

Pubblicato il 24/04/2019

N. 01132/2019 REG.PROV.COLL.

N. 01912/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1912 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da OMISSIS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con le società mandanti OMISSIS R.L. ed OMISSIS S.R.L., rappresentate e difese dagli avvocati Michele Perrone e Stefano Potenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Emanuela Vozza in Palermo, viale F. Scaduto, 2/D;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Civico di Cristina Benfratelli" di Palermo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Stallone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Assessorato Regionale della Salute, in persona dell'assessore pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo; domicilio digitale: ads.pa@mailcert.avvocaturastato.it; domicilio fisico: Palermo, via Villareale n. 6; OMISSIS, nella qualità di Commissario di Gara, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ribaudò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; OMISSIS, OMISSIS, nella qualità di Commissari di Gara, non costituiti in giudizio;

nei confronti

OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Calogero Mattina e Gaetano Mattina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vincenzo Terrano in Palermo, via Ausonia n. 21;

OMISSIS S.p.A. – OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

a) della aggiudicazione definitiva della procedura aperta per la fornitura e gestione di un Sistema Informatico Ospedaliero integrato e dei servizi di installazione, migrazione dati, formazione, manutenzione, assistenza tecnica ed applicativa dell'Arnas Civico Di Cristina Benfratelli (CIG 707342247D), adottata con deliberazione del Commissario Straordinario nr. 1321 del 6 settembre 2018, non notificata, pubblicata in data 9 settembre 2018, resa in favore dell'A.T.I. OMISSIS S.p.a.;

b) di tutti i verbali della Commissione di gara, tra cui i verbali delle sedute pubbliche del 13.11.2017, 15.11.2017, 22.11.2017 e del 5.6.2018, nonché dei verbali delle sedute riservate dal 22.11.2017 al 25.05.2018, ivi incluse le schede delle valutazioni tecniche, redatte dai Commissari, allegate ai verbali del 15.12.2017, 7.02.2018 e 16.05.2018, ad oggi sconosciute, nessuno documento escluso, in ordine al giudizio di ammissibilità ed alla valutazione dell'offerta dell'a.t.i. con mandataria OMISSIS S.p.a. e mandante OMISSIS S.p.a. (prima graduata);

c) ove occorra del bando di gara, del capitolato d'oneri, del disciplinare di gara, dei chiarimenti resi in sede di gara e nello specifico del punto 18 del disciplinare di gara nella parte in cui non richiede l'indicazione dei costi della manodopera, di ogni documentazione a corredo del bando di gara della graduatoria stilata a chiusura dei lavori della Commissione, di tutti gli atti e le determinazioni assunte dalla commissione e in seguito fatte proprie dalla stazione appaltante propedeutiche all'utile prosecuzione della gara, di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi, anche non conosciuti;

in via subordinata e strumentale

d) della proroga dell'incarico di direttore generale pro tempore dell'A.R.N.A.S., dott. Giovanni Migliore, disposto con il non conosciuto provvedimento dell'Assessorato alla Salute della Regione Sicilia - prot. n. 53930 del 29/06/2017 - giusta delibera della Giunta Regionale Siciliana n. 129 del 11 giugno 2014;

e) della Delibera del Commissario straordinario n. 603 del 7 aprile 2017 recante l'approvazione della procedura aperta per la fornitura e gestione di un Sistema Informatico Ospedaliero integrato e dei servizi di installazione, migrazione dati, formazione, manutenzione, assistenza tecnica ed applicativa dell'Arnas Civico Di Cristina Benfratelli (CIG 707342247D) e di tutti gli atti propedeutici, connessi e successivi;

f) dell'atto di nomina a commissario straordinario dell'A.R.N.A.S. adottato dalla Giunta Regionale della Regione Siciliana con delibera n. 315 del 26/07/2017, e delle allegare note dell'Assessorato Salute prot. 55419 del 4/7/2017, n. 55418 del 4/7/2017, della Segreteria generale della Presidenza n. 37952 del 14/7/2014 della Vice Segreteria generale dell'ARS prot. 0005581 del 13/7/2017, del Presidente della Regione Siciliana prot. 36106 del 5/7/2017 e dell'Ufficio di Gabinetto dell'Assessorato Salute prot. 61858 del 26/7/2017;

g) del decreto presidenziale n. 389/serv. 1°/S.G. del 1/08/2017 con cui il Presidente della Regione Siciliana, in esecuzione alla delibera di Giunta del 26/7/2017, ha decretato la nomina del dott. Migliore a Commissario dell'ARNAS Civico - Di Cristina – Benfratelli e della relativa nota di notifica;

h) del verbale di consegna al 2 agosto 2017 con cui il dott. Migliore si è insediato nell'incarico di commissario e di tutti gli atti altri atti prodromici e/o connessi alla nomina del commissario;

i) della Delibera del Commissario straordinario n. 531 del 8 novembre 2017 recante approvazione dell'atto di nomina della Commissione aggiudicatrice del 8 novembre 2017 e di tutti gli atti propedeutici, connessi e successivi;

l) di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi a quelli impugnati;

