

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



L'affidamento dei servizi sociali e l'istituto della co-progettazione: il difficile coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore nell'attesa delle nuove Linee Guida dell'ANAC

di Cristian Formica

(Istruttore Direttivo Contabile del Comune di Latina)

Sommario

1. Introduzione. 2. Il previgente quadro normativo e le Linee Guida ANAC n. 32 del 20/01/2016. 3. L'affidamento dei servizi sociali tra il nuovo Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore. 4. Il parere reso dal Consiglio di Stato (Adunanza della Com-missione speciale del 26 luglio 2018 – numero affare 1382/2018). 5. La co-progettazione: profili procedurali e problematiche applicative. 6. Conclusioni.

Abstract

The contractual activity of the public sector is divided in two phases: the phase aimed to find the best contractor, in which the Public Administration has authoritative powers, and the phase of stipulation of the contract (and its execution), in which the Administration has contractual powers. In the selection phase, in order to identify the best offer on the market, the public authority is obliged to carry out the procedures of the code of contracts (recte: d.lgs. n. 50/2016). These procedures, in order to identify the best offer in respect of the principles of impartiality and good performance, must ensure the freedom of competition. In the social services sector the situations of necessity often collide with these principles. For this reason, the legislator has introduced forms of exceptions to ordinary procedures, together with institutes aimed at launching experimental or innovative projects. The relevance of this sector also imposed an intervention by the ANAC, which, before d.lgs. n. 50/2016 and d.lgs. n. 117/2017, emanated the Guide-Lines n. 32/2016, in order to ensure compliance with the legislation (national and european) regarding public contracts and prevention of corruption. It is in this context that co-planning takes place, as an institution that allows the Public Administration to be assisted by third sector subjects in the search for the most suitable solutions to meet the social needs of the territory. If, at the beginning, this tool was limited to experimental and innovative projects, today, it assumes the role of a general-purpose institution, whose choice has left to the Administration. In this work, after tracing the reference regulatory framework and highlighting the main distinctions with the previous discipline, it will try to identify the issues and the concrete difficulties, waiting for the new ANAC Guide-Lines, of the subjects called to operate with these tools.



1. Introduzione

L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione si struttura in due fasi: alla fase di selezione del miglior contraente, nella quale la P.A. dispone dei poteri pubblicistici, segue quella di stipula del contratto (e della sua esecuzione), in cui l'Amministrazione dispone dei poteri negoziali¹.

Nel corso della fase di selezione del miglior contraente, il soggetto pubblico, al fine di individuare la miglior offerta presente sul mercato sia in termini qualitativi che economici, ha l'obbligo di espletare le procedure del Codice dei contratti.

Tali procedure, oltre a consentire alla P.A. di individuare la migliore offerta nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, assicurano la libertà di concorrenza².

Nel settore dei servizi sociali³, tuttavia, non vengono in rilievo solo le esigenze sopra esposte, prospettandosi situazioni di necessità che, spesso, collidono con i principi volti al risparmio di spesa ed alla garanzia della concorrenza.

E' per tale ragione che il legislatore, nel tempo, ha introdotto forme di affidamento in deroga alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica, unitamente ad istituti volti ad avviare progetti di natura sperimentale o innovativa.

¹ Per una più puntuale trattazione dell'argomento, F. Armenante, *L'attività negoziale della P.A. (nel codice dei contratti "corretto")*, disponibile sul sito [www.europa.basilicata.it](http://europa.basilicata.it) (al link: <http://europa.basilicata.it/feasr/wp-content/uploads/2017/Lattivit%C3%A0-negoziale-della-PA-nel-codice-dei-contratti-corretto-a-cura-di-F.Armenante.pdf>); Roberto Garofoli, Giulia Ferrari, *La nuova disciplina dei Contratti Pubblici*, Nel Diritto Editore, II ed., anno 2018.

² Con riferimento agli elencati principi, le Linee Guida n. 4 dell'ANAC precisano (al par. 3.2) che: "Nell'espletamento delle procedure semplificate di cui al richiamato articolo 36, le stazioni appaltanti garantiscono in aderenza: a) al principio di economicità, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto; b) al principio di efficacia, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati; c) al principio di tempestività, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni; d) al principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione; e) al principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati; f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione; g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure; h) al principio di proporzionalità, l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento; i) al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico; j) ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti; k) al principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi (...)"

³ Ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. n. 112/1998, per servizi sociali si intendono tutte le attività relative all'erogazione dei servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, escluse quelle assicurate dai servizi previdenziale, sanitario e quelli assicurati in sede di amministrazione della giustizia.



La rilevanza e le peculiarità del settore, peraltro, hanno reso necessario un intervento dell'Autorità sull'Anticorruzione, che, anteriormente al d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) ed al d.lgs. n. 117/2017 (Codice del terzo settore), è intervenuta con proprie Linee Guida (n. 32/2016) a fornire indicazioni operative, nel tentativo di assicurare il rispetto della normativa (comunitaria e nazionale) in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione.

E' in tale contesto che si colloca la co-progettazione, quale istituto che consente alla P.A. di essere coadiuvata dai soggetti del terzo settore⁴ nella ricerca delle soluzioni più idonee a soddisfare le esigenze sociali del territorio.

Se, alle origini, tale strumento risultava limitato a progetti sperimentali ed innovativi⁵, oggi, il medesimo assume le vesti di un istituto ad applicazione generale, la cui scelta è rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione.

Con il presente lavoro, dopo aver tracciato il quadro normativo di riferimento ed evidenziato le principali distinzioni con la previgente disciplina, si cercherà di far emergere le criticità della materia e le difficoltà concrete, in attesa delle nuove Linee Guida dell'ANAC, che incontrano i soggetti chiamati ad operare con tali strumenti.

2. Il previgente quadro normativo e le Linee Guida ANAC n. 32 del 20/01/2016

La disciplina sull'affidamento dei servizi sociali si è distinta, a causa del proliferarsi di diverse normative di settore⁶, per una scarsa organicità e per la presenza di strumenti in grado di derogare alle procedure del Codice dei contratti⁷.

Preliminarmente, giova evidenziare che la tematica in esame presenta un'indubbia rilevanza costituzionale, con particolare riguardo ai Principi Fondamentali del nostro sistema giuridico.

Viene in rilievo, in particolare, il principio solidaristico sancito dall'art. 2 della Carta Costituzionale, il quale, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo "sia

⁴ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. n. 106/2016 (recante la delega al Governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale), per terzo settore si intende "(...) il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che (...) promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche".

⁵ L'ANAC, con le Linee Guida n. 32/2016, ha definito la co-progettazione "un accordo procedimentale di collaborazione" che ha per oggetto "la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale".

⁶ Si pensi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, alla L. n. 266/1991 (legge quadro sul volontariato) e regolamento attuativo D.M. 233 del 2/01/1996 in materia di accoglienza di immigrati irregolari, al d. lgs. n. 286/1998 e alla L. n. 189/2002 in materia di accoglienza agli stranieri regolarmente soggiornanti, alla L. n. 354/1975 sul recupero dei detenuti, alla L. n. 381/1991 in materia di cooperative sociali. Le disposizioni di settore prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all'applicazione del Codice dei Contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità.

