



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 47 del 17 gennaio 2019

Fascicolo UVLA 5260/2017

Oggetto: Convenzione per la realizzazione e gestione di un Centro Cardiologico Pediatrico del Mediterraneo, sottoscritta tra la Regione Siciliana e l'IRCCS Bambino Gesù Ospedale Pediatrico.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Considerato in fatto

In data 26.10.2017, prot. n. 121615, perveniva all'Autorità la nota dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 19, comma 5, lett. a-bis) del d.l. n. 90/2014 convertito dalla L. n. 114/2014, riguardante la formulazione di un parere, da parte della medesima Avvocatura, su istanza dell'Assessorato Regionale della Salute - Dipartimento Reg. Pianificazione Strategica di Palermo, in ordine ad una possibile definizione transattiva nell'ambito della convenzione intercorsa tra la Regione Siciliana e l'IRCCS Bambino Gesù Ospedale Pediatrico per la realizzazione di un Centro Cardiologico Pediatrico del Mediterraneo, con il quale l'Avvocatura evidenzia che *“Stante la violazione dell'obbligo di gara ad evidenza pubblica, che caratterizza la vicenda in esame, il presente parere viene trasmesso, per Conoscenza e per quanto di eventuale competenza, all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell'art. 19, co. 5, lett. a bis), del D.L. 24.6.2014 n. 90 conv. in L. n. 114/2014”*.

A fronte di tale segnalazione l'Autorità, con nota prot. 79502 del 26.09.2018 comunicava agli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico – IRCCS Bambino Gesù – Ospedale Pediatrico e alla Regione Siciliana - Assessorato Regionale della Salute - Dipartimento per la Pianificazione Strategica, l'avvio dell'istruttoria finalizzato ad approfondire le modalità con le quali erano state acquisite le attrezzature e realizzate le opere edili afferenti al Centro Cardiologico Pediatrico del Mediterraneo presso i locali dell'Ospedale San Vincenzo di Taormina, alla luce degli impegni di spesa previsti con la corresponsione dei predetti finanziamenti, assegnando il termine di 20 giorni per l'acquisizione di elementi informativi e documentali in ordine alle prescrizioni e agli obblighi previsti nell'ambito della convenzione su richiamata a carico del soggetto attuatore, richiedendo in particolare alla Regione di

relazionare in ordine alla realizzazione e finanziamento delle suddette opere, dando evidenza dello stato della convenzione e dei pagamenti allo stato eseguiti in favore dell'Istituto.

Con nota acquisita al prot. 84563 del 15.10.2018 perveniva riscontro dell'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, con il quale si dava atto preliminarmente della natura giuridica dell'istituto, evidenziando che il medesimo operava quale *“Ente della Santa Sede operante come Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico di diritto privato, erogatore di prestazioni sanitarie in rapporto con il Servizio Sanitario Nazionale, ai sensi della Legge 18 maggio 1995 n.187, che ha recepito l'accordo tra la Santa Sede ed il Governo Italiano per regolare i rapporti tra l'Ospedale ed il Servizio Sanitario Nazionale Italiano stipulato in data 15 febbraio 1995”*.

Riguardo al contenuto della Convenzione sottoscritta tra lo stesso Istituto e la Regione Siciliana in data 11/6/2010, veniva evidenziato che *“la Regione Siciliana abbia richiesto all'Ospedale di realizzare un Centro analogo, quanto a prestazioni sanitarie offerte, all'Ospedale Bambino Gesù: ciò doveva, giocoforza, implicare la possibilità, per l'Ospedale Bambino Gesù, di procedere secondo le modalità e le prassi proprie, quelle cioè che, unitamente alle qualità professionali delle proprie Risorse Umane, hanno consentito all'Ospedale stesso di raggiungere livelli di eccellenza”* e che *“la Convenzione ha dunque recepito l'obiettivo della Regione Siciliana di “dotare” la stessa “di un Centro Cardiologico Pediatrico con i requisiti strutturali ed organizzativi - aggiuntivi rispetto a quelli autorizzativi - corrispondenti agli standard di eccellenza, di attività, di processo e di prodotto adottati dalla Joint Commission International per l'accreditamento delle strutture sanitarie (...)”* L'Ospedale, dunque, intanto ha potuto garantire le operazioni necessarie alla realizzazione del Centro ed alla sua successiva gestione, in quanto la Regione Siciliana ha concesso ampia deroga ad aspetti disciplinati dalla disciplina pubblicistica, così che l'Ospedale ha potuto adottare le misure ritenute più idonee sulla base delle esperienze maturate al proprio interno”.

Inoltre, viene riferito che *“In relazione all'impegno della Regione a corrispondere un finanziamento di € 4.800.000 per i primi due anni e di € 5.300.000 per i tre anni successivi laddove non risultano svolte procedure di gara ad evidenza pubblica”* deve evidenziarsi come esso finanziamento sia stato previsto dal conto economico contenuto nel piano operativo allegato alla Convenzione, non già per l'esecuzione delle opere delle quali si chiedono delucidazioni, bensì per la copertura dei costi di funzionamento ivi indicati (cfr Conto economico - allegato n. 2 alla Convenzione), precisando ulteriormente che *“Quanto invece all'acquisizione delle attrezzature ed alla realizzazione delle opere edili ed impiantistiche necessarie per la realizzazione ed il conseguente avvio del Centro, occorre rilevare che le stesse sono state effettuate dall'Ospedale a seguito di un iter avviato dall'Assessorato alla Sanità della Regione Siciliana che, con nota del 22 luglio 2010 ... ha richiesto all'Ospedale di presentare una proposta con computo metrico estimativo relativamente alle opere edili ed impiantistiche per l'adeguamento della struttura oggetto dell'intervento, nonché l'elenco dettagliato delle attrezzature sanitarie e delle soluzioni informatiche proposte (hardware e software clinici)”*.

In riferimento alle procedure previste per l'esecuzione delle predette opere, lo stesso Istituto precisava che *“la Convenzione al punto 5.1 ha previsto che l'Ospedale si sarebbe avvalso delle “proprie procedure”, anche con riferimento alle “procedure di acquisizione di beni di consumo, sanitari ed opere edili ed impiantistiche”*. L'Istituto, quindi, conformemente a quanto disciplinato nell'accordo, ed a quanto successivamente richiesto ed autorizzato dalla Regione Siciliana, ha operato nella sua qualità di soggetto privato. Pertanto, in riscontro alla richiesta dell'Assessorato alla Sanità del 22 luglio 2010, l'Ospedale con nota del 10 settembre 2010, prot. 209 ..., ha presentato la documentazione necessaria al fine di consentire alla Regione Siciliana di valutare la possibilità di affidare all'Istituto l'onere di procedere all'acquisizione delle attrezzature ed all'esecuzione delle opere edili ed impiantistiche per la realizzazione del Centro. Tale documentazione, peraltro, fu predisposta in stretta collaborazione con il personale tecnico e sanitario dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Messina, che mai ha formulato rilievi al riguardo” e che *“L'Assessorato alla Sanità, in accoglimento della proposta presentata dall'Ospedale e del piano degli investimenti, con nota del 21 ottobre 2010, prot. 40078 ... ha valutato positivamente la proposta ed ha incaricato l'Ospedale a procedere all'acquisizione delle attrezzature ed alla realizzazione delle opere edili ed impiantistiche ivi previste”*.

