

Gli affidamenti di servizi sociali sulla base del rapporto tra il del [d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50](#) (codice dei contratti pubblici) e il [d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117](#) (Codice del Terzo settore).

Eugenio De Carlo

Il parere reso all'ANAC dal Consiglio di Stato, Commissione speciale il 20 agosto 2018, n. 2052 – numero affare 01382/2018, consente di porre alcuni punti fermi in materia di affidamenti di servizi sociali in ordine al rapporto tra il [d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50](#) e il [d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117](#).

I dubbi ed i problemi di coordinamento normativo.

Secondo l'Anac si sono registrate “*posizioni contrastanti da parte di vari stakeholder e del Ministero del lavoro, che teorizzano l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici di ampi settori di attività affidati agli organismi del terzo settore. Inoltre, è emerso un difetto di coordinamento tra la disciplina recata dal Codice del terzo settore e la normativa nazionale in materia di trasparenza e di prevenzione della corruzione*”. Pertanto, in ragione “*delicatezza della materia, che per alcune tipologie di attività sottende rilevanti interessi economici*”, l'Autorità ha, ritenuto opportuno acquisire il suddetto parere prima di procedere ad un “*intervento chiarificatore*” in occasione dell'aggiornamento della delibera n. 32 del 2016, recante “*Linee guida per l'affidamento di servizi ad enti del terzo settore ed alle cooperative sociali*” o dell'aggiornamento Piano Nazionale Anticorruzione, per l'anno 2018.

I servizi sociali nel [d.lgs. n. 50/2016](#).

L'attuale Codice [d.lgs. n. 50/2016](#) non solo non reca alcuna esplicita esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, ma detta in proposito plurime disposizioni che sottopongono anche tali servizi alla normativa codicistica, in linea con il disposto delle direttive UE (cfr., in particolare, gli articoli 74 – 77 della direttiva 2014/24/UE, gli articoli 91 – 94 della direttiva 2014/25/UE, l'articolo 19 della direttiva 2014/23/UE).

I servizi sociali nella normativa nazionale afferente al Terzo settore ([d.lgs. n.117/2017](#)).

Con il [d.lgs. n. 117 del 2017](#) è stato emanato il Codice del terzo settore nell'ambito del quale si collocano anche talune disposizioni (artt. 55, 56, 57), racchiuse nel Titolo VII, tese a regolamentare i “*rapporti con gli enti pubblici*” e, in particolare, le modalità di affidamento ad enti del terzo settore dello svolgimento di servizi sociali da parte di Pubbliche Amministrazioni.

[L'art. 55](#) disciplina la co-programmazione e la co-progettazione: la prima è “*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*”, mentre la seconda 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 di cui comma 2*”, da attuare attraverso “*il partenariato che avviene anche mediante forme di accreditamento...*”.

[L'art. 56](#) è dedicato all'istituto delle convenzioni che le Amministrazioni possono stipulare con alcune specifiche tipologie di enti del terzo settore, ossia le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, al fine di “*svolgere in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale*”, solo ove risulti “*più favorevole rispetto al ricorso al mercato*”, mediante “*... esclusivamente il rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate*”.

[L'art. 57](#), infine, stabilisce che il “servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza” può essere affidato in convenzione alle organizzazioni di volontariato accreditate ai sensi della normativa vigente.

Il parere della Commissione speciale.

Premesso, che le disposizioni di cui ai citati articoli 55 e 56 hanno significativamente ampliato le modalità con cui gli enti del terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, la Commissione ha sottolineato che “*ai fini del diritto euro-unitario l'impresa è un concetto non normativo ma, per così dire, naturalistico, attenendo ad ogni fenomeno*”.

oggettivamente economico (cfr. la definizione di “operatore economico” recata dal Codice dei contratti pubblici, all’art. 3, lett. p])”.

Ha precisato, inoltre, la Commissione che “L’iscrizione, ai fini euro-unitari, della natura imprenditoriale ad ogni attività di intrinseco rilievo economico incontra le sole esclusioni esplicitamente previste dallo stesso diritto euro-unitario, che, concretando disposizioni eccezionali, sono da interpretarsi in forma tassativa.”, come nel caso, ad esempio, del servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza (cfr. art. 17, lett. h], del Codice dei contratti pubblici (in aderenza al considerando n. 28 della direttiva 2014/24/UE).

Ciò premesso, è stato ritenuto che:

A)l’accreditamento è al di fuori della normativa euro-unitaria ove si limiti alla mera individuazione dei soggetti del terzo settore da inserire nella rete dei servizi sociali, senza che, a monte, sia stato previamente individuato un numero od un contingente prefissato (cosiddetto modello dell’accreditamento libero). Viceversa, ove sia *ex ante* stabilito un contingente massimo di operatori accreditabili ovvero, *a fortiori*, qualora l’accreditamento sia lo strumento per addivenire all’attivazione di un partenariato, la procedura sarà qualificabile, ai fini e per gli effetti del Codice dei contratti pubblici, come appalto di servizi sociali e sarà, pertanto, sottoposta alla relativa disciplina, ad eccezione della sola ipotesi di integrale gratuità dell’affidando servizio nei limiti di quanto già osservato sul concetto di gratuità e di quanto si preciserà più avanti in questo paragrafo.

B)La co-progettazione e il partenariato, sostanziandosi in un rapporto fra Amministrazione e specifici enti del terzo settore che presenta a monte un momento selettivo fra gli operatori interessati e tende a valle a disporre all’ente co-progettante l’affidamento del servizio sociale, sono sottoposti alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, salvo che non ricorra la comprovata ricorrenza dell’elemento della gratuità che esclude la sussunzione della procedura entro la disciplina euro-unitaria.

