

Servizi sociali e codice dei contratti pubblici

Autore: Tirelli Silvio

In: Appalti pubblici

Sommario 1.La rilevanza del settore dei servizi sociali. - 2. Concorrenza e solidarietà nella giurisprudenza e legislazione europea. - 3. Servizi sociali e Codice dei Contratti Pubblici. - 3.1. I servizi sociali sotto soglia. Il principio di rotazione, tra regole oggettive e applicazioni soggettive. - 3.2. Gli affidamenti sopra soglia. Gli obblighi di pubblicità. Il (primo) regime alleggerito, il regime intermedio, il (nuovo) regime alleggerito e l'applicazione integrale. - 3.3. Scelta del contraente e criterio di aggiudicazione - 3.4. Anomalia dell'offerta e fine solidaristico. - 3.5. Centrale di committenza. Requisiti dei partecipanti. Criteri di aggiudicazione. Divisione in lotti. - 4. Concessioni di servizi sociali (cenni). - 5. La concorrenza riservata. - 6. I servizi di ristorazione (cenni). - 7. Il Codice del Terzo Settore (artt. 55, 56 e 57). Il parere del Consiglio di Stato 26.7.2018 n. 2052. - 8. Rilievi critici alla visione mercantile del Consiglio di Stato. Necessità di un regime differenziato (o riservato) per gli affidamenti agli enti del Terzo Settore - 9. Volume

1. La rilevanza del settore dei servizi sociali

I servizi sociali[1] - c.d. Terzo Settore - **costituiscono un ambito di particolare rilevanza, sia per le sue ricadute in termini sociali - in ragione della natura dei servizi resi**, in particolare alla persona - sia sotto il profilo strettamente occupazionale.

Come si legge nella relazione AIR alle linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, emanate dall'A.N.A.C. con determinazione 20.1.206 n. 32, il panorama dei soggetti che operano in tale ambito è molto variegato, l'ISTAT, infatti, ha censito nel corso del 2011 oltre 300.000 organizzazioni no-profit, che ricorrono alle prestazioni di 4,7 milioni di volontari, 681 mila dipendenti, 271 mila lavoratori esterni e 5 mila lavoratori temporanei. L'89% delle istituzioni no-profit è costituita in forma di associazione (201 mila associazioni non riconosciute e 68 mila riconosciute, ossia dotate di personalità giuridica); le cooperative sociale sono circa 11 mila (il 3,7%), le fondazioni 6 mila (il 2,1%) e le altre forme giuridiche circa 14 mila (il 4,8%), rappresentate principalmente da enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, comitati, società di mutuo soccorso, istituzioni sanitarie o educative[2].

Inoltre, la p.A. frequentemente ricorre agli operatori del Terzo Settore[3] per l'erogazione di servizi in favore della collettività ed in particolare per l'affidamento di servizi alla persona, promuovendo un modello economico socialmente responsabile, capace di conciliare la crescita economica con l'incremento occupazionale e l'inclusione ed integrazione sociale[4].

Il settore, per la sua peculiarità ed importanza - fosse solo perché tramite esse si contribuisce alla piena attuazione degli **artt. 2 e 3 Cost.** e delle altre norme costituzionali che ne costituiscono specificazione - ha inoltre un notevole impatto sulla finanza pubblica[5].

Ciò nonostante, chi si è occupato del tema ha sempre ravvisato una mancanza di una disciplina organica in tema di appalti e contratti pubblici per l'affidamento dei servizi de quibus ai soggetti del Terzo Settore, nonché una mancanza di coordinamento tra le varie disposizioni in tema di servizi sociali con quella prevista per l'aggiudicazione dei pubblici incanti che, almeno fino alla vigenza del d.lgs. 12.4.2006 n. 163 escludeva detti servizi dalla sua applicazione.

Solo con il d.lgs 18.4.2016 n. 50 il legislatore ha contemplato anche i servizi de quibus tra quelli sottoposti alle regole dei contratti pubblici, prevedendo, tra l'altro, dei regimi in parte differenziati e/o riservati (sui cui si ritornerà a breve).

Stante la sopra illustrata rilevanza del settore, non sono poi mancati ulteriori interventi legislativi.

Il riferimento è sia al d.lgs 19.4.2017 n. 56, recante modifiche al d.lgs 18.4.2016 n. 50 in tema di affidamenti dei servizi in parola, sia soprattutto al d.lgs. 30.7.2017 n. 117, con il quale è stato emanato - in attuazione della delega conferita con legge 6.6.2016 n. 206 - il Codice del Terzo Settore, definito un testo di sistema[6], volto a riordinare la disciplina in materia.

L'approccio sistematico, inoltre, non esaurisce la sua ratio in finalità meramente ordinarie, ma segna anche un mutamento di prospettiva, una rivoluzione, un cambiamento di paradigma, tra pubblici poteri e società civile, che si spinge ben oltre il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, della Costituzione[7]. E ciò in aderenza con quanto previsto dal legislatore delegante la cui intenzione è stata quella di costruire un rinnovato sistema che favorisca la partecipazione attiva e responsabile delle persone, singolarmente o informata associata, per valorizzare il potenziale di crescita e occupazione, insito nell'economia sociale e nelle attività svolte da cosiddetto terzo settore[8].

Sia la legge **delega 6.6.2016 n. 106 e sia il d.lgs 3.7.2017 n. 117** (ma anche il d.lgs n. 112/2017), nel riordinare una normativa altamente frammentata e stratificatasi nel tempo, hanno individuato, tra le formazioni sociali e tra i soggetti espressione della libertà di associazione, un insieme più limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici, costituzionalmente fondati, per i quali il legislatore statale ... ha inteso predisporre un quadro normativo unitario al fine di "agevolare" lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 118, u.c. Cost.). In base alle previsioni del Codice, tali soggetti - gli enti del Terzo settore - emergono quindi dal mare magnum del pluralismo sociale e si distinguono poiché sono

espressione dell'autonomia privata di cittadini che si associano per i fini di cui all'art. 2 e 118, u.c. Cost. Essi intendono realizzare finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale; svolgono attività di interesse generale ... sia in forma imprenditoriale che in forma non imprenditoriale; non perseguono finalità lucrative soggettive; accettano, infine, un sistema pubblicistico di registrazione (il Registro unico nazionale del Terzo settore), dal quale discende anche la sottoposizione ad un sistema di controlli[9].

In questa prospettiva, gli enti del Terzo Settore, non solo si distinguono per finalità di riordino dal c.d. pluralismo sociale, ma assumono la dignità di categoria giuridica, fondata su presupposti ed interessi costituzionalmente rilevanti, caratterizzata da una attitudine specifica a collaborare con gli enti pubblici, su un piano paritario, in forza dalla sostanziale comunanza di obiettivi e del loro riconoscimento costituzionale nell'art. 118, u.c. Cost., per il perseguimento più efficace dei fini pubblicistici[10].

