

N. 00450/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00250/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 250 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Matteo Gregorini, Biagio De Risi, Paolo Piane, Sergio Pagano, Roberto D'Ambrosio e Salvatore Carleo, rappresentati e difesi dall'avv. Stanislao De Santis, con domicilio eletto presso l'avv. Valerio Zimatore in Catanzaro, via Buccarelli, 49;

contro

Azienda Ospedaliera di Cosenza, rappresentata e difesa dall'avv. Antonino Infortuna, con domicilio eletto presso l'avv. Felice Foresta in Catanzaro, via Buccarelli 4;

Presidente della Giunta Regionale in Qualita' di Commissario Ad Acta Per L'Attuazione del Piano di Rientro;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

-del provvedimento n 66/12 avente ad oggetto interventi di messa in sicurezza del presidio ospedaliero Annunziata di Cosenza ex art. 20 l.r. 67/1998-determinazioni sull'aggiudicazione delle procedure per

affidamento incarichi professionali per la progettazione preliminare definitiva ed esecutiva (comprensiva della progettazione e delle pratiche antincendio e catastali), per la direzione lavori ed assistenza al collaudo, per coordinamento sicurezza, in fase di progettazione ed esecuzione, per la contabilità e misura e le relative prestazioni accessorie degli interventi SIC-AOCS1, SIC-AOCS2, SIC-AOCS3”, con la quale si è deciso di non procedere all’aggiudicazione definitiva, nonché ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresi i rispettivi disciplinari di gara relativamente alla clausola di cui al punto p);

nonché per la condanna dell’Amministrazione a procedere all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula dei consequenziali contratti, ovvero, in subordine, al risarcimento dei danni;

nonché, a seguito di motivi aggiunti, della deliberazione n. 818/2012, avente ad oggetto “Interventi di messa in sicurezza del presidio ospedaliero Annunziata di Cosenza ex art 20 l.r. 67/1988- Rideterminazione DPP, con la quale, con riferimento alla deliberazione n. 66/2012, si è deciso di approvare i nuovi documenti preliminari alla progettazione relativi agli interventi SIC-AOCS2 e SIC-AOCS3, nonché di ogni altro atto connesso, ivi compreso il nuovo documento preliminare alla progettazione concernente l’intervento predetto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Cosenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2013 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con deliberazione del Commissario Straordinario n. 737 del 5.7.2011, in considerazione della richiesta n. 42 del 18.1.2011 del Commissario di Governo per l'emergenza Sanitaria in Calabria di svolgere tutte le attività propedeutiche per la definizione dei progetti cantierabili necessari per consentire la richiesta al Ministero della Salute di ammissione al finanziamento ex art. 20 L. 67/88 nell'ambito del progetto "Messa in sicurezza della strutture sanitarie, l'Azienda Ospedaliera di Cosenza (di seguito solo ASP) deliberava l'affidamento, mediante procedura aperta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, degli incarichi professionali di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, direzione dei lavori e assistenza al collaudo, per coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, per la contabilità e misura e relative prestazioni accessorie, secondo le schede informative denominate SIC-AOCS1 –intervento di messa in sicurezza edificio del 1939 ed altri edifici dello stabilimento Ospedaliero Annunziata di Cosenza -, SIC-AOCS2 – lavori di messa in sicurezza a mezzo completamento della demolizione e ricostruzione edificio ex I.P.A.I. del P.O. Annunziata, staticamente inadeguato- e SIC-AOCS3 - messa in sicurezza parti esterne dello stabilimento ospedaliero Annunziata di Cosenza.

L'affidamento dell'incarico a professionisti esterni all'Amministrazione era giustificato in base alla considerazione che "la predisposizione di tali progetti non può essere effettuata dal personale tecnico dell'UOC (fatte salve le attività di RUP che saranno assolte dal Direttore della S.C. Attività Tecniche e Patrimonio ing. Amedeo De Marco, con l'assistenza dei propri collaboratori designati), in considerazione della particolare e notevole complessità delle progettazioni, nonché dell'accentuata carenza dell'organico, che oltre tutto è ufficialmente impegnato in molteplici funzioni e responsabilità istituzionali".

Come emerge dai rispettivi documenti preliminari alla progettazione,

approvati unitamente alle schede informative con deliberazione ASP n. 620 del 27.5.2011, per quanto rileva in questa sede, l'intervento SIC-AOCS1 era così descritto: "adeguamento statico dell'edificio principale del 1939; adeguamento statico dell'edificio delle Medicine; adeguamento statico dell'edificio Farmacia, Dialisi e Fisioterapia; adeguamento statico degli edifici del Centro Trasfusionale ed Emostasi e Trombosi; adeguamento statico dell'edificio della Direzione Sanitaria; adeguamento statico corpi minori: centrali e sottocentrali termiche, sotto servizi, Banca, Messa in sicurezza parti impiantistiche"; l'intervento SIC-AOCS2 prevedeva: "completamento della demolizione dell'edificio ex IPAI. Ricostruzione edificio articolato su almeno quattro livelli fuori terra ed un livello entro terra. Regimentazione acque di falda e protezione tunnel di collegamento al vecchio plesso. Sistemazione esterna dell'area".