- per l'accertamento del diritto della ricorrente a.t.i. di conseguire l'ostensione degli atti di gara, con particolare riferimento ai giudizi attribuiti dai singoli commissari e contenuti nelle schede di valutazione, con annullamento di ogni eventuale provvedimento di diniego, esplicito o implicito, all'accesso, ivi compresi, ogni non conosciuto verbale;

- per l'accertamento del diritto della ricorrente a.t.i. di conseguire l'aggiudicazione della procedura di gara e, per l'effetto, di stipulare il relativo contratto, anche a mezzo di subentro, per l'intera durata dell'affidamento posto in gara, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto, qualora stipulati con l'a.t.i. controinteressata;

- e per la condanna dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in forma specifica, in tutto o in parte, ovvero, in subordine, per equivalente;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

per l'annullamento, unitamente a tutti i predetti atti e provvedimenti suindicati, nessuno escluso, dei seguenti atti:

m) delibera del Commissario straordinario dell'ARNAS n. 190 del 22/10/2018, con cui, su proposta del direttore dell'UOC Gestione Tecnica arch. OMISSIS, il Commissario ha convalidato gli atti della gara impugnati dell'odierna esponente e segnatamente "il bando e gli altri provvedimenti connessi di cui alle delibere del Commissario straordinario n. 603 del 7 aprile 2017 con la quale si è indetta la gara per la fornitura e gestione di un sistema informatico ospedaliero integrato, n. 531 del 8 novembre 2017 con la quale si è nominata la commissione giudicatrice, oltre che la delibera del commissario straordinario n. 1321 del 6 settembre 2018 recante l'approvazione degli atti di gara e aggiudicazione ai sensi dell'art. 33, comma 1 e dell'art. 95, comma 3, lett. b) del d.lgs. 50/16 e di tutti gli atti propedeutici, connessi successivi";

n) proposta di convalida del direttore dell'UOC Gestione Tecnica arch. Giuseppe Antonio Bono;

o) di ogni altro atto connesso e/o consequenziale con cui è stato nominato il Commissario straordinario dott. OMISSIS e con cui è stata indetta, gestita e convalidata la gara di appalto in questione.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Civico di Cristina Benfratelli" di Palermo, dell'Assessorato Regionale della Salute, della Dedalus S.p.A. e di Bono Giuseppe Antonio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2019 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori Potenza S. per la società ricorrente, Stallone per Azienda Ospedaliera Civico, Francesca Ribaudò per OMISSIS, Mattina Calogero per OMISSIS;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ARNAS Civico Di Cristina Benfratelli di Palermo (di seguito solo ARNAS) ha indetto una procedura aperta per la fornitura e gestione di un sistema informativo ospedaliero e dei servizi di installazione, migrazione dati, formazione, manutenzione, assistenza tecnica ed applicativa dell'ARNAS medesima per un importo a base di gara di € 8.600.000,00, oltre iva, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Entro il termine del 25.7.2018 venivano presentate quattro offerte tra cui l'offerta del RTI OMISSIS S.p.a., poi risultato aggiudicatario, e l'offerta del raggruppamento costituito da OMISSIS S.P.A., OMISSIS. a r.l. e OMISSIS S.r.l..

Con ricorso notificato il 9 ottobre 2018 e depositato l'11 ottobre 2018, il RTI OMISSIS ha impugnato gli atti e i provvedimenti in epigrafe indicati per i seguenti motivi:

“I.a) Eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria e motivazione, violazione dell'autovincolo, violazione della par condicio; Violazione di legge (artt. 30 e 95 comma 10 del d.lgs. 50 del 2016)”.

L'offerta economica del RTI OMISSIS non recherebbe l'indicazione dei propri costi della manodopera in contrasto con l'espressa previsione normativa prescritta dall'art. 95, co. 10, del Codice dei Contratti Pubblici, disposizione che legittima l'esclusione del raggruppamento concorrente che ha omesso di ottemperarvi, in quanto finalizzato a consentire alla stazione appaltante di verificare il rispetto dei minimi salariali retributivi (97, comma 5, lettera d), del D.Lgs. n. 50/2016). La mancata indicazione dei costi della manodopera non sarebbe suscettibile di regolarizzazione *ex post* attraverso il soccorso istruttorio, in quanto elemento sostanziale dell'offerta economica (art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016).

“I.b) Eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria e motivazione, violazione della par condicio; Violazione di legge (artt. 30 e 95 comma 10 del d.lgs. 50 del 2016)”.