La ratio semplificatrice sottesa alla normativa non ha, però, trovato puntuale riscontro nella concreta disciplina che mantiene assetti differenziati[11], che appaiono il frutto di una precisa opzione di politica legislativa, tesa a valorizzare la specificità dell'attività svolta e non la ricerca di un'uniformità sotto il profilo squisitamente soggettivo/organizzativo[12].

2. Concorrenza e solidarietà nella giurisprudenza e legislazione europea

La dimensione di **nuovo partenariato pubblico/privato** emergente dal Codice del Terzo Settore pone, tuttavia problemi di coordinamento la normativa in tema di appalti pubblici, atteso che - come si vedrà meglio infra - il d.lgs 30.7.2017 n. 117, anche se prevede, a determinate condizioni oggettive e/o soggettive, puntuali deroghe[13] alla disciplina dei contratti pubblici, sembra limitarsi ad introdurre (rectius: disciplinare in maniera sistematica) forme di coinvolgimento degli enti del Terzo Settore nei rapporti con la p.A. che, pur rappresentando uno strumentario ad hoc, giustificato dai valori coinvolti, non sembrano ex se escludere il ricorso alle regole della concorrenza, da applicarsi quindi anche quando si sceglie di utilizzare gli strumenti in questione. Anzi le stesse norme del Codice del terzo Settore, sotto questo profilo, contengono richiami espressi a procedure comparative[14].

Si pone dunque, innanzitutto, il problema di coordinare tra loro i testi normativi sopra richiamati, al fine di verificare come la loro reciproca interazione influisca sulla disciplina in concreto da applicare.

Trattasi di operazione certamente non agevole e che ovviamente risente dell'incontro/scontro tra concorrenza e solidarietà - senza dubbio caratterizzanti la materia - e della prevalenza e/o preferenza che l'interprete assegna ad uno dei suddetti valori[15].

In realtà, il tema del corretto equilibrio e del bilanciamento tra concorrenza e solidarietà già da tempo è stato affrontato sia dalla giurisprudenza, sia dal legislatore comunitari.

La Corte di Giustizia, chiamata più volte a pronunciarsi sugli affidamenti diretti dei servizi sociali, ha sottolineato l'esigenza di contemperare concorrenza e solidarietà, avvertendo che il bilanciamento non va operato a priori, bensì caso per caso, consentendo una deroga al confronto concorrenziale qualora il volontariato contribuisca in modo effettivo al perseguimento delle finalità sociali e degli obiettivi di solidarietà, non permettendosi quindi che le deroghe al **principio della competizione economica** celino in realtà vantaggi indebiti per gli enti del terzo settore[16].

L'orientamento della Corte risente in particolar modo di una definizione ampia di operatore economico, ritenendo in essa compresa qualsiasi soggetto che offra servizi sul mercato, indipendentemente dal perseguimento in via preminente di un fine di lucro, dal possesso di un'organizzazione aziendale e da una presenza più o meno costante sul mercato[17]. Pertanto - con specifico riferimento alle organizzazioni di volontariato - il principio della concorrenza non ammette deroghe giustificate dalla mera qualificazione soggettiva degli enti interessati, visto che ben possono accedere alle gare di appalto[18] ovvero, atteso il fine solidaristico, fruire di finanziamenti pubblici, avvalersi della possibilità di stipulare convenzioni, con corrispettivo limitato al rimborso delle spese.

Le direttive europee 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/23/UE sulle concessioni, cambiando leggermente la prospettiva[19] - a cui si è uniformato anche il giudice comunitario[20] lasciano alle autorità nazionali ampia libertà in tema di organizzazione dei servizi sociali, pur nel rispetto dei principi del diritto comunitario, tra cui ovviamente la trasparenza e la parità di trattamento.

Secondo la direttiva 2014/24/UE, invero, gli Stati membri hanno la libertà di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi[21]. Più in generale, si lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico riconoscendo alle autorità nazionali, regionali e locali la facoltà di fornire, fare eseguire e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al TFUE[22].

Inoltre, con specifico riferimento ai servizi sociali, la direttiva prevede espressamente una soglia più elevata rispetto a quella contemplata per gli altri settori.

Per il legislatore europeo, infatti, il contesto sociale, economico e culturale influenza fortemente i servizi sociali, che in quanto fondati essenzialmente sui servizi alla persona, si muovono in una dimensione transfrontaliera circoscritta, tale da non suscitare l'interesse per i prestatori degli altri Stati membri, salve diverse indicazioni contrarie, come ad esempio la sussistenza di un finanziamento europeo per i progetti transfrontalieri[23].

Il particolare contesto (sociale, economico e culturale) in cui il servizio sociale è svolto e il suo limitato valore economico, nel bilanciamento tra concorrenza e solidarietà, rende dunque possibile per gli stati membri di non applicare le regole del confronto concorrenziale tipiche del mercato, consentendogli di fornire direttamente il suddetto servizio o di organizzarlo tramite modalità estranee al regime dei contratti pubblici, come il loro mero finanziamento, la concessione di licenze e/o autorizzazioni ect. ect. , fermo il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione[24].

Per converso, laddove il valore economico di detti servizi sia superiore alla soglia comunitaria, secondo la direttiva essi sono sottoposti ad un particolare regime c.d. alleggerito, che attribuisce agli Stati membri un'ampia discrezionalità circa la scelta del fornitore del servizio nel rispetto della trasparenza e della parità di trattamento. Inoltre, nell'ambito del c.d. regime alleggerito si è previsto altresì la possibilità di incanti affidamenti di servizi, sanitari, sociali e culturali, la cui partecipazione è riservata alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e alle "organizzazioni esistenti quali le cooperative a partecipare alla prestazione di tali **servizi agli utenti finali**[25]. I medesimi principi sono enucleati anche nella direttiva 2014/23/UE, anche se risultano alquanto scarse le disposizioni applicabili ai servizi alla persona, soprattutto se rapportate alla soglia di rilievo comunitario, certamente molto alta[26].

Nel bilanciamento tra concorrenza e solidarietà, dunque, il legislatore comunitario sembra prediligere un criterio strettamente legato al valore economico del servizio, che laddove inferiore ad una determinata soglia, si appalesa estraneo al mercato comune e alle sue regole, con una prevalenza quindi della dimensione solidale rispetto al confronto concorrenziale che, tuttavia, si declina non in termini estraneità tout court, quanto piuttosto di estraneità rispetto all'interesse per gli operatori transfrontalieri. Estraneità che quindi va verificata caso per caso[27].

Per converso, laddove il valore del servizio sia economicamente interessante (rectius: sopra soglia), l'elemento solidale attenua il confronto concorrenziale, consentendo l'applicazione di una soft law o permettendo una sua limitazione, prevedendo una comparazione esclusivamente tra operatori che istituzionalmente si caratterizzano per il mutuo soccorso e la solidarietà.

3. Servizi sociali e Codice dei Contratti Pubblici

A differenza del previgente regime ex d.lgs 12.4.2006 n. 163, il d.lgs 18.4.2016 n. 50, disciplina al proprio interno anche le procedure di affidamento di appalti di servizi sociali[28].