Come emerge dal verbale di data 12.12.2011, gli odierni ricorrenti, quali costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti, risultavano aggiudicatari provvisori degli interventi denominati SIC-AOCS1 e SIC-AOCS2. L'intervento SIC-AOCS3 era aggiudicato provvisoriamente ad altro soggetto.

Con successivo provvedimento n. 66 del 3.2.2012, l'ASP deliberava:

-di non procedere all'aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento della progettazione relativa agli interventi di messa in sicurezza denominati SIC-AOCS1, SIC-AOCS2 e SIC-AOCS3, avvalendosi della facoltà prevista dal punto p) dei rispettivi disciplinari di gara – secondo il quale "resta inteso che il presente disciplinare non vincola la stazione appaltante la quale, per ragioni di pubblico interesse o legate al mutamento degli obiettivi della stessa Azienda, si riserva di annullare o revocare il bando medesimo, dar corso o meno alle operazioni di gara, aggiudicare o meno i lavori senza che gli offerenti abbiano niente a pretendere ad alcun titolo per il fatto di aver rimesso offerta"-;

- di ritenere come inefficaci e quindi improduttivi di ogni effetto gli atti di aggiudicazione provvisoria già assunti;
- di approvare un nuovo documento preliminare alla progettazione redatto dal direttore del Servizio Attività Tecniche e Patrimonio nonché responsabile unico del procedimento;
- di acquisire con la massima urgenza la progettazione preliminare relativa a tale intervento, unificato ed adeguato ai nuovi obiettivi dell'azienda, affidando l'incarico della sua redazione all'ing. Roberto Stefano, direttore della S.C. Ingegneria Clinica, in quanto unico professionista interno abilitato;
- di affidare, viste le ristrettezze di organico, incarico esterno di supporto al RUP per la supervisione dell'attività di progettazione preliminare a professionista di comprovata competenza professionale del settore.

Il provvedimento di non aggiudicazione è stato giustificato dall'ASP di Cosenza sulla base delle seguenti motivazioni: *“-Entrata in vigore del D.P.G.R. n. 71 emanato in data 4.8.2011 dal Commissario di Governo per l’Emergenza Sanitaria (con le successive modifiche ed integrazioni, nonché di esecuzione del Piano di Rientro dal Debito nel settore sanitario) che all’allegato A impartisce nuove disposizioni in tema di spazi di localizzazione dell’attività medica intramoenia, con termine ultimo fissato al 31.12.2012;- entrata in vigore del D.P.G.R. n. 106 (con le conseguenti e successive disposizioni applicative, e conseguenti modifiche a recepimento) con cui in data 20.10.2011 il Commissario di Governo per l’Emergenza Sanitaria on. Scopelliti ridefiniva il riordino della rete ospedaliera con definizione dei posti letto per acuzie e post-acuzie pubblici e privati; - Nota del Comitato di Sorveglianza della Autorità Regionale- Stazione Unica Appaltante – la quale con proprio parere n.ro 9/2011 del 29.11.2011, acquisito al protocollo aziendale in data 16/12/2011, chiedeva all’AO “di indicare se e quali provvedimenti sono stati adottati in merito alle richieste formulate dall’ordine degli architetti di Cosenza in data 6/10/2011;- Aggiornamenti progressivi del Piano generale degli*

spostamenti delle varie Unità Operative, previo adeguamento a norma degli ambienti, conseguenti alla cantierizzazione dei rilevanti interventi edilizi ed impiantistici già in fase di attuazione; - Incontro programmatico in data 16/01/2012 tra il Sindaco di Cosenza ed il Direttore Generale di questa Azienda, nel corso del quale si provvedeva ad aggiornare, anche sulla scorta degli elementi sopra elencati, gli obiettivi comuni di programmazione sanitaria, urbanistica ed edilizia dell'intera area di competenza ospedaliera (PO Annunziata, PO Mariano Santo e fascia collinare di collegamento), nonché di adeguamento e messa in sicurezza degli edifici esistenti, da realizzare attraverso:- un concorso di idee, per definire lo sviluppo integrato dell'intera area che consenta di realizzare in maniera razionale la nuova organizzazione assistenziale definita con il citato decreto 106/11, nonché di dotare i due PP.OO degli spazi e servizi necessari (viabilità di accesso, aree di parcheggio per personale, visitatori, pazienti, aree stoccaggio merci, servizi tecnologici ecc) per il rispetto delle norme di tecnica ospedaliera vigenti;-una rimodulazione dei lavori di messa in sicurezza degli edifici esistenti, che dovrà ricomprendere: la demolizione del fabbricato ex IPAI (inadeguato dal punto di vista statico) lasciando alla fase programmatica del concorso di idee la determinazione in ordine alla eventuale ricostruzione ed alle funzioni da destinare a tale intervento; un intervento unico di messa in sicurezza con adeguamento statico ed impiantistico che interessi tutti gli edifici ancora non adeguati dei PP.OO. Annunziata Mariano Santo, S. Barbara di Rogliano, nonché i rimanenti fabbricati di proprietà, in virtù della maggiore disponibilità economica conseguente alla non ricostruzione, nell'ambito di tale intervento, dell'edificio ex IPAI; l'unicità della realizzazione, ora possibile in conseguenza delle determinazioni che precedono, permetterà di conseguire la necessaria omogeneità di intervento ed una maggiore economia in alcune voci di spesa, con conseguente maggiore quantità di opere realizzabili a parità di importo complessivo (euro 23.000.000,00).”