In tale contesto, l'Istituto ha altresì precisato di avere *“effettuato secondo le proprie prassi quanto necessario all'acquisizione dei beni e delle attrezzature finalizzate alla realizzazione del Centro, nonché all'avvio dei*

lavori di ristrutturazione, avendo come primario obiettivo la piena integrazione funzionale ed operativa con le proprie sedi, messa in atto anche attraverso personale sanitario dell'Istituto operante presso il Presidio Ospedaliero di Taormina. Peraltro, le procedure finalizzate all'esecuzione delle opere ed agli acquisti occorrenti sono sempre state improntate al principio dell'economicità, come anche richiesto nella nota dell'Assessorato alla Sanità del 21 ottobre 2010”.

L'Istituto concludeva asserendo che “Per quanto sopra, l'Ospedale ritiene di avere agito in virtù dell'ampia deroga riconosciuta dalla Regione Siciliana e nel pieno rispetto della regolamentazione contrattuale che ha consentito la realizzazione di un Centro di eccellenza di cardiologia e cardiocirurgia pediatrica; ha agito, altresì, nel pieno rispetto della normativa applicabile al caso di specie ed operando nella massima trasparenza”.

Con nota acquisita al prot. 85377 del 16.10.2018 perveniva il riscontro della Regione Siciliana – Assessorato della Salute, con il quale si ricostruivano gli ambiti dei rapporti sottesi alla convenzione in esame, dando evidenza in primo luogo che *“La Giunta regionale, con deliberazione n. 125 del 15/05/2010 ... ha apprezzato e approvato lo schema di convenzione tra l'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù di Roma, Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico e la Regione Siciliana per l'istituzione di un centro cardiologico pediatrico del Mediterraneo, da realizzarsi presso l'Azienda Ospedaliera O.R. Villa Sofia Cervello di Palermo”* e precisando ulteriormente che *“La convenzione è stata sottoscritta in data 11/06/2010 ... dal presidente pro tempore della Regione Siciliana, dall'Azienda Ospedaliera O.R. Villa Sofia Cervello di Palermo e dall'ASP di Messina”* e che *“In attesa del completamento degli interventi di adeguamento strutturale del plesso destinato a sede definitiva del Centro presso l'Azienda Ospedaliera O.R. Villa Sofia Cervello di Palermo, ne veniva individuata la sede provvisoria negli spazi del P.O. San Vincenzo di Taormina dell'ASP di Messina”.*

In riferimento al contenuto della convenzione, nei riguardi della quale si è evidenziato l'atto deliberativo con il quale l'ASP di Messina ha preso atto della medesima, viene riferita la durata decennale e la facoltà, concessa a ciascuna parte, di esercitare il recesso a partire dal sesto anno, con la precisazione, tra l'altro, che *“l'art. 7 della convenzione prevedeva la realizzazione del progetto in tre fasi successive, ed in particolare: "Fase 1" a cura dell'Istituto: analisi dello stato dei luoghi (spazi e impianti), elaborazione e avvio della fase esecutiva del progetto di adeguamento degli spazi del P.O. di Taormina - entro 60 giorni data di sottoscrizione della convenzione"; "Fase 2" a cura dell'Istituto: approntamento e inizio dell'attività del Centro presso il P.O. di Taormina - entro 180 giorni dalla data di sottoscrizione della convenzione; "Fase 3: trasferimento delle attività ed attivazione del centro presso la sede definitiva dell'Azienda Ospedaliera Villa Sofia Cervello a seguito del completamento dei lavori di realizzazione dell'ex Centro di Eccellenza Materno Infantile (CEMI) di circa 54 milioni di euro”* e che *“Il comma 2 dell'art. 5 della stessa convenzione prevedeva, fermo restando quanto disposto dall'art. 7, l'applicazione al Centro della disciplina propria dell'Istituto nella sua connotazione di Ente di proprietà della Santa Sede per quanto compatibile con la normativa nazionale e regionale vigente nella Regione Siciliana”.*

Riguardo alle modalità di finanziamento, risulta precisato, con il richiamo all'art. 10 della medesima convenzione, che *“i costi per la realizzazione del progetto con l'individuazione delle somme che la regione Siciliana si impegnavano a trasferire all'istituto per i primi 5 anni, da erogarsi in rate mensili previa rendicontazione dei costi sostenuti. A fronte dei suddetti trasferimenti l'Istituto si impegnavano ad erogare prestazioni fino all'ammontare di € 3.800.000,00”.*

Riguardo all'avvio della realizzazione del progetto, risulta evidenziata l'intercorsa autorizzazione fornita dalla Regione all'Istituto con nota prot. 18699 del 22.07.2010 *“a procedere all'acquisizione delle attrezzature e della realizzazione delle opere edili ed impiantistiche”*, dando atto della successiva nota n. 40078 del 21/10/2010, con la quale la medesima Regione *“valutava positivamente il relativo piano di investimenti presentato dallo stesso Istituto, con la raccomandazione di perseguire, ove possibile, il massimo dell'economicità nell'acquisizione delle attrezzature e nella realizzazione delle opere edili ed impiantistiche, con obbligo di specifica rendicontazione”* e precisando ulteriormente che *“Pertanto, l'Istituto procedeva ad eseguire nei locali di proprietà dell'ASP di Messina tutti gli interventi strutturali e di acquisizione delle strumentazioni occorrenti all'avvio dell'attività del Centro, il quale effettivamente iniziava le proprie attività nei termini convenuti”.*

La Regione riferiva quindi che successivamente, in data 4 marzo 2014 “l'IRCCS Bambino Gesù; tramite lo Studio Legale Associato dell'AVV.to [...OMISSIS...], chiedeva la liquidazione dei costi sostenuti per la realizzazione del CCPM ammontanti a € 11.651.197 per l'acquisizione di beni di consumo, sanitari e opere edili ed impiantistiche secondo quanto previsto espressamente al punto 5.1 della convenzione”, dando atto ulteriormente che “l'ASP 5 di Messina, a cui erano state trasferite le somme per il funzionamento del Centro da liquidare successivamente all'Istituto, ha individuato, ai sensi dell'art. 216 del DPR n. 207 del 2010, i componenti di una specifica commissione di collaudo dei lavori svolti per la realizzazione del CCPM”.