Nel Codice dei Contratti pubblici, invero, plurime sono le disposizioni[29] applicabili anche al settore in esame, in linea con le direttive europee in materia del 2014 (le nn. 23, 24 e 25).

Il nucleo principale di norme è collocato nel Titolo VI, parte II del codice - artt. da 140 a 143 - secondo il

quale l'affidamento dei servizi sociali è inserito tra i particolari regimi di appalto. Più dettagliatamente, come anticipato, si prevede un regime alleggerito e uno a concorrenza riservata.

Vedremo a breve le ragioni e le differenze tra i suddetti regimi. Prima di ciò tuttavia occorre analizzare un'ulteriore differenziazione.

3.1. I servizi sociali sotto soglia. Il principio di rotazione, tra regole oggettive e applicazioni soggettive

Nelle pagine che precedono, si è detto che i servizi sociali, in ragione del contesto sociale e culturale in cui sono svolti, non sempre assumono una dimensione transfrontaliera tale da suscitare interesse negli operatori presenti sul mercato comunitario.

In tal caso - come visto - non dovrebbe trovare applicazione la disciplina codicistica in tema di appalti, quantomeno nella sua radicalità.

Tale ultima precisazione è necessaria, poiché il legislatore nazionale, in aderenza alle premesse espresse dalle direttive europee, anche per i servizi sociali distingue tra affidamenti sotto soglia e sopra soglia, fissata allo stato in € 1.000.000,00 (cfr. art. 35, comma 2, lett. c) d.lgs 18.4.2016 n. 50).

Per gli affidamenti inferiori a detta soglia, tuttavia, non è prevista la loro totale esclusione dal regime codicistico, avendo il legislatore comunque sottoposti ad alcuni principi tipici del settore dei pubblici incanti.

L'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, invero, prescrive che in tal caso devono comunque esser rispettati i principi di cui all'art. 30, comma 1 del medesimo codice (economicità, efficacia, tempestività e correttezza; libera concorrenza, non discriminazione), all'art. 34 (sostenibilità ambientale e specifiche tecniche), all'art. 40 (conflitto di interesse), nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti per assicurare l'effettiva partecipazione delle imprese micro, piccole e medie.

In estrema sintesi, ferma restando la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie, la norma prevede la possibilità di affidamenti diretti o tramite procedura negoziata, senza pubblicazione del bando e previa consultazione di un determinato numero di operatori, variabile a seconda che il valore del servizio da affidare sia più o meno lontano dalla soglia comunitaria.

Trattasi quindi di procedure molto snelle e semplificate, nelle quali ruolo fondamentale, sia negli inviti, ma anche negli affidamenti, assume il principio di rotazione che - nella prospettiva del legislatore - sembra divenire baluardo del confronto concorrenziale, funzionale alla massima partecipazione possibile degli operatori, soprattutto quelli di dimensioni meno rilevanti.

L'importanza del principio di rotazione, del resto, è stata evidenziata anche dall'A.N.A.C. con deliberazione 26.10.2016 n. 1097 (**Linee Guida n. 4, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici**)[30].

Secondo l'Autorità il principio de quo garantisce il non consolidarsi di rapporti esclusivamente con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico e come suo corollario, inoltre, ha affermato l'eccezionalità dell'invito da parte della p.A. all'affidatario uscente: Ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Pertanto, l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento[31].

La valenza generale del principio di rotazione e la connessa eccezionalità dell'invito al gestore uscente ha trovato conferma anche nella giurisprudenza amministrativa, secondo la quale: non può configurarsi, in linea di principio, alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare, ad una gara informale ... il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione[32].

A questo orientamento ha fatto da controcanto altra giurisprudenza che ha ritenuto il principio di rotazione non vincolante in termini assoluti[33].

Pertanto la sua episodica mancata applicazione non è valsa ad inficiare gli esiti di una procedura già espletata, laddove conclusa con l'affidamento a soggetto già destinatario di precedenti inviti o aggiudicatario uscente, ovvero a fondare l'esclusione di soggetto non invitato che abbia chiesto di partecipare[34]. O ancora - in termini più radicali - è stato sancito l'obbligo della p.A. di specifica motivazione in ordine alla decisione di non invitare alla selezione il gestore uscente, il quale, in virtù del precedente affidamento, assume una posizione differente e differenziata dagli altri operatori, avente la dignità dell'interesse legittimo[35].

Anche il Consiglio di Stato[36] ha affermato che: se, in ragione del potere riconosciuto all'amministrazione di individuare gli operatori economici idonei a partecipare e pertanto invitati a partecipare alla gara, un operatore economico non possa vantare alcun diritto ad essere invitato a partecipare a tale tipo di gara (potendo eventualmente, qualora sussista una posizione legittimante e l'interesse, ricorrere nei confronti

della scelta discrezionale della amministrazione appaltante dell'individuazione dei soggetti da invitare), non può negarsi ad un operatore economico, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato dall'art. 122, comma 7, e 57, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006: conseguentemente anche gli altri partecipanti, in quanto invitati, non possono dolersi della partecipazione alla gara di un operatore economico e tanto meno dell'aggiudicazione in favore di quest'ultimo della gara, salva evidentemente la ricorrenza di vizi di legittimità diversi dal fatto della partecipazione in quanto non invitato.

Una simile interpretazione è conforme non solo e non tanto al solo principio del favor participationis, costituendo piuttosto puntuale applicazione dell'altro fondamentale principio di concorrenza cui devono essere ispirate le procedure ad evidenza pubblica e rappresentando contemporaneamente anche un ragionevole argine, sia pur indiretto e meramente eventuale, al potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di scelta dei contraenti.

Il sopra riportato orientamento, che ha trova terreno fertile anche in dottrina[37], è sicuramente da apprezzare, non tanto e non solo perché cerca di bilanciare il principio di rotazione di concorrenza e non discriminazione con le esigenze (antitetiche) del gestore uscente[38], ma poiché più funzionale alla natura e alle caratteristiche dei servizi sociali. Basti pensare al servizio reso in favore di persone svantaggiate psicologicamente e/o fisicamente dove la continuità dell'elemento personale (ossia di coloro che eseguono materialmente la prestazione di assistenza) ha certamente un valore fondamentale sotto il profilo terapeutico/riabilitativo.

Sotto questo profilo, tuttavia, non può omettersi di rilevare che tale continuità per il momento sembra garantita dalla c.d. clausola sociale[39].

