

Studio Legale Avv. Enrico Pintus

Consulenza e Giudiziale per PP.AA.

info@enicopintus.com



LA FAMIGLIA AL CENTRO

PERCORSO FORMATIVO
«GLI AFFIDAMENTI SOCIALI»

Un po' di storia

- ▶ Disciplina di cui alla **Direttiva UE 2004/18** > gli appalti dei servizi sociali erano elencati nell'ALLEGATO IIB > per essi non si applicava la relativa regolamentazione, se non per quanto concerneva **l'obbligo, in fase di affidamento, di rispettare i principi di imparzialità, economicità, trasparenza e non discriminazione**
- ▶ **Il Codice del 2006 (D.lgs. 163/2006)**: coerentemente il Codice 2006 aveva collocato tali appalti tra quelli parzialmente esclusi dall'ambito di applicazione del Codice > art.20: «L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato IIB è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche) dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)

... un po' di storia

➤ **Direttive del 2014 (23/2014 e 24/2014) > Codice del 2016 (D.lgs. 50/2016)**

Il legislatore del 2016 fa una scelta apparentemente opposta al Codice 2006: invece di escludere parzialmente gli appalti di servizi sociali dal *corpus* del Codice, dal punto di vista sistematico, li colloca nel Titolo VI (**regimi particolari di appalto**), ma dal punto di vista della **disciplina concreta** ne disegna una **«ALLEGGERITA»** di due tipi:

- ❖ Per gli appalti di **servizi sociali nel «settore ordinario»** gli articoli 142, 143 e 144 del Codice (capo II del Titolo VI)
- ❖ Per gli appalti di servizi sociali nel **«settore speciali»** l'articolo 140 (capo I del Titolo VI)

In ogni caso, tale regime ALLEGGERITO è sempre ispirato ai principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici

- ▶ A tali due regimi se ne deve aggiungere un terzo (denominato **«intermedio»**) previsto per i servizi indicati nel comma 5ter dell'art.142 (tra quelli dell'All.IX, tra gli altri, i servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali ...) e la cui disciplina è dettata dai commi 5bis e seguenti dell'art.142 Codice.

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».*

L'altra metà del cielo

- ▶ La galassia degli affidamenti dei servizi sociali si compone, come è noto, anche di un'altra fonte di luce (luce disciplinante) > il mondo del TERZO SETTORE

A questo monto, come è noto, fa riferimento l'art.143 del Codice che prevede **la possibilità** per le amministrazioni aggiudicatrici **di riservare**, a determinate organizzazioni, il diritto di partecipare alle procedure di affidamento di appalti relativi **a specifici servizi sanitari sociali e culturali**:

La riserva è tassativa sia sotto il punto di vista «soggettivo»: solo a beneficio di soggetti che soddisfano tutti e quattro i requisiti previsti dalla norma (comma 2); sia su quello «oggettivo»: si applica solo ed esclusivamente per i servizi di cui all'ALL. IX espressamente indicati (comma 1)

- ▶ Ma il mondo del terzo settore ha ormai una sua **disciplina specifica dettata dall'apposito Codice, di cui al D.lgs. 117 del 3 luglio 2017, cui si affiancano le Linee Guida di cui al D.M. Lavoro n.72 del 31 marzo 2021.**

Il difficile rapporto tra i due Codici

Demandando agli altri due incontri il dettaglio della disciplina operativa prevista dai due plessi normativi di riferimento, occorre ora occuparci della **convivenza tra questi due SISTEMI NORMATIVI**, anche perché la prima (la disciplina) dipende molto dalla seconda (la convivenza).

Al (**delicato**) rapporto tra le pubbliche amministrazioni e il terzo settore, nell'ambito degli affidamenti che ci impegnano, il CTS dedica il suo **Titolo VII: articoli 55 56 e 57**.

La prima, ha una portata generale e si riferisce all'assetto relazionale tra la sfera pubblica e la sfera privata; le altre due hanno, invece, un oggetto specifico, riguardanti le «*convenzioni con il volontariato e le associazioni di promozione sociale e il servizio di trasporto sanitario di emergenza urgenza*».