In via gradata, la ricorrente deduce la illegittimità dell'art. 18 del disciplinare di gara nella parte in cui limitava il prescritto obbligo di indicazione ai soli costi della sicurezza aziendale anziché estendere tale obbligo anche ai costi della manodopera in ragione della norma richiamata.

“II.a) Eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria e motivazione, violazione dell'autovincolo, violazione della par condicio, travisamento dei fatti, falsità del presupposto, sviamento di potere, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta; Violazione di legge (artt. 80 comma 5, lett. c) e F-bis), e comma 6, del d.lgs. 50 del 2016, dell'art. 57 della Direttiva n. 24/2014/UE, delle Linee Guida ANAC nr. 6)”.

Poiché al raggruppamento aggiudicatario partecipa, quale mandante, una delle società sanzionate con il provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 18.10.2017, detto raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara in applicazione dell’art. 80 co. 5 lett. c) del Codice dei Contratti Pubblici, nonché delle Linee Guida n. 6 dell’ANAC.

“II.b) In via meramente subordinata. Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta; Violazione di legge (artt. 80 comma 5, lett. c) e F-bis), e comma 6, del d.lgs. 50 del 2016, dell’art. 57 della Direttiva n. 24/2014/UE, delle Linee Guida ANAC nr. 6, nonché della sentenza della Corte di Giustizia UE 20.12.2017 in C-178/16)”.

In via gradata, la ricorrente deduce la illegittimità bando di gara, e più in generale il disciplinare di gara, nella parte in cui dovesse giustificare un giudizio di irrilevanza della fattispecie di cui è causa sul rilievo che la stessa (i) avrebbe riguardato una gara diversa da quella di cui si discute, (ii) inerente ad un mercato diverso, (iii) non fosse stata accertata con un provvedimento divenuto inoppugnabile, e (iv) fosse intervenuta successivamente alla presentazione delle offerte ed alla conclusione della procedura di gara. Le ragioni di tale illegittimità sarebbero ricavabili dal motivo di ricorso principale che precede.

“III.a) In via subordinata. Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta; Difetto di istruttoria, violazione e falsa applicazione dell’art. 1, comma 449, l. 296/2006, dell’art. 15, comma 13, lett. d), d.l. 95/2012 e dell’art. 1, comma 512, 548, 549 l. 208/2015, art. 55 legge Regione Sicilia nr. 9 del 7 maggio 2015”.

Posto che ai sensi dell’art. 1, comma 449, della legge n. 296/2006, *“Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento”*, l’A.R.N.A.S., quale ente del Servizio Sanitario Nazionale, avrebbe dovuto ricorrere ai fini dell’approvvigionamento dei servizi oggetto di gara alle convenzioni delle centrali regionali di riferimento o, in mancanza, di Consip. La parte ricorrente richiama altresì l’art. 15, comma 13, lett. d), del d.l. 95/2012, che prevede che gli enti del servizio sanitario nazionale, utilizzano, per l’acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma Consip, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa Consip, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell’art. 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. La norma su richiamata prescrive altresì che *“I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa”*.

“IV.a) In via subordinata. Violazione e falsa applicazione dell’art. 11, comma 1, lettera p), l. n. 124 del 7 agosto ’15, degli artt. 1, 2, 5 e 9 del d.l. n. 171 del 4 agosto ’16, degli artt. 3 e 3 bis del d.lgs. n. 502 del 30 dicembre ’92, dell’art. 117 co. 3 e dell’art. 17 lettera b) e c) dello Statuto della Regione Sicilia, degli artt. 21 septies e octies della l. n. 241 del 7 agosto ’90, degli artt. 32 e 33 del d.lgs. 50 del 18 aprile ’16. Violazione e falsa applicazione dell’art. 1326 e 1328 del Codice Civile. Carezza di potere e difetto assoluto di attribuzione”.

Il RTI ricorrente premette che, con la sentenza n. 159 della Corte Costituzionale, in data 17 luglio 2018, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale della L.r. n. 4 del 1 marzo 2017 della Regione Sicilia, in forza della quale è stata disposta, in data 26 luglio 2017, la nomina a commissario straordinario dell’ARNAS del dr. Migliore, il quale ha adottato tutti gli atti della gara in questione; a seguito della sopra citata pronuncia della Corte Costituzionale, risulterebbe travolto ogni atto di nomina dei legali rappresentanti degli Enti Sanitari, e per l’effetto, anche gli atti approvati dai suddetti commissari i quali, pertanto, sarebbero nulli.

Per resistere al ricorso si sono costituiti l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Civico di Cristina Benfratelli" di Palermo, l'Assessorato Regionale della Salute la OMISSIS S.p.A. e il Commissario di gara Bono Giuseppe Antonio.