Va comunque evidenziato che la giurisprudenza più recente è tornata a ribadire la cogenza assoluta del principio di rotazione, dapprima confermando l'eccezionalità dell'invito al gestore uscente[40] e poi - superando anche questo assunto - sancendone il ruolo di canone guida per gli inviti e gli affidamenti de quibus, senza alcuna deroga: il principio di rotazione è l'unico principio espressamente richiamato per le procedure di gara relative ai contratti sotto soglia dal primo comma dell'art. 36, che, quanto agli altri principi, rinvia agli articoli 30, comma 1, 34 e 42 del medesimo codice e, per l'attuale formulazione, ha portata più ampia di quella della previgente norma. È, infatti, ora previsto che **la rotazione abbia ad oggetto "gli inviti e gli affidamenti"; si vuole, dunque, che l'alternanza tra gli operatori economici avvenga proprio e già al momento della scelta di coloro che dovranno essere invitati a partecipare alla procedura di gara.** Ricorre, dunque, nel sistema delineato dall'attuale codice dei

contratti pubblici un adeguato bilanciamento tra potere di scelta delle amministrazioni degli operatori economici da invitare e rotazione degli inviti; l'introduzione dell'eccezione per l'operatore non invitato che sia, però, venuto a sapere della procedura e nutra interesse a prendervi parte, introdurrebbe una inevitabile distonia rispetto al descritto impianto normativo, e certo sarebbe elusa la necessaria rotazione degli operatori sin dalla fase dell'invito dei partecipanti. E ciò, secondo il giudice amministrativo, senza violazione della par condicio: Resta da precisare ... che l'esito descritto, di esclusione dell'operatore economico non invitato, non contrasta con il principio di parità di trattamento, che imporrebbe di considerare tutti gli operatori, invitati o meno, sullo stesso piano per aver presentato un'offerta, per l'evidente ragione che le situazioni di partenza sono diverse: l'uno è stato scelto dall'amministrazione affinché presentasse la sua offerta, l'altro si è insinuato nella procedura senza esservi stato chiamato ... l'operatore economico che, non invitato alla procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ne sia venuto a conoscenza e che abbia presentato la propria offerta, è legittimamente escluso dalla stazione appaltante[41].

3.2 Gli affidamenti sopra soglia. Gli obblighi di pubblicità. Il (primo) regime alleggerito, il regime intermedio, il (nuovo) regime alleggerito e l'applicazione integrale

Con riguardo agli appalti dei servizi sociali superiori alla soglia europea (€ 750.000,00 per i settori ordinari; € 1.000.000,00 per quelli speciali) sono annoverati - come anticipato - nei c.d. particolari regimi di appalto ed assoggettati al meno prima facie - ad un regime alleggerito[42], a sua volta diversificato a seconda che si tratti di servizi ordinari (art.142 e 143 capo II) o speciali (art. 140 capo I), e sempre nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento[43].

Pur lasciando il legislatore comunitario ampia libertà nel recepire la direttiva 2014/24/UE in tema di affidamento di servizi sociali[44], in dottrina non sono mancate le critiche alle modalità di ricezione da parte del nostro ordinamento, evidenziando che solo con il correttivo ex d.lgs n. 56/2017 si è avuto un maggior coordinamento con la disciplina generale del codice dei contratti pubblici[45].

In ogni modo, il legislatore ha previsto, sia per i settori ordinari, sia per quelli speciali, un regime sostanzialmente omogeneo, incentrato sul principio di pubblicità, presupposto per garantire la concorrenza e la massima partecipazione possibile.

Per i settori speciali, l'art. 140, prevede l'alternativa tra avviso di gara o avviso periodico indicativo da pubblicarsi in via continuativa oppure avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, anch'esso da pubblicarsi in via continuativa.

Per i settori ordinari, l'art. 142, quasi specularmente, prescrive la pubblicazione di un bando di gara o in

via continuativa di un avviso di preinformazione.

Trattasi dunque di un sistema fondato, in entrambi i casi suddetti, sull'alternativa bando o avviso: seppur il comma 1 dell'art. 140 si riferisce, nei settori speciali, solo all'avviso (di gara o periodico indicativo o sull'esistenza di un sistema di qualificazione), tuttavia il successivo comma 4, nel rinviare all'Allegato XIV, parte III, a proposito delle informazioni che dovranno contenere i richiamati atti pre-affidamento, richiama non solo gli avvisi di gara, ma anche i bandi. Ciò si spiega col più generale rimando, come detto contenuto nello stesso comma 1 dell'art. 140, alle norme in materia di affidamenti di servizi sociali nei settori ordinari, tra cui, appunto l'art. 142 che, al comma 1, prevede anche il bando di gara, quale modalità con cui le stazioni appaltanti rendono nota l'intenzione di procedere all'**aggiudicazione di un appalto pubblico**[46].

Qualunque sia la forma di pubblicità prescelta, i relativi atti devono indicare che non vi sarà pubblicazione dell'aggiudicazione e recare l'invito agli operatori a manifestare il proprio interesse per iscritto[47].

L'obbligo di pubblicità, tuttavia non è assoluto. Esso, invero, trova un'espressa eccezione nel caso di ricorrenza dei presupposti ex art. 63 d.lgs n. 50/2016 per l'aggiudicazione tramite procedura negoziata senza avviso di gara (cfr. art. 142, comma 2, per i settori ordinari e art. 140, comma 2 per i settori speciali).

Il risultato delle procedure di affidamento va poi reso noto mediante un avviso di aggiudicazione. Gli avvisi de quibus possono pubblicarsi anche in forma raggruppata su base trimestrale (cfr. art. 142, comma 3 e art. 140, comma 3).

Rispetto alla sopra riportata disciplina, il correttivo ex d.lgs n. 56/2017 ha introdotto un ulteriore regime differenziato, previsto dall'art. 142, dal comma 5 bis al comma 5 ocites, e riferito solo ad alcune categorie di servizi sociali, espressamente elencati dall'art. 142, comma 5 bis (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).

Detto ultimo regime, definito intermedio dal Consiglio di Stato[48], si differenzia da quello alleggerito perché esclude l'applicazione di alcune norme del codice dei contratti pubblici, previste per l'appalto di servizi non elencati nel prefato comma 5 bis.

In particolare per i servizi de quibus non dovrebbero trovare applicazione la disciplina sui commissari di gara esterni e la disciplina limitativa sulla procedura competitiva con negoziazione, né sembra applicabile la disciplina in tema di avvalimento e garanzie, sulla pubblicità dei bandi di gara e informative ai candidati e offerenti[49].

In realtà, successivamente il Consiglio di Stato, nel parere 26.7.2018 n. 2052 ha cambia ulteriormente

opinione circa il range applicativo delle norme in commento, ritenendo che a seguito del d.lgs. n. 56 del 2017, recante il decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, il regime alleggerito sia quello individuato, per i servizi indicati al comma 5-bis dell'art. 142 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.

3.3. Scelta del contraente e criterio di aggiudicazione

Come già evidenziato in dottrina[50], il Codice dei Contratti nulla dice in tema di scelta del contraente. Nel silenzio del legislatore, deve ritenersi che per i gli affidamenti dei servizi sociali, sia nei settori ordinari, sia in quelli speciali, l'amministrazione possa individuare il proprio contraente tramite i tradizionali sistemi di selezione: procedura aperta, ristretta, negoziata senza pubblicazione di bando, dialogo competitivo.