⁷ Il riferimento è all'allora vigente d. lgs. n. 163/2006.



come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", richiede, al contempo, "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Ne discende, anche alla luce della libertà di associazione sancita dall'art. 18 della Costituzione, l'assoluta rilevanza degli enti del terzo settore, trattandosi di formazioni sociali con scopi di natura sociale e solidaristica.

Merita rilievo, sempre in via preliminare, il principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, comma 4, della Cost. (nel testo novellato dalla L. cost. n. 3/2001), in base al quale le Amministrazioni territoriali favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale.

Si ridefiniscono, in tal modo, i rapporti tra i cittadini (e le proprie formazioni sociali) e le Amministrazioni Pubbliche, in modo da valorizzare l'attività dei privati anche nella gestione di attività di interesse generale.

I cittadini, pertanto, lungi dal rimanere i meri destinatari delle attività e dei servizi pubblici, diventano soggetti attivi e dei quali avvalersi, semmai, per stabilire rapporti di collaborazione.

Il perseguimento dei pubblici interessi, in tal modo, non è più una prerogativa esclusiva dei soggetti pubblici, coinvolgendo altresì l'attività dei privati al fine della migliore soddisfazione degli interessi della collettività.

La scelta di ricorrere al soggetto privato, tuttavia, soggiace ai principi di proporzionalità e ragionevolezza e si colloca in un'ottica di sussidiarietà, che consente al soggetto pubblico di intervenire ogni qualvolta l'attività del privato non soddisfi (tanto sotto il profilo quantitativo che qualitativo) le esigenze della collettività.

Il principio sopra enunciato, con particolare riguardo ai servizi sociali, rappresenta il fondamento giuridico per l'instaurazione dei rapporti tra la parte pubblica e quella privata in modo da alimentare una rete di interventi che coinvolga, in maniera diretta, tutti gli operatori del settore.

La disciplina costituzionale, peraltro, a seguito della novella introdotta con la L. cost. n. 3/2001, presenta una complessa separazione "a monte" tra le competenze legislative di Stato e Regioni: alle ultime compete l'organizzazione dei servizi sanitari e sociali; al primo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale (cfr. art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)⁸.

Tracciato, seppur sinteticamente, il contesto costituzionale di riferimento, occorre evidenziare che l'esigenza di conferire organicità al settore si è tradotta

⁸ Ai sensi dell'art. 5 della L. n. 328/2000 è previsto che: "Le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59 ... adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona" (art. 5). In senso conforme, il D.P.C.M. 30 marzo 2001 prescrive che: "Le regioni adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra comuni e soggetti del terzo settore nell'affidamento dei servizi alla persona di cui alla legge n. 328 del 2000 tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione" (art. 6).



nell'emanazione della L. n. 328/2000, recante la disciplina sul sistema integrato di interventi e servizi sociali, nonché del relativo decreto attuativo (D.P.C.M. 30 marzo 2001).

In tale contesto, l'istituto della co-progettazione ha trovato la propria collocazione all'interno del D.P.C.M. 30 marzo 2001⁹, in base al quale: *"Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi"* (art. 7).

L'istituto, rivolto ad interventi innovativi e sperimentali ed utilizzabile nel rispetto delle *"norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione"*¹⁰, ha trovato, alle origini, un ambito di applicazione piuttosto circoscritto.

Senonché, ritenendo il terzo settore *"un'importante realtà nel Paese, sia sotto il profilo sociale, per la natura dei servizi svolti, che sotto il profilo occupazionale"*, l'ANAC ha emanato apposite Linee Guida (n. 32 del 20/01/2016)¹¹.

Ivi si è precisato, in via preliminare, che gli strumenti in deroga al Codice dei contratti discendono da disposizioni che, in quanto di natura derogatoria, sono utilizzabili solo nei casi tassativamente prescritti, con esclusione di ogni forma di applicazione analogica o estensiva.

Inoltre, posto che l'erogazione dei servizi sociali comporta l'impiego di risorse pubbliche, occorre assicurare l'economicità, l'efficacia e la trasparenza dell'azione amministrativa, nonché la parità di trattamento tra gli operatori del settore.

Ma, prima di tutto, l'ANAC sottolinea l'importanza di un'adeguata programmazione.

Una corretta e puntuale programmazione, predisposta sulla scorta delle risorse disponibili, delle caratteristiche del territorio e delle esigenze della collettività (unite all'individuazione delle modalità realizzative), infatti, è in grado sia di soddisfare le esigenze di natura sociale che di evitare i pericoli di distorsione del mercato.

Tale attività deve avvenire in maniera unitaria, a livello di ambito territoriale, ed integrata in una logica di *governance* (ovvero, con il coinvolgimento degli attori della

⁹ Recante l'atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328.

¹⁰ Art. 6, comma 1, del D.P.C.M. 30/03/2001.

¹¹ L'intenzione dell'Autorità sull'Anticorruzione è quella di *"fornire indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore, al fine di realizzare i predetti obiettivi nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione, in particolare dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi nonché dei principi che ne derivano (parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza)"*. Va inoltre evidenziato che, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, l'ANAC ha chiarito che: *"... i principi affermati dall'Autorità nella delibera 32/2016, recante linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, possono ritenersi validi anche in vigore del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006"* (delibera n. 911 del 31/08/2016).



società civile), in ottemperanza all'obbligo di aggregazione della domanda *ex art. 8*, comma 3, lett. a, della L. n. 328/2000¹².

In tal modo, i Comuni associati negli ambiti territoriali (d'intesa con le ASL) definiscono i Piani di Zona dei servizi sociali e socio-sanitari, alla luce dei LIVEAS (*recte*: i livelli essenziali da assicurare) stabiliti dalla Regione.

Le PP.AA., infine, hanno l'onere di verificare (e valutare) annualmente lo stato di realizzazione delle azioni attivate, in termini di risultati raggiunti, così da poter apportare alla programmazione successiva le eventuali innovazioni.

Oltre all'aspetto programmatico, le divise Linee Guida fissano una serie di condizioni all'utilizzo delle procedure in deroga al d. lgs. n. 163/2006 (vigente *ratione temporis*), che possono riassumersi nel modo che segue:

- gli affidatari devono essere dotati dei requisiti di moralità *ex art. 38* del d. lgs. n. 163/2006 (allora vigente, salvo specifiche deroghe, come per le coop. sociali di tipo B finalizzate al reinserimento di detenuti, per le quali non si applicano le incapacità derivanti da condanne penali e civili);
- occorre controllare l'osservanza, da parte degli organismi *no profit*, della L. n. 231/2000, nonché attivare idonee forme di controllo nei confronti dei soggetti (del terzo settore) che beneficiano di particolari procedure di affidamento;
- la "proroga tecnica" è consentita solo in ipotesi del tutto limitate, ed è escluso per fatti imputabili alla P.A. precedente;
- il contratto non può essere rinnovato tacitamente; è ammesso il rinnovo (con atto espresso e motivato) qualora tale facoltà sia contenuta in una clausola espressa, prevista *ab origine* negli atti indittivi e computata nel valore dell'affidamento;
- la "clausola sociale", connessa alla finalità di garantire i livelli occupazionali, incontra il limite della compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante;
- l'autorizzazione e l'accreditamento sono ammesse nei confronti di soggetti che hanno adottato una propria Carta dei Servizi;
- occorre applicare le prescrizioni in materia di trasparenza e di anticorruzione, nonché gli obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

Particolari indicazioni operative, in aggiunta, sono dedicate alla co-progettazione, il cui procedimento viene articolato in quattro fasi:

- avvio della procedura mediante la pubblicazione di un Avviso corredato da un progetto di massima, nel quale il soggetto pubblico individua gli obiettivi degli interventi, definisce le aree di intervento, stabilisce la durata del progetto e ne individua le caratteristiche essenziali, in modo da orientare i concorrenti nella predisposizione di una proposta progettuale;

¹² Attraverso l'individuazione dell'unità minima di riferimento nell'ambito territoriale, anziché nel singolo Comune, tramite forme di concertazione tra gli EE.LL. interessati.



