



Autorità Nazionale Anticorruzione

Deliberazione n. 30 del 22 aprile 2015

Oggetto: Rif. fasc. n. 519/2014. Gara con procedura aperta per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e la costruzione dell'edificio scolastico destinato ad ospitare la Biblioteca di Ateneo dell'Università degli Studi di Enna "Kore" (edificio scolastico – struttura didattica).

Esponente: Geom. Vito Noto, Direttore Tecnico della società Ellepi a .r.l.

Riferimenti normativi: d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (art. 244, art. 7, comma 8), art. 1, comma 67, della legge n. 266/2005, richiamato dall'art. 8, comma 12 del d.lgs. n. 163/2006, art. 3, comma 5, della legge n. 136/2010.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 22 aprile 2015;

Visto l'articolo 19, comma 2, del 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;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'ufficio Vigilanza Lavori;

Vista la relazione di controdeduzioni del Presidente – Legale rappresentante dell'Università degli Studi di Enna "Kore".

Ritenuto in fatto

In data 15 luglio 2014 è pervenuto all'Ufficio Vi.Co. L1 l'esposto del Geom. Vito Noto, Direttore Tecnico della società Ellepi a .r.l., in cui contestava alla stazione appaltante Libera Università degli Studi di Enna "Kore" presunte irregolarità relative alla procedura concorsuale in oggetto; in particolare l'esponente ha segnalato la valutazione economica dell'intervento, basata su dati parametrici, a suo dire insufficiente e una progettazione carente, con specifico riguardo agli aspetti geotecnici; ha evidenziato, inoltre, l'assenza del parere preventivo dei VV.FF., nonostante l'edificio sia dotato di parcheggio e attività connesse (2 piani interrati, biblioteca e attività ludiche per gli studenti).

Relativamente a tali contestazioni, l'Università ha fatto pervenire l'atto di denuncia-querela penale proposto contro lo stesso esponente. In esso la stazione appaltante ha evidenziato preliminarmente come la ditta Ellepi s.r.l. - di cui l'esponente è direttore tecnico - abbia partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori in argomento (scadenza presentazione offerte stabilita per il 10.02.2014) e come la stessa sia stata esclusa, in quanto, asserendo l'inadeguatezza degli elaborati



Autorità Nazionale Anticorruzione

progettuali posti a base di gara, aveva condizionato la presentazione della propria offerta all'accettazione da parte della stazione appaltante "delle definizioni scaturite dall'incontro tecnico avuto in data 14 gennaio 2014 con l'ufficio progettazione e D.L....". Senonché, come evidenziato dall'Ateneo, l'esponente in data 30 giugno 2014 aveva trasmesso a varie autorità un documento con il quale segnalava presunte carenze progettuali, palesando future irregolarità nell'esecuzione del contratto, nonché criticità relative ad aspetti geotecnici, richiamando fatti di cronaca (crollo di una paratia) verificatisi, tuttavia, in un contesto diverso da quello universitario. Il richiamo a possibili condotte non regolari e a fatti di cronaca non conferenti con il caso in questione, ha indotto l'Ateneo a presentare il sopra accennato atto di denuncia-querela penale con il quale ha contestato le affermazioni dal contenuto diffamatorio (art. 595 c.p.) e calunnioso (art. 368 c.p.).

Quanto agli aspetti in discussione non può non osservarsi come la gara sia da tempo definitivamente aggiudicata (l'esposto è pervenuto solo dopo tale aggiudicazione) e che la stazione appaltante non ha fornito notizie in merito all'esecuzione del contratto, con particolare riguardo alla redazione - da parte dell'aggiudicatario - della progettazione esecutiva ed eventuali criticità emerse in tale fase. Tuttavia, dal riscontro fornito dall'Ateneo e dall'esame degli atti di gara, è emersa la preliminare questione della riconducibilità o meno dell'appalto alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Infatti, dall'analisi del bando (pubblicato sul quotidiano degli appalti pubblici europei TED – supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea) e degli atti di gara emerge chiaramente che la stazione appaltante - pur avendo enunciato che la procedura concorsuale era disciplinata dalla Direttiva 2004/18/CE in materia di affidamento di appalti pubblici - non ha applicato il Codice dei contratti pubblici che ne rappresenta il recepimento. L'Università, in particolare, ha individuato l'autorità giurisdizionale competente a conoscere le controversie della gara in esame nel Tribunale di Enna (dunque il Giudice Ordinario), ha (falsamente) dichiarato che l'appalto in questione non era connesso ad un progetto o programma finanziato da fondi europei, non ha chiesto il rilascio del codice identificativo di gara (CIG) e, conseguentemente, non ha adempiuto agli obblighi previsti dalla normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari (art. 3, comma 5, legge n. 136/2010); ha violato, inoltre, il disposto dell'art. 1, comma 67, della legge n. 266/2005, richiamato dall'art. 8, comma 12, del Codice, sull'obbligo di versamento della contribuzione all'Avcp. Pertanto, il Direttore generale ha disposto l'avvio dell'istruttoria al fine di chiarire i motivi di inosservanza al predetto Codice.