L'ASP ha ritenuto, pertanto, di non procedere alla aggiudicazione definitiva delle procedura in esame, in quanto in contrasto con il raggiungimento di tali nuovi obiettivi aziendali.

I ricorrente hanno impugnato il provvedimento di non aggiudicazione n. 66/2012 formulando le censure di seguito sintetizzate: con il primo motivo, è stato rilevato che la modifica degli obiettivi aziendali non sarebbe ammessa in quanto detti obiettivi sarebbero già previsti dalla legge finanziaria del 1988 che assegna i finanziamenti degli interventi; detti interventi, infatti, sarebbero rimasti gli stessi, essendo cambiata solo la denominazione; mancherebbe, inoltre, una specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla mancata aggiudicazione, non essendo ammissibile un recesso *ad nutum* della Stazione appaltante; con il secondo motivo, è stato evidenziato che, in ogni caso, la asserita modifica degli obiettivi non sarebbe tale da giustificare la decisione di non aggiudicare, considerato che: il richiamato D.P.G.R. n. 71/2011 non avrebbe inciso sull'esigenza di adeguare e mettere in sicurezza le strutture sanitarie; non è specificato quale relazione intercorrerebbe tra il riordino delle rete ospedaliera di cui al D.P.G.R. n. 106/2011 e gli interventi di cui alle progettazioni oggetto di gara; del tutto pretestuoso sarebbe il richiamo alla nota del Comitato di Sorveglianza delle Autorità Regionali in relazione alle richieste formulate dall'Ordine degli Architetti, atteso la mancata indicazione dell'incidenza di essa sugli obiettivi aziendali; del tutto inesplicabile ed inesplicato sarebbe il riferimento agli asseriti aggiornamenti progressivi del piano generale degli spostamenti delle varie Unità Operative, attesa la mancata dimostrazione della interferenza di detti presunti spostamenti con i programmati interventi di messa in sicurezza; ancor meno intellegibile sarebbe il riferimento all'incontro programmatico tra il Sindaco di Cosenza ed il Direttore Generale dell'ASP, atteso che da detto incontro – esulante dagli schemi tipici dell'attività amministrativa di cui alla legge n. 241/90 - non sarebbe scaturito alcun documento di portata vincolante per l'ASP, né alcun reciproco impegno formale, né esso risulterebbe incompatibile con la messa in sicurezza degli edifici oggetto

della procedura di gara, non implicando alcuna modifica sostanziale degli obiettivi aziendali, anche considerando che il Sindaco non detiene alcuna competenza in materia di programmazione sanitaria; con il terzo motivo, parte ricorrente ha evidenziato la contraddittorietà e la mancanza di istruttoria nell'azione dell'Amministrazione intimata la quale, in sede di indizione della gara in questione, al fine di giustificare il ricorso all'affidamento esterno, aveva evidenziato la carenza di organico e la complessità tecnica delle progettazioni, mentre con l'atto impugnato ha affidato l'incarico di redazione del progetto preliminare al Direttore della S.C. Ingegneria clinica, sprovvisto delle necessarie competenze, con affidamento esterno dell'incarico di affiancare il medesimo RUP nella supervisione dell'attività di progettazione; con il quarto motivo, si è denunciata la violazione dell'art. 12, comma 1, del codice dei contratti, che dispone che l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria abbia luogo nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti e che, in mancanza, il termine è pari a trenta giorni, decorso il quale l'aggiudicazione si intende approvata, considerato che, nel caso in esame, le due aggiudicazioni provvisorie in favore dei ricorrenti sono intervenute in data 12.12.2011, mentre il provvedimento impugnato è stato adottato soltanto in data 3.2.2012; con il quinto motivo, parte ricorrente ha denunciato l'irrazionalità dell'azione amministrativa in relazione all'ingiustificato aggravio dei costi determinati dall'atto impugnato, vista la necessità di espletare ulteriori procedure di gara e considerato che, al contrario, l'affidamento allo stesso soggetto tramite la gara in oggetto dei tre livelli di progettazione avrebbe garantito un risparmio di spesa; con il sesto motivo di ricorso si è evidenziata l'inconciliabilità dell'affidamento interno giustificato dall'urgenza di non incorrere nell'esclusione dal riparto dei finanziamenti previsti in riferimento al lasso di tempo intercorso tra l'aggiudicazione provvisoria (12.12.2011) e l'assunzione del provvedimento impugnato (