Con delibera del Commissario straordinario dell'ARNAS n. 190 del 22/10/2018, su proposta del direttore dell'U.O.C. Gestione Tecnica arch. OMISSIS, sono stati convalidati gli atti della gara impugnati con il ricorso introduttivo del presente giudizio.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 5 dicembre 2018 e depositato il 19 dicembre successivo, il RTI ricorrente ha impugnato altresì tali atti per il seguente motivo:

"V.) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 septies e 21 nonies della L. 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli artt. 32 e 33 D.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1326, 1328 C.C."

L'art. 21 nonies, comma 2, ammetterebbe la possibilità di convalida [solo] del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di pubblico interesse ed entro un termine ragionevole. La disposizione in parola non sarebbe applicabile all'ipotesi di provvedimenti amministrativi viziati da inesistenza o da nullità, i quali risulterebbero insuscettibili di convalida. Gli altri atti della procedura in esame, inclusa l'aggiudicazione definitiva, alla luce della cassazione della Corte Costituzionale, risulterebbero invece radicalmente nulli e/o invalidi in quanto sottoscritti da un soggetto che non avrebbe potuto assumere determinazioni per conto dell'ARNAS - essendone estraneo - e che, in ogni caso, sarebbe stato privo del potere di emanare tali atti. La delibera del Commissario straordinario dell'ARNAS n. 190 del 22/10/2018, impugnata con i motivi aggiunti sarebbe, inoltre, illegittima per i medesimi motivi proposti con il ricorso introduttivo del presente giudizio.

Con ordinanza del 14 novembre 2018 n. 1084, la domanda cautelare di parte ricorrente è stata respinta.

In vista dell'udienza di merito il R.t.i. ricorrente, l'ARNAS e la Dedalus s.p.a. hanno depositato memorie. La controinteressata OMISSIS s.p.a. ha rappresentato, in particolare, che la stazione appaltante ha provveduto alla sottoscrizione con OMISSIS s.p.a. del contratto relativo all'appalto *de quo* a cui è seguita, in data 22.2.2019, la consegna dei lavori e l'inizio dell'esecuzione del contratto (cfr. nota di deposito del 26.2.2019).

Alla pubblica udienza fissata per la sua discussione, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'architetto Giuseppe Antonio Bono (quale Presidente della commissione di gara). Detta eccezione è fondata avuto riguardo a quanto costantemente statuito dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in relazione all'U.R.E.G.A. quale "struttura intermedia del Dipartimento regionale tecnico dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità" (art. 9, comma 3, L.R. n. 12 del 2011); tale ufficio è, infatti, servente della singola Stazione appaltante, sulla quale ricade la responsabilità ultima degli atti adottati (come si evince anche dall'art. 22 d.P.R.S. 31 gennaio 2012 n. 13): da qui la conseguenza del normale difetto di legittimazione passiva dell'U.R.E.G.A. stesso in sede contenziosa (cfr. C.G.A.R.S. 17-05-2018, n. 291, che richiama C.G.A.R.S. 14 aprile 2016, n. 94, e 20 novembre 2015, n. 665) e dei singoli Commissari di gara.

Va invece disattesa l'eccezione di difetto di legittimazione passiva del resistente Assessorato sollevata dalla difesa erariale in quanto la parte ricorrente ha impugnato, altresì, seppure in via subordinata, la deliberazione n. 315 del 26 giugno 2017 con la quale la Giunta regionale aveva nominato il dott. Giovanni Migliore Commissario dell'ARNAS Civico e tutti gli atti prodromici alla nomina nonché la nota n. 53930 del 29 giugno 2017, con la quale veniva comunicato ai direttori generali delle Aziende del S.S.R. in scadenza al 30 giugno 2017 la proroga dell'incarico ex art. 3 del D.L. n. 293/1994, convertito nella legge n. 444/1994 e art. 1 della L.r. n. 22/1995 e s.m.i., per un periodo massimo di 45 giorni.

Passando all'esame del merito, con un primo gruppo di censure (sub I.a e I.b) il RTI ricorrente invoca il disposto dell'art. 95, comma 10, del D.lgs. 50 del 2016 come modificato dal c.d. "correttivo", ossia dal D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, pubblicato nella GURI 5 maggio scorso n. 103 ed entrato in vigore, a mente dell'art. 131 dello stesso, il successivo 20 maggio.

Tale disposizione - che sancisce espressamente che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro (salvo che si tratti di forniture senza posa in opera, di servizi di natura intellettuale e di affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro) - non precisa se la suddetta eventuale mancata indicazione debba condurre sempre all'esclusione dell'offerente, anche quando si risolve in una mera carenza formale perché dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetta i costi minimi aziendali.

La parte ricorrente richiama in proposito la sentenza del Consiglio di Stato n. 815 del 7 febbraio 2018 secondo cui - per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016 - non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata o "incerta e fluttuante" indicazione degli oneri di cui all'art. 95, comma 10, atteso che il nuovo Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale assoluto obbligo.