Al riguardo l'Ateneo - nella risposta pervenuta il 15 settembre 2014 - dopo aver indicato i presupposti normativi relativi al percorso istitutivo dell'Università, ha posto in evidenza la specificità delle Università non statali, codificate ab origine nel T.U. delle leggi sull'Istruzione superiore di cui al Regio decreto n. 1592/1933 (art. 1 e artt. 198 e ss.), al fine di escluderle dal novero degli enti pubblici. Del pari ha dichiarato che l'Università Kore – nel quadro della regolamentazione derivante dall'art. 3, comma 26 del D. Lgs. 163/2006 e dall'allegato III al d.lgs. medesimo, nonché dalla direttiva 2004/18/CE – non riveste la qualità di "organismo di diritto pubblico" per "non essere assoggettata né sotto il profilo finanziario né sotto l'aspetto gestionale all'influenza di pubblici poteri", con ogni effetto quanto all'esclusione dell'obbligo di osservare le procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente per l'esecuzione dell'appalto sopra menzionato.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Conseguentemente, ha avanzato richiesta di archiviazione del procedimento istruttorio n. 519/2014 per difetto di competenza dell'ANAC – Vigilanza contratti pubblici.

A seguito dell'esame della documentazione acquisita in atti, sono state comunicate le risultanze istruttorie, approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 26.11.2014.

L'Università Kore ha conseguentemente trasmesso le proprie controdeduzioni in cui sostiene di non aver dichiarato, nel bando, che l'appalto era connesso ad un progetto o programma finanziato da fondi europei per mero errore di fatto e che la decisione di procedere ad una gara aperta mediante bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale UE e di attenersi a quanto stabilito dalla Direttiva 18/2004 è da ascrivere a una libera scelta dell'Ateneo dettata unicamente dalla volontà di assicurare la più ampia pubblicità della gara in questione senza con ciò ritenersi in alcun modo obbligata al rispetto della normativa nazionale di recepimento della Direttiva richiamata, anche in virtù del proprio status di Libera Università, come tale estranea a qualsiasi forma di soggezione al Codice dei contratti pubblici.

Considerato in diritto

Non può essere condiviso l'approccio interpretativo dell'Ateneo che ha negato la sottoposizione alla disciplina del Codice dei contratti pubblici della procedura di gara in discussione.

La vicenda in esame riguarda l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e la costruzione dell'edificio scolastico destinato ad ospitare la nuova biblioteca dell'Ateneo, per un importo a base d'asta pari a € 7.320.450,00 (oltre IVA al 10%), di cui € 6.955.450 per lavori, € 150.000,00 per progettazione definitiva ed esecutiva ed € 215.000,00 per oneri sicurezza. Si tratta evidentemente dell'ipotesi di appalto integrato di cui all'art. 53, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163/2006 poiché il procedimento di gara contempla nel proprio oggetto l'acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto preliminare predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice.

Secondo quanto si apprende dallo stesso atto di denuncia-querela penale sopra menzionato, la realizzazione di tale intervento è divenuta possibile a seguito dell'ottenimento – da parte dell'Università – di un mutuo a tasso zero da rimborsare in 16 anni, finanziato attraverso i fondi erogati nell'ambito dell'iniziativa comunitaria Jessica.

JESSICA - acronimo della locuzione in lingua inglese *Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas* (sostegno europeo congiunto per investimenti sostenibili nelle aree urbane) - è l'iniziativa congiunta della Commissione europea e della Banca europea per gli investimenti (BEI), in collaborazione con la Banca di sviluppo del Consiglio d'Europa (CEB), creata al fine di migliorare l'allocazione e l'utilizzo delle risorse del Fondo Europeo per lo Sviluppo Regionale (FESR) destinate allo sviluppo urbano, favorendo contestualmente l'aggregazione anche di altre tipologie di fonti.

