

Revoca della gara a favore di procedura finanziata con fondi previsti dal piano nazionale di ripresa e resilienza

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 16-1-2023

In tale contesto, la revoca della precedente gara (giunta all'esame delle offerte, senza procedere all'aggiudicazione) si palesa giustificata, nell'esercizio della discrezionalità rimessa alla Pubblica Amministrazione (cfr. la sentenza della sez. II di questo TAR del 7/3/2022 n. 1530: "E' noto come, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa alla stazione appaltate è riservata "un'ampia discrezionalità nella valutazione della situazione di fatto e nella scelta dell'opzione ritenuta più vantaggiosa sotto il profilo economico-organizzativo" sicchè essa " - dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente - mantiene il potere di revoca per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico, anche consistenti in un diverso apprezzamento dei medesimi presupposti già considerati, in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa", chiarendosi come sia "sufficiente al riguardo che non risulti illogica né illegittima per manifesta abnormità o travisamento dei presupposti di fatto la decisione di perseguire una strada diversa" (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5002/2011 ed i precedenti ivi richiamati)".

Quanto all'esigenza di dare conto della sussistenza dell'interesse pubblico (cfr. la sentenza cit.: "il potere di revoca non è, comunque, illimitato, dovendo l'amministrazione fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano la differente determinazione di procedere in modo diverso da quello originario"), nel caso di specie si apprezza l'esigenza di rivedere la scelta che aveva condotto all'indizione della precedente gara, valorizzata dall'A.O.R.N. di Caserta sotto i concorrenti profili della possibilità di fruire dei finanziamenti del PNRR (cfr. il "Premesso" all'impugnata deliberazione del 23/12/2021 n. 935) e dell'organicità del progetto di fattibilità tecnica ed economica predisposto dalla UOC ingegneria ospedaliera, in alternativa al progetto strutturale e rispettoso dei tempi del PNRR, con il ridetto scopo "di riqualificare buona parte degli edifici esistenti, sostituendoli, con quattro nuovi edifici che ridistribuiscono le attività ospedaliere" (pag. 3 della delibera).

Trattasi di ragioni che, ad avviso del Collegio, motivano la scelta di rinnovazione progettuale, per la connotazione positiva che assumono, da un canto, l'utilizzo dei fondi del P.N.R.R. e, d'altro canto, la possibilità di effettuare lavori di significativo impatto, tra l'altro, per il più complessivo e nuovo assetto dell'attività ospedaliera.

Da queste considerazioni traspare la legittimità della scelta di revocare la precedente gara, non più giustificata per la possibilità di elaborare un progetto che goda dei finanziamenti P.N.R.R. e che riguardi l'organico affidamento dei lavori.

I fondi previsti dal Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) sono finalizzati al

raggiungimento di importanti obiettivi.

Tra questi riveste peculiare importanza la realizzazione di opere pubbliche strategiche.

Di conseguenza assume fondamentale rilievo sapere quando l'attività da compiere possa rientrare nei sopra indicati obiettivi, che possano soddisfare le aspettative della pubblica amministrazione e dell'operatore economico.

Quanto sopra rappresentato trova riscontro nelle posizioni prese ultimamente da dottrina e giurisprudenza.

L'intervento dei giudici campani riveste particolare importanza in quanto la pronuncia in argomento esalta il rilievo che una gara può assumere proprio in relazione al raggiungimento di un risultato utile per il soggetto pubblico e per la parte privata.

Nello specifico i magistrati campani hanno stabilito che una stazione appaltante può legittimamente revocare una procedura competitiva nel caso in cui la stessa pubblica amministrazione sia intenzionata ad avviarne un'altra.

Ma tale revoca è ammessa solo nel momento in cui il connesso progetto di fattibilità tecnica ed economica è stato approvato e finanziato con entrate previste dal sopra richiamato PNRR; di conseguenza il nuovo progetto assorbe totalmente quello "minore".

Tale comportamento viene giustificato dalla Sezione in quanto in tale momento, alla luce anche di una pronuncia emanata dal medesimo Collegio, la stazione appaltante gode di un'ampia discrezionalità nel valutare la situazione di fatto e nello scegliere l'opzione più vantaggiosa.

Nella fattispecie *de qua* risultano presenti i presupposti previsti dall'art. 21-quinquies della legge n. 241/90; in particolare si verifica la fattispecie consistente nella rinnovata diversa valutazione dell'interesse pubblico originario. Infatti quest'ultimo è mutato in considerazione dell'attività finanziata con i fondi ex PNRR in argomento e con la prospettiva di un organico affidamento dei lavori. Peraltro il tribunale amministrativo ha accertato la non violazione delle disposizioni previste dal decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108 ("*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*").

Di conseguenza i magistrati campani hanno dichiarato legittima la revoca della gara ad opera della stazione appaltante; difatti, sono stati rispettati i principi di buon andamento e di economicità alla base dell'operato della Pubblica Amministrazione, in un'ottica di semplificazione ed accelerazione della procedura, in base a quanto previsto dal richiamato PNRR.

