economico-finanziario dovrà muovere dai maggiori oneri indicati dal C.S.E. nella sua relazione, verificando in contraddittorio tra le parti e il C.S.E. medesimo, sentiti anche, se del caso, il Direttore dei lavori e il Collaudatore, che tali oneri fossero necessari per far fronte a obblighi in materia di sicurezza dei lavoratori regolarmente assolti, non contemplati nel progetto originario o in sue varianti e conseguenti alla proroga del termine per l’ultimazione dei lavori o all’entrata in vigore del d.lgs. 81/2008 e s.m.i.; 2) sulla base di tale verifica, dovrà essere avviato il procedimento di revisione del Contratto, previsto dall’art. 27 dello stesso, al fine di ripristinare l’equilibrio economico-finanziario della concessione.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio, con voto unanime dei suoi componenti, ritiene che la riserva n. 10 debba essere considerata inammissibile, poiché le pretese economiche avanzate non potevano essere oggetto di riserva, ma che le medesime pretese, concorrendo al costo di realizzazione dell’opera, debbano, all’esito della verifica sopra indicata, dar luogo, secondo quanto risultante dalla stessa verifica, a revisione del Contratto, ai sensi dell’art. 27 dello stesso, al fine di ristabilirne l’equilibrio economico-finanziario. La revisione potrà essere condotta secondo le indicazioni sopra fornite.

°°0°°

Il presente documento, che consta di 9 pagine, è firmato in modalità digitale da:

dott. Marco Piletta;

avv. Marco Annoni;

arch. Silvano Bonelli;

ing. Francesco Carlucci;

avv. Stefano Quadrio.