Nell'ambito del Programma Operativo FESR Sicilia 2007 - 2013 la Regione Siciliana ha destinato parte delle risorse alla costituzione del Fondo di Partecipazione JESSICA gestito dalla BEI (il "JHFS" JESSICA Holding Fund for Sicily). Tale strumento investe, tramite due Fondi di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Sviluppo Urbano – FSU (uno multisettoriale destinato ad operazioni di sviluppo urbano e l'altro dedicato ad iniziative di efficientamento energetico), in iniziative progettuali inserite negli strumenti di pianificazione integrata territoriale o comunale (Piani Integrati di Sviluppo Territoriale “PIST”, Piani Integrati di Sviluppo Urbano “PISU”), e per i quali la Regione abbia verificato la coerenza con il P.O. FESR. Il percorso di valutazione e selezione dei progetti prevede lo svolgimento di alcune attività da parte dell'Amministrazione regionale e di altre a carico dei gestori dei Fondi di Sviluppo Urbano. In particolare, l'Amministrazione regionale, in qualità di Autorità di gestione del PO FESR, deve verificare la coerenza/ammissibilità delle operazioni alle linee di intervento dello stesso e l'inserimento dell'operazione nel piano integrato. Sulla base, invece, di quanto stabilito nel Funding Agreement tra la BEI e la Presidenza della Regione Siciliana, le verifiche di carattere economico e finanziario, come ad esempio redditività del progetto e capacità di rimborsare il capitale investito, unitamente a quelle di carattere amministrativo e procedurale, come il rispetto delle norme nazionali e comunitarie, l'espletamento delle procedure di appalto, l'avanzamento progettuale, l'ottenimento di autorizzazioni, la tempistica ed altro, sono condotte dai gestori del FSU.

A tal proposito si fa presente che il Fondo di Sviluppo Urbano multisettoriale ha approvato, nel 2012, il finanziamento al Progetto “Riqualificazione e completamento strutture per la ricerca ed i servizi agli studenti”, presentato dall'Università Kore, per un importo pari a 12,4 Mln € (come risulta dal Rapporto annuale di esecuzione 2012 del PO FESR 2007-2013, presentato dalla Presidenza della Regione Siciliana). L'Ateneo, pertanto, in qualità di beneficiario del programma Jessica era tenuto all'osservanza della Direttiva comunitaria citata e del Codice dei contratti pubblici nella realizzazione dell'opera selezionata e dunque finanziata nell'ambito di tale iniziativa (cfr. COCOF 07/0037/03-IT). Ciò si evince chiaramente dall'analisi della disciplina generale (Regolamento CE n. 1083/2006 recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione) e da quella specifica che, per quanto riguarda la Regione Sicilia, è sostanzialmente rappresentata dai documenti: *JESSICA Evaluation Study for Sicily* - Studio per l'implementazione di Jessica in Sicilia e *Annexes to JESSICA Evaluation Study for Sicily – Legal Profiles* (entrambi consultabili sul sito della Commissione europea). In essi viene richiamato il principio dell'osservanza della Direttiva 18/2004/CE relativamente alla realizzazione dei progetti co-finanziati attraverso i fondi europei e stabilita l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici nella esecuzione delle opere così finanziate. Ciò viene peraltro ribadito anche nei confronti di coloro che procedono direttamente (e non tramite una società-veicolo) ad aggiudicare i lavori; essi devono indire una gara pubblica (call for public tender) e specificare, nel bando, gli estremi dei finanziamenti ottenuti.

L'Università, al contrario, ha disatteso tali disposizioni pubblicando un bando di gara che richiamava, in premessa, la Direttiva 2004/18/CE ma che violava, nei contenuti, la disciplina posta dalla Direttiva stessa come recepita dal Codice dei contratti pubblici.