- ricezione dei "pliche" dei partecipanti (contenenti la documentazione amministrativa e le proposte progettuali), apertura e valutazione (applicando i criteri fissati dall'Avviso) delle proposte, controllo dei requisiti autodichiarati, individuazione del soggetto partner;
- fase di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato (dal partner privato);
- stipula della convenzione.

3. L'affidamento dei servizi sociali tra il nuovo Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e del d.lgs. n. 117/2017¹³, la disciplina sull'affidamento dei servizi sociali ha subito significativi mutamenti.

Al riguardo, il nuovo Codice dei contratti pubblici (a differenza di quanto accadeva con l'abrogato d.lgs. n. 163/2006) dedica una specifica disciplina, con la chiara intenzione di applicare i principi e le procedure dell'evidenza pubblica ad un settore di indubbia rilevanza economica.

In particolare, dalle norme codicistiche emerge il seguente quadro normativo:

- la soglia di rilevanza comunitaria è di € 750.000 per i settori ordinari e di € 1.000.000 per i settori speciali (art. 35)¹⁴;
- i contratti sono aggiudicati esclusivamente attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95);
- sono espressamente consentite le concessioni di servizi sociali (art. 169);
- in ordine ad alcuni profili e per alcune tipologie di servizi sociali, vi è una normativa speciale e derogatoria, connotata da un tendenziale "alleggerimento" della disciplina codicistica (cfr. art. 142, commi da 5-bis a 5-nonies, c.d.c.).

Seppur con le peculiarità sopra indicate, il d.lgs. n. 50/2016 consente, per gli affidamenti di valore inferiore alla soglia comunitaria, l'esperimento delle procedure di cui all'art. 36 c.d.c., con la possibilità, in alternativa a quelle "ordinarie" (*recte*: aperta o ristretta), di ricorrere alle procedure semplificate.

In quest'ultima ipotesi, viene in rilievo la possibilità di ricorrere, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, ad un affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici; per gli affidamenti compresi da 40.000 euro sino alla soglia comunitaria (a seguito della riforma di cui al D.L. n. 32/2019 convertito con modificazioni dalla L. n. 55/2019) all'affidamento diretto previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini

¹³ Recanti, rispettivamente, il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore.

¹⁴ Sulla distinzione tra appalti del settore ordinario e quelli del settore speciale, in materia di servizi sociali, si rinvia all'allegato IX al d.lgs. n. 50/2016.



di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti¹⁵.

L'art. 142 c.d.c., peraltro, dopo aver descritto le modalità di affidamento di tali servizi¹⁶, riserva una particolare disciplina ai *"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 5 bis)¹⁷.

Per questi ultimi occorre assicurare *"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"* (comma 5 ter).

Inoltre, ai medesimi trovano applicazione: *"(...) le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65. Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-sexies, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Gli appalti di servizi di cui al comma 5-bis, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 (...) sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36"* (commi da 5-sexies a 5-octies)¹⁸.

Giova evidenziare che le riportate disposizioni sono state introdotte dal d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto "correttivo" al Codice dei contratti).

Tale novella, con ogni evidenza, dedica una particolare attenzione agli affidamenti dei servizi sociali ed alle esigenze di tutela ad essi sottesi¹⁹, nella consapevolezza che la

¹⁵ Per approfondimenti, si rinvia alle Linee Guida ANAC n. 4, aggiornate ai sopravvenuti mutamenti normativi.

¹⁶ Ivi è previsto che: *"Le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi di cui all'allegato IX rendono nota tale intenzione con una delle seguenti modalità: a) mediante un bando di gara, che comprende le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera F, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72; b) mediante un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I. L'avviso di preinformazione si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto. Il comma 1 non si applica, allorché sia utilizzata per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi una procedura negoziata senza previa pubblicazione in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 63. Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un appalto pubblico per i servizi di cui all'allegato IX rendono noto il risultato della procedura d'appalto mediante un avviso di aggiudicazione, che contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera H, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre. Per gli appalti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35, i modelli di formulari di cui ai commi 1 e 3 del presente articolo sono stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione. Gli avvisi (...) sono pubblicati conformemente all'articolo 72"* (commi da 1 a 5).

¹⁷ Trattasi di alcuni dei servizi rientranti nell'allegato IX al Codice dei contratti pubblici.

¹⁸ Il successivo comma 5-nonies estende le disposizioni sopra evidenziate ai servizi di ristorazione di cui all'art. 144 c.d.c..

¹⁹ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle prestazioni rese a favore dei minori con gravi situazioni familiari, delle donne vittime di violenza, dei minori stranieri non accompagnati, dei migranti richiedenti asilo, dei soggetti non autosufficienti e sprovvisti di adeguato ausilio, dei soggetti diversamente abili.



libertà di concorrenza e l'economicità non sono gli unici interessi da proteggere, prospettandosi, a fronte di specifici bisogni della collettività, altresì la necessità di valorizzare la qualità e la continuità dei servizi.

Ma è anche vero che, diversamente ragionando, il totale sacrificio dei principi di concorrenza e *par condicio* porta con sé il pericolo di distorsione del mercato in un settore di non trascurabile rilevanza economica.

Merita particolare attenzione il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo che ha introdotto le divise novelle²⁰.

Il Supremo Consesso ha ivi evidenziato che il legislatore ha inteso distinguere, all'interno dei servizi sociali (di cui all'allegato IX al Codice dei contratti), due categorie: una per la quale resta ferma la scelta originaria del Codice; l'altra a cui si applica <<un regime che non è né quello ordinario, né quello alleggerito europeo, ma "intermedio", attraverso la elencazione nominativa, nei commi 5-ter e seguenti, delle disposizioni, dettate per i settori ordinari, applicabili ai servizi sociali>>.

L'effetto della nuova disciplina - osserva il Consiglio di Stato - è che alla seconda categoria dei servizi risultano inapplicabili rilevanti disposizioni "pro-concorrenziali", quali:

- la disciplina sui commissari di gara esterni (artt. 77 e 78)²¹;
- la disciplina limitativa sulla procedura competitiva con negoziazione (art. 59);
- l'avvalimento (art. 89 c.d.c.)²²;
- le garanzie (artt. 93 e 103 c.d.c.)²³;
- la pubblicità dei bandi (artt. 71 e ss. c.d.c.);
- le informazioni da fornire ai candidati e offerenti (art. 76 c.d.c.);
- la verifica delle offerte anomale (art. 97 c.d.c.)²⁴;

²⁰ Parere n. 782/2018 - Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017 – numero affare 432/2017.