3.2.2012), considerato che in detto lasso di tempo si sarebbe potuto acquisire la progettazione preliminare e almeno parte di quella definitiva; inoltre, il provvedimento di non aggiudicazione, a detta dei ricorrenti, potrebbe comportare la mancata realizzazione degli interventi di messa in sicurezza, non essendo stata valutata l'eventualità di un possibile temporaneo impedimento del professionista interno; è, altresì, evidenziata la molteplicità di ruoli ricoperti dall'ing. De Marco, non solo RUP, ma anche presidente della Commissione di gara, Direttore della Struttura U.O.C. Attività Tecniche e patrimonio, proponente l'atto impugnato, nonché Direttore del Dipartimento amministrativo che ha rilasciato il parere favorevole all'adozione dell'atto medesimo; con il settimo ed ultimo motivo, infine, parte ricorrente ha denunciato la violazione degli art. 7 e 8 della legge n. 241/90, considerato che l'Amministrazione non si è limitata ad astenersi dall'aggiudicare la gara, ma ha contestualmente deciso di acquisire la progettazione per gli stessi interventi secondo un criterio diverso da quello originario e, pertanto, i ricorrenti, quali soggetti titolari di posizione qualificati, avrebbero dovuto essere destinatari della comunicazione di avvio del nuovo procedimento dell'Amministrazione.

Parte ricorrente, che ha chiesto anche la sospensione cautelare del provvedimento impugnato, ha formulato, in via subordinata rispetto alla domanda diretta ad ottenere l'aggiudicazione definitiva e la conseguente stipula del contratto, richiesta di risarcimento danni, in conseguenza della mancata aggiudicazione definitiva, specificando la componente del danno patrimoniale e quella di non immediata valutazione patrimoniale.

Si è costituita in giudizio l'ASP di Cosenza, la quale, contestando le censure formulate in ricorso, ha premesso che si verte in tema di aggiudicazione provvisoria e che pertanto non sarebbe ravvisabile neppure uno specifico obbligo di motivazione del provvedimento di revoca -motivazione, peraltro, presente - ed ha evidenziato che l'immodificabilità degli obiettivi di cui alla

legge finanziaria del 1988 è da riferirsi agli obiettivi “di massima”, rispettati nel caso in esame; l’adozione dell’atto impugnato sarebbe dipeso dalla complessa attività provvedimentale, medio tempore intervenuta, a seguito della quale gli obiettivi aziendali sarebbero risultati sostanzialmente modificati; ha, quindi, concluso per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Con ordinanza n. 188, assunta alla Camera di Consiglio del 14 aprile 2012, è stata accolta l’istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1829/2012, ha parzialmente riformata la decisione cautelare di questo Tribunale, limitatamente alla gara denominata SIC-AOCS2.

In vista dell’udienza le parti hanno depositato memorie difensive, con le quali hanno ribadito e specificato ulteriormente le rispettive posizioni.

Con successivo atto per motivi aggiunti, parte ricorrente ha impugnato la deliberazione del Direttore generale dell’ASP resistente n. 818 del 3.8.2012, avente ad oggetto “Interventi di messa in sicurezza del Presidio Ospedaliero Annunziata di Cosenza ex art. 20 l.r. 67/1988 – Rideterminazione DPP”, con la quale sono stati approvati i nuovi documenti preliminari alla progettazione relativi agli interventi SIC-AOCS2 e SIC-AOCS3, si è preso atto della necessità di acquisire con massima urgenza la progettazione preliminare di detti interventi e si è affidato l’incarico di progettazione preliminare relativa alla suddette schede all’Ufficio Tecnico Aziendale coordinato dall’ing. De Marco, affidando incarico esterno di supporto al RUP, in considerazione delle notevoli ristrettezze di organico.

I ricorrenti, precisato che il detto provvedimento comporterebbe il risultato di impedire la definitiva aggiudicazione in proprio favore della originaria gara relativa all’intervento denominato SIC-AOCS2, hanno censurato il

detto provvedimento per illegittimità derivata in relazione ai vizi relativi alla deliberazione n. 66/2012; per violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90; per violazione dell'art. 9, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010, in quanto la progettazione preliminare relativa all'intervento SIC-AOCS2 è stata affidata all'ing. De Marco, al quale è stata, altresì, affidata la funzione di RUP e, quindi, anche l'attività di controllore delle attività del progettista; per violazione del giusto procedimento e del principio di legalità, in considerazione del fatto che l'ing. De Marco ha assolto contemporaneamente i ruoli di RUP, di progettista, di proponente l'adozione dell'atto al Direttore Generale quale "direttore della unità operativa complessa attività tecniche e patrimonio", di soggetto che ha espresso parere favorevole all'adozione dell'atto, di firmatario del documento preliminare alla progettazione nella qualità di RUP, di firmatario della deliberazione impugnata in luogo del direttore amministrativo, di direttore del Dipartimento amministrativo facente funzione di Direttore dell'Ufficio Affari Generali, ai fini delle attestazioni di legge; per violazione dell'art. 2, comma 1, del codice dei contratti, nella parte in cui si afferma che la deliberazione non comporta alcun impegno di spesa, mentre, come emerge dal prospetto allegato al documento preliminare alla progettazione, tra le somme a disposizione è previsto l'importo di euro 154.000,00 per "spese tecniche relative alla progettazione (inc. oneri previdenziali)", somma destinata, verosimilmente, al professionista da incaricare quale supporto esterno al RUP; per eccesso di potere e falsità del presupposto, in quanto l'ASP avrebbe riformulato l'oggetto dell'intervento denominato SIC-AOCS2 inserendo nuovamente il completamento della demolizione dell'edificio ex IPAI, in realtà già completata, escludendo la ricostruzione del medesimo edificio e prevedendo, inoltre, altre opere genericamente indicate, riformulazione non rispettosa delle indicazioni del Consiglio di Stato, con conseguente nullità

del provvedimento per violazione del giudicato, intendendosi tale anche quello cautelare.

L'ASP resistente ha depositato memoria difensiva di replica ai motivi aggiunti, eccependo la tardività dell'impugnazione per decorrenza dei termini, l'improcedibilità per carenza di interesse sotto un duplice profilo, e contestando compiutamente nel merito gli argomenti avversari.

Alla Pubblica Udienza del 22 marzo 2013, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è in parte fondato per le ragioni di seguito indicate.

In linea generale, si osserva che l'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico, essendo atto endoprocedimentale, determina nel soggetto che l'ha ottenuta soltanto una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento e non già una posizione giuridica qualificata, che, viceversa, può derivare solo dall'aggiudicazione definitiva (*Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2010 n. 1997; id 12 febbraio 2010 n. 743*). Pertanto, alla stazione appaltante è riconosciuta la possibilità di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria ovvero – come nel caso in esame – di non procedere all'aggiudicazione definitiva, allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario provvisorio nei confronti dell'amministrazione (*TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 3 luglio 2012, n. 3147; TAR Trentino Alto Adige, Trento, 4 aprile 2012, n. 108; TAR Piemonte, sez. II, 3 aprile 2012, n. 385; id, sez. I, 16 marzo 2012, n. 345*). Il potere di revoca degli atti di gara trova il proprio fondamento nel principio generale dell'autotutela della pubblica amministrazione (espressamente previsto, nel settore degli appalti pubblici, dall'art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006), che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai

criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica (*Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2010 n. 1997; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 maggio 2010 n. 2263*).

Pertanto, se è pur vero che è sempre consentito alla stazione appaltante procedere in autotutela durante la fase dell'aggiudicazione provvisoria, "è comunque principio giurisprudenziale consolidato quello secondo il quale l'aggiudicazione provvisoria ben può essere posta nel nulla, purché la relativa decisione sia motivata in misura idonea alla fattispecie" (*TAR Lazio, Sez. II, 30 aprile 2110, n. 8975*). E' stato, infatti, osservato che "In sostanza, se l'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto è inidonea a generare nella ditta provvisoriamente vincitrice una posizione consolidata, sull'Amministrazione che intende esercitare il potere di autotutela incombe un preciso onere di motivazione circa le ragioni di interesse pubblico che l'hanno determinata, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi in base ai quali essa ritiene di non procedere più all'aggiudicazione definitiva" (*TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 16 febbraio 2011, n. 302*; esprimono analoghi concetti *Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8966; id, Sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; TAR Lazio, Sez. II ter, 9 novembre 2009 n. 10991; id, sez. II quater 2 aprile 2010, n. 5621*).

È, pertanto, indiscutibile che la decisione qui impugnata di non procedere ad aggiudicazione definitiva e di ritenere inefficaci gli atti di aggiudicazione provvisoria già assunti, pur non essendo intervenuta a procedimento del tutto concluso, è stata adottata ad uno stato particolarmente avanzato del procedimento medesimo e, conseguentemente, costituisce un evento non fisiologico di una procedura di evidenza pubblica e come tale necessita di una puntuale, oggettiva e riscontrabile giustificazione in relazione ai presupposti.

D'altro canto, è stato anche osservato che la revoca che interviene dopo

l'individuazione di un aggiudicatario provvisorio, e decorsi i termini per l'approvazione dell'aggiudicazione (quindi in assenza di rilievi mossi al vincitore ormai individuato), presenta profili di particolare delicatezza in relazione al rispetto dei principi di concorrenza, *par condicio* e massima ed effettiva tutela delle posizioni giuridiche dei concorrenti di un pubblico appalto (*TAR Piemonte, sez. I, 16 marzo 2012, n. 345*).

Alla luce degli esposti principi e passando al caso in esame, risulta evidente che il vero nocciolo della questione attiene alla verifica della idoneità della motivazione del provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo - questione essenzialmente affrontata dai ricorrenti con i primi due motivi di ricorso - ed è in tale prospettiva che deve essere letta ed applicata la clausola di cui al punto p) del disciplinare di gara, richiamata nel provvedimento contestato a giustificazione del potere di revoca azionato.