Quanto affermato dai giudici partenopei evidenzia la particolarità e l'importanza della fase che caratterizza il momento in cui un soggetto economico vede aggiudicato favorevolmente un

appalto pubblico.

A tal proposito si segnala un recente intervento^[1] della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si è pronunciata, in via pregiudiziale, sulla modifica dei contratti di appalto dopo l'aggiudicazione della gara.

In particolare l'istituzione europea è intervenuta sull'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Il citato Organo ha esaltato il momento in cui gli interessi delle parti si incontrano, rimarcando la delicatezza della fase in cui il comportamento secondo buona fede deve essere tenuto da entrambi i partecipanti.

Infatti nello specifico la Corte ha stabilito che una modifica sostanziale del contratto pubblico è ammessa solo nel caso in cui la stessa venga stabilita con una nuova e distinta procedura di aggiudicazione.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 01/12/2022

N. 07512/2022 REG.PROV.COLL.

N. 03182/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3182 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio CADEL scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, nella qualità di capogruppo mandataria del RTI con le ditte Ferrotecnica s.r.l., Viola Costruzioni s.r.l. e Aca s.r.l., rappresentata e difesa all'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via G. Melisurgo n. 15;

contro

A.O.R.N. Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Chiara Di Biase, Domenico Sorrentino e Antimo D'Alessandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Campania, non costituita in giudizio;

nei confronti

Consorzio Stabile Valore Assoluto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianfranco D'Angelo e Bruno De Maria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso lo studio dell'avvocato Bruno De Maria in Napoli alla Piazza della Repubblica n. 2;

per l'annullamento

(quanto al ricorso introduttivo)

a) della deliberazione AORN Caserta n. 405 del 19.5.2022 - comunicata a mezzo pec alla ricorrente addì 23.5.2022 - con la quale la procedura di gara indetta giusta delibera n. 611/2021 avente ad oggetto "Ristrutturazione del Day Surgery posto al 3° piano dell'ED. F e demolizione e ricostruzione dell'Ed G e corpo di collegamento" è revocata ai sensi dell'art. 21 quinquies L. 241/90, per sopravvenute nuove esigenze "... dovute alla necessità di non inficiare il progetto di fattibilità tecnica ed economica del PNRR approvato con delibera n. 935 del 23.12.2021", dando mandato all'UOC Ingegneria Ospedaliera di espletare tutti gli atti necessari per effettuare una nuova gara "considerato le sopraggiunte necessità scaturite dai finanziamenti del PNRR, in corso di perfezionamento, e quindi del progetto di fattibilità tecnica ed economica approvato con la summenzionata delibera n. 935 del 23.12.2021";

b) della Delibera A.O.R.N. Caserta n. 935 del 23.12.2021 - se ed in quanto possa occorrere - avente ad oggetto "Fattibilità tecnica ed economica per l'utilizzo dei fondi previsti dal PNRR - Approvazione progetto per la demolizione e ricostruzione parziale degli edifici dell'AORN di Caserta", nonché di tutti gli atti eventualmente adottati dalla Regione Campania - di numero e data sconosciuti - di approvazione di tale progetto di fattibilità e/o di ammissione a finanziamento dello stesso;

c) dei verbali di gara, segnatamente del verbale di gara del 3.3.2022 nella parte in cui è stata omessa l'esclusione dalla gara in parola del Consorzio Stabile Valore Assoluto ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) D. Lgs. 80/2016;

d) di ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale e/o comunque lesivo;

(quanto ai motivi aggiunti depositati il 21/9/2022)

a) della Delibera A.O.R.N. Caserta n. 935 del 23.12.2021 avente ad oggetto "Fattibilità tecnica ed economica per l'utilizzo dei fondi previsti dal PNRR- Approvazione progetto per la demolizione e ricostruzione parziale degli edifici dell'AORN di Caserta" – già impugnata a mezzo ricorso introduttivo e degli atti tutti allegati alla stessa, segnatamente:

b) degli atti della conferenza di servizi avviata ai sensi dell'art. 14 co. 3 L. 241/90 – all. 5 della documentazione depositata in atti addì 22.7.22;

c) della documentazione depositata dall'AORN di Caserta in atti addì 22.7.2022 al punto 4) del foliaro, ovvero: dello "Studio di fattibilità tecnica ed economica" e degli elaborati da cui lo stesso è composto – punti da 4.a) a 4.m) del Foliaro;

d) della Delibera AORN Caserta n. 405/2022 con la quale la procedura di gara indetta giusta delibera n. 611/21 è revocata ai sensi dell'art. 21 quinquies L. 241/90, per sopravvenute nuove esigenze "... dovute alla necessità di non inficiare il progetto di fattibilità tecnica ed economica del PNRR approvato con delibera n. 935 del 23.12.2021";

e) di ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale e/o comunque lesivo.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.O.R.N. Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta e del Consorzio Stabile Valore Assoluto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2022 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Riferisce la parte ricorrente che, il 16/2/2018, la Regione sottoscriveva un Accordo di

Programma per gli investimenti sanitari di cui all'art. 20 della legge n. 67/88, comprendente l'intervento relativo alla "Ristrutturazione del Day Surgery posto al 3° piano dell'Ed. F e demolizione e ricostruzione dell'Ed. G e corpo di collegamento" presso l'A.O.R.N. di Caserta, inserito fra le opere finanziabili (scheda 34).