²¹ Al riguardo, l'art. 216, comma 12, c.d.c., sancisce che: "Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

²² Al riguardo, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che: "(...) la figura dell'avvalimento ha incontrato il favor del legislatore, dapprima a livello comunitario (ai sensi degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE) poi nazionale, costituendo uno strumento per consentire ai concorrenti, che non dispongano dei requisiti richiesti (nella specie, di capacità economica-finanziaria e tecnica-professionale), di partecipare alle gare di appalto, nell'ottica di assicurare la massima concorrenza. Proprio in ragione della sua ampia portata, l'avvalimento è considerato istituto con un ambito applicativo generale (...) e, in quanto tale, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l'applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti" (da ultimo, TAR Napoli, sez. V, 12/02/2019, n. 776).

²³ In merito giova porre in evidenza la delibera ANAC n. 140 del 27/02/2019, in cui viene chiarito che: "(...) nei casi di contratti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante procedure diverse dall'affidamento diretto, le stazioni appaltanti sono tenute a richiedere la garanzia provvisoria di cui all'articolo 93, comma 1, ultimo periodo e la garanzia definitiva di cui all'articolo 103, comma 11, del Codice dei contratti pubblici".

²⁴ Secondo la costante giurisprudenza, il giudizio finalizzato alla verifica dell'attendibilità e della serietà dell'offerta presenta "(...) natura globale e sintetica, dovendo risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti dell'offerta, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse comporta l'inaffidabilità complessiva dell'offerta. Il



- la disciplina sul subappalto (art. 105 c.d.c.)²⁵;
- tutta la disciplina concernente la fase di esecuzione del contratto.

Alla luce di tali osservazioni, il Consiglio di Stato ha invitato il Governo a *“valutare la espunzione dei commi da 5-bis a 5-novies”*, per la ragione che le stesse *“limitano la concorrenza in un vasto settore degli appalti pubblici. In subordine, andrebbe quanto meno espunto il comma 5-novies, che estende il regime derogatorio ai servizi di mensa e ristorazione e al servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto”*.

L’invito, con ogni evidenza, non è stato accolto²⁶.

Il Codice dei Contratti pubblici, pertanto, con riguardo ai servizi sociali detta una normativa specifica e, per una parte di essi, *“alleggerita”*, anche se, come sostenuto da accorta dottrina²⁷, i continui rimandi e rinvii normativi che sono ivi previsti provocano – al contrario – un appesantimento dell’intera disciplina.

Dal canto suo, anche il Codice del terzo settore interviene in materia dettando specifiche disposizioni normative.

Valga premettere che con il d.lgs. n. 117/2017 si è cercato di porre ordine alla complessa legislazione di settore, riorganizzandola secondo criteri uniformi. Alcuni Autori²⁸, tuttavia, evidenziano come il Codice non sia esaustivo né autosufficiente, posto che sopravvivono tutta una serie di leggi speciali (cui espressamente il Codice rinvia), oltre alle disposizioni del Codice Civile relativa alle persone giuridiche.

Per quanto di interesse nella presente sede, viene in rilievo l’art. 55 c.t.s., in base al quale, nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione (a livello territoriale) degli interventi, le Amministrazioni assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore²⁹ attraverso forme di co-programmazione e co-

giudizio sull’anomalia dell’offerta costituisce espressione di una valutazione tecnica riservata all’Amministrazione ed è dunque insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza, non ravvisabili nel caso concreto” (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27/02/2019, n. 1387).

²⁵ Si è chiarito che, in materia di appalti pubblici, la regola generale è quella dell’esecuzione diretta dell’appalto, mentre il ricorso a terzi rimane comunque eccezionale e consentito nelle forme del subappalto ammesso dalla legge o in altre forme prescritte anch’esse dalla legge (in termini, TAR Lecce, sez. II, 14/02/2019, n. 250).

²⁶ Per completezza espositiva, si segnala che il successivo art. 143 c.d.c. consente alle stazioni appaltanti di riservare, ai soggetti del terzo settore in possesso di particolari requisiti (individuati dalla stessa norma), appalti pubblici per i servizi sanitari, sociali e culturali. Trattasi dei servizi rientranti nell’allegato IX ed identificati con i codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

²⁷ Luca Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - alleggerito frutto di una complicata semplificazione*, Urbanistica e appalti, 2016, 8-9, 1001.

²⁸ Matteo Ceolin, *Il c.d. codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un’occasione mancata?*, Nuove Leggi Civ. Comm., 2018.

²⁹ Ai sensi dell’art. 4 del d.lgs. n. 117/2017, sono enti del terzo settore: *“... le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o*



progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 (comma 1).

I successivi commi, in attuazione delle finalità sopra evidenziate, introducono gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione.

La co-programmazione risulta finalizzata "(...) all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili" (co. 2); la co-progettazione, dal canto suo, è volta alla "(...) definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione (...)" (co. 3)³⁰.

L'art. 56 c.t.s., inoltre, è dedicato alle convenzioni che le Amministrazioni possono stipulare con alcune tipologie di enti del terzo settore (*recte*: le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale) al fine di "svolgere in favore di terzi attività o servizi sociali di interesse generale", purché risultino "più favorevol[i] rispetto al ricorso al mercato"³¹.

Il successivo art. 57 c.t.s., infine, si rivolge al "servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza", che può essere affidato in convenzione alle organizzazioni di volontariato accreditate³².

di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

³⁰ La co-progettazione è altresì oggetto del quarto comma, in cui si precisa che: "(...) l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner".

³¹ Esse, peraltro, possono "prevedere esclusivamente il rimborso (...) delle spese effettivamente sostenute e documentate", mentre il comma terzo reca disposizioni di carattere procedurale ed individua i requisiti che le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale debbono avere per poter stipulare una convenzione.

³² Al fine di una più puntuale trattazione degli istituti sopra citati, si consideri la Relazione Illustrativa allo schema di decreto legislativo contenente il Codice del terzo settore, in cui è espressamente previsto (a pag. 18 e 19) che: "(...) la coprogettazione viene individuata dal legislatore come strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa, non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato. L'individuazione degli enti del Terzo settore da coinvolgere nel partenariato dovrà avvenire attraverso procedimenti ex articolo 12 della legge n. 241/1990, rispettosi dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. Centrale sarà il ruolo dell'amministrazione procedente alla quale compete (...) la predeterminazione degli obiettivi generali e specifici del progetto, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner. Una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative e non potrà produrre modifiche al progetto tali che, se originariamente previste, avrebbero potuto determinare una diversa individuazione del partner. L'articolo 56 contiene la disciplina delle convenzioni che le amministrazioni pubbliche (...) possono sottoscrivere sia con le associazioni di promozione sociale che con le organizzazioni di volontariato (...). La convenzione è lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'ente del Terzo settore rientrante in una delle due tipologie sopra indicate i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta la conformità dell'operato dell'ente alle prescrizioni convenzionali (...). L'articolo 57 detta una disciplina speciale per quanto concerne i servizi di trasporto sanitario di emergenza urgenza: in ragione della peculiarità del servizio (...) si prevede che detti servizi possano costituire oggetto, in via prioritaria, di



Ne discende, rispetto alla previgente disciplina, un ampliamento delle modalità con cui gli enti del terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con l'Amministrazione pubblica.