La questione è stata di recente affrontata dalla terza Sezione di questo Tribunale che ha rilevato come "l'art. 95, comma 10, indichi una specifica vincolante modalità di redazione dell'offerta economica, con la necessaria indicazione separata degli oneri di manodopera e di sicurezza; che il mancato rispetto di tale vincolante prescrizione non possa essere sanato attraverso il soccorso istruttorio e che determini l'esclusione dalla gara" (Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2018, n. 1552). Tale impostazione è stata condivisa anche da questa Sezione (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 22/03/2019 n. 829) la quale ha richiamato i principi espressi - nell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. - dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nell'ordinanza 24 gennaio 2019 n. 3.

A tale tesi hanno replicato l'ARNAS e la controinteressata sostenendo che l'art. 95, comma 10, del D.lgs. 50 del 2016, come modificato dal c.d. "correttivo", non trova applicazione ai bandi (cfr. la disciplina transitoria di cui all'art. 216 del Codice Contratti Pubblici) già pubblicati anteriormente all'entrata in vigore delle modifiche, proprio come quello di cui alla presente controversia, adottato con delibera del CS del 6 aprile 2018, pubblicata in GUUE in data 17 maggio ed in GURS il successivo 19 maggio. Del tutto coerentemente, dunque, i documenti di gara non avrebbero previsto a carico del concorrente l'onere di indicare, a pena di esclusione, il costo della manodopera, onere invece esplicitamente previsto solo dal nuovo testo dell'art. 95, ossia quello risultante dalla modifica prevista dal correttivo. Né un tale esito espulsivo sarebbe potuto derivare dalla previsione (non del bando ma) dello schema di domanda allegato al bando, a ciò ostando il disposto del Codice Contratti Pubblici (art. 83 comma 8 ultima parte) a mente del quale *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*.

Conseguentemente la procedura in parola sarebbe disciplinata dall'art. 95 co. 10 previgente al decreto correttivo (secondo il quale *“Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*) che non fa riferimento alcuno al costo della manodopera.

Risulta a questo punto dirimente stabilire se l'art. 95, comma 10, del D.lgs. 50 del 2016, come modificato dal c.d. “correttivo” trovi applicazione nella fattispecie in esame.

Sul punto la difesa del RTI ricorrente ha richiamato l'art. 73 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui *“Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC”*. Dunque la procedura in esame sarebbe soggetta all'applicazione del c.d. “correttivo” poiché la pubblicazione sulla piattaforma digitale presso l'ANAC è intervenuta il data 17 luglio 2017; del tutto irrilevante sarebbe, invece, la data di pubblicazione sul SIMOG ovvero sul Sistema di Monitoraggio Gare (adempimento questo, a carico della Stazione Appaltante, in ragione della quale si chiede all'ANAC di assegnare ad ogni procedura di gara, prima della sua pubblicazione, un proprio codice identificativo gara).

Sebbene abilmente esposta, il Collegio ritiene di disattendere la predetta argomentazione.

Ed invero, secondo condivisibile giurisprudenza, “tanto nel vecchio, quanto nel nuovo quadro normativo, (che) il momento rilevante nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici (regolate dal diritto UE) sia quello della pubblicazione del bando in GUCE. Una diversa interpretazione sarebbe in palese contrasto con i principi fissati dal TFUE, ancor prima che nelle direttive europee in materia. È questa la ragione per cui, ai sensi dell'art. 73, comma 2 nuovo codice e dell'art. 66 comma 10 vecchio codice, la pubblicazione in GURI riproduce quanto contenuto in GUCE (“gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non contengono informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi o bandi trasmessi all’ufficio delle pubblicazioni dell’unione europea”). Va da sé che la rilevanza sostanziale si riferisce anche alla disciplina transitoria: ... poiché il termine di applicazione del nuovo codice attiene alla necessità di stabilire quali siano le procedure salvaguardate da quelle che non lo sono, esso deve basarsi sulla pubblicazione rilevante ai fini dello stabilire quali procedure devono ritenersi bandite e già presenti sul mercato” (Consiglio di Stato, III, 29 maggio 2017 n. 2549). Risulta peraltro convincente quanto dedotto dalla controinteressata Dedalus in ordine al fatto che, qualora la data di pubblicazione del bando fosse quella del 17 luglio 2017, i concorrenti avrebbero avuto solo otto giorni per effettuare il sopralluogo obbligatorio previsto a pena di esclusione e per la presentazione delle offerte, in quanto la data ultima di scadenza era fissata dal bando per il 25 luglio 2017.

