

Concessione di costruzione e gestione del nuovo ospedale dell'ASL CN 2**Collegio tecnico consultivo****Determinazione n. 14****1. Premessa**

In data 28 ottobre 2022 la stazione appaltante ha sottoposto al Collegio tecnico consultivo in epigrafe il quesito n. 15, relativo alla riserva C (rubricata "Errata indicazione di emissione Polizza Assicurativa ai sensi del comma 9 dell'art. 28 della legge 109/94 dell'art. comma 9 dell'art.141 del D. Lgs.163/2000"), formulata dalla concessionaria in calce al certificato di collaudo.

Nella sua seduta del 2 luglio 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 dell'11 luglio 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, quantomeno dalla concessionaria ed eventualmente anche dalla stazione appaltante, un'esposizione scritta, esaustiva ed organica della ricostruzione dei fatti e delle conseguenti richieste. La concessionaria ha trasmesso al Collegio una nota in data 26 luglio 2024, allegandovi un parere legale. La produzione documentale è avvenuta nel termine stabilito dal Collegio.

La riserva oggetto nel questo n. 15 verte sull'onere, in capo alla concessionaria, di costituire la garanzia fideiussoria prevista dall'art. 28, comma 9, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, applicabile *ratione temporis*,

onde conseguire il pagamento delle somme ancora dovute a titolo di contributo per la realizzazione dell'opera. In particolare, a detta della concessionaria, non sussisterebbe l'onere di costituire detta garanzia, in quanto non prevista dal contratto e non necessaria stante la natura del medesimo, e in subordine, qualora la si ritenesse invece necessaria, la garanzia stessa dovrebbe essere costituita per l'importo di € 1.176.055,42 e non di € 8.591.847,67, come invece indicato nel certificato di collaudo

Nella seduta del 31 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 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 necessità della garanzia fideiussoria

Secondo quanto previsto dall'art. 8 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 corrispettivo a favore della concessionaria è costituito da una somma "*quale contributo per la realizzazione dell'opera*" e da una "*somma annuale ... quale corrispettivo onnicomprensivo per la messa a disposizione della Struttura realizzata*". E', inoltre, stabilita l'articolazione del pagamento del contributo per la realizzazione dell'opera in un acconto iniziale del 10%, una serie di rate sulla base degli stati di avanzamento dei lavori (SAL) e una rata finale del 10%. Secondo quanto asserito dal Collaudatore nel certificato di collaudo, l'importo risultante dalla somma di quest'ultima rata e dell'ammontare dei lavori non

contabilizzati nell'ultimo SAL (il n. 60) e poi contabilizzati sullo stato finale, pari a complessivi € 8.591.847,67, sarebbe pagabile solo previa costituzione della garanzia fideiussoria di cui all'art. 28, comma 9, della legge 109/1994. Al contrario, secondo la concessionaria, la garanzia non sarebbe necessaria o, al più, andrebbe limitata all'importo di € 1.176.055,42, pari all'ammontare dei lavori non contabilizzati nell'ultimo SAL e poi contabilizzati nello stato finale. La costituzione della garanzia, peraltro, non è mai stata chiesta dalla stazione appaltante.

Ad avviso del Collegio, correttamente ha agito la stazione appaltante non richiedendo la costituzione della garanzia fideiussoria. Questa conclusione discende, innanzitutto, dall'esame della regolamentazione dei rapporti tra le parti stabilita nel Contratto, il quale non ha in alcun modo previsto la garanzia in argomento, né nell'articolo 8 sopra citato né altrove, nonostante gli artt. 11 e 20 contengano una disciplina dettagliata delle garanzie e assicurazioni che il concessionario è tenuto a prestare. Né si può ritenere che indicazioni di diverso tenore, contenute nel certificato di collaudo, possano in qualche modo integrare il regolamento contrattuale o vincolare le parti ad una determinata interpretazione dello stesso, giacché non sono questi la funzione e gli effetti giuridici che la legge attribuisce al collaudo.

D'altronde, la mancata previsione nel Contratto della garanzia fideiussoria di cui all'art. 28, comma 9, della legge 109/1994 è da ritenersi senz'altro opportuna, in quanto rispondente alla *ratio* sottesa a questa disposizione. In effetti, come è noto, tale garanzia fideiussoria è volta a tutelare la stazione appaltante nell'eventualità che emergano vizi o difformità dell'opera realizzata, nel periodo intercorrente tra l'emissione del certificato di collaudo

provvisorio e il momento in cui lo stesso diviene definitivo, assicurando la restituzione totale o parziale della rata di saldo fino a concorrenza delle somme conseguentemente dovute dall'esecutore dei lavori. Prima del pagamento della rata di saldo, siffatta funzione di garanzia è svolta dalla somma trattenuta dalla stazione appaltante; con il pagamento, questa somma viene meno, donde la necessità di sostituirla con una garanzia fideiussoria.

Se questa è la funzione della garanzia fideiussoria in argomento, traslandola dalla fattispecie dell'appalto di lavori a quella della concessione di lavori o, quantomeno, di una concessione come quella disciplinata dal Contratto, emerge in tutta chiarezza come, in questo caso, la garanzia stessa finisca per perdere ogni utilità. Nella concessione disciplinata dal Contratto, infatti, il pagamento delle somme ancora dovute a titolo di contributo per la realizzazione dell'opera non esaurisce il corrispettivo dovuto alla concessionaria, rappresentando detto contributo una parte soltanto del corrispettivo medesimo, e non è l'ultimo pagamento dalla stazione appaltante alla concessionaria, facendogli seguito la lunga serie di pagamenti delle annualità per la gestione dell'opera, sicché, a ben vedere, non siamo nemmeno in presenza di una rata di saldo nel senso proprio del termine. Poiché le somme dovute dalla stazione appaltante, successivamente al completo pagamento del contributo per la realizzazione dell'opera, ben possono svolgere quella funzione di garanzia che, negli appalti di lavori, è invece svolta dalla rata di saldo trattenuta dalla stazione appaltante, si appalesa come del tutto pleonastica la costituzione di una garanzia fideiussoria la cui unica ragion d'essere è sostituire questa rata di saldo dopo il suo pagamento.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il Collegio, con voto unanime, ritiene che non sussista, in capo al concessionario, l'onere di costituire la garanzia fideiussoria di cui all'art. 28, comma 9, della legge 109/1994, al fine di conseguire il pagamento delle somme comunque dovute a titolo di contributo per la realizzazione dell'opera, ai sensi dell'art. 8 del Contratto.

°°0°°

Il presente documento, che consta di 5 pagine, è firmato in modalità digitale da:

dott. Marco Piletta;

avv. Marco Annoni;

arch. Silvano Bonelli;

ing. Francesco Carlucci;

avv. Stefano Quadrio.