

Concessione di costruzione e gestione del nuovo ospedale dell'ASL CN 2**Collegio tecnico consultivo****Determinazione n. 13****1. Premessa**

In data 28 ottobre 2022 la stazione appaltante ha sottoposto al Collegio tecnico consultivo in epigrafe il quesito n. 14, relativo alla riserva B (rubricata "Contestazione del termine di ultimazione lavori e conseguenti determinazioni contenute nel certificato di collaudo"), formulata dalla concessionaria in calce al certificato di collaudo.

Nella sua seduta del 23 aprile 2024, il Collegio aveva ritenuto necessario audire le parti e dare 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 20 maggio 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 nel quesito inizialmente posto 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 due note, una il 10 giugno 2024 e l'altra il 25 giugno 2024; nelle stesse date sono pervenute le due note della stazione appaltante. Tutte le produzioni sono avvenute nei termini stabiliti dal Collegio.

La riserva n. 14 verte sulla data di ultimazione dei lavori: la concessionaria ritiene che vada fissata al 21 settembre 2019, indicata nel certificato di ultimazione lavori emesso dal Direttore dei lavori. La stazione appaltante oppone che, in detto certificato, il Direttore dei lavori aveva concesso 60

giorni per il completamento di lavorazioni di piccola entità da parte della concessionaria; poiché l'ultimazione di tali lavorazioni è stata accertata solo il 15 febbraio 2020 dal Direttore dei lavori, con verbale redatto il 28 febbraio 2020, ben oltre il termine di 60 giorni, la data di ultimazione dei lavori va fissata nel 15 febbraio 2020.

Nella seduta del 2 luglio 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 tre 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'attualità del quesito

Prima di entrare nel merito della riserva oggetto del quesito, il Collegio deve decidere se il quesito stesso sia ancora attuale o se debba ritenersi superato a seguito del riconoscimento di maggiori tempi contrattuali, per complessivi 305 giorni, stabilito con le precedenti determinazioni n. 4, 5 e 9, e della disapplicazione delle penali per ritardo, stabilita con la medesima determinazione n. 9, relativamente ai 305 giorni successivi al 30 settembre 2018, con conseguente limitazioni delle penali stesse ai successivi 51 giorni, fino al 21 settembre 2019.

Al riguardo, sostiene la stazione appaltante che la determinazione n. 9 aveva ad oggetto le riserve n. 3 e 5 iscritte sul conto finale, atto del 15 febbraio 2022, mentre la controversia sulla data di ultimazione dei lavori è emersa con il certificato di collaudo, in data 29 settembre 2022, sul quale la concessionaria aveva iscritto la riserva in argomento.

Oppone la concessionaria che il Collegio era già stato investito della questione circa la data di ultimazione dei lavori trattando la riserva n. 3, apposta per la prima volta in data 12 novembre 2018, nello stato di avanzamento dei lavori n. 54. Inoltre, sempre a detta della concessionaria, nella sezione “Premesse” della determinazione n. 9, il Collegio avrebbe già dato atto, sulla base della prospettazione fornita dalle parti nelle rispettive memorie, che la conclusione dei lavori era intervenuta il 21 settembre 2019.

Ritiene il Collegio che la determinazione n. 9 debba essere letta alla luce delle riserve che l’hanno originata, vale a dire le riserve n. 3 e 5 iscritte sul conto finale dalla concessionaria. Tali riserve, pur presupponendo una data di ultimazione dei lavori al 21 settembre 2019, non vertono sulla stessa, ma sulla diversa questione se lo scostamento di questa data rispetto al 30 settembre 2018, termine di ultimazione dei lavori fissato dal contratto, si possa considerare giustificato. Nella determinazione n. 9, quindi, il Collegio non ha affrontato né poteva affrontare, la questione relativa alla definizione della data di ultimazione dei lavori al 21 settembre 2019, perché siffatta controversia non gli era stata sottoposta con il quesito sul quale si stava pronunciando né il contraddittorio tra le parti, prodromico all’assunzione della predetta determinazione, l’aveva in qualche modo sollevata. Invero, è solo con il quesito n. 14, quello in esame, scaturente dalla riserva B, apposta sul certificato di collaudo, che è stata sottoposta al Collegio la controversia concernente la data di ultimazione dei lavori al 21 settembre 2019.