Espone che i progetti definitivo ed esecutivo venivano approvati con delibera del D.G. dell'A.O.R.N. di Caserta n. 326/20 e n. 55/2021 e che, con nota prot. 1357 del 14/1/2021, il RUP dichiarava cantierabile il progetto, avendo riportato i pareri favorevoli dell'ASL, del Comando VV.FF. e del Comune di Caserta, con il rilascio del permesso a costruire n. 4/2021 e l'ammissione a finanziamento in data 23/4/2021 da parte della Direzione Generale per la Programmazione Sanitaria del Ministero della Salute, per un importo a carico dello Stato di € 7.600.000,00 e a carico della Regione di € 400.000,00 (la quale impegnava la spesa con determinazione dirigenziale n. 63 del 28/4/2021).

Continua ricordando che:

- con delibera n. 611 del 28/7/2021, l'AORN indiceva la gara per l'affidamento dei lavori, per un importo complessivo di € 9.550.000,00, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pubblicando il 6/8/2021 il bando e il disciplinare;
- alla gara partecipavano il Consorzio ricorrente, in raggruppamento temporaneo con la Ferrotecnica srl, la Viola Costruzioni srl e l'Aca srl, nonché il controinteressato Consorzio Stabile Valore Assoluto e altro concorrente (poi escluso dal prosieguo della gara, avendo conseguito un punteggio inferiore alla soglia di sbarramento stabilita dal disciplinare);
- all'esito delle operazioni della Commissione, risultava primo graduato il Consorzio Stabile Valore Assoluto, seguito dal raggruppamento con capogruppo il Consorzio ricorrente (verbale n. 4 del 3/3/2022);
- in data 10/3/2022 la CADEL e la Ferrotecnica inoltravano un esposto al RUP, invitando la stazione appaltante a verificare il possesso dei requisiti dichiarati dal Consorzio Stabile Valore Assoluto, atteso che lo stesso era stato escluso da altra gara indetta dall'ASL Na 2 Nord, per gravi illeciti professionali.

Operata questa premessa, la ricorrente impugna le deliberazioni dell'AORN Caserta n. 935 del 23/12/2021 e n. 405 del 19/5/2022, recanti rispettivamente l'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica per l'utilizzo dei fondi previsti dal P.N.R.R. e la revoca della gara indetta, nonché i verbali di gara, laddove non è stata disposta l'esclusione dalla gara in parola del Consorzio Stabile Valore Assoluto ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

Si sono costituiti in giudizio per resistere l'Azienda Ospedaliera e il Consorzio controinteressato, producendo documentazione e memorie difensive.

All'udienza in camera di consiglio del 6 luglio 2022, per la trattazione dell'istanza cautelare, è stata fissata l'udienza pubblica per la discussione nel merito del ricorso.

La ricorrente ha formulato un'istanza istruttoria, è stata richiesta da questo Tribunale l'esibizione degli atti e l'A.O.R.N. ha depositato in data 22/7/2022 documentazione.

La ricorrente ha proposto motivi aggiunti, notificati il 19/9/2022 e depositati il 21/9/2022.

Per l'udienza di merito le parti hanno depositato scritti difensivi.

All'udienza pubblica del 19 ottobre 2022, presenti le parti, la causa è stata assegnata in decisione.

DIRITTO

1.- Occorre premettere che l'Azienda resistente difende la scelta operata con i provvedimenti impugnati (approvazione del nuovo progetto e revoca della gara), mentre le difese del Consorzio controinteressato, per l'interesse di cui lo stesso è portatore, sono volte a confutare la censura del ricorrente secondo cui il Consorzio Stabile Valore Assoluto avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, poi revocata.

Con la memoria depositata il 3/10/2022 l'A.O.R.N. di Caserta ha preso posizione anche sui motivi aggiunti, contestando "*ancora una volta tutto quanto assunto da parte ricorrente, da ultimo, anche nei richiamati motivi aggiunti*" (pag. 1 della memoria); con dichiarazione resa all'udienza il difensore dell'Azienda Ospedaliera ha poi accettato il contraddittorio.

Considerato quindi che l'interesse del controinteressato si concentra sul motivo già contenuto nel ricorso introduttivo, mentre l'Azienda Ospedaliera ha accettato il contraddittorio, può procedersi all'esame della controversia e alla disamina anche dei motivi aggiunti, senza doverne procrastinare la decisione.