Pertanto posto che ai sensi dell'articolo 131, comma 1, Decreto Correttivo, *“Il presente decreto entra in vigore decorsi quindici giorni dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale”* ed essendo pubblicato il Decreto Correttivo in data 5 maggio 2017, computando i giorni di *vacatio legis*, la novella legislativa è entrata in vigore in data 20 maggio 2017, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni ivi contenute ai bandi pubblicati in epoca anteriore, tra cui, per l'appunto, quello per cui è causa, pubblicato in data 19 maggio 2017.

Dalle superiori considerazioni consegue che le censure sub. Ia) e Ib) in quanto interamente incentrate sull'interpretazione del “nuovo” art. 95 comma 10 del D.lgs. 50 del 2016, risultano destituite di fondamento, essendo la procedura oggetto del presente giudizio regolata dal codice degli appalti “ante decreto correttivo”.

Con un secondo gruppo di censure (sub II.a e II.b) il RTI ricorrente deduce che il RTI controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara in applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. c) del Codice dei Contratti Pubblici, nonché delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC poiché a detto raggruppamento partecipa, quale mandante, una delle società sanzionate con il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 18.10.2017. Secondo la ricorrente, essendo pacifica l'applicabilità alla procedura gravata delle Linee Guida n. 6, perché espressamente ed integralmente richiamate dal Codice dei Contratti Pubblici, sarebbe inconfutabile che la mandante del raggruppamento aggiudicatario si sarebbe resa colpevole di accordi collusivi posti in essere nell'ambito di una importante procedura selettiva e la stessa "*non ha trasmesso tali informazioni*" (così come richiesto dall'art. 57 lett. h) Direttiva 24/2014) ovvero non ha prodotto alcuna autonoma dichiarazione integrativa al DGUE, ovvero non ha deliberatamente ottemperato all'obbligo di trasmissione del provvedimento sanzionatorio già adottato in data 18.10.2017 ovvero prima della fase di ammissione delle offerte (15.11.2017).

Con riferimento a tale censura il Collegio ritiene di prescindere dall'eccezione di irricevibilità della stessa formulata dal controinteressato RTI Dedalus (in quanto l'ammissione di detto RTI avrebbe dovuto essere impugnata dalla ricorrente nel termine decadenziale previsto dall'art.120 comma 2 bis c.p.a.) per ritenerla comunque infondata nel merito.

Valgono in proposito le considerazioni sopra formulate in ordine alla disciplina applicabile al caso di specie.

Ne consegue, pertanto, che erra la parte ricorrente nel richiamare, sia l'articolo 80, comma 5, lettera f-bis) - in quanto introdotto dall'articolo 49, comma 1, lettera e), punto 1), del Decreto Correttivo, non applicabile *ratione temporis*, - sia le Linee Guida ANAC n. 6 aggiornate post "correttivo", per le medesime ragioni sopra esposte.

Ed invero, alla data di ammissione delle offerte (15.11.2017), le linee guida Anac n. 6 non davano rilievo alla sanzione in quanto adottata, ma solo a quella "definitivamente accertata".

A ciò si aggiunga che, alla scadenza del termine di presentazione la sanzione non era stata ancora adottata, con conseguente inesigibilità dell'onere dichiarativo e la dichiarazione è stata resa nella fase di gara rilevante al fine di consentire la verifica dei requisiti, anche in ragione delle mutate indicazioni delle linee guida Anac (che, come detto, anticipa la rilevanza delle sanzioni al momento della irrogazione).

Correttamente, pertanto, la Stazione appaltante non ha escluso il raggruppamento controinteressato, come dallo stesso evidenziato allorché ha richiamato la giurisprudenza amministrativa pronunciata proprio in relazione ad identica fattispecie (cfr., TAR Lombardia Milano, Sezione IV, sentenza n. 2127 del 25 settembre 2018 secondo cui "La sanzione comminata dall'AGCM a OMISSIS per condotta anticoncorrenziale non è, invero, automaticamente impeditiva della partecipazione ad altra gara. In disparte il fatto che si trattava di una sanzione non ancora definitiva, comunque «è rimessa alle stazioni appaltanti, nella loro discrezionalità, la scelta se procedere o meno all'esclusione delle concorrenti»").

Con un terzo ordine di censure (sub III.a) la parte ricorrente deduce, in via subordinata, che la stazione appaltante sarebbe dovuta ricorrere ai fini "dell'approvvigionamento, dei servizi oggetto della procedura di gara alle convenzioni delle centrali regionali di riferimento o, in mancanza, di Consip".

La censura, in disparte i profili di tardività in relazione alla tempestiva impugnazione del bando, risulta palesemente inammissibile per carenza di interesse non evincendosi in alcun modo quale vantaggio il RTI ricorrente avrebbe ottenuto qualora, in ipotesi, l'amministrazione avesse operato diversamente ricorrendo per l'approvvigionamento alle convenzioni delle centrali regionali di riferimento o, in mancanza, di Consip.