Quanto al criterio di aggiudicazione, invece, è espressamente previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (cfr. art. 95, comma 3, lett. a); art. 142, comma 5 sexies d.lgs 18.4.2016 n. 50)[51].

Si noti, la linea di continuità con quanto prescritto dal d.P.C.M. 30.3.2001 sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona, il quale, all'art. 4, comma 2, testualmente sancisce il ricorso al suddetto criterio ed il divieto di adottare il metodo del massimo ribasso. Norma di tenore simile è contenuta nell'art. 6 del medesimo d.P.C.M.

Stante il criterio selettivo prescelto, non è mancato chi[52], fin da subito, ha evidenziato, attese la delicatezza e la peculiarità del settore dei servizi sociali, che le stazioni appalti dovranno prestare particolare attenzione nel peso (più o meno) da attribuire all'elemento prezzo rispetto ai criteri tesi a valorizzare la progettualità degli enti del Terzo Settore, confidando in proposito nel ruolo di orientamento dell'A.N.A.C..

3.4. Anomalia dell'offerta e fine solidaristico

La peculiarità degli affidamenti dei servizi sociali balza, poi, in tutta la sua evidenza in tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Da un punto di vista generale, è noto che un'offerta va considerata anomala se anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando e se suscita il sospetto di una sua scarsa serietà dell'offerta medesima e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare all'operatore economico un adeguato profitto.

A tal fine, l'ordinamento ha fissato una regola convenzionale per stabilire quando una offerta è da considerarsi anormalmente bassa.

Nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono giudicate anomale le offerte che, sia per la componente tecnica, sia per quella economica ottengano un punteggio pari o superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti nel bando di gara. Pertanto, è anomala l'offerta che ottiene un punteggio alto sul piano tecnico e, contemporaneamente, un punteggio alto relativamente all'offerta economica in virtù di un ribasso consistente.

Il giudizio sull'anomalia della p.A. costituisce, inoltre, espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità, che rientra tra le prerogative della stazione appaltante e, in particolare, della commissione di gara (si veda il parere Avcp n. 213/2008), salvo che nell'esercizio di tale potestà non emergano vizi evidenti di ricostruzione dell'iter logico-argomentativo[53].

Trattasi di approdi oramai consolidati, formulati tuttavia in una logica spiccatamente d'impresa, o per meglio dire all'interno di un contesto nel quale l'aspirante contraente della p.A. agisce secondo dinamiche tipicamente aziendali e tese al conseguimento di un'utile d'impresa, di un profitto espresso principalmente in termini monetari.

I servizi in argomento, però, sono normalmente forniti da enti del Terzo Settore, ossia da realtà dalla più svariata forma associativa, ma tutte accumulate da un fine solidaristico, che non solo li caratterizza, ma costituisce essenza stessa della loro esistenza.

Si è cioè innanzi a soggetti per i quali - come è noto - l'utile non è necessario, o per meglio dire non è annoverato tra le ragioni caratterizzanti l'attività posta in essere.

In siffatta prospettiva si pone dunque il problema se abbia o meno le caratteristiche dell'anomalia un'offerta presentata da un ente non profit, laddove per esempio essa presenti un prezzo particolarmente basso o addirittura pari a zero.

La questione, in effetti, è stata affrontata dal giudice amministrativo, che ha attribuito il giusto rilievo al fine solidaristico tipico degli enti non lucrativi.

Il riferimento è innanzitutto alla sentenza T.A.R. Campania, Napoli, IV, 6.10.2016 n. 4619[54], relativa al caso della partecipazione di una cooperativa alla selezione per l'affidamento per un anno della progettazione di attività di accoglienza e di sostegno per la prevenzione delle devianze minorili presso gli uffici del servizio sociale di Napoli e Salerno.

In quell'occasione, il giudice ha, innanzitutto, evidenziato che la previsione di un utile modesto - o pari a zero - normalmente sintomo dell'anomalia - va analizzata considerando tutte le circostanze del caso

concreto, poiché l'affidamento del servizio può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico, tanto più nel caso di specie, in cui l'oggetto della gara concerne servizi sociali e i concorrenti non sono imprese ma associazioni del terzo settore[55].

Il principio dell'utile necessario, invero, stante l'assenza di una base normativa, trova il suo fondamento nel carattere innaturale e, quindi, intrinsecamente inaffidabile di un'offerta in pareggio che contraddica lo scopo di lucro. Esso tuttavia è principio che caratterizza le imprese e, più in generale, i soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica[56]. Ma è proprio questa finalità, che è alla base del principio, ne definisce di conseguenza i confini. Il principio dunque - secondo il T.A.R. - non è estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, per i quali l'obbligatoria indicazione di un utile d'impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di un'artificiosa componente di onerosità della proposta. **Ne deriva che, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta senza utile presentata da un soggetto che tale utile non persegue non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio stricto sensu economico[57].**

In tal caso, la previsione dell'indefettibilità dell'utile, oltre che distonica rispetto alla vocazione di tali soggetti, lederebbe ingiustificatamente anche l'interesse pubblico a usufruire delle offerte più vantaggiose. conseguibili in un mercato contendibile da attori con diverse caratteristiche[58].

La sentenza de qua ha trovato ulteriore conferma in sede di appello, nella quale il Consiglio di Stato, richiamando un proprio consolidato orientamento[59], ha ancora una volta dato valore dirimente alla finalità solidaristica perseguita dal fornitore di servizi, alla luce della quale vanno interpretate le norme codicistiche[60].

Tale opzione ermeneutica - avente il pregio di valorizzare il carattere solidaristico degli enti no profit - sembra però contrastare con il principio della par condicio, anch'esso uniformante la materia degli appalti pubblici, ed implicante l'applicazione delle medesime regole a tutti i partecipanti.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza, la parità di trattamento non impedisce che, in sede di applicazione delle medesime regole, ogni concorrente esprima le proprie potenzialità competitive valendosi di asimmetrie virtuose collegate alle proprie caratteristiche ontologiche e alle proprie capacità concorrenziali[61]. In ragione della definizione particolarmente ampia di operatore economico e/o impresa fornita dalla giurisprudenza comunitaria[62] - basata non su presupposti soggettivi, bensì su elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti - e della conseguente possibilità di considerare tali, ai fini della partecipazione ai pubblici incanti, anche i soggetti senza scopo di lucro, si deve ritenere che proprio lo statuto sociale e mutualistico debba disciplinare il modus operandi di tali soggetti in sede di partecipazione alle procedure d'evidenza pubblica[63].

Ciò detto, non può però farsi a meno di evidenziare i rischi - da un punto di vista pratico operativo - del predetto approdo interpretativo: vanificare sostanzialmente qualsiasi confronto concorrenziale tra imprese ed enti no profit in favore esclusivamente di quest'ultimi, ben potendo solo essi rinunciare a qualsiasi utile, inteso in termini strettamente economici.