C)Le convenzioni.

Se esse si riferiscono ad un ambito non economico di interesse generale dei servizi sociali, non si pone un problema di mercato contendibile e di rapporti tra la disciplina del terzo settore e quella degli appalti pubblici. Viceversa, ove il ricorso alla convenzione concreti un comportamento distorsivo del confronto competitivo tra operatori economici in un mercato aperto alla concorrenza, appare corretto rimettere alla valutazione dell’ANAC l’eventuale disapplicazione dell’art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 nella sede competente, con le conseguenze dello specifico caso e, in generale, di precisare, in sede di aggiornamento delle “*Linee guida per l’affidamento di servizi ed enti del terzo settore ed alle cooperative sociali*”, l’ambito in cui è consentito il ricorso alle convenzioni (ad esempio, per il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza con le organizzazioni di volontariato), dovendo prevalere, altrimenti, il diritto euro-unitario, dotato di *primauté* rispetto al diritto nazionale.

La gratuità degli affidamenti.

Laddove la Commissione fa riferimento a rapporti puramente gratuiti, la stessa spiega che deve essere 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.”

Infatti, 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, 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.

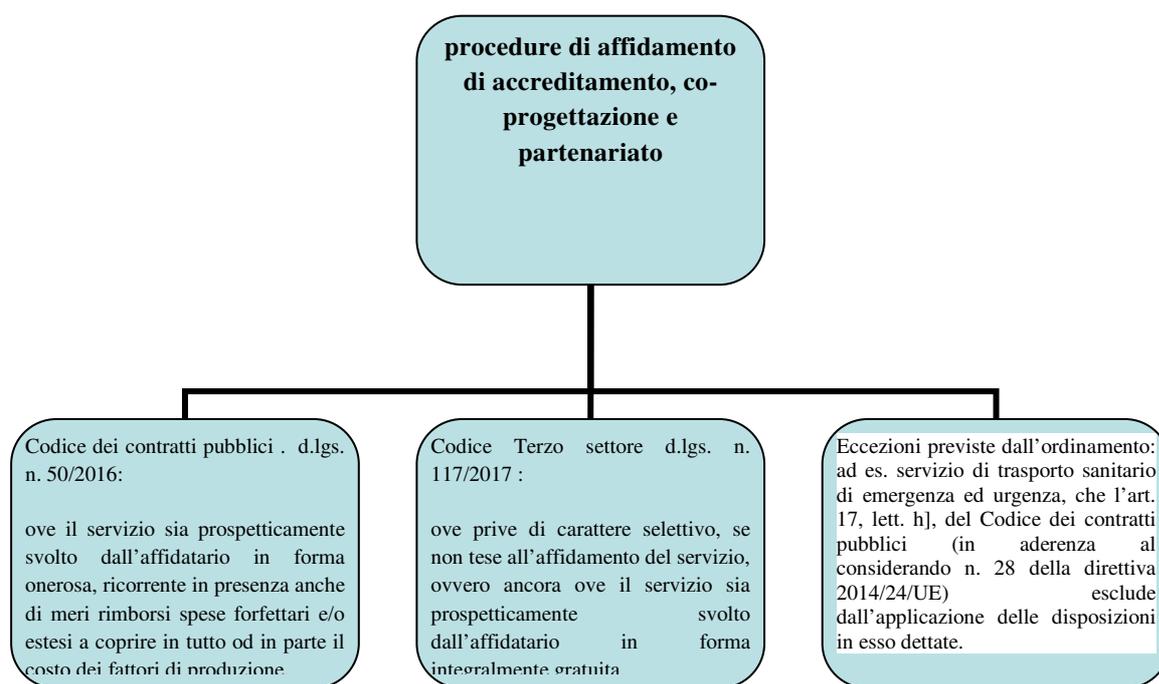
In tal senso, **l’art. 56 del codice del terzo settore** dispone che si possono prevedere: “*esclusivamente il rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate*” e (co. 4) “*con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e*

con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione”.

In conclusione, secondo la Commissione:

– le **procedure di affidamento di accreditamento, co-progettazione e partenariato** sono estranee al Codice dei contratti pubblici ove prive di carattere selettivo, se non tese all'affidamento del servizio, ovvero ancora ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma integralmente gratuita, intesa nel rigido senso specificato *supra*;

– le suddette procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore sono, viceversa, soggette al Codice dei contratti pubblici, al fine di tutelare la concorrenza anche fra enti del terzo settore, ove il servizio sia prospetticamente 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'obbligo di puntuale motivazione del ricorso a modalità di affidamento di natura gratuita dei servizi sociali.

In quanto incidenti sul mercato dei servizi sociali privando *de facto* le imprese *profit* della possibilità di affidamento del servizio, in ossequio ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, l'Amministrazione dovrà puntualmente indicare e documentare la ricorrenza, nella concreta vicenda, degli specifici profili che sostengono, motivano e giustificano il ricorso a procedure che tagliano fuori *ex ante* gli operatori economici tesi a perseguire un profitto .

In particolare, l'Amministrazione dovrà evidenziare la maggiore idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni *lato sensu* "sociali" ricorrenti nella fattispecie, alla luce dei principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato.

La motivazione della scelta, quindi, non solo è opportuna, ma deve considerarsi condicio sine qua non per l'esercizio di un tale potere, salvo che nelle ipotesi eccezionali derogatorie espressamente previste dall'ordinamento, come nel caso del trasporto sanitario d'urgenza, nel rispetto, comunque, dei principi dell'art. 4 del Codice (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi).