

Studio Legale Avv. Enrico Pintus

Consulenza e Giudiziale per PP.AA.

info@enicopintus.com



LA FAMIGLIA AL CENTRO

PERCORSO FORMATIVO
«GLI AFFIDAMENTI SOCIALI»

LA FAMIGLIA AL CENTRO

La disciplina «Codicistica» degli
«*AFFIDAMENTI SOCIALI*»

IL TEMA DI OGGI

Siamo usciti indenni dalla lotta tra due «sistemi» che dovrebbero essere complementari:

Per lo svolgimento del nostro SERVIZIO SOCIALE abbiamo deciso di:

NON ricorrere a forme di **co-programmazione** e/o di **co-progettazione** (art.55 CTS);

NON organizzare gli stessi avvalendoci di strumenti di **accreditamento** con gli Enti del terzo settore (art.55, comma 4 CTS);

NON sottoscrivere **convenzioni** con gli Organismi individuati dall'articolo 56 del CTS

Abbiamo dunque scelto di rivolgerci «al mercato»: in questo caso dobbiamo usare la «cassetta degli attrezzi» costituita dal Codice dei contratti pubblici

Una definizione di «servizi sociali»?

- ▶ Il Codice 2016 elenca i «servizi di cui agli articoli 140, 141, 142, 143 e 144» nell'**ALLEGATO IX**

Manca però nel Codice 2016 (come, del resto, anche in quella del 2006) una definizione di «servizi sociali»

La troviamo nell'**art.128 del D.lgs. 112/1998** (c.d. legge sul decentramento) *«per "servizi sociali" si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia».*

Inquadramento sistematico

Il legislatore del 2016 colloca gli **appalti di servizi sociali** nel Titolo VI (*regimi particolari di appalto*), disegnandone una **disciplina concreta** che possiamo schematicamente dividere in **TRE REGIMI**:

1) REGIME C.D. INTERMEDIO

1.1 settore ordinario - ha ad oggetto gli appalti di **servizi sociali nominativamente elencati nel comma 5bis dell'art.142, SOPRA SOGLIA (750mila euro) >**

1.2 settore ordinario - ha ad oggetto gli appalti di **servizi sociali nominativamente elencati nel comma 5bis dell'art.142, SOTTO SOGLIA**

2) REGIME C.D. ALLEGGERITO

– settore ordinario - ha ad oggetto gli appalti di **servizi sociali che non rientrano nell'elenco di cui al richiamato comma 5bis. >**

3) SETTORI SPECIALI

A queste fattispecie, tutte assoggettate, pur con differenti regimi, al Codice dei contratti pubblici, **si devono aggiungere quelle:**

... segue, inquadramento sistematico

- ▶ **ESTRANEE al Codice**: il riferimento è agli strumenti previsti dal Titolo VII del CTS che, come abbiamo visto nel corso delle precedenti giornate, sono «fuori» dal Codice.

Con il DL 76\2020 tale «estraneità» è stata positivizzata: cfr. il **comma 8 dell'Art.30 Codice** (che detta i principi generali in tema di aggiudicazione ed esecuzione di appalti e concessioni): «*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché' di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*»

- ▶ **ESCLUSE** dall'applicazione del Codice: tutti quelli che non rientrano nei descritti settori ordinari e speciali di cui sopra > servizi di ambulanza (art.57 CTS), Servizi sanitari e socio sanitari contemplati dai livelli essenziali di assistenza del servizio sanitario nazionale, affidamenti di servizi sociali svolti in regime di autorizzazione e accreditamento.

Regime «INTERMEDIO»

Servizi sociali ex comma 5bis Art.142, **sopra soglia**

- ▶ Invero si tratta di un regime che la Dottrina ha definito «**INTERMEDIO**» tra quello ordinario e quello c.d. «alleggerito»: esso è applicabile solo a una determinata tipologia di servizi sociali di cui **all'Allegato IX**: «*servizi sanitari - servizi sociali e servizi connessi-servizi di prestazioni sociali - altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative*» (comma 5bis).
- ▶ **DISCIPLINA APPLICABILE**: Art.142, commi da 1 a 5 + commi da 5ter a 5octies.