L'impugnata deliberazione n. 66/2012 si fonda su asseriti nuovi obiettivi aziendali, definiti sulla scorta di sopravvenute circostanze che risultano suddivise in cinque distinti punti:

-con i primi due si richiama l'entrata in vigore di due decreti del Commissario di Governo per l'Emergenza Sanitaria - D.P.G.R. n. 71 del 4.8.2011 e del D.P.G.R. n. 106 del 20.10.2011 – con i quali sono impartite nuove disposizioni in tema di spazi di localizzazione dell'attività medica intramoenia, con termine ultimo fissato al 31.12.2012 (D.P.G.R. n. 71/2011) ed è ridefinito il riordino della rete ospedaliera con definizione dei posti letto per acuzie e post-acuzie pubblici e privati (D.P.G.R. n. 106/2011);

-con il terzo si richiama la nota del Comitato di Sorveglianza della Autorità Regionale- Stazione Unica Appaltante – la quale con proprio parere n. 9/2011 chiedeva all'AO “*di indicare se e quali provvedimenti sono stati adottati in merito alle richieste formulate dall'ordine degli architetti di Cosenza in data 6/10/2011*”;

-con il quarto punto l'Amministrazione opera un riferimento agli aggiornamenti progressivi del "Piano generale degli spostamenti delle varie Unità Operative, previo adeguamento a norma degli ambienti, conseguenti alla cantierizzazione dei rilevanti interventi edilizi ed impiantistici già in fase di attuazione";

-con il quinto ed ultimo punto l'Amministrazione richiama l'incontro programmatorio di data 16/01/2012, tenutosi tra il Sindaco di Cosenza ed il Direttore Generale dell'Azienda resistente, con indicazione degli aggiornamenti degli obiettivi comuni di programmazione sanitaria, urbanistica ed edilizia dell'intera area di competenza ospedaliera.

Ebbene, quanto ai due primi profili, se ne rileva l'assoluta insufficienza ed inidoneità a supportare la disposta revoca, atteso che dagli stessi non è dato comprendere come, in che modo e in che misura i richiamati decreti potrebbero incidere rispetto all'oggetto delle gare in discussione (SIC-AOCS1 e SIC-AOCS2), essendo del tutto mancante ogni riferimento o indicazione degli specifici elementi concreti ed obiettivi di incompatibilità che detti decreti presentano rispetto all'intervento di *"messa in sicurezza edificio del 1939 ed altri edifici dello stabilimento ospedaliero Annunziata di Cosenza"* (SIC-AOCS1) o rispetto all'intervento di *"lavori di messa in sicurezza a mezzo completamente della demolizione e ricostruzione edificio ex I.P.A.I. del P.O. Annunziata, staticamente inadeguato"* (SIC-AOCS2), con conseguente impossibilità di procedere all'aggiudicazione definitiva; del tutto irrilevante risulta, poi, il terzo argomento utilizzato dall'Amministrazione resistente, e cioè il richiamo alla nota del Comitato di Sorveglianza della Autorità Regionale- Stazione Unica Appaltante – la quale con proprio parere n. 9/2011 chiedeva all'AO *"di indicare se e quali provvedimenti sono stati adottati in merito alle richieste formulate dall'ordine degli architetti di Cosenza in data 6/10/2011"*: appare fin troppo evidente che quanto indicato dall'Amministrazione non fornisce alcun elemento, neppure vago o

generico, diretto a rappresentare una valida giustificazione per non procedere all'aggiudicazione definitiva delle gare in oggetto; irrilevante ai fini dell'idoneità dell'apparato motivazionale risulta anche il quarto elemento posto a base del provvedimento impugnato, nel quale l'Amministrazione opera un riferimento assolutamente generico agli "aggiornamenti progressivi del Piano generale degli spostamenti delle varie Unità Operative, previo adeguamento a norma degli ambienti, conseguenti alla cantierizzazione dei rilevanti interventi edilizi ed impiantistici già in fase di attuazione": la genericità del richiamo impedisce, infatti, di comprendere gli aspetti caratterizzanti del Piano generale degli spostamenti, ma nemmeno (e soprattutto) come detti spostamenti dovrebbero incidere con i programmati interventi di messa in sicurezza, interventi messi a gara e provvisoriamente aggiudicati ai ricorrenti; anche in tal caso, infatti, l'Amministrazione omette qualunque esplicitazione di sopravvenute ragioni di interesse pubblico ovvero di sopravvenuta riconsiderazione di situazioni preesistenti che possano giustificare l'adozione del provvedimento di revoca in contestazione.

Diversa, invece, risulta la valutazione del quinto punto su cui poggia il provvedimento impugnato e cioè il richiamo all'Incontro programmatorio di data 16/01/2012, tenutosi tra il Sindaco di Cosenza ed il Direttore Generale dell'Azienda resistente. Infatti, dal tenore del provvedimento emerge che in tale sede si è provveduto ad aggiornare gli obiettivi comuni di programmazione sanitaria, urbanistica ed edilizia dell'intera area di competenza ospedaliera (PO Annunziata, PO Mariano Santo e fascia collinare di collegamento) e di adeguamento e messa in sicurezza degli edifici esistenti, da realizzare attraverso –per quanto qui rileva – un concorso di idee per definire lo sviluppo integrato dell'intera area e *“una rimodulazione dei lavori di messa in sicurezza degli edifici esistenti, che dovrà ricomprendere: la demolizione del fabbricato ex IPAI (inadeguato dal punto di vista*

statico) lasciando alla fase programmatica del concorso di idee la determinazione in ordine alla eventuale ricostruzione ed alle funzioni da destinare a tale intervento”.