2.- Il Consorzio ricorrente contesta l'approvazione del nuovo progetto e la revoca della procedura di gara in cui era collocato al secondo posto della graduatoria, articolando con il ricorso introduttivo quattro motivi.

Con il primo di essi (deducendo la violazione dell'art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 e del giusto procedimento, nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria), sostiene l'illegittimità dell'ammissione alla gara, poi revocata, del Consorzio controinteressato, il quale avrebbe dovuto essere escluso per la sussistenza di gravi illeciti professionali, conseguendone il diritto all'aggiudicazione in proprio favore.

Con gli altri motivi sono avversati l'approvazione del nuovo progetto e la revoca della gara, deducendo la violazione dell'art. 21-quinquies e dei principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, proporzionalità e ragionevolezza, dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, del combinato disposto degli artt. 48 del d.lgs. n. 77/2021 e dell'art. 1, co. 7, della legge n. 55/2019 e della delibera ANAC n. 686/2017, oltre all'eccesso di potere per motivazione erronea, illogica e perplessa, difetto di istruttoria e del presupposto, difetto di interesse pubblico, sviamento e illogicità dell'azione amministrativa.

È in sintesi affermato che:

- non sussistono i presupposti per la revoca di una gara conclusa, per la realizzazione di un progetto cantierabile e finanziato;
- tra il progetto a base di gara e quello poi approvato, che ha suscitato la revoca, non v'è alcuna modifica sostanziale oltre il 15% dei lavori, tale da legittimare il ritiro della procedura perfezionatasi;
- l'approvazione del nuovo progetto di fattibilità non dà conto del progetto strutturale già approvato e, tenuto conto che le modifiche non sono sostanziali e che la gara era conclusa, non è prospettabile la necessità di un'accelerazione degli interventi.

Con i motivi aggiunti vengono ribadite le ragioni enunciate e sono svolte censure avverso gli atti depositati in giudizio, contestando la ricorrenza dei presupposti per far luogo all'approvazione del nuovo progetto di fattibilità.

3.- Passando alle impugnative, rispetto alla contestazione sull'ammissione del controinteressato alla gara revocata, è preliminare l'esame delle censure che involgono la legittimità del "ripensamento" dell'A.O.R.N. di Caserta sul progetto iniziale.

La censura che attiene alle vicende della precedente gara è difatti subordinata alla verifica sulla legittimità della successiva scelta operata dall'Azienda Ospedaliera.

Invero, qualora sia ritenuto corretto il ritiro della procedura che era stata avviata, è evidente che non residua alcun interesse ad avversare il provvedimento di ammissione dell'altro concorrente che, inerendo a una gara revocata, non produrrebbe più alcun effetto.

3.1. Ciò posto, come anticipato il Consorzio ricorrente afferma l'insussistenza dei presupposti per la revoca della gara, soprattutto in quanto tra il progetto a base di gara e quello poi approvato nessuna sostanziale modifica poteva giustificare il ritiro della procedura, non prospettandosi inoltre la necessità di un'accelerazione degli interventi.

Con le censure articolate nel ricorso introduttivo (secondo, terzo e quarto motivo), si sostiene che:

- l'esecuzione del progetto, con la gara per l'affidamento dei lavori sostanzialmente conclusa, era pervenuto a uno stadio tale da escludere la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241/90 (sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, imprevedibile mutamento della situazione di fatto e rinnovata diversa valutazione dell'interesse pubblico originario), anche in relazione alla tutela del legittimo affidamento ingenerato;
- è insufficiente a tal fine la motivazione che fonda la revoca della gara ("*necessità di non inficiare il progetto di fattibilità tecnica ed economica del PNRR approvato con delibera n. 935 del 23.12.2021*"; "*sopraggiunte necessità scaturite dai finanziamenti del PNRR, in corso di*

perfezionamento”), poiché essa non può suffragare la scelta di ritirare la gara per la realizzazione di un progetto cantierabile e finanziato, contrastando con i principi di economicità, buon andamento, proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa;

- non v’è inconciliabilità tecnica o una sostanziale diversità tra i due progetti, in quanto lo spostamento dell’Edificio “G” in una posizione differente si risolve nella traslazione di pochi metri (che poteva essere ordinata in corso d’opera all’aggiudicataria) e, inoltre, il valore della modifica è inferiore al 15% dell’importo dei lavori (non giustificandosi pertanto il richiamo all’art. 106, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016 e alla conseguente necessità di una nuova procedura di gara);

- nell’approvazione del nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica, l’A.O.R.N. di Caserta non spende alcuna parola sul progetto strutturale già approvato, il cui ritiro non può essere motivato dall’approvazione del P.N.R.R. e dalle Linee Guida del Consiglio Superiore LL.PP. per la redazione dei progetti così sovvenzionati (*“al fine di accelerare gli interventi ed il rilancio dell’economia”*), atteso che il progetto iniziale godeva del finanziamento e la gara si era conclusa, per cui nessuna necessità di accelerazione degli interventi era prospettabile.

