

Deliberazione n. 4/2005/P

REPUBBLICA ITALIANA

La

Corte dei conti

Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo

e delle Amministrazioni dello Stato

Nell'adunanza del I° Collegio

del 6 aprile 2005

Visto il D.D. in data 16 giugno 2004 del Ministero degli affari esteri – Direzione generale per la cooperazione e lo sviluppo;

Visto il rilievo istruttorio dell'Ufficio di controllo sugli atti dei Ministeri Istituzionali n. 29 del 7 febbraio 2005 e la risposta dell'Amministrazione, pervenuta in data 9 marzo 2005;

Viste le relazioni del Consigliere istruttore e del Consigliere delegato al controllo sugli atti dei Ministeri Istituzionali, rispettivamente in data 11 e 22 marzo 2005;

Vista l'ordinanza del 24 marzo 2005, con la quale il Presidente della Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato ha convocato per l'adunanza odierna il 1° Collegio della Sezione;

Vista la nota della Segreteria della Sezione centrale di controllo in data 24 marzo 2005 con la quale copia della predetta ordinanza è stata trasmessa al Ministero degli affari esteri – Gabinetto e Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo e al Ministero dell'economia e

delle finanze – Gabinetto e Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato;

Visto il testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione n. 14/2000 delle Sezioni riunite della Corte dei conti, adottata nell'adunanza del 16 giugno 2000;

Visto l'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340;

Udito il relatore Consigliere Giancarlo Castiglione;

sentiti per il Ministero degli affari esteri il Consigliere di ambasciata dott. Francesco Cottafavi ed il Consulente giuridico dott. Riccardo Rizzi;

Ritenuto in

F A T T O

Con decreto del Capo Ufficio III della Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo del Ministero degli affari esteri in data 16 giugno 2004, è stata approvata la convenzione del 26 gennaio 2004 – stipulata tra il predetto Ministero e l'ONG ICU (Istituto per la Cooperazione Universale) avente ad oggetto la realizzazione in Egitto dell'iniziativa denominata "potenziamento e consolidamento del medical research institute dell'Università di Alessandria – II fase – per un importo complessivo di € 1.337.777,27.

L'Ufficio di controllo sugli atti dei ministeri istituzionali con foglio n. 229 del 7 febbraio 2005 formulava rilievo istruttorio osservando che il procedimento di selezione esperito dal MAE – Direzione generale per la

cooperazione allo sviluppo (DGPS) – tra le Organizzazioni non governative (ONG) ritenute idonee ai sensi della legge n. 49/1987 non risultava conforme al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e successive modificazioni ed integrazioni, recante norme di attuazione delle direttive comunitarie.

L'applicazione delle norme di recepimento di tali direttive anche agli affidamenti alle Organizzazioni non governative era stata riconosciuta, soggiungeva l'ufficio, dalla stessa Corte di giustizia della CEE secondo cui (Sentenza n. 244 del 16.11.1995) "l'assenza dello scopo di lucro non priva l'attività dell'Ente della sua natura economica, con la conseguenza che sono applicabili le norme in materia di concorrenza". L'Amministrazione nella risposta assumeva a fondamento della legittimità del proprio operato le seguenti argomentazioni:

- 1) la possibilità prevista dall'art. 29, commi 2,3, e 4 della legge 26 febbraio 1987, n. 49, di affidamento ad ONG riconosciute idonee ai sensi del precedente articolo 28 di incarichi di realizzazione di specifici programmi di cooperazione escluderebbe l'obbligo di osservare, per tali affidamenti, le previsioni dettate in materia di appalti di servizi dalle direttive comunitarie in materia.

La scelta troverebbe fondamento nella "peculiare natura delle ONG di soggetti senza fini di lucro ..." e nel carattere "fiduciario che ricorre nell'affidamento ai soggetti in questione dell'esecuzione di iniziative di cooperazione che hanno il loro fondamento ultimo di trattati internazionali".

- 2) la riserva in favore delle ONG sarebbe, inoltre, alla base della

normativa di ordine primario, contenuta nella legge 30 dicembre 1991, n. 412 (art. 3, comma 3) e ribadita dalla successiva, di interpretazione autentica, del 16.7.1993, n. 255.