E' bene ricordare che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo non può valicare il limite rappresentato dal merito delle scelte discrezionalmente assunte dalla stazione appaltante, alla quale, come già ampiamente illustrato, compete il potere di revoca dell'aggiudicazione per sopravvenute ragioni di interesse pubblico o per riconsiderazione dell'interesse preesistente. In tale prospettiva, come già evidenziato e valorizzato dal Consiglio di Stato in sede di riforma dell'ordinanza cautelare di questo Tribunale, la decisione dell'Amministrazione di ritenere non utile l'immediata ricostruzione dell'edificio ex I.P.A.I., ricostruzione eventualmente da valutare a seguito del concorso di idee, costituisce preciso e concreto elemento che giustifica la decisione di non aggiudicare in via definitiva i lavori in relazione alla detta ricostruzione.

Pertanto, considerato che l'intervento denominato SIC-AOCS2 aveva come oggetto proprio i *“lavori di messa in sicurezza a mezzo completamento della demolizione e ricostruzione edificio ex I.P.A.I. del P.O. Annunziata, staticamente inadeguato”*, deve concludersi che, da un lato, la mutata valutazione in ordine a detta ricostruzione costituisce idonea motivazione in ordine alla non aggiudicazione (e, quindi, alla revoca) dell'intervento denominato SIC-AOCS2, dall'altro, il provvedimento impugnato non è supportato da congrua giustificazione relativamente alla non aggiudicazione dell'intervento denominato SIC-AOCS1 e, pertanto, sotto questo esclusivo profilo e con riferimento a detto intervento, il provvedimento impugnato è illegittimo.

Per quanto riguarda l'intervento SIC-AOCS2, l'atto di revoca impugnato non risulta viziato nemmeno con riferimento ai restanti motivi di ricorso formulati da parte ricorrente (dal terzo motivo al settimo), che risultano manifestamente infondati.

Infatti, quanto al terzo motivo, con quale parte ricorrente ha denunciato la contraddittorietà e la mancanza di istruttoria nell'azione dell'Amministrazione resistente che ha dapprima evidenziato la carenza di organico e la complessità tecnica delle progettazioni, per poi affidare l'incarico di redazione del progetto preliminare a soggetto sprovvisto delle necessarie competenze, si osserva che la asserita mancanza di competenza in capo al tecnico, dipendente interno all'amministrazione, incaricato di redigere il progetto preliminare non emerge dagli atti di causa, restando, per l'appunto, solo "asserita" dai ricorrenti, anche considerando che le scelte di merito della Pubblica Amministrazione solo censurabili unicamente nelle ipotesi di evidenti illogicità e/o irrazionalità, che non sono riscontrabili nel caso in esame.

Infondato risulta anche il quarto motivo di ricorso, con il quale si è denunciata la violazione dell'art. 12, comma 1, del codice dei contratti, in relazione alla scadenza del termine di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Invero, dopo l'aggiudicazione provvisoria, l'inutile decorso del termine (di trenta giorni, qualora non diversamente previsto) indicato nel citato art. 12, comma 1, del codice dei contratti, comporta non già l'aggiudicazione definitiva, ma soltanto l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria della gara (adempimento, questo, che ai sensi dell'art. 11, comma 5, è preliminare all'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione definitiva). Pertanto, scaduto il termine di trenta giorni dalla aggiudicazione provvisoria, in difetto di un provvedimento espresso quest'ultima si ha per approvata tacitamente, e l'aggiudicatario provvisorio può esigere, chiedendola formalmente, l'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, quale atto conclusivo della procedura concorsuale (*TAR Veneto, sez. I, 8 febbraio 2013, n. 178*), ma ciò, evidentemente, non implica che l'Amministrazione, pur successivamente alla scadenza del detto termine,

non possa procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria, sussistendone le condizioni ed i presupposti come sopra descritti.

Anche il quinto motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente ha denunciato l'irrazionalità dell'azione amministrativa in relazione all'ingiustificato aggravio dei costi determinati dall'atto impugnato, vista la necessità di espletare ulteriori procedure di gara, si dimostra infondato, atteso che, a prescindere dalla espressa previsione che attesta che la deliberazione di cui si tratta "non comporta alcuna assunzione di spesa", parte ricorrente formula censure del tutto ipotetiche e rivolte ad atti eventuali e , comunque, non ancora assunti dall'Amministrazione resistente.

Parimenti infondato è il sesto motivo di ricorso, con il quale si è evidenziata l'inconciliabilità dell'affidamento interno giustificato dall'urgenza di non incorrere nell'esclusione dal riparto dei finanziamenti previsti in riferimento al lasso di tempo intercorso tra l'aggiudicazione provvisoria (12.12.2011) e l'assunzione del provvedimento impugnato (3.2.2012), si è ipotizzata l'impossibilità di realizzazione degli interventi di messa in sicurezza, non essendo stata valutata l'eventualità di un possibile temporaneo impedimento del professionista interno e si è, altresì, evidenziata la molteplicità di ruoli ricoperti dall'ing. De Marco, non solo RUP, ma anche presidente della Commissione di gara, Direttore della Struttura U.O.C. Attività Tecniche e patrimonio, proponente l'atto impugnato, nonché Direttore del Dipartimento amministrativo che ha rilasciato il parere favorevole all'adozione dell'atto medesimo.