Il difficile rapporto tra i due Codici

All'indomani dell'adozione del **codice del terzo settore** le criticità maggiori si sono concentrate sulla **evidente assenza di coordinamento** tra le disposizioni del codice del terzo settore e quelle del codice dei contratti pubblici, con specifico riferimento alla disciplina **dell'affidamento dei servizi sociali**

In particolare, il terreno di maggior scontro era (e ancora è) la disciplina dell'**art.55 del CTS**, in una costante **contrapposizione tra i principi di concorrenza e di sussidiarietà**, con ANAC e Consiglio di Stato a farsi portatori di esigenze a volte opposte.

Ancora più nello specifico il travaglio era sullo speciale regime di affidamento riservato agli enti del volontariato ex art.143 Codice che già aveva attirato le «attenzioni» del Giudice Europeo > il caso del servizio di trasporto sanitario di emergenza (Corte Giustizia UE, Causa C-113713; nello stesso senso idem, n.50 del dicembre 2016; **in coerenza anche le Linee Guida n.32\2016 di Anac**); non solo, gli affidamenti diretti dei centri di gestione dei migranti erano nel mirino di Anac.

... una convivenza difficile.

Si arriva così all'**iniziativa di ANAC (nel 2017) di chiedere lumi al Consiglio di Stato** > l'Autorità era molto scettica sulla compatibilità euro-unitaria di una disciplina letta come **alternativa al Codice dei contratti pubblici per ampi settori di attività affidati agli organismi del Terzo Settore.**

Il CONSIGLIO DI STATO rende il suo parere nel 2018 (PARERE 2052/2018).

Lo **sviluppo argomentativo** svolto dal Consiglio di Stato, e gli stessi approdi cui giunge, sono tali da mettere **in seria discussione la operatività concreta degli strumenti procedurali introdotti dal codice del terzo settore** con gli articoli 55 56 e 57 >

... una convivenza difficile.

(PARERE 2052/2018): Lo sviluppo argomentativo

(1) Il dato di partenza: non vi sono dubbi sul fatto che il CTS ha **ampliato le modalità** con cui gli ETS possono instaurare rapporti giuridici con le PP.AA. (co-programmazione co-progettazione, accreditamento-convenzionamento). Segnala, però, che nel nuovo testo normativo non si rinviene più, quale superiore principio conformativo delle procedure di affidamento dei servizi sociali, il necessario rispetto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni

(2) questo «declassare» il diritto comunitario non piace(va) ad Anac e non piace nemmeno al Consiglio di Stato: (i) il codice dei contratti pubblici è la diretta espressione italiana della normativa europea, conseguentemente il Codice non può che essere interpretato sulla base delle categorie giuridiche tipiche dell'ordinamento euro unitario: in cima a queste categorie giuridiche vi è il **principio della concorrenza**.

... una convivenza difficile.

(PARERE 2052/2018): Lo sviluppo argomentativo

(ii) ... «sebbene di regola l'affidamento di un servizio sociale -indipendentemente dalla disciplina del legislatore nazionale- debba rispettare la normativa pro concorrenziale di derivazione europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (quindi di un appalto), **tuttavia in presenza di alcune condizioni** (quali: la procedura disciplinata dal diritto interno non deve avere carattere selettivo; la procedura interna deve garantire che l'ente affidatario svolgerà questo servizio a titolo **integralmente gratuito**) **la procedura di affidamento del diritto interno non è soggetta alla disciplina europea e quindi alle regole pro concorrenziali.**

(3) conclusioni: Secondo il Consiglio di Stato, ad eccezione dei casi in cui ricorrono la **gratuita** e la **non selettività**, le procedure descritte dal codice del terzo settore devono essere qualificate come forme di appalti di servizi sociali e come tali sottoposte alla disciplina del codice dei contratti pubblici

... una convivenza difficile.

(PARERE 2052/2018): Lo sviluppo argomentativo

(3) ... questa conclusione si porta appresso **due precisazioni** da parte del Consiglio di Stato:

(iii) il CTS deve essere obbligatoriamente interpretato in modo da renderlo conforme alla normativa comunitaria; qualora ciò non sia possibile non potrà che operare il meccanismo della **disapplicazione normativa** (un meccanismo doveroso sia per il giudice che per la stessa amministrazione).