Il principio della par condicio, alla luce di un canone di ragionevolezza, implica, invero, non solo regole uniformi, ma anche che tali regole siano applicate oggettivamente.

Considerato poi che tali regole sono ispirate da una ratio tesa all'**ampliamento del corretto confronto concorrenziale** e che la nozione comunitaria d'impresa - come visto - valorizza il carattere oggettivo dell'attività di scambio di beni e servizi, l'impianto codicistico non sembrerebbe ammettere deroghe fondate, per converso, su profili (lo scopo sociale solidaristico e mutualistico) dalle indubbe ed evidenti peculiarità soggettive, aventi implicazioni sulle modalità concrete dell'attività resa, ma non sull'attività in sé considerata, che resta di scambio di beni e/o servizi, ossia attività d'impresa nell'accezione comunitaria.

In altre parole, pur ritenendo l'interpretazione sopra delineata più aderente alla realtà in cui operano gli enti non profit, valorizzandone il ruolo via via assunto nel nostro ordinamento, detta valorizzazione - pena la compromissione del confronto concorrenziale con gli enti profit - avrebbe trovato miglior collocazione nell'ambito di un regime che, ancorché ispirato al principio di concorrenza, fosse riservato esclusivamente agli operatori del Terzo Settore.

3.5. Centrale di committenza. Requisiti dei partecipanti. Criteri di aggiudicazione. Divisione in lotti

L'inserimento dei servizi sociali nell'ambito del **codice dei contratti** ha suscitato in alcuni commentatori[64] dubbi anche circa l'applicazione anche ai servizi de quibus dell'art. 37 in tema di centralizzazione e aggregazione delle committenze.

In realtà l'ANAC con la deliberazione n. 32 del 2016 già aveva evidenziato che anche il sistema di organizzazione dei servizi in parola ex l. 328/2000, ha previsto un obbligo di aggregazione, individuando l'unità minima nei c.d. ambiti, in luogo del singolo comune[65].

Si è posto, pertanto, il problema dell'influenza dell'art. 37 cit. sull'obbligo di aggregazione innanzi citato ovvero - per meglio dire - se l'ambito ex l. 328/2000 potesse essere considerato una centrale di committenza oppure se anch'esso, per l'acquisto di beni, servizi e/o forniture, dovesse rivolgersi ad una delle centrali di committenza a cui già avesse aderito i comuni costituenti l'ambito stesso.

La questione è stata risolta con deliberazione 31.8.2016 n. 911[66], con la quale l'A.N.A.C., alla luce del

principio di specialità, ha chiarito che gli obblighi di centralizzazione possono essere assolti mediante le aggregazioni di cui alla l. 328/2000» e che «ai sensi dell'art. 37, comma 5, d.lgs. 50/2016, fino all'adozione del Dpcm ivi previsto, le stazioni appaltanti iscritte all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA), tenuta da ANAC, possono operare come centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia.

Altra questione rilevante, sotto il profilo concorrenziale, è l'individuazione dei requisiti dei partecipanti e l'individuazione dei criteri di valutazione che potrebbero essere troppo stringenti, a cui si collega anche la questione della possibilità di suddividere l'affidamento dei servizi sociali in lotti[67].

Anche in questo caso fondamentale è stato il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione che, nella menzionata deliberazione n. 32/2016 in proposito ha richiamato l'attenzione delle stazioni appaltanti nell'individuazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di valutazione dell'offerta, al fine di evitare l'adozione di scelte che potrebbero avere effetti distorsivi della concorrenza. In particolare, le amministrazioni devono adottare particolari cautele nel richiedere, quale requisito di partecipazione o di prevedere, come elemento di valutazione dell'offerta, lo svolgimento di servizi analoghi sul territorio di riferimento o l'aver già attivato e sperimentato forme di collaborazione con la medesima amministrazione o con altri soggetti pubblici o privati operanti sul territorio medesimo, evidenziando non solo la oramai acclarata illegittimità delle limitazioni territoriali nelle procedure di aggiudicazione, anche in caso di affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, per violazione del principio della parità di trattamento ex art. 3 Cost. e della normativa comunitaria in materia di appalti di servizi, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori[68].

A detta deliberazione ha fatto poi seguito - su sollecitazione degli operatori del settore - il comunicato 14.9.2016[69], nel quale si è rilevato che le stazioni appaltanti affidano frequentemente, con unica gara, servizi assistenziali diversi, sia per tipologia di attività che per destinatari degli interventi, richiedendo l'esecuzione di prestazioni complesse. Tale scelta operativa comporta l'introduzione di barriere all'accesso e determina forti restrizioni della concorrenza, precludendo la partecipazione alle procedure di affidamento degli operatori che, pur difettando delle capacità richieste per svolgere l'intera prestazione prevista dal bando di gara, avrebbero i requisiti necessari a eseguire almeno uno dei servizi richiesti. Come già evidenziato dall'Autorità con la determinazione n. 32/2016 recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", l'esigenza di soddisfare bisogni complessi dell'utenza non giustifica la scelta di affidare l'intero servizio a un unico operatore. Il rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione impone, infatti, l'adozione di accorgimenti che consentano, in ogni caso, la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. Ciò anche nei casi in cui sia previsto lo svolgimento contestuale di una molteplicità di prestazioni (es. accoglienza dei richiedenti protezione internazionale), oppure la medesima prestazione debba essere eseguita con modalità differenziate per adeguarla ai bisogni di diverse tipologie di utenti finali (es. assistenza domiciliare rivolta ad anziani, disabili, malati terminali). Sulla base di tali considerazioni, per consentire il superamento delle criticità emerse nell'**affidamento di servizi sociali complessi**, si ribadisce la necessità che le stazioni appaltanti provvedano alla suddivisione dell'appalto in

lotti funzionali o prestazionali, rammentando l'obbligo statuito in tal senso dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016. Inoltre, si richiama l'attenzione sull'efficacia, ai fini dell'apertura alla concorrenza, di ulteriori strumenti, utili ad agevolare la partecipazione degli operatori alle procedure di affidamento, quali l'avvalimento dei requisiti di partecipazione, il ricorso al subappalto e la partecipazione in forma raggruppata.

4. Concessioni di servizi sociali (cenni)

Come rilevato dalla dottrina[70] che già si è occupata della questione il d.lgs n. 50/2016 in tema di concessioni di servizi sociali nulla dice.

Tuttavia stante quanto previsto dall'art. 19 dalla Dir. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (servizi sociali e altri servizi specifici), deve ritenersi che le concessioni per i servizi sociali siano quanto meno soggette agli obblighi previsti dall'art. 31, paragrafo 3, e dagli artt. 32, 46 e 47 della stessa Direttiva, in relazione all'obbligo di rendere nota l'intenzione di aggiudicare la concessione mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione e agli avvisi di aggiudicazione.

Né un cambiamento di prospettiva sembra derivare dal Codice del Terzo Settore, il quale - come si vedrà meglio a breve - pare più far riferimento a strumenti di collaborazione tra pubblico e privato, ma nulla dice sulle modalità di scelta del privato e di affidamento del servizio.