Con riguardo alla co-progettazione, per un verso, scompare il richiamo alle "norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione", e, al contempo, la sua utilizzazione non risulta più limitata a "interventi innovativi e sperimentali".

L'accreditamento, per altro verso, impone l'osservanza di alcuni principi di massima (*recte*: trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento), senza alcun riferimento al Codice dei contratti pubblici.

4. Il parere reso dal Consiglio di Stato (Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018 – numero affare 1382/2018)

Nell'intenzione di aggiornare le Linee Guida del 2016 alla luce delle novità normative sopra esaminate, l'ANAC ha rivolto al Consiglio di Stato un'apposita richiesta di parere.

In tale sede, il Supremo Consesso ha rilevato, in via preliminare, che il Codice dei contratti pubblici costituisce il recepimento di una specifica normativa europea e, per tale ragione, risulta doverosa un'interpretazione conforme (del primo) a quest'ultima. A tal uopo, risulta necessario tener conto che:

- la nozione di impresa, nel diritto europeo, ha una portata più ampia rispetto a quella del legislatore nazionale³³, giacché prescinde dalla veste giuridica e dai caratteri strutturali del soggetto, comprendendo ogni iniziativa relativa alla realizzazione di beni, all'esecuzione di lavori o alla prestazione di servizi contendibili sul mercato;
- il concetto europeo di appalto è sensibilmente più ampio di quello nazionale³⁴, riferendosi ai "contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi" (cfr. art. 3, lett. ii, c.d.c.);
- la disciplina europea degli appalti viene in rilievo solo per gli affidamenti onerosi, posto che lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone problemi

affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, in presenza di specifici requisiti e condizioni. Sotto il profilo soggettivo, la norma prevede un rafforzamento dell'affidabilità, prescrivendo oltre al requisito dell'iscrizione da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, l'adesione ad una rete associativa. Inoltre (...), l'affidamento diretto dei servizi in parola deve contribuire effettivamente al raggiungimento delle finalità sociali, sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituisca una scelta tutoria dell'economicità dell'azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio. Inoltre i servizi devono essere effettuati solo a rimborso delle spese effettivamente sostenute, non potendo le organizzazioni affidatarie trarre alcun profitto dal servizio (...)

³³ Ai sensi dell'art. 2082 c.c., è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

³⁴ Ai sensi dell'art. 1655 c.c., l'appalto è "il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro".



di distorsione della concorrenza, risolvendosi in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato³⁵.

Partendo da tali presupposti, il Consiglio di Stato è giunto alle seguenti conclusioni:

- le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare: accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono estranee al Codice dei contratti pubblici ove prive di carattere selettivo, ove non tese all'affidamento del servizio, o se il servizio sia svolto in forma integralmente gratuita;
- le medesime procedure sono, viceversa, soggette al Codice dei contratti pubblici ove il servizio venga svolto dall'affidatario in forma onerosa, ricorrente in presenza anche di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione; l'Amministrazione, inoltre, ha l'obbligo di motivare il ricorso a tali modalità di affidamento, le quali, in quanto riservate ai soli enti *non profit*, privano le imprese *profit* della possibilità di rendersi affidatarie del servizio³⁶.

Ne discende che, fatta eccezione per i casi sopra delineati, le procedure previste dal Codice del terzo settore configurano appalti di servizi sociali e, in quanto tali, sono sottoposte alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

Non solo: in considerazione della primazia del diritto dell'UE sulle disposizioni nazionali, la disciplina del Codice dei contratti prevale sulle difformi previsioni del Codice del terzo settore, ove queste ultime non possano essere interpretate in conformità al diritto comunitario³⁷.

Il Supremo Consesso, peraltro, ha evidenziato che l'applicazione del Codice dei contratti è integrale ed attiene a tutti gli istituti ivi previsti.

Tuttavia, le esigenze di tutela sottese all'affidamento dei servizi sociali non rimangono sprovviste di particolare protezione: la normativa nazionale, con l'introduzione

³⁵ Quanto al concetto di onerosità il Consiglio di Stato ha precisato che: «... solo il rimborso spese a piè di lista che, in particolare, escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente, consente di affermare la gratuità della prestazione del servizio e, dunque, di postulare la estraneità all'ambito del Codice dei contratti pubblici. E', in special modo, necessario che sia acclarata l'assenza di qualunque remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale che ne sia la formale denominazione e qualunque sia il meccanismo economico o contabile anche indiretto, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente e, altresì, che non ricorrano forme di forfetizzazione dei rimborsi né di finanziamento a fondo perduto, né di finanziamento, acquisto o contributo in conto capitale. Solo la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale anche se finalizzato al servizio stesso dimostrano, infatti, l'oggettiva assenza dell'economicità e, dunque, determinano l'iscrizione del servizio entro la categoria dei servizi non economici di interesse generale, con conseguente fuoriuscita dall'ambito oggettuale del Codice dei contratti pubblici».

³⁶ L'Amministrazione dovrà, in particolare, evidenziare la maggiore idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni *latu sensu* sociali ricorrenti nel caso concreto, tenendo conto dei principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato.

³⁷ Troverà applicazione, in caso di contrasto, il meccanismo della disapplicazione normativa, che costituisce un dovere tanto per il Giudice quanto per le Amministrazioni.



dell'art. 142, commi da 5 *bis* a 5 *nonies*, del d.lgs. n. 50/2016, vi ha riservato un regime "alleggerito"³⁸.

Al riguardo, tuttavia, il Consiglio di Stato non ha fatto a meno di richiamare le "(...) *considerazioni critiche svolte dal Consiglio nel parere n. 782 del 30 marzo 2017, formulato proprio in relazione allo schema di decreto correttivo*"³⁹.

A fronte del quadro ermeneutico sopra riportato, parte della dottrina⁴⁰ evidenzia come non sia stato chiarito il modo in cui gli istituti del Codice del terzo settore possono trovare una legittima applicazione per dar corpo a pratiche di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione.

Del resto, è il medesimo Giudice di appello ad aver riconosciuto, pochi mesi prima all'emanazione della sopra esaminata statuizione, l'importanza del sopra citato principio, rilevando che: <<Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di "cittadinanza attiva", già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia Italiana, dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali "Misericordie" che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce>> (Cons. Stato, sez. III, 06/03/2019, n. 1546).

5. La co-progettazione: profili procedurali e problematiche applicative

Come già sopra evidenziato, la co-progettazione consente alla parte pubblica di essere coadiuvata dai soggetti del terzo settore nella ricerca delle soluzioni più idonee al fine di soddisfare le necessità dei consociati.