Regime «Intermedio»

Servizi sociali ex comma 5bis Art.142, sopra soglia

❖ Sono certamente applicabili le norme di cui alla Parte I, TITOLO IV, del Codice «**Modalità di affidamento - Principi comuni**» > **articoli dal 28 al 34**: In particolare trova certo applicazione la norma di cui **all'art.30 del Codice**

A proposito di principi generali, il **comma 5ter** detta una **disposizione finalistica**:
«**L'affidamento dei servizi di cui al comma 5-bis deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti**»

❖ «**PROGRAMMAZIONE**»: il **comma 5quater** prevede l'applicazione dell'articolo 21 del codice **«nel rispetto della legislazione statale e regionale di settore»**

❖ «**AGGREGAZIONE E CENTRALIZZAZIONE**»: il **comma 5quinquies** «**Le finalità di cui agli articoli 37 e 38 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe**»

Regime «intermedio»

Servizi sociali ex comma 5bis Art.142, sopra soglia

- ❖ Il **comma 5sexies** consente l'utilizzo delle «procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65»
- ❖ Ma il vero cardine del regime «intermedio» è costituito dal **comma 5septies** che individua puntualmente le disposizioni generali applicabili a tale regime. Dalla sua lettura si ricava che a tali servizi, **da affidare con il criterio dell'OEPV**, devono essere applicate, oltre alle norme appena ricordate, anche quelle:
 - ✓ Relative alle specifiche tecniche, articolo 68
 - ✓ alle etichettature articolo 69
 - ✓ agli inviti ai candidati, articolo 75
 - ✓ alla fissazione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione delle offerte, articolo 79
 - ✓ ai motivi di esclusione, articolo 80

Regime «intermedio»

Servizi sociali ex comma 5bis Art.142, **sopra soglia**

- ✓ ai criteri di selezione e soccorso istruttorio, articolo 83
- ✓ ai criteri di aggiudicazione, articolo 95.

Da questo elenco emerge da subito che del «regime intermedio» **non fanno parte** istituti molto rilevanti nel regime ordinario, quali **l'avvalimento** o il **subappalto**.

Motivo di tale esclusione: **l'intuitu personae** > **critiche** da parte del Consiglio di Stato (parere sul «correttivo 2017», n.782\2017)

Disciplina integrativa da parte della Lex Specialis:

Regime «intermedio»

Servizi sociali ex comma 5bis Art.142, **sotto soglia**

- ▶ **(comma 8bis)** Per questa tipologia di affidamenti la disciplina è ricavabile dall'**art.36 del Codice**.
- ▶ Giove preliminarmente segnalare **la contraddittorietà della scelta legislativa**: nel sotto soglia vi è un appiattimento sulla disciplina ordinaria (con il richiamo agli istituti tipici di questa, compreso avvalimento e subappalto, ma anche rotazione), mentre nel sopra soglia, come visto, si è fatta una scelta opposta ... eppure in tutti e due vale l'intuitu personae che caratterizza gli affidamenti sociali.
- ▶ Il richiamo alla disciplina di cui all'art.36 Codice comporta:
 - L'applicazione dei principi generali di cui al comma 1 art.30
 - L'applicazione del **principio di rotazione**
- ▶ **Il richiamo deve intendersi in senso dinamico** > quindi esso **si estende alla disciplina derogatoria** introdotta nel sottosoglia a partire dal DL 76 del 2020 in poi ...

Regimi derogatori previsti dal Codice – art. 143

- ▶ Introduce la possibilità di bypassare le normali regole dell'evidenza pubblica, creando un affidamento RISERVATO. Tali riserva, essendo una «ECCEZIONE» è sottoposta a specifici limiti, soggettivi e oggettivi. Prima ancora, tale scelta deve risultare dagli stessi **ATTI DI PROGRAMMAZIONE** > indica la volontà e il motivo di avvalersi di tale deroga con riferimento agli obiettivi sociali da raggiungere (vizio di legittimità a monte!?)
- ▶ **Limiti soggettivi**: possono beneficiare di tale speciale regime riservato solo ed esclusivamente le Organizzazioni che soddisfano **tutte le condizioni** previste dal **Comma 2** >

NB: la **lettera D) del comma 2** prevede un particolare PRINCIPIO DI ROTAZIONE specifico per questo genere di «gare riservate»: il servizio non può essere affidato all'organizzazione che negli ultimi tre anni ha già beneficiato di altra commessa «*per i servizi in questione a norma del presente articolo*» >

... segue sull'art. 143

- ▶ **Limiti oggettivi:** gli affidamenti riservati sono esclusivamente, e tassativamente, quelli indicati nel comma 1 dell'art.143: «... **esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX, identificati con i codici CPV ...**»: la norma utilizza proprio il sistema di classificazione europeo per categorizzare l'oggetto dei contratti d'acquisto pubblici.
- ▶ **Limiti oggettivi:** comma 3 «**La durata massima del contratto non supera i tre anni**».