Anzi il d.lgs n. 117/2017, attraverso il riferimento a procedure comparative sembra far riferimento alla normativa in tema di scelta del contraente dettata dal d.lgs n. 50/2016.

5. La concorrenza riservata

Con l'art. 143[71], il Codice dei Contratti pubblici introduce, poi, un regime a concorrenza riservata, esclusivamente per l'affidamento dei servizi sanitari, sociali e culturali, tassativamente elencati dalla medesima norma[72].

Come già rilevato in dottrina[73], trattasi di disposizione parzialmente innovativa, stante la riserva in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione, mediante convenzione, di servizi alla persona, prevista dall'art. 3 del D.P.C.M. 30 marzo 2001, attesa la particolare natura delle prestazioni e delle finalità sociali perseguite con l'affidamento del servizio: solidarietà sociale, accessibilità diffusa del servizio, equilibrio economico, garanzia del mantenimento dei livelli essenziali[74].

In realtà, oltretutto all'art. 143, il Codice dei Contratti pubblici anche all'art. 112 prevede un regime a concorrenza riservata in favore delle cooperative sociali e ai loro consorzi, il cui scopo principale sia l'integrazione sociale professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne

l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità e da lavoratori svantaggiati (così art. 112 cit.).

Tuttavia, tale ultima disposizione contiene una riserva di tipo soggettivo e riguarda tutte le tipologie di servizi sociali. Per converso, l'art. 143 non individua espressamente il perimetro soggettivo della riserva, prevedendola bensì con riguardo ai servizi sociali tassativamente da essa richiamati.

La riserva in questo caso, dunque, opera sul piano oggettivo.

In ogni modo, sebbene l'art. 143, non specifichi puntualmente i soggetti a favore dei quali operi il regime riservato, dalla lettura della norma è agevole ricavare che essa, in buona sostanza, si riferisce alle organizzazioni di volontariato[75], prescrivendo, al secondo comma, che: **a)** l'organizzazione deve avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; **b)** i profitti dell'organizzazione siano reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o ridistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; **c)** le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto siano basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedano la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.

La norma - come evidenziato in dottrina[76] - riproduce fin troppo fedelmente il testo della direttiva, rinunciando alle indispensabili specificazioni definitorie in relazione alle categorie di operatori economici del no profit, limitandosi ad indicare le caratteristiche sopra riportate (in tema di gestione e proprietà delle strutture fondate sull'azionariato dei dipendenti o di partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati), senza richiamare i modelli organizzativi previsti dalla legislazione sul Terzo Settore.

In ogni modo - come già rilevato[77] - la norma consente di ritenere oramai superata ogni questione in ordine alla legittimità di procedure a concorrenza riservata, in linea con la giurisprudenza comunitaria[78] che ritiene legittimi gli affidamenti diretti del servizio di trasporto sanitario d'emergenza in favore delle associazioni di volontariato e la corrispondente legislazione europea[79], a cui - dopo le prime incertezze - si è conformata anche la giurisprudenza nazionale, come già rilevato dai commentatori più attenti[80].

Ciò detto, va altresì rilevato che l'art. 143, dopo aver previsto la riserva de qua, si preoccupa di inserire meccanismi correttivi, tesi ad evitare il consolidarsi delle posizioni degli operatori.

Ai fini partecipativi, infatti, la disposizione prescrive che l'amministrazione interessata non abbia aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione negli ultimi tre anni (art. 143, comma 2 lett. d) e sancisce che la durata del contratto non possa superare nel massimo i tre anni (art. 143, comma 3).

Trattasi di un meccanismo ispirato alla medesima ratio del principio di rotazione in tema di appalti sotto soglia e che - come efficacemente rilevato[81] - pone i medesimi problemi applicativi in tema di esigenza degli utenti di continuità nelle prestazioni.

6. I servizi di ristorazione (cenni)

L'art. 144 del decreto legislativo n. 50/2016 disciplina l'affidamento del servizio di ristorazione, anch'esso incluso nel Capo II del Titolo IV, relativo agli appalti nei servizi sociali dei settori ordinari, e qualificato come "servizio specifico", secondo quanto stabilito dall'allegato IX del medesimo decreto legislativo (allegato XIV della direttiva 2014/24/UE).

Anche a tale servizio sono applicabili le norme comunitarie, ovviamente per i contratti di importo pari o superiori a euro 750.000, per i settori ordinari e ad euro 1.000.000 per i settori speciali.

In realtà la norma, al comma 1, dispone che I servizi di ristorazione indicati nell'allegato IX sono aggiudicati secondo quanto disposto dall'articolo 95, comma 3. La valutazione dell'offerta tecnica tiene conto, in particolare, degli aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'articolo 34 del presente codice e della qualità della formazione degli operatori. Sono fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 5-quater del decreto legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128 nonché di cui all'articolo 6, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n. 141. Mentre al secondo comma prevede che: Con decreti del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, sono definite e aggiornate le linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Fino all'adozione di dette linee di indirizzo, si applica l'articolo 216, comma 18".

Il comma secondo ha dunque un ambito applicativo più ristretto, in virtù del quale deve concordarsi con quella dottrina[82] che considera servizio sociale unicamente la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, disciplinata dal comma de quo.

7. Il Codice del Terzo Settore (artt. 55, 56 e 57). Il parere del Consiglio di Stato 26.7.2018 n. 2052

L'inclusione dei servizi sociali nel range applicativo del Codice dei Contratti pubblici ha fin da subito - come anticipato - destato l'attenzione della dottrina e degli attori del settore in merito al suo

coordinamento con la frastagliata speciale disciplina in materia[83].

Nelle pagine che precedono, del resto, già si è dato conto delle difficoltà interpretative derivanti dall'applicazione del d.lgs 18.4.2016 n. 50 ai servizi de quibus.

In questa prospettiva senz'altro utile e dirimente è stato il ruolo dell'A.N.A.C. che, in particolare, con le linee guida ex deliberazione n. 32/2016 ha fornito una chiave ermeneutica che, ancorché rispettosa del principio di concorrenza, ha saputo dare il giusto rilievo all'elemento solidale caratterizzante le attività in questione.

Le perplessità sopra evidenziate, peraltro, non sembrano fugate dal d.lgs 3.7.2017 n. 117, c.d. Codice del Terzo Settore[84] il quale, nonostante le velleità sistematiche ed ordinarie, non solo non ha abrogato buona parte della disciplina già esistente (basti pensare alla legge n. 328/2000 e al d.P.C.M. 30.3.2001), ma, con riferimento ai rapporti degli enti del Terzo settore con quelli pubblici, detta specifiche disposizioni - artt. 55, 56 e 57[85] - riferite agli affidamenti dei servizi sociali, senza però chiarire la loro portata rispetto alle norme sopra esaminate ex Codice dei Contratti.