³⁸ Nel dettaglio, il Consiglio di Stato ha evidenziato che: <<(...) il d.lgs. n. 56 del 2017, recante il decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, ha novellato l'art. 142, delineando un regime cosiddetto "alleggerito" per alcuni dei servizi elencati nell'allegato IX del Codice stesso: pertanto, per i servizi indicati al comma 5-bis dell'art. 142 ("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") si applica il regime "alleggerito" contemplato nei successivi commi da 5-ter a 5-nonies, mentre per i restanti servizi dell'allegato IX non enucleati al comma 5-bis l'applicazione del Codice è integrale e si estende a tutti gli istituti da esso previsti>>.

³⁹ Con riguardo a tale aspetto, si rinvia alle considerazioni svolte al cap. III. Si fa presente che il Consiglio di Stato ha altresì dedicato un particolare approfondimento alle convenzioni, che nel presente lavoro non saranno trattate.

⁴⁰ L. GALLO, *Primo commento alla sentenza 6 marzo 2019, n. 1546 della Terza sezione del Consiglio di Stato. Una rondine non fa primavera, ma prima o poi dovrà pur venire*, 19/03/2019, disponibile sul sito www.welforum.it.



L'istituto va distinto dalla co-programmazione, la quale, diversamente, è rivolta all'individuazione (da parte della P.A.) dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili, collocandosi in un momento necessariamente anteriore al primo.

Si è anche detto che la nuova formulazione normativa (*recte*: art. 55 d.lgs. n. 117/2017), rispetto alla precedente (*recte*: art. 7 del D.P.C.M. del 30/03/2001), conferisce all'istituto carattere generale ampliandone, inevitabilmente, la portata.

Di seguito si cercherà di delineare, seppur in maniera sintetica, i profili procedurali dell'istituto⁴¹, anche sulla scorta delle esperienze di realtà locali che hanno optato per l'utilizzo di tale strumento⁴².

Ebbene, in vista dell'attivazione della procedura, l'Amministrazione, in attuazione di quanto programmato, emana una propedeutica determina a contrarre, nella quale, oltre agli elementi dell'art. 192 del d.lgs. n. 267/2000⁴³ ed alle necessarie rilevazioni contabili, estrinseca la volontà di avvalersi della co-progettazione⁴⁴.

Posto che la procedura si rivolge ai soli operatori del terzo settore, il provvedimento deve contenere una congrua motivazione da cui emergano le ragioni di tale scelta ed i vantaggi che si conseguono rispetto all'esperimento di una procedura di gara, da individuarsi nel miglior soddisfacimento delle esigenze sociali del territorio⁴⁵.

Ne consegue la pubblicazione di un Avviso recante, tra le altre cose, i requisiti per partecipare alla procedura ed i criteri per valutare le proposte (progettuale ed economica) dei partecipanti⁴⁶.

L'Avviso pubblico è corredato da un documento di massima, recante l'oggetto dell'affidamento, il budget di progetto che la parte pubblica mette a disposizione e, a fronte di questo, i servizi minimi che si intendono assicurare alla collettività⁴⁷.

⁴¹ Le riflessioni che seguono riguardano i soli affidamenti con natura selettiva ed onerosa.

⁴² Il riferimento è particolarmente rivolto alle procedure adottate dal Comune di Latina in qualità di Ente capofila del Distretto socio-sanitario Latina 2.

⁴³ L'art. 192, comma 1, del TUEL stabilisce che: "La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti (...) e le ragioni che ne sono alla base".

⁴⁴ Con il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 21 novembre 2018, è stato chiarito che: <<(...) il CIG deve essere acquisito in tutti i casi in cui la procedura di co-progettazione abbia carattere selettivo e tenda a individuare un partner che, oltre a fornire un contributo in fase progettuale, sia poi chiamato a gestire un servizio sociale dietro corrispettivo. Diversamente, nei casi in cui la procedura di co-progettazione sia estranea all'applicazione del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti non devono procedere all'acquisizione del CIG. (...) Per le procedure di co-progettazione finalizzate al successivo affidamento di servizi sociali di cui all'allegato IX, di importo inferiore a 40.000 euro, le stazioni appaltanti possono procedere all'acquisizione dello Smart-CIG>>.

⁴⁵ Sull'onere motivazionale si veda *sub nota* 36.

⁴⁶ La giurisprudenza ha chiarito che la valutazione delle offerte è dotata di sufficiente motivazione anche attraverso la sola assegnazione dei punteggi, purché il bando contenga "a monte" criteri di valutazione sufficientemente dettagliati che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa (in termini, Cons. Stato, sez. V, 27/12/2018, n. 7250).



A fronte di ciò, l'operatore economico, unitamente alla documentazione amministrativa, ha l'onere di presentare (in un unico plico chiuso e sigillato) una proposta progettuale, in cui vengono indicate le modalità di espletamento del servizio (nel rispetto delle indicazioni del documento di massima), nonché una proposta economica, recante i "miglioramenti" del servizio rispetto ai minimi fissati dalla P.A.⁴⁸. Decorso il termine per presentare le proposte, si procede alla nomina di una Commissione tecnica, i cui componenti sono selezionati tra soggetti dotati di specifica professionalità (da valutarsi in relazione all'oggetto dell'affidamento)⁴⁹.

Segue l'apertura della documentazione amministrativa, con la possibilità, nel caso di carenze dichiarative, di consentire la regolarizzazione postuma attraverso l'istituto del soccorso istruttorio (*ex art. 83, comma 9, c.d.c.*)⁵⁰.

⁴⁷ In tale sede, risulta ragionevole che venga anche valutata l'incidenza del costo del personale e la necessità di introdurre la clausola sociale, nell'ipotesi in cui il costo del personale è pari a più della metà del valore dell'affidamento (*ex art. 50 c.d.c.*). In tal caso, alla stregua di quanto prescritto dalla Linee Guida ANAC n. 13/2019, sarà onere del partecipante allegare un progetto di assorbimento, volto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). Al riguardo, appare opportuno sottolineare come, nelle gare pubbliche, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali "(...) costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata" (Cons. Stato, sez. V, 26/11/2018, n. 6689).

⁴⁸ Tali miglioramenti possono consistere in denaro, in ulteriore apporto di personale o di strumentazione, purché adeguatamente quantificati nel loro valore ed attinenti all'oggetto dell'affidamento.

⁴⁹ Sulla valutazione delle offerte da parte della Commissione di gara, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere si tratti di un'attività ampiamente discrezionale, che, in quanto tale, è sottratta al sindacato giurisdizionale ove non appaia illogica o non emergano palesi profili di erroneità (in termini, TAR Bari, sez. I, 13/04/2018, n. 560). Quanto ai criteri di scelta dei Commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio, si rinvia alle Linee Guida ANAC n. 5 (approvate con delibera n. 1190/2016 ed aggiornate al d.lgs. n. 56/2017), nonché al prevalente indirizzo pretorio, in base al quale: "Non è (...) necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea" (Cons. Stato, sez. V, 18/06/2018, n. 3721).

⁵⁰ Al riguardo, merita attenzione l'indirizzo ermeneutico in virtù del quale: "La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. (...) la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo, fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento" (Cons. Stato, sez. III, 02/03/2017, n. 976).



Di seguito, si provvede all'apertura ed alla valutazione della proposta progettuale (con assegnazione dei punteggi), sulla scorta dei criteri fissati all'interno dell'Avviso, per poi passare all'esame ed alla valutazione del progetto economico.