Risulta altresì infondata la censura (sub IV.a) con cui si deduce che gli atti della procedura in esame, inclusa l'aggiudicazione definitiva sarebbero nulli e/o invalidi in quanto sottoscritti da un soggetto (il dott. OMISSIS) che non avrebbe potuto assumere determinazioni per conto dell'ARNAS. Secondo parte ricorrente la nomina a commissario straordinario del dott. Migliore effettuata ai sensi dell'art. 3 della L.r. n. 4/2017 del 1 marzo 2017 (inerente le "norme urgenti per le procedure di nomina nel settore sanitario regionale") sarebbe stata travolta con effetti caducatori dalla sentenza della Corte Costituzionale del 17/07/2018 n. 159, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della citata norma regionale in forza della quale il dott. Migliore era stato nominato commissario straordinario dell'ARNAS e ha conseguentemente adottato tutti gli atti della gara in questione.

Com'è noto con la norma citata, la Regione Siciliana è intervenuta in materia di nomine dei direttori generali sanitari in ambito regionale, stabilendo che *"nelle more della modifica legislativa discendente dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016 e considerato il mancato aggiornamento dell'elenco regionale secondo quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 3-bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modifiche ed integrazioni al fine di evitare liti e contenziosi, gli incarichi di direttore generale delle Aziende sanitarie provinciali, delle Aziende ospedaliere e delle Aziende ospedaliere universitarie della Regione attualmente vigenti sono confermati sino alla naturale scadenza ed è fatto divieto di procedere a nuove nomine, ove non ricorra l'incarico ordinario si procede alla nomina di commissario ai sensi di quanto disposto dall'articolo 3-bis del decreto legislativo n. 502/1992 e successive modifiche ed integrazioni"*.

Secondo la Corte Costituzionale, tuttavia, tale disposizione, nell'introdurre un regime speciale e transitorio per i casi di naturale scadenza degli incarichi di direttore generale delle aziende sanitarie regionali, articolato sul divieto di nuove nomine, da un lato, e sulla nomina di un commissario ad acta, dall'altro - senza prevedere né i requisiti necessari per accedere all'incarico, né le procedure da seguire per pervenire a tali nomine, né i relativi termini di decadenza - risulta palesemente in contrasto con i principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia di dirigenza sanitaria e di tutela della salute.

In particolare, la Corte Costituzionale ha statuito che *"non sussistono le ragioni invocate dal legislatore regionale a giustificazione dell'adozione di una disciplina temporanea ed eccezionale, che stabilisce il divieto di procedere alla nomina di nuovi direttori generali delle aziende sanitarie provinciali e, in caso di scadenza naturale dell'incarico, dispone la nomina di commissari. Per di più, la genericità della previsione regionale, che non definisce né le procedure, né i requisiti, né i termini di decadenza dei commissari, consente alla Regione di conferire gli incarichi apicali della dirigenza sanitaria in maniera ampiamente discrezionale, al di fuori del sistema delineato dal legislatore statale, mettendo quindi a rischio le finalità perseguite da quest'ultimo"*.

Orbene, secondo parte ricorrente l'incostituzionalità della norma in forza della quale la Regione Siciliana ha proceduto alla nomina di commissari straordinari facenti le funzioni dei direttori generali delle aziende sanitarie regionali travolgerebbe non solo la nomina ma anche gli atti approvati dai commissari medesimi.

La tesi non merita di essere condivisa.

Costituisce, infatti, principio consolidato quello secondo cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha efficacia *ex tunc* (salvo il limite costituito dagli effetti che la norma incostituzionale abbia irrevocabilmente prodotto, si pensi alle situazioni e ai rapporti divenuti incontrovertibili per il maturarsi di termini di prescrizione o di decadenza, o perché definiti con giudicato) e opera *erga omnes*.

Deve ormai considerarsi superata la tesi dell'inesistenza dell'atto amministrativo applicativo di norme incostituzionali, sostenuta da una parte della più risalente giurisprudenza che si basava sulla natura dichiarativa delle sentenze di illegittimità costituzionale, cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha contrapposto l'affermazione della natura costitutiva delle sentenze di incostituzionalità (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8 del 1963). Escluso quindi che la norma dichiarata incostituzionale debba considerarsi inesistente, non può accogliersi la tesi che dall'inesistenza della norma deduce l'inesistenza dell'organo amministrativo creato in base ad essa e l'inesistenza degli atti emessi da tale organo.

Contro tale impostazione milita il concetto di autonomia del momento esecutivo da quello legislativo.

Ed invero, come evidenziato dalla stessa giurisprudenza richiamata anche dalla difesa erariale non esiste, tra la legge e l'atto amministrativo, un rapporto di consequenzialità, quale si ravvisa ad esempio tra l'atto preparatorio e l'atto finale di un procedimento amministrativo (là dove la caducazione del primo travolge il secondo).