3.2. Nei motivi aggiunti sono sviluppate ulteriori censure, denunciando vizi relativi al procedimento di formazione e approvazione del nuovo progetto.

È premesso che Piano nazionale di ripresa e resilienza (D.L. 31/5/2021 n. 77, convertito con legge 29/7/2021 n. 108), agli artt. 44 e 48 privilegia l’esigenza di semplificazione delle procedure ma impone nel contempo scelte che garantiscano la qualità progettuale degli interventi.

Si aggiunge che le Linee Guida del luglio 2021 del Consiglio Superiore LL.PP., elaborate sulla base di quanto disposto dall’art. 48 citato, definiscono i contenuti essenziali del PFTE, ex art. 23 del d.lgs. n. 50/2016.

Sulla base di queste premesse, viene dedotto con il primo motivo che le citate Linee Guida individuano due macrofasi per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, ossia:

a) fase 1: evidenziazione del quadro esigenziale relativo ai fabbisogni del contesto economico e sociale e ai correlati obiettivi, ai sensi dell’art. 23, co. 1, del codice dei contratti pubblici, sulla base del quale è redatto il Documento di Fattibilità delle Alternative Progettuali (DocFAP), nel quale è sviluppato *“un confronto comparato tra alternative progettuali che perseguono i traguardati obiettivi”*;

b) fase 2: individuata l’alternativa progettuale preferibile, la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica è disciplinata dal Documento di Indirizzo alla Progettazione (DIP).

Ponendo in rilievo che la finalità sostanziale del Programma di Fattibilità Tecnica ed Economica (PFTE) è costituita dalla *“progettazione della soluzione che, tra le alternative possibili, presenta il miglior rapporto tra costi complessivi da sostenere e benefici attesi per la*

collettività” (in linea con quanto previsto dall’art. 23, co. 5 e 6, del d.l.gs. n. 50/2016), è censurata la mancanza, nel progetto approvato dall’A.O.R.N. di Caserta, del suddetto Documento di Fattibilità delle Alternative Progettuali (DocFAP) o, in alternativa, l’indicazione nella relazione generale delle “risultanze del processo progettuale fino al momento condotto, con particolare riferimento al confronto tra differenti alternative di intervento, evidenziando i criteri e gli strumenti metodologici che hanno condotto alla scelta. È altresì allegato il documento di indirizzo alla progettazione” (Linee Guida citate).

La parte ricorrente imputa dunque all’A.O.R.N. di aver approvato il nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica obliterando la fase 1 (redazione del cit. Documento di Fattibilità delle Alternative Progettuali - DocFAP, alla luce del quadro esigenziale e del confronto comparato tra alternative progettuali perseguenti gli obiettivi fissati), nonché la fase 2 che, una volta individuata l’alternativa preferibile, pone gli indirizzi progettuali attraverso il Documento di Indirizzo alla Programmazione - DIP.

Con gli ulteriori due motivi è affermato che:

- l’A.O.R.N. ha approvato un mero progetto di fattibilità tecnica ed economica, senza alcun progetto definitivo o esecutivo, e non ha ottenuto alcun finanziamento del PNRR né bandito la gara, laddove la precedente procedura era assistita da tutti i pareri favorevoli e dal permesso di costruire, godeva del finanziamento accordato e la relativa gara si era conclusa, potendo in tempi brevi essere iniziati i lavori (trattandosi di intervento al quale la nuova scelta non ha apportato una sostanziale modifica e nemmeno prefigurato un’inconciliabilità tecnica);

- la revoca della gara non poteva poggiare sulla implicita motivazione offerta dall’approvazione del nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica, occorrendo la puntuale indicazione delle ragioni che hanno indotto a “ritirare” il progetto cantierabile, anche con riguardo allo specifico interesse pubblico perseguito.

4.- Venendo all’esame delle censure, il punto di partenza dell’analisi da condurre è costituito dal rapporto tra la progettazione a base della gara revocata e il nuovo progetto approvato dall’A.O.R.N. di Caserta (che, nelle proprie difese, afferma trattarsi di “*ristrutturazione, riqualificazione ed adozione di un piano edilizio di ben più ampio respiro*”: pag. 4 della memoria del 5/7/2022).

4.1. Risulta dall’esibito bando della precedente gara (pag. 3) che il progetto concerneva l’esecuzione, presso l’Azienda ospedaliera Sant’Anna e San Sebastiano di Caserta, dei lavori “*che in via sintetica comprendono, la ristrutturazione, l’adeguamento funzionale e normativo del Day Surgery, posto al 3° piano dell’Ed F, la demolizione e ricostruzione dell’Ed. G e corpo aggiunto; inoltre sono compresi nel presente appalto i relativi lavori di consolidamento statico di parte dell’Edificio F*”, per un importo di € 8.478.686,06.