- 3) L'assunto della inapplicabilità agli affidamenti "de quibus" delle disposizioni recate dal ripetuto decreto legislativo n. 157/1995 troverebbe, inoltre, fondamento nella "natura delle attività rimesse alle ONG" ed, in particolare, nel "carattere multisetoriale (dei programmi di cooperazione) dove è del tutto peculiare ed assolutamente prevalente la componente formativa ..." e nell'elemento di "specificità" – presente nel caso di specie – nel quale la ONG si avvale di "volontari" e "cooperanti" non legati all'ente da un rapporto di lavoro subordinato e il cui ruolo sarebbe prioritariamente finalizzato "ai valori della solidarietà e della cooperazione internazionale".
- 4) La previsione del programma di intervento in un accordo internazionale (nella specie il memorandum di intesa tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica araba d'Egitto del 14.5.2003) in relazione al quale si richiamano due sentenze della Corte di Cassazione nelle quali si sottolinea il perseguimento di finalità "lato sensu" politiche nelle realizzazioni di iniziative nella materia della cooperazione.
- 5) La non applicabilità alle fattispecie in questione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi sarebbe infine stata riconosciuta dalla Commissione delle Comunità che, in una nota di richiesta di chiarimenti al Ministro degli affari esteri nell'ambito di

una procedura di infrazione avviata proprio in relazione ad un affidamento in seguito a gara esperita tra ONG italiane, avrebbe ritenuto che, nella specie, la normativa comunitaria deve essere osservata limitatamente alle modalità di pubblicazione del bando ed alla estensione della partecipazione alla gara alle ONG appartenenti alla Comunità o ad altro Stato aderente all'accordo sullo Spazio economico europeo.

Le argomentazioni dell'Amministrazione non sono state ritenute idonee dall'Ufficio a superare le perplessità evidenziate in quanto sia la normativa di carattere primario sia le disposizioni di rango amministrativo emanate dall'Amministrazione per i procedimenti di qualificazione delle ONG ritenute idonee e per quelli di selezione per l'affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi sono da ritenere recessive rispetto alla disciplina introdotta dai decreti legislativi di recepimento delle direttive comunitarie per l'aggiudicazione degli appalti in questione.

Anche i riferimenti alla natura delle attività svolte dalle ONG ed alla peculiarità del rapporto tra "volontari" e "collaboratori" e la ONG presso la quale prestano servizio non sono stati ritenuti giustificativi della non applicabilità delle norme di recepimento delle surriferite direttive.

Né alcuna valenza dirimente è stata riconosciuta alla tesi secondo cui la previsione dell'intervento in un accordo internazionale integrerebbe la fattispecie di esclusione dall'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 157/1995, prevista nell'art. 5, comma 2, lettera 1) dello stesso.

L'ultima prospettazione espressa dall'Amministrazione e cioè i chiarimenti resi nell'ambito di una procedura d'infrazione è apparsa idonea non a sostenere la regolarità del procedimento adottato sebbene a confermare la non conformità di esso al dettato normativo in materia.

Alla luce di quanto sopra il magistrato istruttore, ritenendo di dover deferire la questione alla Sezione Centrale del Controllo, ha rimesso l'affare al Consigliere Delegato al controllo sui Ministeri Istituzionali, il quale, condividendo la proposta avanzata, con nota del 22.3.2005 ha trasmesso gli atti al Sig. Presidente della Sezione Centrale del controllo perché il provvedimento in questione fosse sottoposto al vaglio collegiale della Sezione.

Il Presidente della Sezione con ordinanza del 24.3.2005 ha convocato per il giorno 6.4.2005 il 1° Collegio per l'esame e la pronuncia sul visto e conseguente registrazione del provvedimento in parola.

In data 4 aprile u.s. è pervenuta un'ulteriore memoria da parte del MAE nella quale, nel richiamare le argomentazioni contenute nella nota di risposta, si fa riferimento alla circostanza dell'intervenuta archiviazione della procedura d'infrazione nonché al Regolamento (CE) n. 1257/96 del Consiglio del 20.6.1996 che ha previsto la possibilità che progetti di cooperazione finanziati dalla Comunità siano affidati ad ONG.