Non coglie dunque nel segno l'argomentazione di parte ricorrente, fondata sulla sola "illegittimità derivata" della proroga e nomina del dott. Migliore, risalente a giugno-agosto 2017 e della sua conferma. Parte ricorrente, dunque, avrebbe dovuto impugnare la nomina del dott. Migliore ma non lo ha fatto e non può oggi giovare degli effetti derivanti dalla sentenza della Corte Costituzionale più volte citata.

Risulta invece condivisibile quanto dedotto sia dalla difesa erariale che da quella dell'ARNAS allorché hanno richiamato la giurisprudenza sul cd. "funzionario di fatto" la quale, in più occasioni, rilevato che "in caso di investitura formale poi caducata retroattivamente, poiché affetta da vizi di legittimità, non si verifica l'invalidità derivata degli atti a valle posti in essere dal soggetto illegittimamente nominato, essendo proprio questa la situazione classica in cui – per assicurare la certezza e la continuità dell'azione amministrativa e per tutelare l'affidamento del terzo destinatario di provvedimenti favorevoli – si riconosce la validità dei provvedimenti, emessi prima dell'annullamento del presupposto atto di nomina (cfr. in tal senso, per il principio, Cons. Stato, Ad. Plenaria, n. 4 del 29 febbraio 1992)" (Consiglio di Stato, V, 11 ottobre 2017 n. 4718).

Ad ogni buon conto, gli atti della gara asseritamente instabili (a partire dal bando) sono stati oggetto di apposita deliberazione di convalida 22 ottobre 2018 n. 190 ai sensi dell'art. 21-nonies, c. 2 della L. 241/90 adottata "con specifico riferimento alla contestata legittimazione del Commissario pro tempore, in considerazione dell'illegittimità della sua nomina, avuta luogo sulla base di una disposizione dichiarata incostituzionale".

Detta deliberazione è stata censurata con i motivi aggiunti in quanto disposizione di cui al citato art. art. 21-nonies non sarebbe applicabile alla ipotesi di provvedimenti amministrativi viziati da inesistenza o da nullità, i quali risulterebbero insuscettibili di convalida. Gli altri atti della procedura in esame, inclusa l'aggiudicazione definitiva, alla luce della cassazione della Corte Costituzionale, risulterebbero invece radicalmente nulli e/o invalidi in quanto sottoscritti da un soggetto che non

avrebbe potuto assumere determinazioni per conto dell'ARNAS - essendone estraneo - e che, in ogni caso, sarebbe stato privo del potere di emanare tali atti.

La censura è infondata.

Non risulta condivisibile quanto sostenuto dalla difesa di parte ricorrente in ordine alla inammissibilità della convalida nella fattispecie in esame.

Ed invero con tale istituto l'amministrazione sana i propri atti da vizi di legittimità, in applicazione, del principio di economia dei mezzi giuridici e di conservazione degli atti (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2010 n. 4460; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. I, 08/06/2015, n. 542).

In linea generale, la convalida si concretizza in una manifestazione di volontà della pubblica amministrazione rivolta ad eliminare il vizio dell'atto (originariamente) invalido.

Le ragioni di economia dei mezzi giuridici consentono poi di ritenere ammissibile il rimedio anche ove l'atto sia *sub iudice* (cfr. Cons. Stato Sez. IV 26 giugno 1998 n. 991); "e comunque l'ammissibilità della convalida di un atto nelle more del giudizio è da ritenersi ormai fuor di dubbio alla luce della novella recata dall'art.21 nonies della legge n.241/90, norma che ha previsto la possibilità, in generale, di convalida dell'atto per ragioni di pubblico interesse ed entro un ragionevole lasso temporale (disposizione peraltro espressamente richiamata dalla nota di avvio del procedimento di convalida per cui è causa), senza che il legislatore abbia previsto come causa preclusiva la pendenza di un giudizio" (Cons. Stato, IV, 14 ottobre 2011 n. 5538; T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 4 dicembre 2018, n. 6953).

Sulla scorta di quanto precede, deve ritenersi che il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, non merita accoglimento e va, pertanto, rigettato.

Le spese possono compensarsi tra le parti costituite, in ragione della complessità delle questioni trattate e della peculiarità della fattispecie; non è luogo a provvedere nei confronti di OMISSIS, La OMISSIS e OMISSIS S.p.A. - OMISSIS S.p.A., non costituiti in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva di OMISSIS;

- rigetta il ricorso:

Compensa le spese di giudizio tra le parti costituite; nulla per le spese nei confronti di OMISSIS OMISSIS e di OMISSIS S.p.A. - OMISSIS S.p.A., non costituiti in giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Francesco Mulieri, Primo Referendario, Estensore

Raffaella Sara Russo, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola

IL SEGRETARIO