Emerge invece dall’impugnata deliberazione n. 935 del 23/12/2021 che il nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica ha lo “*scopo, tra l’altro, di riqualificare buona parte degli edifici esistenti, sostituendoli, con quattro nuovi edifici che ridistribuiscono le attività ospedaliere, riducono notevolmente i consumi energetici, non consentono la perdita di posti letto durante i*

lavori, limitando i disagi per i pazienti” (pag. 3).

Si dà atto del quadro economico per complessivi € 47.091.293,00, comprendenti l'esecuzione dei lavori per la costruzione di nuovi edifici (€ 30.956.563,08), per centrali tecnologiche (€ 4.787.484,46) e per la demolizione degli edifici D, E, F4, F5, H, I, L, M e dell'autoparco (€ 1.623.636,00).

La relazione generale prodotta in data 22/7/2022 (doc. 5) descrive al punto 1.3 la soluzione progettuale prescelta, con la quale ci si propone:

- la concentrazione di *“tutte le funzioni principali lungo l'asse degli edifici F ed N, eliminando percorsi lunghi e contorti, per raggiungere i reparti più decentrati, come oggi avviene, e riqualificare le aree aperte, quali parcheggi e spazi verdi”*;
- *“la demolizione di alcuni fabbricati (per un totale di 22.500 mq), i quali presentano problemi strutturali e difficoltà di adeguamento alla normativa antincendio, e la costruzione di n. 4 nuovi edifici, a cui si affianca la parziale demolizione e l'adeguamento strutturale e architettonico di altri corpi di fabbrica, consentendo una nuova distribuzione e riorganizzazione delle attività sanitarie e non”* (spostamenti di taluni Dipartimenti, demolizione e ristrutturazione di piani, collocazione delle attività ambulatoriali e dei servizi, realizzazione di nuovi spazi verdi e aree di parcheggio).

Nello stesso punto della relazione generale, v'è inoltre il riferimento alla *“connessione, tramite un tunnel di collegamento posto al piano terra, tra la nuova struttura edilizia dell'Azienda Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano e altri nuovi edifici, da realizzare nell'ambito dei lavori finanziati con l'art. 20, L. 68/99 - III Fase, ossia l'edificio G – Reparto di Malattie Infettive, un edificio destinato alla Radioterapia e una nuova piastra operatoria”* (pag. 5).

Deriva, dalle considerazioni appena svolte, che appare individuata dall'Azienda resistente la necessità dell'elaborazione di un progetto più ampio rispetto al precedente, ricomprendendolo, così da dettare l'approvazione del nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica che, come illustrato nella memoria difensiva, assolve alla funzione di realizzare il miglior rapporto tra costi e benefici, senza sovrapporre le progettazioni e fruendo del finanziamento già concesso (per il quale, a detta dell'A.O.R.N. di Caserta, si sta provvedendo alla rimodulazione con il competente Ministero), a cui si aggiungono i finanziamenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

4.2. In quest'ottica, si mostra giustificata la revoca della procedura per realizzare un progetto “minore”, laddove il progetto di maggiore ampiezza si mostra unitariamente valutabile, configurando l'obiettivo della realizzazione di opere organiche per l'intero complesso ospedaliero e la possibilità di fruire di nuovi finanziamenti.

In tale contesto, la revoca della precedente gara (giunta all'esame delle offerte, senza procedere all'aggiudicazione) si palesa giustificata, nell'esercizio della discrezionalità rimessa alla Pubblica Amministrazione (cfr. la sentenza della sez. II di questo TAR del 7/3/2022 n. 1530: *“E' noto come, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa alla stazione*

appaltate è riservata "un'ampia discrezionalità nella valutazione della situazione di fatto e nella scelta dell'opzione ritenuta più vantaggiosa sotto il profilo economico-organizzativo" sicchè essa " - dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente - mantiene il potere di revoca per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico, anche consistenti in un diverso apprezzamento dei medesimi presupposti già considerati, in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa", chiarendosi come sia "sufficiente al riguardo che non risulti illogica né illegittima per manifesta abnormità o travisamento dei presupposti di fatto la decisione di perseguire una strada diversa" (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5002/2011 ed i precedenti ivi richiamati)".

Quanto all'esigenza di dare conto della sussistenza dell'interesse pubblico (cfr. la sentenza cit.: *"il potere di revoca non è, comunque, illimitato, dovendo l'amministrazione fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano la differente determinazione di procedere in modo diverso da quello originario"*), nel caso di specie si apprezza l'esigenza di rivedere la scelta che aveva condotto all'indizione della precedente gara, valorizzata dall'A.O.R.N. di Caserta sotto i concorrenti profili della possibilità di fruire dei finanziamenti del PNRR (cfr. il "Premesso" all'impugnata deliberazione del 23/12/2021 n. 935) e dell'organicità del progetto di fattibilità tecnica ed economica predisposto dalla UOC ingegneria ospedaliera, in alternativa al progetto strutturale e rispettoso dei tempi del PNRR, con il ridetto scopo *"di riqualificare buona parte degli edifici esistenti, sostituendoli, con quattro nuovi edifici che ridistribuiscono le attività ospedaliere"* (pag. 3 della delibera).