Assegnati i punteggi e pubblicata la conseguenziale graduatoria, si individua il partner con cui avviare la procedura di co-progettazione.

Nelle more della definizione della procedura di "negoziazione" e della stipula della convenzione, non vi sembrano sussistere ragioni per escludere la possibilità di autorizzare, qualora sussistano le condizioni individuate dal Codice dei Contratti (cfr. art. 32, comma 8, ultimo cpv., c.d.c.)⁵¹, l'esecuzione del servizio in via d'urgenza.

Si procede, di seguito, alla nomina dei componenti del tavolo di co-progettazione.

E' in questa sede che si svolge la fase di "negoziazione", il momento in cui il soggetto pubblico e gli operatori privati si incontrano e si confrontano al fine di addivenire alla migliore soluzione possibile per il soddisfacimento delle esigenze del territorio.

Nel silenzio della legge, è giusto ritenere che non tutto possa essere oggetto di negoziazione e/o di modifica, posto che lo stravolgimento degli elementi minimi prescritti dal documento di massima, su cui si è sviluppato il confronto competitivo, provocherebbe una modifica sostanziale della procedura, con conseguenziale lesione dei principi di trasparenza, parità di trattamento e libertà di concorrenza⁵².

Raggiunti i necessari accordi, infine, si procede alla stipula del contratto (con forma scritta *ad substantiam*)⁵³, con il quale, alla luce della proposta progettuale ed economica del partner selezionato, nonché degli incontri di co-progettazione, si definiscono gli ulteriori dettagli del rapporto (che sarà regolato, altresì, dalle disposizioni del Codice Civile).

⁵¹ In virtù di tale norma, l'esecuzione della prestazione in via d'urgenza è consentita nel caso di "eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari".

⁵² Del resto, dalla Relazione Illustrativa al decreto legislativo recante l'introduzione del Codice del terzo settore, emerge (a pag. 18) che: "Una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative e non potrà produrre modifiche al progetto tali che, se originariamente previste, avrebbero potuto determinare una diversa individuazione del partner".

⁵³ Quanto alla forma del contratto, viene in rilievo l'art. 32, comma 14, c.d.c., in base al quale quest'ultimo deve essere stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico (ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante), in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata. Nel caso di procedura negoziata, ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro, il contratto può stipularsi mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio (consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri).



Secondo alcuni Autori⁵⁴, più che di un contratto pubblico (del quale presenta il carattere della patrimonialità) trattasi di un accordo procedimentale che si distingue da un appalto/concessione di servizi a fronte del fatto che il partner privato partecipa attivamente alla co-progettazione, mettendo a disposizione risorse aggiuntive, quali beni immobili, attrezzature, risorse umane, capacità) del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici.

Tracciati, seppur in via sintetica e non esaustiva, i contorni del procedimento, giova evidenziare che residuano numerosi dubbi applicativi.

Si fa riferimento, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, al ruolo del RUP nella fase di co-progettazione, all'obbligo del ricorso al MePA nonché al futuro Albo unico dei commissari di gara⁵⁵, alla compatibilità tra la carica di componente della commissione giudicatrice e di membro del tavolo di co-progettazione, all'applicabilità dei criteri di anomalia dell'offerta, alla definizione degli spazi di "negoziabilità" rispetto a quanto prescritto dagli atti indittivi, al rito applicabile (ordinario o speciale) in sede di impugnazione degli atti lesivi, all'erogazione degli incentivi *ex art. 113 c.d.c.*, all'applicabilità della disciplina sulla fase esecutiva del contratto di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Soprattutto, resta da chiarire il rapporto con la procedura "alleggerita" dell'art. 142, commi da 2-bis a 2-nonies c.d.c., e, con essa, la possibilità di derogare ai principi di economicità e rotazione, in modo da 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" (art. 142, co. 5-ter, c.d.c.)⁵⁶.

Dubbi che possono essere risolti solamente attraverso una regolamentazione chiara, organica ed esaustiva della materia.

6. Conclusioni

⁵⁴ Luigi Gili, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, Urbanistica e Appalti, n. 1/2018, p. 5, disponibile al link: <https://www.ordineavvocatorino.it/sites/default/files/articolo-relazione%20Gili%20rapporti%20con%20PA.pdf>.

⁵⁵ Sulla compatibilità a rivestire tala carica, è da segnalare l'orientamento in base al quale: <<ai sensi dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"; è evidente che non sussiste una generale incompatibilità tra le due figure di RUP e commissario, ma deve di volta in volta aversi riguardo alla singola gara>> (TAR Roma, sez. II, 22/02/2019, n. 2420).

⁵⁶ Al riguardo, si segnala l'orientamento in base al quale: "(...) la procedura di gara avente ad oggetto servizi sociali è soggetta a quanto previsto dall'art. 36 D.Lgs. 50/2016 e, quindi, esclusivamente al rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, Soltanto per gli appalti superiore alle soglie di cui all'articolo 35, il comma 5-septies del citato art. 142 prevede espressamente l'applicazione anche di altre disposizioni tra cui (...) quella di cui all'art. 95 comma 10, inerente la necessaria indicazione degli oneri di sicurezza". (TAR Catanzaro, sez. I, 30/07/2018, n. 1460).



Il quadro normativo ed interpretativo sopra esposto, specie con riferimento agli istituti previsti dal Codice del terzo settore, appare di non facile applicazione concreta.

Come sopra evidenziato, il Consiglio di Stato, nel rendere il parere richiesto dall'ANAC, per un verso, tiene conto dei principi dell'ordinamento europeo e, per altro verso, evidenzia che la disciplina nazionale riserva all'affidamento dei servizi sociali una specifica regolazione.

Del resto, una lettura costituzionalmente orientata degli istituti in argomento ci conduce, tutte le volte in cui occorre far fronte alle emergenze di carattere sociale, traducibili nelle situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, ad assicurare *"la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti (...)"* (cfr. art. 142, comma 5-ter, c.d.c.)⁵⁷.

E' anche vero, a ben vedere, che le necessità connesse ai bisogni della persona non possono tradursi nel totale annichilimento dei principi volti alla tutela della concorrenza e del mercato, al fine di evitare di introdurre comodi *escamotage* che se, da un lato, conducono ad un *"alleggerimento"* della disciplina, dall'altro, rischiano di cagionare evidenti distorsioni del mercato, in un settore - di certo - non secondario sotto il profilo del valore economico e degli investimenti pubblici.

Rischio che, ad ogni buon conto, potrebbe essere limitato *"a monte"* attraverso un'attenta programmazione degli interventi, in modo da tener conto delle risorse disponibili, delle caratteristiche del territorio e delle esigenze della collettività di riferimento, ed a condurre, *"a valle"*, alla scelta dello strumento più adeguato per soddisfare le esigenze della collettività di riferimento.

E' in quella sede, poi, che si andrebbe a motivare l'opzione di non ricorrere alle procedure di gara qualora gli istituti del Codice del terzo settore risultino maggiormente adatti a soddisfare i riscontrati bisogni o, comunque, più vantaggiosi.