*Limite di durata e principio di rotazione sono state **fortemente criticati** dalla Dottrina, che ha accusato il Legislatore di aver introdotto due strumenti poco compatibili con il connotato sociale che caratterizza questo genere di affidamenti.*

Regimi derogatori– art. 112

- ▶ Un analogo meccanismo DI RISERVA è descritto dall'art.112 del Codice (, che consente alle stazioni Appaltanti di RISERVARE «il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità' o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.» (comma 1). Il comma 2 definisce nel dettaglio i soggetti che la norma intende tutelare.
- ▶ Anche in questo caso è indispensabile che la scelta derogatoria trovi indicazione e motivazione già in sede programmatica.

Segue ... art. 112

- L'art.112 esordisce facendo «salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali ...».

Vengono così in rilievo gli **AFFIDAMENTI ALLE COOPERATIVE SOCIALI** previsti dalla **Legge 381/1991 (cenni) > art.5**

«Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, **anche in deroga** alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, **possono stipulare convenzioni con le cooperative** che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ... **per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici**, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. **Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza**» (modificato con la L.190/2014) > si riferisce sempre e comunque all'**art.36 Codice?**

Altri appalti settore sociale REGIME ALLEGERITO

- ▶ Sempre nel SETTORE ORDINARIO, per gli appalti di **servizi sociali che, pur compresi nell'ALLEGATO IX, sono fuori dall'elenco tassativo di cui al richiamato comma 5bis, la disciplina è rinvenibile:**
 - a) **Nei commi da 1 a 5 dello stesso art.142:** si concentrano soprattutto sulle modalità comunicative dell'avvio dell'affidamento e della sua conclusione.
 - b) **Nelle disposizioni di cui alla L.241 del 1990.**

Cenni nuovo Codice, Dlgs.36 \ 2023

- ▶ Il nuovo codice dedica alla materia di cui trattasi il **TITOLO I («i servizi sociali e i servizi assimilati»)** della PARTE VII («Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari») > essa si compone di due distinti articoli (127 – 128) cui aggiungere invero il 129 (del Titolo II).

❖ l'Allegato IX diventa ALLEGATO XIV

- ▶ **Prima discontinuità** rispetto al Codice2016: dal punto di vista terminologico viene ora usata l'espressione «assimilati» al posto di quella vecchia «altri servizi specifici». Sempre dal punto di vista lessicale si segnala che non si usa più l'espressione «aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi...», preferendosi quella «affidamento dei servizi sociali e degli altri assimilati»: si toglie così ogni dubbio sul fatto che la disciplina è unica anche se i settori di riferimento sono eterogenei.

Cenni nuovo Codice, Dlgs.36 \ 2023

- ▶ **Altra differenza – sostanziale:** l'art.127 (che sostituisce il 142 del Codice2016) esordisce con una clausola di riserva disciplinare > «**Fermo quanto previsto dall'articolo 6 del codice ...**»: > viene ancor più sancita la COESISTENZA tra i più volte ricordati modelli organizzativi per l'affidamento dei servizi sociali (concorrenza\mercato-principio di sussidiarietà): quest'ultimo modello non è più visto come una deroga\eccezione ma come una alternativa di pari rango da coordinare con il primo.

Cenni nuovo Codice, Dlgs.36 \ 2023

DETTAGLIO:

- ▶ Il REGIME INTERMEDIO di cui ai commi 5bis-5nonies dell'art.142 Codice2016 è ora disciplinato dall'art.128 del nuovo Codice > non vi sono grandi differenze se non una sul SOTTOSOGLIA: il **comma 8bis art.142 diventa il comma 8 art.128** «Per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), si applicano i principi e i criteri di cui al comma 3 del presente articolo» >> «L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti».

La scelta è quindi opposta alla vecchia: si è scelto di non richiamare più la generale applicazione della normativa sugli «affidamenti sotto soglia» (che era stata fortemente criticata e mal digerita soprattutto sul fronte principio di rotazione)