Né pare al Collegio che la decisione della controversia riguardante le riserve n. 3 e 5, iscritte sul conto finale, oggetto della determinazione n. 9, possa in qualche modo incidere sulla decisione della controversia in esame, essendo le

due logicamente separate: il giudizio sulla giustificabilità o meno dello scostamento del 21 settembre 2019 rispetto al 30 settembre 2018, quale data di ultimazione dei lavori, non implica né presuppone alcun giudizio sulla giustificabilità o meno dello scostamento del 15 febbraio 2020 rispetto al 18 ottobre 2018, quale data di completamento delle lavorazioni di piccola entità indicate nel certificato di ultimazione dei lavori, sulla quale s'incentra il quesito n. 14 ora all'esame del Collegio.

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 2 luglio 2024 – ritiene che il quesito n. 14 si debba tuttora considerare attuale e, quindi, non superato a seguito di quanto deciso con la precedente determinazione n. 9.

3. Sulla data di ultimazione dei lavori

La controversia sulla data di ultimazione dei lavori verte non tanto sui fatti, riguardo ai quali c'è sostanziale convergenza tra le parti, quanto sulle conseguenze giuridiche da trarre dagli stessi. È indisputato tra le parti che il certificato di ultimazione lavori, emesso dal Direttore dei lavori il 3 ottobre 2019, indicava nel 21 settembre 2019 la data di ultimazione dei lavori, prescrivendo però di *“eseguire nei successivi 60 gg”, “e quindi entro il 20.11.2019”*, talune *“lavorazioni di modesta e marginale entità”* e *“precisando che il mancato rispetto di tale termine comporta l'inefficacia del presente Certificato di ultimazione”*. Questa prescrizione veniva impartita ai sensi dell'art. 172 del d.P.R. 554/1999, applicabile *ratione temporis*, a tenore del quale *“il certificato di ultimazione può prevedere l'assegnazione di un*

termine perentorio, non superiore a sessanta giorni, per il completamento di lavorazioni di piccola entità, accertate da parte del Direttore dei lavori come del tutto marginali e non incidenti sull'uso e sulla funzionalità dei lavori. Il mancato rispetto di questo termine comporta l'inefficacia del certificato di ultimazione e la necessità di redazione di nuovo certificato che accerti l'avvenuto completamento delle lavorazioni sopra indicate”.

Accertato che le lavorazioni non erano state completate nei sessanta giorni concessi, fatto anche questo indisputato tra le parti, si snodava uno scambio di note tra il Responsabile unico del procedimento (RUP), il Direttore dei lavori e la concessionaria. In particolare, con nota del 10 gennaio 2020, la concessionaria, giustificava il ritardo con eventi *“imprevedibili che hanno determinato il ritardo maturato nelle lavorazioni residue”*, confidando che l'impegno *“possa essere positivamente valutato ai fini di consentire di ultimare definitivamente i residui lavori ancora da eseguire entro la data del 15 febbraio 2020”*. La nota veniva riscontrata dalla stazione appaltante in questi termini: *“premesso che la fondatezza o meno delle ragioni da voi addotte per il ritardo sarà valutata, sulla base della disciplina di legge e di contratto vigenti, dopo la effettiva conclusione dell'opera, quando saranno disponibili tutti gli elementi necessari a determinare la entità del ritardo e le cause dello stesso, si prende in ogni caso atto dell'impegno ad assicurare la piena operatività del cantiere, aumentando le risorse, umane ed economiche, impiegate e a portare a termine l'opera”*.