Senza dimenticare che, in omaggio alle coordinate ermeneutiche tracciate dal Consiglio di Stato, una volta selezionati gli strumenti dal Codice del terzo settore, occorre applicare *in toto* gli istituti del Codice dei contratti pubblici.

Ne discende che, se, per un verso, risulta rischioso sacrificare totalmente i principi e le procedure che assicurano tutela al mercato e alla concorrenza, d'altro canto, non appare opportuno appiattare gli istituti in esame all'appalto/concessione.

⁵⁷ Evidentemente, è solo ragionando in questo modo che risulta possibile perseguire gli obiettivi della L. n. 328/2000, volti ad *"... assicura[re] alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove[re] interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina[re] o ridu[re] le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione"* (cfr. art. 1, comma 1).



La rigida ed eccessiva applicazione del Codice dei contratti, infatti, rischia di vanificare le intenzioni del legislatore nazionale⁵⁸, il quale, se ha inteso introdurre particolari strumenti e procedure, evidentemente intende rafforzare il dialogo tra la parte pubblica e quella privata e, così facendo, alimentare una "rete" di interventi che coinvolga, in maniera diretta, tutti gli operatori.

Al contempo, la medesima tendenza rischierebbe di ridurre eccessivamente gli spazi per l'utilizzo degli strumenti di sussidiarietà orizzontale, contrariamente a quanto emerge dalle sopra esaminate disposizioni costituzionali, che puntano ad una partecipazione attiva dei soggetti privati, tanto sotto il profilo della programmazione quanto della progettazione-esecuzione, al fine di sviluppare interventi più incisivi e vicini alle esigenze delle persone.

Non sono mancati, infatti, approcci critici nei confronti dell'orientamento del Consiglio di Stato e nella propria visione "mercantilistica" della materia, unita alla necessità di riservare, al terzo settore, un regime differenziato⁵⁹.

In ogni caso, per un concreto e consapevole utilizzo della co-progettazione risulta necessario chiarire alcuni aspetti.

Anzitutto, occorre definire con precisione il "cosa" ed il "come" è possibile negoziare con il partner selezionato.

Evidentemente, come già sopra evidenziato, tale attività sarà volta ad individuare le modalità attuative delle prestazioni, in modo da specificare il contenuto delle proposte progettuali (tecnica ed economica) del partner, escludendo la possibilità di apportare modifiche sostanziali agli elementi minimi individuati dagli atti indittivi (su cui si è sviluppato il confronto competitivo).

Inoltre, appare opportuno definire il rapporto con l'art. 142 del Codice dei contratti.

Se davvero è stata introdotta una procedura di affidamento "alleggerita" per i servizi sociali elencati dall'art. 142, comma 5-bis, c.d.c., allora si può ragionevolmente ritenere che lo stesso regime possa trovare altresì applicazione per gli istituti del Codice del terzo settore, qualora si rivolgano ai medesimi servizi (posto che, in base all'orientamento del Consiglio di Stato, gli istituti del Codice dei contratti vanno applicati *in toto*).

Nel caso di esperimento delle procedure semplificate *ex art. 36 c.d.c.*, poi, occorre definire il rapporto con i principi di economicità e di rotazione⁶⁰, e specificare le circostanze che consentono alle esigenze sociali di prevalere su questi ultimi.

⁵⁸ L'art. 5, comma 2, della L. n. 328/2000 prevede che: "Ai fini dell'affidamento dei servizi (...) gli enti pubblici (...) promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale".

⁵⁹ S. TIRELLI, *Servizi sociali e codice dei contratti pubblici*, 2019, disponibile al link: <https://www.diritto.it/servizi-sociali-e-codice-dei-contratti-pubblici/>.



Di certo, nel contemperamento degli opposti interessi, a fronte di una situazione di grave emergenza o di imminente bisogno che attiene la persona, le esigenze legate al mero risparmio di spesa potrebbero risultare recessive.

Con riguardo alla rotazione, peraltro, occorre evidenziare (sulla scorta di quanto emerge dalle Linee Guida ANAC n. 4) che tale principio non è di certo insuperabile, essendo già possibile l'affidamento (o il reinvio) al contraente uscente in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata assenza di alternative, nonché tenuto conto del grado di soddisfazione maturato nel precedente rapporto (*recte*: esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto⁶¹.

Soluzioni, a tutto concedere, che dovranno emergere dalla motivazione del provvedimento, costituendo la sede naturale da cui scaturisce l'iter logico-giuridico seguito dalla P.A..

Infine, occorre che venga chiarito il rapporto tra gli strumenti del Codice del terzo settore e l'obbligo del ricorso al MePA⁶².

⁶⁰ In merito, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che: "La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione. A fronte del principio di rotazione in materia di appalti, ex art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante ha la seguente alternativa: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito. (...) Il principio (...) è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio. Ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata" (ex multis, TAR Napoli, sez. V, 18/01/2018, n. 413)".

⁶¹ Peraltro, le divise Linee Guida precisano che: "La motivazione circa l'affidamento o il reinvio al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente" (par. 3.7).

⁶² L'obbligo discende dall'art. 1, comma 450, della L. n. 296/2006, ed è applicabile per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro (soglia innalzata a seguito della modifica introdotta dalla L. n. 145/2018) ed al di sotto della soglia di rilievo comunitario. Peraltro, l'art. 1, comma 1, del D.L. n. 95/2012 (conv. con modificazioni dalla L. n. 135/2012) sancisce che: "(...) i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contratto. (...) La disposizione del primo periodo (...) non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza".



Le coordinate ermeneutiche rese dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, infatti, conducono alla necessità del preventivo utilizzo del mercato elettronico tutte le volte in cui il servizio da affidare rientra tra quelli ivi contenuti.

I numerosi ed irrisolti dubbi fanno emergere un problema ormai atavico.

Ancora oggi, il difficile coordinamento normativo, unito ad una giurisprudenza ondivaga (ed ai molteplici adempimenti in tema di trasparenza ed anticorruzione), lascia il funzionario pubblico in balia di complesse questioni giuridiche che divengono, molto spesso, matasse tutt'altro che semplici da dipanare.

Se davvero si vuole perseguire l'intenzione di agevolare gli affidamenti dei servizi sociali agli operatori del terzo settore, in modo da conciliare gli interessi economici con il raggiungimento di obiettivi sociali, nonché di semplificare l'azione amministrativa ed abbattere i tempi (ed i costi) dei procedimenti, non si può prescindere da una regolamentazione organica nonché da indicazioni operative chiare e semplici.

Indicazioni che, nel concreto, siano in grado di guidare tanto gli operatori economici quanto i pubblici funzionari nella gestione delle procedure di affidamento, anche innovative, a partire dagli obblighi di pubblicazione degli atti indittivi, passando dagli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari e dell'anticorruzione, fino alla gestione della procedura di selezione ed all'affidamento del servizio.

Il costo della sopra esposta condizione è chiaro: lo scarso utilizzo degli strumenti più innovativi ed il rallentamento dei tempi di definizione dei procedimenti, nel timore di intraprendere attività illegittime o di generare complessi contenziosi, ovvero di cagionare una qualche forma di danno patrimoniale all'Ente.

Non ci resta che confidare nelle nuove Linee Guida dell'ANAC e nelle indicazioni operative che ivi saranno contenute.