Quanto al primo profilo, risulta coerente la scelta dell'Amministrazione, una volta assunta la deliberazione di non aggiudicazione qui contestata, di prevedere l'affidamento interno della progettazione preliminare in considerazione della situazione di urgenza connessa al finanziamento degli interventi e in ragione anche di un contenimento della spesa; d'altra parte, è

del tutto evidente –come già evidenziato in precedenza - che ciò che assume rilievo è la legittimità della decisione di non disporre l'aggiudicazione definitiva con sostanziale revoca dei precedenti atti di gara, ponendosi la scelta di affidare, con urgenza, la progettazione internamente una conseguenza della revoca. Irrilevante, ai fini della legittimità del provvedimento, è l'ipotetico temporaneo impedimento del designato professionista interno, mentre, con riferimento ai ruoli ed agli incarichi ricoperti dal RUP ing. De Marco, parte ricorrente, formulando generica censura, omette di evidenziare le specifiche violazioni di legge in cui sarebbe incorsa la Stazione Appaltante nell'assumere l'atto impugnato.

Giova, altresì, precisare, al fine di respingere la doglianza di parte ricorrente formulata in subordine nel presente motivo di ricorso, che, per giurisprudenza consolidata, in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, non è configurabile alcun indennizzo per legittimo atto di revoca, ai sensi dell'art. 21 quinquies, legge 241/1990, posto che l'obbligo generale di indennizzo dei pregiudizi arrecati ai soggetti interessati in conseguenza della revoca di atti amministrativi, di cui al citato art. 21 quinquies, sussiste esclusivamente in caso di revoca di provvedimenti definitivi e non anche in caso di revoca di atti a effetti instabili e interinali, quale l'aggiudicazione provvisoria (da ultimo, *Consiglio di Stato, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 339*).

Infine, del tutto infondato è il settimo ed ultimo motivo, con il quale parte ricorrente ha denunciato la violazione degli art. 7 e 8 della legge n. 241/90, considerato che l'Amministrazione non si è limitata ad astenersi dall'aggiudicare la gara, ma ha contestualmente deciso di acquisire la progettazione per gli stessi interventi secondo un criterio diverso da quello originario e, pertanto, i ricorrenti, quali soggetti titolari di posizione qualificati, avrebbero dovuto essere destinatari dell'avvio di nuovo procedimento avviato dall'Amministrazione.

Come già evidenziato in precedenza, l'aggiudicazione provvisoria, quale atto che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara, non costituisce atto conclusivo del procedimento, facendo nascere in capo all'interessato una mera aspettativa alla conclusione del procedimento. Ne consegue che l'aggiudicazione provvisoria è per sua natura inidonea, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita e ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale prima della revoca in autotutela. La ragione dell'assenza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del relativo procedimento va rinvenuta nella circostanza che il procedimento viene avviato con l'atto di indizione della gara e si conclude soltanto con l'aggiudicazione definitiva, restando tutti gli altri accadimenti, compreso il segmento relativo alle questioni riguardanti l'aggiudicazione provvisoria, confinati nel medesimo procedimento di gara (*Consiglio di Stato, sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189; id, sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116; TAR Valle d'Aosta, 4 dicembre 2012, n. 105; TAR Puglia, Bari, sez. I, 11 ottobre 2012, n. 1756; TAR Campania, Napoli, sez. I, 3 luglio 2012, n. 3165; TAR Toscana, sez. I, 21 maggio 2012, n. 982*).

Passando all'esame dell'atto per motivi aggiunti, si deve rilevare che alla luce della legittimità della decisione di non procedere ad aggiudicazione definitiva e, dunque, di disporre la revoca dell'aggiudicazione provvisoria con riferimento all'intervento denominato SIC-AOCS2, l'affidamento interno della progettazione preliminare relativamente a detto intervento, oggetto di contestazione da parte dei ricorrenti con i motivi aggiunti, non assume un peso determinante nel contesto della controversia. Giova, infatti, ricordare che i ricorrenti hanno precisato che il provvedimento impugnato con motivi aggiunti avrebbe comportato il risultato di impedire la definitiva aggiudicazione in proprio favore della originaria gara relativa all'intervento denominato SIC-AOCS2: ebbene, la accertata legittimità della

disposta revoca della gara SIC-AOCS2 preclude in radice la lesione prospettata dai ricorrenti.

Le censure mosse da parte ricorrente, pertanto, risultano irrilevanti e non possono essere favorevolmente considerate. Resta assorbita ogni altra questione sollevata dalle parti.

Infine, in considerazione della possibilità di ottenere l'affidamento dell'incarico relativo all'intervento SIC-AOCS1, la domanda di risarcimento danni, formulata dai ricorrenti, non può trovare accoglimento.

In definitiva, alla luce di tutti gli argomenti esposti, il ricorso è in parte fondato, limitatamente all'intervento denominato SIC-AOCS1, e quindi va accolto con il conseguente annullamento della deliberazione di revoca n. 66/2012 limitatamente a detto intervento, e per tutto il resto va respinto.

In considerazione dell'accoglimento parziale del ricorso e, dunque, della parziale reciproca soccombenza, le spese di causa possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, come da motivazione, e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato limitatamente alla gara denominata SIC-AOCS1. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente FF

Anna Corrado, Primo Referendario

Alessio Falferi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)