In effetti, nel bando è indicato – a differenza di quanto sostenuto dalla stessa Università nella predetta denuncia-querela – che l'appalto non è connesso ad un progetto e/o programma finanziato da fondi dell'Unione europea (benché il disciplinare di gara riporti correttamente il logo dell'Unione europea, quello della Repubblica italiana nonché quello della Regione siciliana quali co-protagonisti



Autorità Nazionale Anticorruzione

dell'iniziativa Jessica) e che, nonostante il richiamo espresso alla citata Direttiva in materia di affidamento di appalti pubblici, l'autorità giurisdizionale competente a conoscere le controversie viene individuata nel Tribunale di Enna. L'autonoma scelta dell'Ateneo di attribuire le relative controversie all'autorità giudiziaria ordinaria non è evidentemente idonea ad interferire sull'inderogabile regime di riparto della giurisdizione nella materia *de qua*; detta scelta tuttavia integra la violazione dell'art. 244 del Codice che ha dato piena attuazione all'obbligo di assicurare effettivi meccanismi di controllo, ribadito dall'art. 81 della Direttiva più volte richiamata. L'assetto della tutela giurisdizionale intestata al G.O. costituisce invero una sorta di sviamento dal regime previsto dalla Direttiva - come recepita dal legislatore nazionale - che porta, in sostanza, all'eliminazione degli elementi di intervento cautelare urgente a garanzia della legalità, assicurati esclusivamente dal G.A.

Parimenti, l'omessa richiesta del codice identificativo di gara (CIG) ha comportato la violazione di ulteriori obblighi previsti dal d.lgs. n. 163/2006. Una delle principali funzioni del CIG è infatti collegata agli obblighi di comunicazione delle informazioni all'Osservatorio, di cui all'art. 7, che consentono l'identificazione univoca delle gare, dei loro lotti e dei relativi contratti. Una seconda funzione è legata invece al sistema di contribuzione posto a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti alla vigilanza dell'Autorità, che comprende anche l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di appalti pubblici. Il CIG, in questo caso, identifica la procedura alla quale l'operatore economico intende partecipare. Un'ulteriore importante funzione, infine, è attribuita dalla legge n. 136/2010 che affida al codice CIG il compito di individuare univocamente - quindi tracciare - le movimentazioni finanziarie degli affidamenti di lavori, servizi o forniture, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente adottata, e dall'importo dell'affidamento stesso. A tal proposito si fa presente che a nulla rileva la circostanza che la stazione appaltante, nella predisposizione dello schema di contratto, abbia previsto - tra gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari - l'utilizzo di un conto corrente dedicato, laddove il comma 5 dell'art. 3 della legge citata richiede l'indicazione del CIG quale condizione non derogabile per il legittimo assolvimento degli obblighi da essa previsti.

L'Università, nella propria memoria di risposta respinge qualsiasi forma di soggezione al Codice dei contratti pubblici in virtù della asserita natura giuridica di istituzione privata, come tale estranea alla disciplina codicistica.

L'argomentazione non va condivisa poiché dal riconoscimento di personalità giuridica della Kore quale libera università appartenente alla categoria di cui al punto 2, dell'art. 1, T.U. delle leggi sull'istruzione superiore approvato con R.D. 31/08/1933 n. 1592 non deriva una chiara e netta natura privata della stessa. Anzi, una precisa indicazione in senso contrario si trae dal consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo cui alle università e, dunque, non solo a quelle statali dev'essere riconosciuta la natura giuridica di enti pubblici non economici, considerato l'esplicito riconoscimento di personalità giuridica e l'espresso conferimento di compiti di interesse pubblico.

Basti al riguardo richiamare l'incipit della parte motiva della pronuncia delle SS.UU. 5054/04: *“La natura della Libera Università degli Studi Sociali Guido Carli è stata già individuata (Cass., sez. un., n. 180 del 2001) in quella propria di un ente pubblico non economico, così come precedentemente ritenuto anche per istituzioni*



Autorità Nazionale Anticorruzione

aventi analogo carattere (S.U. 16 febbraio 1977 n. 691; Id., 29 ottobre 1974 n. 3253; Id., 9 novembre 1974 n. 3480; Id., 8 gennaio 1975 n. 26).

A queste conclusioni deve darsi continuità, superando il contrario orientamento espresso dalla Sezione Lavoro di questa Corte con sentenza n. 14129 del 1999.

Invero, il summenzionato ateneo rientra fra le Università libere, regolate dall'ordinamento dell'istruzione superiore (r.d. 31 agosto 1933 n. 1592) ed alla stregua di tale circostanza appare non dubitabile il riconoscimento della suddetta natura, che riposa sulla ineludibile rilevanza di scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle Università statali.”

Il che, con riferimento all'UKE (Università Kore di Enna), emerge *per tabulas* dal suo stesso Statuto, precisamente al comma 2 dell'art. 1: “La Libera Università degli Studi di Enna “Kore” appartiene alla categoria delle istituzioni previste dall'articolo 1, punto 2, del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore approvato con Regio Decreto 31 agosto 1933, n. 1592”.