Trattasi di ragioni che, ad avviso del Collegio, motivano la scelta di rinnovazione progettuale, per la connotazione positiva che assumono, da un canto, l'utilizzo dei fondi del P.N.R.R. e, d'altro canto, la possibilità di effettuare lavori di significativo impatto, tra l'altro, per il più complessivo e nuovo assetto dell'attività ospedaliera.

Da queste considerazioni traspare la legittimità della scelta di revocare la precedente gara, non più giustificata per la possibilità di elaborare un progetto che goda dei finanziamenti P.N.R.R. e che riguardi l'organico affidamento dei lavori.

In tale contesto risulta indifferente la disputa sulla modifica, marginale o sostanziale, apportata al progetto che era alla base dell'originaria procedura (spostando l'edificio G in una posizione differente e non eseguendo talune elaborazioni).

Invero, non rileva che la nuova soluzione ad esso relativa si discosti dalla quantità dei lavori iniziali, quanto piuttosto l'inserimento del progetto finanziato in base alla legge n. 67/88 in un disegno più complessivo, che presenta un'interrelazione tra tutte le opere a farsi e rende giustificato il superamento della precedente scelta.

Pertanto, se riguardato con riferimento alla nuova soluzione nella sua interezza, emerge che le variazioni progettuali superino il 15% dell'importo di progetto, ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 richiamato nella delibera n. 405/2022, giustificando anche sotto tale profilo il ritiro della procedura di gara.

Risulta, inoltre, motivatamente richiamato il parere ANAC del 18/7/2017 n. 686, in ordine alle modifiche sostanziali che danno luogo a una nuova aggiudicazione, trattandosi nel caso di specie di elaborazione di un nuovo radicale progetto, la cui esecuzione è idonea a suscitare l'interesse di altri operatori economici, determinando la necessità di bandire una diversa gara in un'ottica pro-concorrenziale.

I motivi articolati con il ricorso introduttivo vanno pertanto disattesi.

4.3. Con i motivi aggiunti sono dedotti vizi del progetto di fattibilità tecnica ed economica approvato con la delibera del 23/12/2021 n. 935, a cui è fatto richiamo motivazionale nella delibera di revoca della gara del 19/5/2022 n. 405.

Nella prospettazione di parte, l'addotta illegittimità del provvedimento recante l'approvazione del progetto è destinata a riverberare i suoi effetti sulla revoca della gara, poi disposta sulla base di esso.

Può dubitarsi che, in tale prospettiva, sussista l'interesse della ricorrente ad ottenerne l'annullamento, poiché l'eventuale presenza di vizi del progetto approvato, emendabile, non determinerebbe perciò l'automatica reviviscenza della gara a cui la ricorrente ha partecipato e che è stata legittimamente revocata, come sopra statuito.

Tuttavia, esigenze di completezza inducono ad esaminare i motivi aggiunti, con i quali è denunciata la violazione degli artt. 44 e 48 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108 (*"Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"*) nonché delle altre disposizioni richiamate.

È osservato, come detto, che:

- le invocate norme di legge, nel dettare una procedura accelerata, esigono la definizione del Piano di Fattibilità Tecnica ed Economica (PFTE), ex art. 23 del d.lgs. n. 50/2016, in base a quanto stabilito dalle Linee Guida approvate nel luglio 2021 dal Consiglio superiore dei Lavori Pubblici;
- contrastando con esse, il PFTE approvato dall'A.O.R.N. di Caserta difetta delle fasi 1 (evidenziazione dei fabbisogni e redazione del Documento di Fattibilità delle Alternative Progettuali-DocFAP, comparando le alternative progettuali) e 2 (individuazione dell'alternativa preferibile ed elaborazione del Documento di Indirizzo alla Progettazione-DIP).

Le disposizioni invocate dal Consorzio ricorrente debbono ritenersi inapplicabili al caso di specie.

Entrambe recano semplificazioni in materia:

- *"di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto"* (art. 44);

- *“di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC”* (art. 48).

L'art. 44, incluso nel Titolo III (*“Procedura speciale per alcuni progetti PNRR”*) riguarda le opere analiticamente individuate all'Allegato IV e non è, pertanto, applicabile alla fattispecie in esame.

L'art. 48 disciplina le *“procedure afferenti agli investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti funzionali, finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC”*, ai quali si applicano le disposizioni del Titolo IV (artt. 47 ss.).

Il comma 7 concerne l'espressione del parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, limitato (in deroga all'art. 215 del d.lgs. n. 50/2016) ai *“progetti di fattibilità tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro”* (co. 7, primo periodo).