Nel dare atto ulteriormente che “A seguito dell'adozione del D.A. n. 45 del 14/01/2015, che ha previsto, tra l'altro, il trasferimento della cardiocirurgia pediatrica nell'area metropolitana di Palermo presso l'ARNAS Civico Di Cristina Benfratelli, con nota prot. n. 29274 del 02/04/2015 e successiva presidenziale prot 93660 del 04.12.2015 ... è stato esercitato dalla Regione il diritto di recesso ai sensi e per gli effetti dell'art. 12 punto 2 della convenzione con decorrenza dall'11/6/2016”, nonché dell'attivazione di un nuovo accordo di collaborazione, sottoscritto con il medesimo Istituto in data 24.06.2016, finalizzato all'erogazione di attività di consulenza specialistica, veniva evidenziato che “La Commissione di collaudo ha ultimato i propri lavori con una corposa ed analitica relazione in data 26 maggio 2016 (all. 10), nella quale è stata evidenziata tra l'altro la circostanza che nessuna valutazione era stata richiesta all'assessorato salute sul progetto predisposto, evidenziando che le procedure di affidamento dei lavori realizzati con fondi dell'IRCCS non avevano seguito le procedure previste dal Codice dei Contratti”. Veniva, inoltre, riferito che “Con nota protocollo 50652 del 09/06/2016 a firma del Presidente della Regione, l'Assessorato della Salute, in riscontro alla nota di OPBG prot. 129 del 11 maggio 2016, al riguardo dei crediti vantati da OPBG per la realizzazione delle opere e per l'acquisto delle attrezzature ed in esito alle risultanze della Commissione di collaudo che aveva sollevato l'assenza di procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei fornitori, ha valutato la convenzione a suo tempo stipulata in contrasto con la normativa nazionale, regionale e comunitaria perché elusiva delle regole sui pubblici contratti” e che comunque con “nota prot. n. 248/2016 del 1/8/2016 ... l'Istituto ha richiesto alla Regione il rimborso delle spese effettuate per l'esecuzione delle opere e per gli acquisti occorrenti alla realizzazione del Centro presso i locali del P.O. di Taormina, a cui ha proceduto senza fare ricorso a procedure di evidenza pubblica, il cui importo è stato successivamente quantificato, da un'apposita commissione istituita per il collaudo dall'ASP di Messina, in complessivi € 11.708.872,00”, dando successivamente evidenza della definizione di una bozza di accordo transattivo.

Con riferimento ai contenuti di tale accordo, nel richiamare il nuovo accordo negoziale sottoscritto in data 24.06.2016 a seguito del recesso operato dalla Regione, veniva precisato che “il servizio espletato, dapprima, con l'originaria convenzione dell'anno 2010 e, in atto, con il nuovo accordo sottoscritto in data 24/6/2016, riveste connotazioni di pubblica utilità e che il complesso dei beni originariamente destinati all'esercizio delle attività, nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano in virtù dell'originario impegno assolto dall'Istituto ai sensi dell'art. 7 fasi 1 e 2 della Convenzione 2010, sono assolutamente necessari per le attività erogate dall'ASP di Messina in accordo con l'Istituto medesimo”.

In ordine alla stima della somma da corrispondere all'Istituto, dando atto preliminarmente che alla quantificazione si era pervenuti in base al criterio dell'indebito arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., veniva riferito che “tali locali e strumentazioni in ogni caso hanno subito il normale logoramento derivante dall'uso nell'esecuzione della convenzione 2010, ragione per cui devono essere adeguatamente valorizzati mediante un criterio oggettivo corrispondente all'economicità, all'efficienza e all'efficacia tipici del buon andamento della P.A.” e che “l'ASP di Messina e l'Istituto, dopo intensa negoziazione, hanno determinato di attribuire a tali beni un disvalore d'uso per ogni anno pari al corrispettivo annuale per le attività svolte dall'istituto all'interno dei locali aziendali, quantificato, all'art. 5 comma 1 dell'Accordo sottoscritto il 24/6/2016, in € 800.000,00. Il disvalore complessivo dei beni per l'effetto corrisponderebbe a € 4.800.000,00 (€ 800.000,00 per 6 anni di utilizzo, dal 2010 al 2016), con un controvalore a favore dell'istituto per arrotondamento di € 6.900.000,00 (€ 11.708.872,00 - € 4.800.000,00)”, addivenendosi pertanto alla quantificazione dell'importo della transazione, pari a € 6.400.000,00, rispetto al quale risulta evidenziato che “Con prot. 5542/2017 l'Avvocatura ha reso il proprio parere in ordine alla proposta di

transazione ..., rideterminandone l'importo in € 5.600.000,00; l'atto è stato stipulato in data 22.11.2017 ed approvato con il DDG 2434/17 del 01.12.2017". È stato, infine, riferito che "con nota protocollo 3301 del 12/01/2018 l'ASP di Messina ha comunicato a questo Dipartimento Pianificazione Strategica l'emissione di un bonifico in data 13/12/2017 in favore di OPBG di € 5.600.000".

In ordine ai rapporti finanziari intercorsi, il Dipartimento Regionale ha precisato che "in ossequio a quanto previsto nella convenzione stipulata in data 2010 questo Dipartimento ha provveduto ad erogare le risorse necessarie per l'attivazione e gestione del progetto per l'istituzione del Centro cardiologico pediatrico del Mediterraneo, nella sede provvisoria del P.O. di Taormina, all'Azienda Sanitaria Provinciale di Messina, proprietaria dell'immobile che come detto in precedenza aveva provveduto a sottoscrivere sia la convenzione che il I Accordo attuativo" e che, conseguentemente, "la gestione contabile e finanziaria dei rapporti convenzionali con l'Istituto Bambino Gesù per le attività svolte presso il CCPM è assolta dall'ASP di Messina in aggiunta alle verifiche ed ai controlli amministrativi e sanitari", dando atto ulteriormente che "Per tale attività la Regione trasferisce annualmente le risorse, previste dagli accordi convenzionali susseguitesi nel tempo, all'ASP di Messina. Nel corso delle consuete verifiche annuali sui bilanci aziendali effettuata dalla competente struttura dipartimentale è stata, di volta in volta, riscontrata l'iscrizione del finanziamento assegnato dalla Regione e i correlati impieghi nel documento contabile dell'ASP di Messina, coerentemente alle previsioni degli accordi convenzionali".

Sullo stato dei rapporti in essere con l'Istituto, veniva, infine, precisato che "In esito al diritto di recesso dalla convenzione suddetta con effetto a far data dal 10 giugno 2016 esercitato, questa Amministrazione, con nota prot.n.50652 del 9 giugno 2016, riconosciuta l'indispensabile attività assistenziale previste dalla Convenzione e nelle more del trasferimento della cardiocirurgia pediatrica presso il P.O. Di Cristina dell'ARNAS Civico di Palermo nonché dell'espletamento delle relative procedure concorsuali, ha dato mandato all'ASP di Messina di valutare l'opportunità di instaurare un rapporto di collaborazione con l'IRCCS, della durata massima di un anno. A seguito della citata nota assessoriale prot.n.50652 del 9 giugno 2016 al fine di assicurare la continuità assistenziale nelle more del trasferimento della cardiocirurgia pediatrica presso il P.O. ARNAS Civico di Palermo sono stati stipulati successivamente tra l'ASP di Messina e l'IRCCS Bambino Gesù i seguenti Accordi..", consistenti in un accordo sottoscritto il 24.6.2016 per il periodo dal 12.6.2016 all'11.6.2017; nel successivo Addendum sottoscritto il 9.6.2017 per il periodo dal 12.06.2017 al 31.07.2017; nell'Accordo sottoscritto il 27.7.2017 per il periodo dal 01.08.2017 al 31.07.2018; nell'Accordo sottoscritto il 31.7.2018 per il periodo dal 1.8.2018 al 31.7.2020.

Risulta, all'uopo prodotta una tabella, nella quale vengono riportati "i finanziamenti di Fondo Sanitario che questa Amministrazione ha attribuito all'ASP di Messina in favore dell'IRCCS Bambino Gesù tenuto conto del finanziamento previsto al punto 10.1 dalla Convenzione tra Ospedale Bambino Gesù di Roma e la Regione Siciliana, dall'integrazione prevista con il DA n. 2284 del 26 ottobre 2012 e, successivamente, dagli Accordi stipulati tra l'ASP di Messina e l'IRCCS Bambino Gesù", dalla quale si deducono gli importi corrisposti in attuazione della convenzione dell'11.06.2010 e dell'addendum n. 22284 del 2012 e dei successivi atti integrativi, per un totale di euro 31.000.000,00 circa (anni dal 2010 al 2015), nonché gli importi corrisposti in attuazione dell'accordo del 24.06.2016 e dei successivi addendum, pari ad euro 7.764.000,00 circa.

Conseguentemente, in esito all'acquisizione delle suddette memorie, l'Autorità, con nota prot. n. 90592 del 05.11.2018, comunicava le risultanze istruttorie ex art. 19 del previgente regolamento di vigilanza, applicabile *ratione temporis*, nei riguardi dei soggetti interessati dal procedimento, al fine di contestare le circostanze emerse, con assegnazione del termine di 30 giorni per comunicare le controdeduzioni ai rilievi formulati. Tali circostanze hanno riguardato in primo luogo il profilo connesso all'ammissibilità dell'affidamento diretto all'Istituto Bambino Gesù, da parte della Regione Siciliana, della realizzazione e gestione del Centro Cardiologico Pediatrico nei confronti di un soggetto privato, attuato mediante la convenzione sottoscritta tra le parti in data 11.06.2010, tenuto conto del

pronunciamento reso dalla Corte di Giustizia del 18.10.2018, teso a ritenere non conformi al diritto dell'Unione Europea di cui alla Direttiva 2004/18/CE i contratti conclusi tra Amministrazioni pubbliche e Ospedali privati classificati *“anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti”*, nonché l'operato dell'Istituto Pediatrico per aver agito a valle della citata convenzione senza il ricorso alle norme sui contratti pubblici, venendo in rilievo l'esecuzione dei lavori rientranti in un progetto finanziato in misura prevalente dalla Regione Siciliana.

Con nota acquisita al prot. n. 93640 del 15.11.2018, l'Ospedale Bambino Gesù formulava istanza di audizione istruttoria ex art. 16, comma 2 del regolamento di vigilanza applicabile, cui seguiva lo svolgimento dell'audizione in data 27.11.2018, nell'ambito della quale i rappresentanti dell'Istituto, in riferimento al profilo di contestazione relativo al mancato svolgimento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta dei contraenti ai fini della realizzazione del progetto, rappresentavano che *“il nuovo management dell'Ospedale ha potuto verificare che la realizzazione dei lavori e l'acquisto delle attrezzature avvenne senza alcun “previsto” finanziamento da parte pubblica a ciò dedicato e a spese dirette dell'Istituto, in quanto nessun previo accordo era stato concluso in merito, tanto che poi, su iniziativa del nuovo management, solo a titolo di cui all'art. 2041 c.c., si convenne con successiva transazione una corresponsione, da parte della Regione, di somme che peraltro si sono rivelate inferiori al 50% di quelle sostenute dall'Istituto per le richiamate spese”*.

A richiesta dell'Ufficio, sempre in sede di audizione, i rappresentanti dell'Istituto evidenziavano ulteriormente che *“il rapporto con l'Amministrazione siciliana, in particolare per come svoltosi in fatto, ha costituito e costituisce un unicum nella storia dell'Istituto, mentre sussistono sul territorio nazionale altri rapporti di esclusiva erogazione di prestazioni sanitarie”*.

Con successiva comunicazione acquisita al prot. N. 98275 del 29.11.2018, la Regione Sicilia, facendo seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie, ha riferito che *“questo dipartimento ha reso il proprio circostanziato rapporto con dirigenziale prot. 76650 del 16.10.2018, allegando gli atti a riferimento e, pertanto, in assenza di ulteriori elementi di valutazione, se ne conferma il contenuto”*.

Con comunicazione acquisita al prot. dell'ANAC al n. 100419 del 05.12.2018 perveniva l'ulteriore memoria dell'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, con la quale si rilevava in primo luogo che *“gli interventi per opere edilizie e acquisto di attrezzature presso il Centro Cardiologico per il Mediterraneo furono effettuati senza che fosse stato stanziato, deliberato nè erogato alcun finanziamento pubblico al riguardo. Sicchè l'OPBG ebbe ad effettuare tali interventi e detti acquisti gravandoli esclusivamente sui propri bilanci”*, riferendo ulteriormente che *“infatti la convenzione che era stata sottoscritta, se da un lato aveva tutti gli elementi di regolazione della collaborazione relativa all'attività sanitaria che costituisce del resto il proprium della mission di OPBG, quanto invece alla possibilità o necessità di darsi luogo a interventi in opere e acquisti per il Centro rinviava a successive specifiche definizioni”*.

Veniva ulteriormente riferito che *“al concreto avvio del Centro, è stata rilevata la improrogabile necessità di realizzare opere strutturali e acquisire attrezzature funzionali a garantire il livello di qualità delle prestazioni assistenziali previsto dalla Convenzione. Senonchè i relativi programmi di spesa non ebbero mai una previa valida ed efficacia assunzione di spesa in tutto o in parte a carico della pubblica amministrazione (né dalla Regione né dalla Asl), sicchè alcun finanziamento fu previamente e validamente quantificato, deliberato, stanziato o concesso. Pertanto l'Ospedale, in assenza di specifici impegni sulla provvista economica, procedette a proprio esclusivo carico, da qui la verifica svolta dal nuovo management al fine di dare riscontro all'istruttoria di codesta spett.le Autorità, è nel senso che non si fossero verificate le condizioni di natura derogatoria rispetto alle ordinarie regole di diritto comune cui un ente privato è soggetto per applicare procedure pubblicistiche nelle spese (di fondi esclusivamente propri) impegnati per interventi manutentivi e acquisti”*.

A ciò veniva, tuttavia, aggiunto che *“OPBG aveva comprensibilmente comunque provveduto ad inviare alla Regione e all'ASP il dettaglio dei lavori realizzati e delle strumentazioni acquisite, nell'auspicio di ottenere una*

regolamentazione almeno parziale dei costi sostenuti, che infatti anche attraverso il sottoscritto legale all'uopo incaricato si provvedeva a cercare di pretendere con gli esiti che si passa ad esporre” e che “infatti con l'intervento del nuovo management che ha constatato il notevole gravame sul bilancio che quelle spese avevano generato è stata attivata una richiesta nei confronti della P.A di riconoscerle in tutto o in parte a suo carico, cui ha fatto seguito dapprima una deciso rifiuto regionale per l'appunto basato sull'assenza di qualsivoglia previo affidamento, stanziamento o finanziamento e di poi la conclusione di una mera transazione fondata esclusivamente sull'art. 2041 del codice civile che dà conto dell'assenza di un previo titolo negoziale. amministrativo e finanziario che autorizzasse interventi e acquisti con utilizzazione di fondi pubblici. E del resto solo con detto accordo interventi e attrezzature acquistate a carico del solo OPBG sono stati attribuiti alla proprietà pubblica con corrispettiva rinuncia dell'Istituto privato deducente”.

Sulla quantificazione delle somme ricevute, l'Istituto precisava che “sono state riconosciute a mero titolo postumo ex art. 2041 è stata inferiore alla metà delle somme spese dell'OPBG e gravate sui propri bilanci: € 5.600.000 su 11.708.872,00”, aggiungendo che “per mera completezza trattandosi all'evidenza di valutazione ex post, un analogo accordo nemmeno se fosse stato previamente sussunto in adeguato titolo negoziale e di affidamento avrebbe comportato l'applicabilità dell'art. 32 del previgente codice degli appalti pubblici, in ragione del rapporto percentuale delle somme pubbliche stanziare riconosciute rispetto al complesso di interventi di manutenzione e acquisti effettuati dall'ente privato”.

Inoltre, lo stesso Istituto precisava ulteriormente che “La convenzione sottoscritta nel 2010 con la Regione Siciliana aveva l'obiettivo di rendere fruibili sul territorio siciliano servizi e qualità delle prestazioni sanitarie erogate dalla struttura dell'OPBG di Roma, sicché le parti convenivano che, perché questa operazione abbia successo, è necessario omogeneizzare le strutture tecnologiche, le procedure diagnostiche terapeutiche, i criteri di valutazione della qualità”. Pertanto la scelta delle attrezzature che hanno impegnato ben € 6.773.079,03 (ovvero € 6.897.331,68 - € 124.252,65 per arredi) rispetto agli undici spesi in totale dall'istituto, era vincolata quanto a marca e tipologia dei macchinari al fine di garantire il rapporto di costante collegamento e sinergia con la struttura di Roma, per garantire in particolare il necessario scambio di dati con la sede di Roma e consentire da remoto anche l'intervento da parte dei professionisti operanti in tale sede”, concludendo pertanto che “Da quanto precede sotto altro profilo, e pur nei protocolli di risparmio che comunque OPBG sempre applica nelle proprie spese (sempre considerando più preventivi e scegliendo il più conveniente) il carattere vincolato che nella specie aveva la scelta degli acquisti delle apparecchiature”.

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse in fatto, la questione riguarda i rapporti intercorsi tra la Regione Siciliana e l'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù (Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico), di cui alla convenzione in data 11.06.2010, aventi come obiettivo quello di “dotare la Regione siciliana di un Centro Cardiologico Pediatrico con i requisiti strutturali e organizzativi aggiuntivi rispetto a quelli autorizzativi- corrispondenti agli standard di eccellenza, di attività, di processo e di prodotto adottati dalla Joint Commission International (JCI) per l'accreditamento delle strutture sanitarie nonché ai requisiti minimi organizzativo strutturali e agli standard di trattamento e risultato individuati nelle linee guida del Progetto Baby Heart, elaborato dalla Società Italiana di Cardiologia Pediatrica (SICP) e dalla Sezione Pediatria della Società Italiana di Cardiocirurgia (SP-SICCH)”, evidenziando in tal modo la possibilità di “limitare la mobilità - in uscita - di pazienti pediatrici cardiologici verso altre regioni con contestuale riduzione degli oneri a carico della Regione Siciliana; costituire un polo di attrazione per la popolazione pediatrica di, altre regioni e dei paesi del bacino mediterraneo con conseguente incremento della mobilità attiva e delle entrate da questa derivanti; realizzare gli obiettivi di prestazioni e di risultato indicati nel Progetto allegato alla presente convenzione”. La sede di tale centro risulta essere definita “presso l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Villa Sofia - Cervello di Palermo (di seguito Ospedali Riuniti). Le parti, in attesa del completamento degli interventi di adeguamento strutturale del plesso destinato a sede definitiva del Centro presso l'A.O. Ospedali Riuniti,

individuano la sede provvisoria del Centro negli spazi del Presidio Ospedaliero S. Vincenzo di Taormina (in seguito, P.O.) dell'Azienda sanitaria provinciale di Messina”.

Nella definizione degli impegni delle parti, all'art. 8 comma 2, nei riguardi dell'Istituto risulta prevista *“a. realizzazione e gestione del Centro Medico Chirurgico di Cardiologia Pediatrica Ospedale Bambino Gesù - Centro Cardiologico Pediatrico del Mediterraneo; b. individuazione del Direttore del Centro al quale viene attribuita la responsabilità organizzativa di tutte le attività svolte nel Centro; c. individuazione del Direttore Sanitario del Centro e del Responsabile Amministrativo del Centro; d. perseguimento e realizzazione degli obiettivi indicati nel documento di progetto ...; e. costituzione di un team sanitario e amministrativo dell'Istituto operante permanentemente in loco per la gestione del Centro; f. predisposizione e attuazione degli schemi organizzativo-funzionali secondo gli standard interni dell'Istituto, internazionali della JCI e specifici approvati da Baby Heart”.* Parimenti, all'art. 7 che disciplina le fasi di attuazione del progetto, vengono identificati due *step* da attuare a cura dell'Istituto, riguardanti rispettivamente *“analisi dello stato dei luoghi (spazi e impianti), elaborazione e avvio della fase esecutiva del progetto di adeguamento degli spazi del P.O. di Taormina - entro 60 giorni dalla data di sottoscrizione della presente convenzione ... approntamento e inizio dell'attività del Centro presso il P.O. di Taormina - entro 180 giorni dalla data di sottoscrizione della presente convenzione”.*