L'Amministrazione nel richiamare, infine, una precedente indagine svolta dalla Corte dei Conti sulle ONG, che aveva riconosciuto legittimo l'operato dell'Amministrazione, insiste perché il provvedimento all'esame venga ammesso al visto.

All'odierna adunanza sono presenti per il Ministero degli Affari esteri

il Consigliere di ambasciata dott. Francesco Cottafavi ed il Consulente giuridico dott. Riccardo Rizzi.

Il Consigliere di ambasciata dà lettura della memoria del 4 aprile u.s. inviata alla Sezione del controllo mentre il Consigliere giuridico ribadisce le argomentazioni già rese ostensive nella risposta trasmessa dall'Amministrazione.

Entrambi alla luce delle tesi sostenute, concludono nel chiedere l'ammissione al visto del provvedimento all'esame.

D I R I T T O

La questione che viene sottoposta all'esame della Sezione concerne la verifica della legittimità dell'affidamento disposto mediante convenzione dal Ministero affari esteri – Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo alla ONG ICU (Istituto per la Cooperazione Universitaria) concernente l'iniziativa da realizzare in Egitto "Potenziamento e consolidamento del medical research institute di Alessandria – II fase" per l'importo complessivo di € 1.337.777,27.

Le censure che l'Ufficio di controllo sui ministeri istituzionali ha mosso all'Amministrazione vertono su un duplice ordine di osservazioni: la sottrazione alla disciplina comunitaria dell'appalto all'esame in violazione del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, di attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi ed in subordine la partecipazione alla gara solamente delle ONG riconosciute idonee ai sensi del diritto italiano con esclusione di quelle costituite ai sensi della legislazione nazionale di uno Stato membro dell'Unione europea in violazione dell'art. 49 del trattato istitutivo della Comunità europea.

L'Amministrazione nella risposta e nella successiva memoria integrativa prodotta ha formulato, a sostegno del proprio operato, varie argomentazioni e prospettazioni.

L'argomento principale su cui si incentra la difesa dell'Amministrazione è il richiamo alla legislazione nazionale (L. 26.2.1987, n. 49; L. 30.12.1991, n. 412; L. 16.1.1993, n. 255) che avrebbe affidato alle ONG riconosciute idonee la realizzazione di specifici programmi di cooperazione.

Tale riserva troverebbe fondamento nella "peculiare natura delle ONG di soggetti senza fini di lucro ... e nel carattere fiduciario che ricorre nell'affidamento ai soggetti in questione dell'esecuzione di iniziative di cooperazione che hanno il loro fondamento ultimo in trattati internazionali".

Sul punto giova richiamare il rapporto esistente tra direttiva comunitaria e norma interna contenente deroga alla disciplina recata dalla prima.

La Corte di giustizia europea ha sempre affermato la prevalenza del diritto comunitario (in particolare delle norme del trattato, dei regolamenti e delle direttive) rispetto al diritto interno degli Stati membri.

I giudici ed anche i soggetti della pubblica amministrazione in presenza di una norma di legge confliggente con una prescrizione contenuta in una disposizione del diritto comunitario sono tenuti a disapplicarla ed ad applicare tale ultima disposizione.

Anche la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989) ha affermato che "l'eventuale conflitto tra il diritto comunitario direttamente

applicabile (in virtù della competenza riservata, la cui giustificazione va imputata all'art. 11 della Costituzione) produce un effetto di disapplicazione di quest'ultimo" (diritto interno) precisando ulteriormente (sentenza n. 64 del 1990) che sono di immediata applicazione le direttive comunitarie che siano "incondizionate e sufficientemente precise" sicchè essere prevalgono, in ogni caso, rispetto "a qualunque disposizione di diritto interno non conforme".

Ciò premesso, venendo al caso all'esame, va tenuto presente che le organizzazioni non governative, come nella specie la ONG ICU (Istituto per la cooperazione universitaria), sono anche esse destinatarie delle direttive comunitarie recepite nel decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, nella materia degli appalti di servizi.

Infatti la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea (cfr. in particolare sentenza n. 244 del 16.11.1995; nonché causa C/41/90 e causa C 67/96) ha affermato il principio che "la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento".

"L'assenza dello scopo di lucro non priva l'attività dell'Ente della sua natura economica, con la conseguenza che sono applicabili le norme in materia di concorrenza".

I principi richiamati dalla giurisprudenza comunitaria, ad avviso della Sezione, non possono non trovare applicazione anche nei confronti delle ONG, organismi, che, pur non avendo scopo di lucro, esplicano negli affidamenti ricevuti dal MAE un'attività economica che qualifica le stesse

quali imprese e quindi soggette ai criteri concorrenziali posti dalla normativa comunitaria.

Né a tale riguardo la natura di impresa può essere inficiata dalla peculiarità del rapporto esistente tra "volontari" e "collaboratori" da un lato e la ONG presso la quale prestano servizio.

Per detto personale, infatti, anche se è fatto espresso divieto di intrattenere con le ONG rapporti di lavoro subordinato sarà pur sempre necessario prevedere, come, peraltro, risulta nel caso all'esame, per le attività dallo stesso svolte una loro remunerazione con l'indicazione di apposite voci di spesa nel piano finanziario costituente parte integrante della convenzione.

Chiarita, quindi, la natura delle ONG ai fini che qui interessa e quindi la loro collocazione nel contesto concorrenziale previsto per gli appalti di servizi va, altresì, disattesa la tesi sostenuta dall'Amministrazione secondo cui la previsione dell'intervento in un accordo internazionale integrerebbe la fattispecie di esclusione dall'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 157 del 1995 (art. 5, comma 2, lettera e).

Ai fini di tale esclusione, infatti, a mente della citata disposizione non è sufficiente che il servizio da affidare sia inserito in un accordo internazionale concluso con uno o più Stati estranei all'Unione Europea, ma anche la condizione che il servizio stesso sia destinato alla "realizzazione, alla utilizzazione o allo sfruttamento in comune di un progetto da parte degli Stati firmatari"; circostanza questa che nel caso di specie non ricorre atteso che, come si evince dalla convenzione, la realizzazione dell'iniziativa è a totale carico dello stato italiano.

Parimenti appare inconferente il richiamo dell'Amministrazione ad alcune sentenze della Corte di Cassazione nelle quali non si riconosce la qualificazione di "appalto di opera pubblica al contratto avente ad oggetto l'esecuzione all'estero di un'opera nell'ambito della cooperazione internazionale" assumendo, pertanto, rilievo in tale ambito il perseguimento di finalità "lato sensu" politiche.

In disparte la considerazione che le sentenze in parola si riferiscono al settore delle opere pubbliche, le argomentazioni nelle stesse svolte involgono aspetti tecnici (applicazione o meno del Capitolato generale dei lavori pubblici) che non trovano valenza nei settori delle forniture e servizi. Ad ogni buon conto certamente da tale argomentare non può ricavarsi la legittimazione a sottrarre ai criteri concorrenziali posti dalla normativa comunitaria gli interventi da realizzare all'estero nell'ambito della cooperazione, atteso che la stessa legge 412/91 (art. 3, 3° comma) statuisce che "per l'attuazione delle iniziative di cooperazione ad eccezione ... è reso in tutti i casi obbligatoria l'effettuazione di gare pubbliche di aggiudicazione secondo la vigente normativa comunitaria".

In ordine, poi, alla procedura d'infrazione n. 1999/5239 mossa dalla Commissione della Comunità ex art. 226 del trattato istitutivo ed alla comunicazione di intervenuta archiviazione della stessa, la Sezione non può non rilevare – non essendo note le ragioni dell'archiviazione – il riconoscimento da parte dello stesso Ministero nella risposta formulata di inottemperanza nella fattispecie alle disposizioni concernenti le modalità di pubblicazione degli avvisi di selezione intervenuti sul solo DIPCO e non anche sulla GUCE con la conseguente mancata estensione delle

procedure di selezione alle ONG appartenenti alla Comunità o ad altro stato aderente all'accordo sullo Spazio economico europeo.

In buona sostanza, rileva la Sezione, sia pure con le limitazioni che derivano da una mera comunicazione di archiviazione, dalla vicenda si ha pur sempre la conferma della contrarietà del procedimento adottato dall'Amministrazione alla normativa in materia.

Nella memoria successiva prodotta il 4 aprile u.s. l'Amministrazione introduce ulteriori argomentazioni a sostegno della legittimità del proprio operato.

In particolare il MAE richiama l'adozione del Regolamento (CE) n. 1257/96 del Consiglio del 20.6.96 nel quale si prevede la possibilità che progetti umanitari finanziati dalla comunità siano affidati alle ONG. Sul punto, rileva la Sezione, il riferimento, ai fini della questione all'esame appare del tutto inconferente.

Infatti il Regolamento adottato concerne modalità di esecuzione e di gestione degli interventi di aiuto umanitario a carattere emergenziale, finanziati dalla Comunità europea. E ben diverso, sotto un profilo soggettivo ed oggettivo, l'ambito in cui deve operare il regolamento "de quo" in considerazione delle caratteristiche peculiari dell'aiuto umanitario per il quale diventa condizione necessaria la rapidità degli interventi da finanziare rispetto ai progetti di cooperazione allo sviluppo che svolgono gli stati membri della Comunità.

Parimenti del tutto improprio è il riferimento che l'Amministrazione fa ad una indagine di gestione svolta dalla Corte dei Conti sull'attività di cooperazione allo sviluppo per il tramite delle ONG dal 1987 al 2000

(Deliberazione n. 43/2001/G).

Fa presente l'Amministrazione che dalla valutazione complessiva della relazione si deduce la legittimità del proprio operato e delle procedure di selezione delle ONG, senonchè, osserva la Sezione, ad una lettura più completa si ha modo di rilevare, altresì, valutazioni critiche sulla "istituzionalizzazione" del ruolo delle ONG "preoccupate principalmente di garantire una "equa" spartizione delle risorse a scapito della qualità dell'intervento".

Al di là del merito che non compete all'esame di questa Sezione, sul tema più strettamente giuridico nella relazione si pone in rilievo che "la mancanza delle finalità di lucro degli organismi in parola non esonera gli stessi, come soggetti che operano sul mercato, dall'obbligo di produrre la prestazione richiesta in un rapporto costo-prestazione che garantisca il miglior risultato in termini di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

Dall'exkursus dei motivi addotti dall'Amministrazione a sostegno della legittimità dell'azione svolta, la Sezione ne rileva la loro infondatezza.

Le ONG, come sopraesposto, in quanto organismi che svolgono un'attività economica di impresa sono destinatarie delle norme in materia di concorrenza, come poste dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, recante norme di attuazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti di servizi. E ciò a prescindere dalla assenza dello scopo di lucro che le connota. La particolare attitudine di detti organismi nella realizzazione di progetti nella materia della cooperazione allo sviluppo non legittima l'affidamento fiduciario all'interno delle ONG al quale

l'Amministrazione ha fatto ricorso. Le peculiarità di cui sono dotate detti organismi (professionalità specifica, minori costi di personale, disponibilità a recarsi in zone a rischio) a cui si richiama l'Amministrazione potranno essere fatte valere dalle ONG in sede di gara bandita dal MAE ai sensi ed in conformità della normativa comunitaria.

L'affidamento in questione a favore della ONG ICU (Istituto per la cooperazione universitaria) risulta, pertanto, illegittimo.

Ulteriore illegittimità del provvedimento, sia pure in via gradata, va colta nell'aver l'Amministrazione pubblicato l'avviso di selezione sul bollettino interno del Ministero (DIPCO) e non anche sulla gazzetta della Comunità europea (GUCE) riservando la partecipazione alla gara solamente delle ONG riconosciute idonee ai sensi del diritto italiano con esclusione di quelle costituite ai sensi della legislazione nazionale di uno Stato membro dell'Unione europea in violazione dell'art. 49 del trattato istitutivo della Comunità.

P.Q.M.

rifiuta il visto e la conseguente registrazione del provvedimento in epigrafe.

Il Presidente

(Danilo Delfini)

Il Relatore

(Giancarlo Castiglione)

Depositata in Segreteria il 26 aprile 2005