All'ultimo periodo è stabilito che:

“Con provvedimento del Presidente del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, adottato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono individuate le modalità di presentazione delle richieste di parere di cui al presente comma, è indicato il contenuto essenziale dei documenti e degli elaborati di cui all'articolo 23, commi 5 e 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016, occorrenti per l'espressione del parere, e sono altresì disciplinate, fermo quanto previsto dall'articolo 44 del presente decreto, procedure semplificate per la verifica della completezza della documentazione prodotta e, in caso positivo, per la conseguente definizione accelerata del procedimento”.

In attuazione della previsione, sono state emanate le suddette Linee guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, esaminate nella seduta del 29/7/2021 dell'Assemblea Generale.

Dalle riportate disposizioni discende che l'intervento del Consiglio Superiore è confinato ai progetti di fattibilità tecnica ed economica almeno pari ai 100 milioni di euro (art. 48, co. 1, primo periodo).

È in tale ambito che viene indicato, con le Linee guida, il contenuto essenziale dei documenti ed elaborati di cui all'art. 23, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, tant'è che l'ultimo periodo dell'art. 48 specifica che tali atti sono *“occorrenti per l'espressione del parere”*.

Conseguentemente, poiché dall'impugnata deliberazione n. 935 del 23/12/2021 risulta che il progetto contiene un quadro economico per complessivi € 47.091.293,00 (inferiore al limite dei 100 milioni di euro), non è richiesto il parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici e non sono applicabili le prescrizioni dettate dalle predette Linee guida.

Pertanto, non è condivisibile l'assunto di parte ricorrente, secondo cui occorre nella specie sviluppare le fasi 1 e 2 dettate dalle Linee guida, redigendo il Documento di Fattibilità delle Alternative Progettuali (DocFAP) e il Documento di Indirizzo alla Progettazione (DIP).

Non si sottace che la stessa delibera n. 935 del 23/12/2021 indica che il progetto di fattibilità tecnica ed economica predisposto è stato “eseguito secondo i dettami delle linee guida emesse dal Consiglio Superiore dei Lavori pubblici” (pag. 3).

Tuttavia, tale menzione deve ritenersi esplicativa di un iter condotto volendo tener conto delle disposizioni emanate in attuazione del decreto-legge n. 77/2021, senza poterne conseguire l’obbligatorietà dell’osservanza di adempimenti in tal caso non prescritti.

Gli stessi, tratti dalle più volte menzionate Linee guida, come si è visto sono preordinati all’espressione del parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici e non necessitano se esso non deve essere richiesto (la delibera impugnata, benché con riferimento all’art. 1, co. 7, della legge n. 55/2019, dà atto che detto parere non occorre: cfr. pag. 3).

Peraltro, ancora la delibera n. 935 del 23/12/2021 dà atto che il progetto di fattibilità tecnica economica è stato redatto ai sensi dell’art. 14, co. 1, del D.P.R. n. 207/2010 (le cui disposizioni continuano ad applicarsi, giusta quanto disposto dall’art. 216, co. 4, del d.lgs. n. 50/2016).

Quanto alle restanti censure, per le ragioni già enunciate con riferimento al ricorso introduttivo vanno disattesi i ribaditi rilievi critici in ordine alla contestata necessità di far luogo a una nuova gara (per l’assenza di un valido motivo per ritirare la gara e reiterando la doglianza sulla “completezza” della precedente procedura, assistita dai pareri, dal permesso di costruire e dal finanziamento accordato).

Né può assumere rilievo l’assenza del progetto definitivo o esecutivo, essendosi in questo momento nella prima fase della progettazione e avendo l’A.O.R.N. di Caserta manifestato l’intento di affidare congiuntamente il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva e l’esecuzione dei lavori (cfr. lo schema di contratto: doc. 12 della produzione del 22/7/2022).

Le censure proposte con i motivi aggiunti vanno dunque disattese.

4.4. Esaminate prioritariamente, come anticipato, le censure avverso l’approvazione del progetto e la revoca della gara, è improcedibile per carenza di interesse il primo motivo del ricorso introduttivo, derivando da quanto suesposto che, una volta respinte quelle censure, la parte ricorrente non conserva alcuna utilità alla decisione sul motivo volto a escludere il concorrente, dal momento che la gara a cui aveva partecipato non potrà più proseguire.

5.- Alla stregua delle motivazioni che precedono, il ricorso e i motivi aggiunti vanno dunque respinti.

Per la connotazione della vicenda contenziosa e la novità della questione controversa sussistono nondimeno giustificate ragioni per disporre la compensazione per l’intero delle spese di giudizio tra le parti costituite, non essendovi luogo a provvedere sulle spese nei confronti della Regione Campania, non costituitasi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa per l'intero le spese di giudizio tra le parti costituite; nulla sulle spese nei confronti della Regione Campania.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

[1] [Sentenza C-546/2014.](#)