In seguito, con un atto del 28 febbraio 2020 denominato *“Verbale di sopralluogo di ultimazione lavori”*, il Direttore dei lavori constatava che *“alla data del 15/02/2020 tutte le lavorazioni di modesta entità di cui al Certificato*

di ultimazione lavori sono state eseguite ed ultimate". Tale verbale veniva recepito dalla stazione appaltante con deliberazione del proprio Direttore generale, n. 232 dell'8 maggio 2020. Peraltro, il RUP nella sua "Relazione di accompagnamento al Conto Finale", datata 29 settembre 2022, affermava che *"Il completamento delle lavorazioni di piccola entità, per le quali erano stati concessi 60 giorni dal Direttore dei Lavori, è stato accertato in data 15/02/2020 dal DL con verbale redatto in data 28/02/2020. Essendo trascorsi più di 60 giorni dal certificato di ultimazione lavori alla data di ultimazione delle lavorazioni di piccola entità il RUP intende come data di ultimazione lavori il 15/02/2020"*, concludendo che *"Considerando come data di ultimazione dei lavori il 15 febbraio 2020, risulta accertato quindi un ritardo nella conclusione dei lavori rispetto ai termini convenuti pari a giorni 485"* e *"Salvo perciò nuovi elementi di valutazione in proposito, il sottoscritto Rup dovrà applicare la penale prevista dall'art.7 del Contratto"*, penale che quantificava in € 13.516.270,15.

Alla luce dei fatti ora illustrati, osserva innanzitutto il Collegio che l'obbligazione, a carico della concessionaria, di eseguire le lavorazioni di modesta entità entro il termine fissato nel certificato di ultimazione dei lavori, dà luogo, come tutte le obbligazioni contrattuali, a responsabilità contrattuale in capo al soggetto obbligato, *"se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"* (art. 1218 del Codice civile). Ne segue che la concessionaria può evitare le conseguenze del suo ritardo nell'eseguire le lavorazioni solo dimostrando che tale ritardo deriva da causa a lei non imputabile; diversamente, trova applicazione art. 172 del d.P.R. 554/1999, sopra citato,

che fa conseguire al ritardo la decadenza del certificato di ultimazione dei lavori e l'emissione di un nuovo certificato, portante l'indicazione di una data di ultimazione coincidente con quella di completamento delle lavorazioni di modesta entità. In virtù della norma da ultimo citata, è dunque il Direttore dei lavori, quale soggetto *ex lege* deputato in via esclusiva ad accertare la data di ultimazione dei lavori, a dover valutare se l'esecutore ha dato prova che *"il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"* oppure se, in difetto di tale prova, si determina la decadenza del certificato di ultimazione precedentemente emesso e la conseguente necessità di emetterne uno nuovo.

Nel caso di specie, il Direttore dei lavori non ha mai formalmente emesso un nuovo certificato di ultimazione dei lavori, nondimeno ha redatto il già citato documento denominato "Verbale di sopralluogo di ultimazione lavori" (nel seguito, per brevità, "il Verbale"), sicché si tratta di stabilire se questo, al di là del *nomen iuris*, si possa qualificare come nuovo certificato di ultimazione dei lavori, sostitutivo di quello emesso il 3 ottobre 2019.

Ad avviso del Collegio, l'attento esame del Verbale e delle vicende che hanno portato alla sua redazione porta ad escludere che abbia natura sostanziale, se non formale, di nuovo certificato di ultimazione dei lavori. Innanzitutto, mai nel Verbale o in documenti antecedenti o successivi il Direttore dei lavori lascia intendere, anche solo implicitamente, che il certificato di ultimazione dei lavori emesso il 3 ottobre 2019 sia da considerarsi decaduto. Al contrario, nel testo del Verbale, detto certificato viene espressamente richiamato (si veda la frase finale: *"alla data del 15/02/2020 tutte le lavorazioni di modesta entità di cui al Certificato di ultimazione lavori sono state eseguite ed ultimate"*),

derivando da ciò l'evidenza che il Direttore dei lavori lo ha ritenuto ancora vigente. Non solo, ancor più significativo è il passaggio dove il Direttore dei lavori afferma che *“la Concessionaria ... ha dettagliato e documentato tutte le circostanze di forza maggiore che avevano impedito il completamento nella sua interezza delle lavorazioni non sostanziali riportate nel Certificato di Ultimazione lavori nei 60 gg concessi”*. Con queste parole, il Direttore dei lavori dà conto – senza contestazioni o rilievi di sorta – che la mancata esecuzione delle lavorazioni non sostanziali nel termine concesso è da attribuire a cause non imputabili alla concessionaria, premessa questa logicamente compatibile con la lettura del Verbale più aderente alla sua formulazione letterale, quale documento che si limita ad accertare l'avvenuto completamento delle lavorazioni non sostanziali e non intende sostituire il certificato di ultimazione dei lavori a suo tempo emesso. In effetti, se il Direttore dei lavori avesse ritenuto decaduto il certificato di ultimazione dei lavori, avrebbe dovuto quanto meno dare atto che le ragioni addotte dalla concessionaria a giustificazione del ritardo non erano accoglibili. La stazione appaltante, parimenti, si era riservata di valutare le ragioni di forza maggiore addotte dalla concessionaria per il ritardo nel completamento dei lavori *“sulla base della disciplina di legge e di contratto vigenti, dopo la effettiva conclusione dell'opera, quando saranno disponibili tutti gli elementi necessari a determinare la entità del ritardo e le cause dello stesso”*. Ma ciò non è mai avvenuto e nessuna diversa valutazione è mai stata effettuata sul punto, a conforto dell'accoglimento delle ragioni addotte dalla concessionaria. A ciò occorre aggiungere che, subito dopo il Verbale, la stazione appaltante, dovendo far fronte all'emergenza pandemica da COVID-19, ha concordato con

la concessionaria la presa in consegna anticipata della struttura ospedaliera, ai sensi dell'art. 200 del d.P.R. 554/1999, e l'inizio anticipato della gestione, senza formulare alcun rilievo sulla data di fine lavori come accertata nel certificato del 3 ottobre 2019.

D'altra parte, in assenza di una presa di posizione in tal senso del Direttore dei lavori e, successivamente, della stazione appaltante, non poteva essere la "Relazione di accompagnamento al Conto Finale" – ove il RUP si limita a equiparare, in modo apodittico, la data di ultimazione dei lavori con quella di completamento delle lavorazioni di modesta entità – a modificare la data attestata nel certificato di ultimazione dei lavori. Nemmeno vale a rideterminare la data di ultimazione dei lavori quanto riportato nel certificato di collaudo, oggetto della riserva dalla quale scaturisce il quesito in esame, atteso che il certificato stesso, sul punto, si limita a richiamare le considerazioni espresse dal RUP nella sua relazione di accompagnamento al conto finale.

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 2 luglio 2024 – ritiene che la data di ultimazione dei lavori non possa che essere quella indicata nel certificato di ultimazione dei lavori emesso dal Direttore dei lavori il 3 ottobre 2019, e dunque il 21 settembre 2019, poiché il predetto certificato non risulta essere mai stato modificato o sostituito dallo stesso Direttore dei lavori e la stazione appaltante non ha mai contestato le ragioni addotte dalla concessionaria a giustificazione del ritardo nel completamento delle lavorazioni di modesta entità indicate dal certificato.

°°0°°

Il presente documento, che consta di 10 pagine, è firmato in modalità digitale da:

dott. Marco Piletta;

avv. Marco Annoni;

arch. Silvano Bonelli;

ing. Francesco Carlucci;

avv. Stefano Quadrio.