(iv) questa supremazia produce l'effetto di rendere doveroso per le amministrazioni pubbliche **motivare di volta in volta la scelta di ricorrere agli strumenti procedurali delineati dal codice del terzo settore** anziché procedere all'indizione di una gara d'appalto > *«l'amministrazione dovrà evidenziare la maggior idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni sociali ricorrenti nella fattispecie alla luce dei principi di adeguatezza proporzionalità ed efficacia e in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato»*: onere motivazionale non da poco

... la Corte Costituzionale: l'inizio della rivincita del CTS

Sulla fase di incertezza operativa venutasi a creare all'indomani del Parere 2052\2018 interviene, quasi provvidenzialmente, la sentenza della **Corte Costituzionale n.131 del 2 giugno 2020.**

Il Giudice delle Leggi **cambia radicalmente il fondamento concettuale** sul quale si basa la conclusione del Consiglio di Stato

... la Corte Costituzionale ...

Tutto parte e si sviluppa dal **PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA'** previsto dall'art.118, comma 4, della Carta Costituzionale: la Corte, analizza il testo dell'art.55 del CTS e in esso individua «... una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'articolo 118, quarto comma, Cost.».

La «socialità umana» preesiste al CTS: l'art.118, comma 4, ha valorizzato e riconosciuto la «profonda socialità che connota la persona umana» che, prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, ha espresso una molteplicità di forme associative « che hanno saputo garantire assistenza solidarietà e istruzione a chi nei momenti più difficili della nostra storia rimaneva escluso».

Superamento dell'esclusività pubblica: secondo la Corte la disposizione costituzionale supera l'idea che solo il pubblico è in grado di soddisfare l'interesse generale, riconoscendo invece che «tali attività ben possono essere perseguite anche da una autonoma iniziativa dei cittadini»

... la Corte Costituzionale ...

Vene così individuato un preciso ambito di «organizzazione delle libertà sociali» non riconducibile né allo Stato né al Mercato, ma a «*quelle forme di solidarietà che in quanto espressive di una relazione di reciprocità devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico*», **l'AZIONE SUSSIDIARIA**

L'art.55 CTS, per la prima volta nel nostro Ordinamento, proceduralizza questa azione sussidiaria.

Vi è quindi l'obbligo, in capo ai soggetti pubblici, **di assicurare** «nel rispetto dei principi della legge ... n.241» **il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi all'interno di quel particolare settore di interesse generale definito dal medesimo articolo 5 del CTS.**

Il tutto in **sintonia con gli insegnamenti Euro-Unitari**: «*lo stesso diritto dell'unione mantiene a ben vedere in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare in relazione ad attività ha spiccata valenza sociale un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà*»

... la Corte Costituzionale ...

Nessun contrasto o rigida separazione dunque: **tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art.55 del CTS, si instaura «un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato»:**

... e questo perché? Perché «gli ETS, in quanto rappresentativi della società solidale spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi ... sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che spesso produce effetti positivi sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della società del bisogno»

Conclude la Corte **avvertendo che tale scenario** («lo specifico scenario di condivisione della funzione pubblica») **è riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'articolo 4 CTS:** ... agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'articolo 55: **esiste quindi una stretta correlazione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica.**

... vincitori e vinti ...

Non vi è dubbio che la Corte Costituzionale ha dato una bella spinta verso un RIDIMENSIONAMENTO del mercato e dell'immanente principio della concorrenza (...si è parlato di «demitizzazione» o di «rifuggire posizioni fideistiche della concorrenza» > il nuovo Codice dei contratti pubblici, con il suo art.1, ne rappresenta una emblematica applicazione.

Vero è, però, che la posizione della Giustizia Amministrativa è rimasta particolarmente rigorosa, mantenendo una **concezione del concetto di GRATUITA'** che, di fatto, limiti oltremodo gli affidamenti con gli strumenti di amministrazione sussidiaria tanto cari alla Corte Costituzione.

Emblematica in tal senso la pronuncia del **COSIGLIO DI STATO, sez 5, sent. 6232 del 7 settembre 2021.**

... rimando agli altri incontri ...



Nelle altre due giornate si analizzeranno, rispettivamente,

- ▶ le regole d'ingaggio proprie del CTS, con gli strumenti previsti dagli artt.55, 56 e 57 del CTS
- ▶ Le regole fissate dal Codice contratti pubblici, con uno sguardo anche al futuro.