Sotto questo profilo dunque acquistano correttamente una connotazione pubblicistica anche le università non statali, anche esse sedi dell'insegnamento superiore e dell'attività di ricerca scientifica (v. in tal senso TAR Lombardia – Milano – sentenza 6 settembre 2011 n. 2158, con la quale il Collegio ribadisce la natura giuridica di ente pubblico non economico delle università libere). Detta connotazione, quanto all'Università Kore, traspare chiaramente dai compiti istituzionali, che il primo comma dell'art. 3 dello statuto identifica con lo scopo di “rendere effettivi e concreti la cooperazione internazionale e il rapporto tra le storie, le culture, il patrimonio scientifico delle diverse sponde del bacino del Mediterraneo, da una parte, e la ricerca e la formazione universitaria, dall'altra”.

Tale concorso di dati formali e sostanziali – il primo derivante dalla qualificazione statutaria dell'ente fra le Università libere, regolate dall'ordinamento dell'istruzione superiore (r.d. 31 agosto 1933, n. 1592), il secondo dall'imputazione alla sfera soggettiva dello stesso di fini di rilievo pubblico ordinariamente perseguiti dallo Stato o da altri enti pubblici ad esso strumentali – ci permette di ricondurre l'Ateneo nella categoria degli “enti pubblici non economici”, che l'art. 3, comma 25, del d.lgs. n. 163/2006 qualifica come “amministrazioni aggiudicatrici”, obbligate pertanto, ai sensi dell'art. 32, all'osservanza del Codice dei contratti (v. in tal senso Consiglio di Stato, sez. III, 30/10/2012, n. 5522, Cass. Civ., SS.UU. n. 14742 del 30/06/2014).

Del resto, la natura di ente pubblico non economico del beneficiario UKE è indirettamente confermata dal tasso di interesse praticato (tasso zero) al prestito erogato. Le risorse Jessica, infatti, possono essere prestate a tassi molto inferiori a quelli di mercato (al limite anche a tasso zero) solo a favore degli enti pubblici; questi, invero, non operando sul mercato, non sono soggetti alla normativa comunitaria sugli Aiuti di Stato. Tale normativa prevede infatti che non possano essere utilizzati i fondi comunitari per finanziare interventi che generino un vantaggio competitivo ai beneficiari.

In conclusione, alla luce di quanto sopra argomentato, nell'affidamento del contratto in questione l'Università Kore era tenuta ad applicare il Codice dei contratti pubblici in quanto:



Autorità Nazionale Anticorruzione

- in qualità di beneficiario del programma Jessica era tenuta all'osservanza della Direttiva 18/2004/CE e del D. Lgs. n. 163/2006 che ne rappresenta il recepimento interno;
- in virtù della sua natura di "ente pubblico non economico" l'art. 3, comma 25, del d.lgs. n. 163/2006 la qualifica come "amministrazione aggiudicatrice", obbligata pertanto, ai sensi dell'art. 32, all'osservanza del Codice dei contratti.

In base a quanto sopra considerato

Delibera

- l'operato dell'Università degli Studi di Enna "Kore" nell'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e la costruzione dell'edificio scolastico destinato ad ospitare la Biblioteca di Ateneo ha violato l'obbligo di applicare il Codice dei contratti pubblici; in particolare, la procedura espletata risulta non conforme in riferimento alle seguenti fonti normative:
 - art. 244 del d.lgs. n. 163/2006 (giurisdizione);
 - art. 7, comma 8 del Codice dei contratti (comunicazioni all'Osservatorio);
 - art. 1, comma 67, della legge n. 266/2005, richiamato dall'art. 8, comma 12, del Codice (contributo all'Autorità);
 - art. 3, comma 5, della legge n. 136/2010 (tracciabilità dei flussi finanziari);
- dispone l'invio della presente deliberazione al legale rappresentante dell'Università degli Studi di Enna "Kore", al responsabile del procedimento, all'Amministrazione regionale in qualità di Autorità di gestione del PO FESR, responsabile del rispetto della normativa comunitaria, nonché all'esponente;
- dispone un monitoraggio della fase esecutiva dell'appalto a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori;
- dispone, inoltre, l'invio della presente deliberazione alla Procura della Repubblica e alla Procura della Corte dei Conti territorialmente competenti.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 maggio 2015

Il Segretario

Maria Esposito