Nell'art. 10 risultano ulteriormente disciplinate le modalità di finanziamento, prevedendosi che *“Per la realizzazione del Progetto è previsto un costo di gestione di 7.800.000,00 per il primo e per il secondo anno e di 8.300.000,00 per ciascuno dei successivi anni così come illustrato nel quadro economico-finanziario allegato sub lettera 2A. La Regione Siciliana corrisponderà all'Istituto un finanziamento pari a: € 4.800.000,00 per il primo anno; € 4.800.000,00 per il secondo anno; € 5.300.000,00 per il terzo anno; € 5.300.000,00 per il quarto anno; € 5.300.000,00 per il quinto anno; mentre rimangono a carico della stessa gli oneri per il personale dipendente del SSR, nonché quelli previsti nel "Progetto per l'istituzione di un Centro Cardiologico Pediatrico del Mediterraneo" - allegato 1 - all'art. 1 "Piano Operativo”, con l'ulteriore precisazione che rimangono a carico della Regione “gli oneri per il personale dipendente del SSR, nonché quelli previsti nel "Progetto per l'istituzione di un Centro Cardiologico Pediatrico del Mediterraneo" - allegato 1 - all'art. 1 "Piano Operativo”.*

Nell'ambito di tale Piano Operativo, viene espressamente previsto che *“Entro 60 giorni dalla sottoscrizione dell'accordo, l'Istituto: svolge la survey tecnica e della connessa "due diligence" gestionale; - concorda con la Regione siciliana il piano degli investimenti strutturali e tecnologici; - avvia gli investimenti nelle tecnologie e nell'omogeneizzazione delle piattaforme informatiche ...”,* ricomprendendosi pertanto negli oneri a carico della Regione siciliana anche quelli connessi all'attuazione del piano degli investimenti strutturali e tecnologici.

A fronte dei predetti costi e del finanziamento erogato, risulta pattuito che *“l'Istituto Pediatrico Bambino Gesù si impegna ad erogare prestazioni fino ad un ammontare di € 3.800.000,00 (pari all'attività delle uu. oo. della Regione Siciliana nel 2009 - tab. B)...”* e che *“Nell'ipotesi che la produttività nel periodo di vigenza dell'accordo superi le quantità indicate al punto precedente, le parti convengono che sono dovute all'IPBG, per le prestazioni in eccedenza, le corrispondenti tariffe abbattute del 50% che saranno erogate nelle modalità sopra previste”.*

Nel successivo atto attuativo formalizzato con D.A. n. 2294/12 del 28.10.2012, in merito alle modalità di finanziamento, risulta altresì precisato che *“Nell'ipotesi che la produttività stabilita dalla convenzione come integrata dal presente documento, nel periodo di vigenza dell'accordo superi l'importo complessivo di euro 3.800.000, le parti convengono che sono dovute all'Istituto, per le prestazioni in eccedenza, le corrispondenti tariffe, abbattute del 50%, che saranno erogate nelle modalità previste, oltre al rimborso del 50% del costo dei dispositivi medici sostenuto per l'esecuzione delle procedure. 2. Le eccedenze saranno in ogni caso contenute entro il limite massimo di euro 1.2000.000. L'eventuale superamento di detto limite sarà riconosciuto solo previa autorizzazione formale preventiva dell'ASP di Messina”.*

A fronte di tali pattuizioni, risulta documentato dalla Regione il rimborso parziale all'Istituto Bambino Gesù delle spese di realizzazione per un importo pari ad euro 5.600.000,00, riconosciuto in base al criterio dell'indebito arricchimento ex art. 2041 c.c., a fronte di una quantificazione del costo

delle opere realizzate e delle attrezzature acquistate pari a euro 11.708.872,00 (detratto il corrispettivo annuale per l'attività svolta dall'Istituto in virtù dell'accordo sottoscritto in data 24.6.2016) e l'erogazione dei finanziamenti dati a fronte della gestione del servizio reso, quantificati specificamente in euro 800.000,00 per l'anno 2010, in euro 4.800.000,00 per l'anno 2011, in euro 6.000.000,00 per l'anno 2012 ed in euro 6.500.000,00 per gli anni 2013, 2014 e 2015.

A fronte di tale ricostruzione, si osserva pertanto che la Regione ha affidato direttamente all'Istituto la realizzazione e gestione di un centro cardiologico, finanziando - come sopra esposto - in misura prevalente detto progetto, che è stato attuato dal medesimo Istituto, per la realizzazione delle opere e per l'acquisto di beni e forniture, senza applicazione della normativa degli appalti pubblici. In ordine a tale profilo, nella controdeduzione fornita in sede di avvio dell'istruttoria, si evidenzia che l'Istituto ha precisato di aver *“operato nella sua qualità di soggetto privato”*.

Riguardo all'ammissibilità della convenzione intercorsa tra la Regione Siciliana (con adesione dell'ASP di Messina e dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti) e l'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, merita richiamare la recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha avuto modo di pronunciarsi riguardo agli atti convenzionali mediante i quali l'Unità sanitaria locale n. 3 e l'Ospedale dell'Angelo di Mestre hanno affidato all'Ospedale Sacro Cuore, direttamente e senza previo esperimento di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, per un periodo di tre anni, l'appalto per la fornitura del farmaco 18-FDG. In particolare, la Corte si è pronunciata sulla questione pregiudiziale, sollevata dal Consiglio di Stato, tesa a chiarire sostanzialmente se la cooperazione tra entità pubbliche possa essere *“sottratta all'ambito di applicazione della normativa sugli appalti pubblici”*, laddove risulta evidenziato che *“secondo il giudice di primo grado, l'affidamento in contestazione deve essere qualificato come un accordo tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/1990, escluso dall'applicazione del codice n. 163/2006 e della normativa di rango europeo, ...”*, prospettandosi come punto controverso, però, la possibilità di applicare concretamente la disposizione di cui all'art. 5, comma 6 del nuovo codice dei contratti - che stabilisce le condizioni perché un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del codice - *“anche alle ipotesi in cui l'accordo intercorra tra soggetti pacificamente qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici (ULSS e ospedali pubblici), da una parte, e un Ospedale Classificato o equiparato, di cui è controversa la natura giuridica, tanto secondo il diritto nazionale, quanto secondo il diritto dell'Unione europea”*. A tale riguardo, nel testo della sentenza della Corte si legge che *“il giudice del rinvio rileva che la Corte non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla situazione del tutto particolare di organismi come gli ospedali «classificati», che sono funzionalmente inseriti nel sistema sanitario regionale, sebbene la loro gestione resti privata sul piano del finanziamento, della nomina degli amministratori e delle regole di funzionamento interno”*.

A riscontro delle questioni pregiudiziali sollevate, la Corte di Giustizia UE ha in primo luogo chiarito che *“un contratto che preveda uno scambio di prestazioni rientra nella nozione di appalto pubblico anche nel caso in cui la remunerazione prevista sia limitata al rimborso parziale delle spese sostenute per fornire il servizio concordato (v., in tal senso, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29, nonché del 13 giugno 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31)”*.

In ordine, poi, all'ammissibilità dell'intercorsa convenzione sottoposta all'esame della medesima Corte, nell'individuare i criteri in base ai quali *“..un appalto tra entità pubbliche può esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici a titolo di tale eccezione ...”* ha precisato, tra l'altro, che *“Il primo dei criteri di cui sopra attiene per l'appunto all'esigenza che questa forma di cooperazione sia realizzata tra entità pubbliche”*, deducendosi conseguentemente che *“Occorre constatare che tale criterio non viene manifestamente soddisfatto nel caso di specie. Infatti, gli ospedali «classificati», come il Sacro Cuore, costituiscono persone giuridiche la cui gestione resta, sotto il profilo sia del finanziamento e della nomina degli amministratori sia delle regole di funzionamento interno, interamente privata, come risulta dal punto 37 della presente sentenza”*.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha pertanto dichiarato, tra l'altro, che *“l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e l'articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, equiparando gli ospedali privati «classificati» a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti”*.

Applicando, pertanto, tali considerazioni al caso di specie, merita osservare che lo stesso Istituto Bambino Gesù ha evidenziato, nelle controdeduzioni, la propria qualificazione come *“Ente della Santa Sede operante come Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico di diritto privato, erogatore di prestazioni sanitarie in rapporto con il Servizio Sanitario Nazionale, ai sensi della Legge 18 maggio 1995 n.187, che ha recepito l'accordo tra la Santa Sede ed il Governo Italiano per regolare i rapporti tra l'Ospedale ed il Servizio Sanitario Nazionale Italiano stipulato in data 15 febbraio 1995”*, qualificandosi come *“soggetto privato”*.

L'Istituto in esame risulta, inoltre, classificato Ospedale Regionale Specializzato per la Pediatria sin dal 1970, assimilabile, sotto tale profilo, agli enti ospedalieri presi in considerazione dalla Corte di Giustizia UE; dall'esame della Legge 18 maggio 1995, n. 187, recante la *“Ratifica ed esecuzione dell'accordo tra il Governo italiano e la Santa Sede per regolare i rapporti tra l'ospedale pediatrico "Bambino Gesù" ed il Servizio sanitario nazionale, fatto nella Città del Vaticano il 15 febbraio 1995”*, risulta poi prevista la possibilità di *“stipulare convenzioni con università italiane o altre strutture sanitarie pubbliche e private per esigenze assistenziali di ricerca e di insegnamento, nonché per la formazione degli operatori sanitari di cui alla lettera a) e degli specializzandi”*, che parrebbero non ricomprendenti l'ambito della convenzione in esame, intercorsa con la Regione Siciliana.

Alla luce di tali considerazioni, tenuto conto della suddetta pronuncia giurisprudenziale europea, sembrano prospettarsi profili di criticità riguardo all'ammissibilità dell'affidamento diretto operato dalla Regione Sicilia nei riguardi dell'Ospedale Bambino Gesù, avente ad oggetto la realizzazione di un centro pediatrico, ricomprendente opere edili e forniture, come contestati nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie.

A tale riguardo si osserva che la Regione siciliana, a riscontro di detta comunicazione, si è limitata a richiamare il precedente rapporto circostanziato, senza fornire elementi circa la sussistenza dei presupposti per l'intercorso affidamento operato senza il ricorso alle procedure di evidenza pubblica, che risulta pertanto allo stato non adeguatamente motivato, senza peraltro confutare in alcun modo la prospettata applicazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, che vedrebbero l'Istituto quale soggetto privato assoggettato alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

Anche a voler prescindere da tale aspetto preliminare, si osserva comunque che lo stesso Istituto ha realizzato il centro cardiologico, nonché la gestione del progetto, con il finanziamento - sia pure non totalitario - della Regione Siciliana. Pertanto, pur a volere ammettere la dichiarata natura privatistica e la non diretta assoggettabilità dell'Istituto - nelle vesti di committente - all'applicazione della normativa nazionale ed europea in tema di appalti pubblici - laddove, peraltro il Consiglio di Stato con sentenza n. 4631/2017 ha precisato che *“non sembra dubitato nella prassi operativa, che gli ospedali classificati non siano tenuti all'applicazione del diritto europeo quando assumono la veste di committenti nella stipula di contratti di lavori, servizi e forniture”* - l'applicazione dell'art. 32 del previgente d.lgs. 163/2006, in vigore all'epoca della stipula della convenzione, comporterebbe comunque l'applicazione del Codice dei contratti, a fronte dei finanziamenti pubblici intercorsi.

Al riguardo, si rammenta che l'articolo di legge predetto prevede che *“Salvo quanto dispongono il*

comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28: ... d) lavori, affidati da soggetti privati, di cui all'allegato I, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori; e) appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 200.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) del presente comma, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capi tale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi". Il successivo comma 4 prevede, tra l'altro, che "Il provvedimento che concede il contributo di cui alle lettere d) ed e) del comma 1 deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle norme del presente codice".

L'applicazione di tale previsione normativa comporterebbe la possibilità di formulare un addebito riguardo all'operato della Regione Siciliana e dell'Istituto Bambino Gesù per non aver previsto l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici, a fronte della originaria convenzione del 2010, che prevedeva l'erogazione di contributi da parte della Regione Sicilia, idonei a coprire oltre il 50% del progetto di realizzazione e gestione in esame.

Sotto tale profilo, appare pertanto condivisibile quanto già rilevato nel 2016 dalla Regione Siciliana, laddove, nella ricostruzione fornita dalla Regione a riscontro dell'avvio dell'istruttoria, è stato evidenziato che "Con nota protocollo 50652 del 09/06/2016 a firma del Presidente della Regione, l'Assessorato della Salute, in riscontro alla nota di OPBG prot. 129 del 11 maggio 2016, al riguardo dei crediti vantati da OPBG per la realizzazione delle opere e per l'acquisto delle attrezzature ed in esito alle risultanze della Commissione di collaudo che aveva sollevato l'assenza di procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei fornitori, ha valutato la convenzione a suo tempo stipulata in contrasto con la normativa nazionale, regionale e comunitaria perché elusiva delle regole sui pubblici contratti", tenuto presente, altresì, che la convenzione su tale punto non ha inteso prevedere alcuna precisa indicazione o richiamo alla normativa sugli appalti pubblici.

A tale riguardo, si ritengono prive di rilevanza le ulteriori deduzioni formulate dall'Ospedale Pediatrico nella memoria da ultimo prodotta, nella parte in cui si riferisce che "gli interventi per opere edilizie e acquisto di attrezzature presso il Centro Cardiologico per il Mediterraneo furono effettuati senza che fosse stato stanziato, deliberato né erogato alcun finanziamento pubblico al riguardo. Sicché l'OPBG ebbe ad effettuare tali interventi e detti acquisti gravandoli esclusivamente sui propri bilanci", riferendo ulteriormente che "infatti la convenzione che era stata sottoscritta, se da un lato aveva tutti gli elementi di regolazione della collaborazione relativa all'attività sanitaria che costituisce del resto il proprium della mission di OPBG, quanto invece alla possibilità o necessità di darsi luogo a interventi in opere e acquisti per il Centro rinviava a successive specifiche definizioni", laddove, al di là dell'approssimazione dell'atto convenzionale e del relativo progetto allegato, pare invece evidenziarsi, nei medesimi atti, l'impegno della Regione a coprire gli oneri connessi alla realizzazione del progetto, comprensivo dell'attuazione del piano degli investimenti strutturali e tecnologici. Tale considerazione risulta confermata dal fatto che lo stesso Istituto ha formulato una espressa richiesta di rimborso alla Regione in riferimento agli oneri anticipati per l'adeguamento dei locali e per l'acquisto dei macchinari.

Sul punto va osservato che l'Istituto, al fine di dedurre in ordine alla "assenza di un previo titolo negoziale, amministrativo e finanziario che autorizzasse interventi e acquisti con utilizzazione di fondi pubblici ...", ha rilevato che il riconoscimento delle somme risulta avvenuto ex art. 2041 c.c., secondo cui "Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale".

A tale riguardo, merita richiamare quanto è stato riferito dalla Regione Siciliana nella memoria acquisita al prot. n. 85377 del 16.10.2018 nell'ambito dell'istruttoria in esame, secondo la quale "Con nota

protocollo 50652 del 09/06/2016 a firma del Presidente della Regione, l'Assessorato della Salute, in riscontro alla nota di OPBG prot. 129 del 11 maggio 2016, al riguardo dei crediti vantati da OPBG per la realizzazione delle opere e per l'acquisto delle attrezzature ed in esito alle risultanze della Commissione di collaudo che aveva sollevato l'assenza di procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei fornitori, ha valutato la convenzione a suo tempo stipulata in contrasto con la normativa nazionale, regionale e comunitaria perché elusiva delle regole sui pubblici contratti", con l'ulteriore rilevazione che, a fronte del mancato ricorso a procedure ad evidenza pubblica "questo Dipartimento, con nota prot. n. 13471 del 14/2/2017 ... ha invitato la stessa Azienda a definire la pendenza della convenzione del 2010 e ad assumere ogni utile iniziativa finalizzata ad individuare con l'Istituto possibili ipotesi di soluzione, anche in via transattiva, delle questioni irrisolte relative al rapporto convenzionale in parola". In tale contesto, dunque, il ricorso all'art. 2041 c.c. nella definizione dei rapporti economici tra le parti, in ordine al riconoscimento all'Istituto delle somme occorse per l'attuazione del progetto, appare logicamente collegato al mancato utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica, piuttosto che all'asserita assenza di preventive pattuizioni sull'erogazione di finanziamenti pubblici, come peraltro espressamente riferito nel parere reso al riguardo dall'Avvocatura dello Stato, in ordine all'accordo transattivo in esame.

Peraltro, in riferimento a quanto esposto dall'Istituto in ordine alla circostanza che "sono state riconosciute a mero titolo postumo ex art. 2041 è stata inferiore alla metà delle somme spese dell'OPBG e gravate sui propri bilanci: € 5.600.000 su 11.708.872,00", merita osservare che nell'atto transattivo intercorso tra la Regione Siciliana, l'ASP di Messina e l'Istituto Bambino Gesù del 22.11.2017 è stato pattuito "di definire ogni pendenza relativa alla convenzione sottoscritta l'11/06/2010 mediante il pagamento della somma onnicomprensiva di E 5.600.000,00 da parte dell'ASP di Messina che, per il tramite della Regione, acquisisce la proprietà dei beni, delle attrezzature acquistate dall'Istituto. Tale somma è ritenuta e dichiarata dall'Istituto soddisfattiva di ogni pretesa, direttamente ed indirettamente riconducibile all'esecuzione della predetta convenzione, limitatamente all'ambito degli investimenti strutturali e di acquisizione strumentale effettuati dallo stesso Istituto in adempimento di quanto previsto dalla suddetta convenzione e nessun'altra pretesa, anche eventualmente di carattere risarcitorio, potrà essere avanzata dall'Istituto virtù di tale titolo, con contestuale rinuncia anche ad ogni possibile azione giudiziaria", operando pertanto una detrazione rispetto alle somme occorse all'Istituto pari al disvalore complessivo dei beni, computato in misura corrispondente al corrispettivo annuale per le attività svolte dall'Istituto all'interno dei locali aziendali, quantificato, all'art. 5 comma l dell'Accordo sottoscritto il 24.6.2016, in euro 800.000,00 annui per ognuno dei sette anni di utilizzo computati in sede transattiva. Ne consegue, pertanto, un riconoscimento economico complessivo che supera la mera quantificazione erogata in sede di transazione dall'ASP di Messina.

Prive di rilevanza si ritengono anche le considerazioni svolte dall'Istituto nel rilevare il "carattere vincolato, che nella specie aveva la scelta degli acquisti delle apparecchiature ... al fine di garantire il rapporto di costante collegamento e sinergia con la struttura di Roma", atteso che si tratta di valutazioni operate *ex post*, di cui non vi è traccia nelle convenzioni pattuite.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

DELIBERA

- di ritenere l'intercorso affidamento diretto all'Istituto Ospedale Pediatrico Bambino Gesù, da parte della Regione Siciliana, della realizzazione e gestione del Centro Cardiologico Pediatrico del Mediterraneo, attuato mediante la convenzione sottoscritta tra le parti in data 11.06.2010, non coerente con il pronunciamento reso dalla Corte di Giustizia del 18.10.2018, teso a ritenere non conformi al diritto dell'Unione Europea di cui alla Direttiva 2004/18/CE i contratti

conclusi tra Amministrazioni pubbliche e Ospedali privati classificati “*anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti*”, laddove nessuna motivazione risulta evidenziata nel procedimento istruttorio in ordine ai presupposti che hanno indotto la Regione Siciliana all'affidamento all'Istituto del progetto in esame;

- di ritenere sussistente la violazione dell'art. 32, comma 1, lett. d) e comma 4 del d.lgs. 163/2006, a fronte della mancata previsione, nell'ambito della predetta convenzione, dell'applicazione della normativa sugli appalti pubblici e delle modalità esecutive adottate dall'Istituto Ospedale Pediatrico Bambino Gesù senza il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica previste nell'ambito del suddetto Codice dei contratti per l'individuazione dei soggetti contraenti.

Dà mandato all'Ufficio di trasmettere la presente delibera alle parti per le valutazioni di competenza.

Dà, inoltre, mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla competente Procura della Corte dei Conti e alla competente Procura della Repubblica per quanto di competenza.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 febbraio 2019

Il Segretario
Maria Esposito