Non è un caso, dunque, che la richiamata A.N.A.C., prima di aggiornare le linee guida ex deliberazione n. 32/2016, abbia rivolto al Consiglio di Stato richiesta di parere in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, alla luce delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, e del d.lgs. n. 117 del 2017, precisando che sono emersi "dubbi interpretativi" in proposito e che, in particolare, 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"[86].

In effetti, le norme del Codice del Terzo Settore che vengono in rilievo ai nostri fini, dettano una disciplina alquanto scarna ed essenziale.

L'art. 55, dopo aver ribadito i principi regolanti la materia, stabilisce che le amministrazioni pubbliche ... nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

Quanto alla co-programmazione, essa 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 (art. 55, comma 2)

La co-progettazione è finalizzata 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 sopra (art. 55, comma 3).

L'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato di co-progettazione 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 (art. 55, comma 4).

L'art. 56, al comma 1, si riferisce alle convenzioni che la p.A. può sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo Settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse nazionale, se più favorevoli rispetto al mercato. Nei commi successivi, la norma disciplina il profilo economico della convenzione, prevedendo unicamente il rimborso spese, il loro contenuto teso a garantire continuità alle attività oggetto di convenzione, nonché l'individuazione delle organizzazioni e delle associazioni con cui stipularle nel rispetto dei principi imparzialità, trasparenza, partecipazione, parità di trattamento e mediante procedure comparative.

L'art. 57 si occupa dei casi in cui, in ragione della sua natura specifica, il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza può essere affidato direttamente alle organizzazioni di volontariato qualora si garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Per il residuo la disposizione rimanda alla disciplina prevista ex art. 56, commi 2, 3, 3 bis e 4.

Le norme sopra riportate meriterebbero approfondimenti sotto più profili, anche perché - come anticipato in premessa - sembrano porre in una nuova ottica il rapporto tra pubblico e privato che, almeno in questa materia, sembrano aver raggiunto la pari dignità.

In questa sede, però, oggetto di analisi sono le norme del codice degli appalti applicabili agli affidamenti dei servizi sociali. Pertanto ciò che interessa - principalmente e da un punto di vista generale - è se gli istituti innanzi descritti siano o meno sottoposti all'applicazione del decreto legislativo n. 50 e soprattutto cosa implichi la loro sottoposizione a tale normativa.

Ciò detto, non può prescindere da quanto in proposito chiarito con il noto parere 26.7.2018 n. 2052.

Con detto pronunciamento, il Consiglio di Stato, muovendo dal presupposto della primazia del diritto euro-unitario - di cui il d.lgs 18.4.2016 n. 50 costituisce recezione - dal concetto comunitario di impresa, più

ampio di quello nazionale[87] e dalla definizione europea di appalto, parimenti più ampia di quella interna[88] ha ritenuto che di regola, l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario[89].

Di conseguenza, la normativa interna - nella specie il Codice del Terzo settore - non sarà soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria qualora:

- non si tratti di una procedura selettiva;
- detta procedura non miri all'affidamento di un servizio sociale;
- ovvero, la procedura disciplinata dal diritto interno implichi l'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale da svolgersi, tuttavia, a titolo integralmente gratuito[90].

Alla luce di dette considerazioni, il Consiglio di Stato, analizza gli istituti ex art. 55 e ss d.lgs n. 117/2017 e pur dedicando (si vedrà a breve) un discorso a parte per le convenzioni, ritiene che, al di fuori delle eccezioni sopra elencate, le procedure ex Codice del Terzo Settore rappresentino appalti di servizi sociali, sottoposte alla disciplina del Codice dei Contratti che integra quella ex d.lgs n. 117/2017.

Nel caso in cui, invece, vi sia una difformità non ovviabile nei sensi sopra descritti, il principio di primazia del diritto euro-unitario implica una prevalenza del decreto legislativo n. 50/2016 sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore, da disapplicare qualora non sia possibile una loro interpretazione adeguatrice in conformità al diritto euro-unitario.

L'applicazione del d.lgs n. 50 del 2016 dunque è integrale, riguarda tutti gli istituti ivi previsti, salva la normativa peculiare vista in precedenza.

In particolare, dopo il decreto legislativo n. 56/2017, secondo il Consiglio di Stato - come anticipato - per i servizi ex art. 142, comma 5 bis troverebbe applicazione un regime alleggerito ex commi 5 ter e ss. (ossia quello in precedenza definito intermedio), mentre per i restanti servizi (non elencati ex comma 5 bis) l'applicazione sarebbe integrale.

Inoltre, emerge ancora dal parere, le Amministrazioni dovranno precipuamente motivare la scelta di ricorrere alle procedure ex Codice del Terzo Settore in luogo di un'ordinaria gara d'appalto, in particolare sotto il profilo della maggiore idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni e gli interessi sociali ad esse sottese, anche comparandole con i possibili esiti che produrrebbe l'alternativo ricorso al mercato.

L'utilizzo esclusivo alle procedure ex d.lgs n. 117/2017 produrrebbe, invero, una segregazione del mercato, escludendo di fatto gli operatori profit della possibilità di affidamento del servizio[91].

È dunque la gratuità o meno del servizio il fattore scriminante circa l'applicazione o meno della disciplina in tema di contratto pubblici, sul presupposto che tutto ciò che è gratuito è fuori dal mercato.

La gratuità, tuttavia, è interpretata restrittivamente dal Consiglio di Stato[92], comprensiva del solo rimborso delle spese a pie' di lista, con esclusione di qualsiasi remunerazione anche indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprensiva unicamente delle spese vive e documentate correnti e con esclusione di quelle di investimento.

In estrema sintesi: **a) 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, ovvero non tese all'affidamento del servizio, ovvero ancora ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma integralmente gratuita; b) le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) 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'Amministrazione, inoltre, deve specificamente e puntualmente motivare il ricorso a tali modalità di affidamento, che, in quanto strutturalmente riservate ad enti non profit, de facto privano le imprese profit della possibilità di rendersi affidatarie del servizio[93].**

Quanto alle convenzioni ex art. 56 d.lgs n. 117/2017, il Consiglio di Stato, sulla scorta del rigido criterio di gratuità sopra delineato, propende, quantomeno per il caso in cui esse abbiano ad oggetto servizi sociali economici, per una disapplicazione della norma, stante il contrasto insanabile con il principio concorrenziale uniformante il Codice dei Contratti pubblici.

8. Rilievi critici alla visione mercantilistica del Consiglio di Stato. Necessità di un regime differenziato (o riservato) per gli affidamenti agli enti del Terzo Settore

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, l'applicazione del Codice dei Contratti pubblici è integrale, fatti salvi il (nuovo) regime alleggerito e le eccezioni sopra delineate (assenza di selezione o comunque gratuità in senso rigido dell'affidamento del servizio).

L'approccio però, come si evince dal richiamato parere, sembra frutto di una visione mercantilistica dell'Unione, concepita - appunto - più come mercato unico[94] che quale ordinamento di comunità nazionali le quali, ancorché differenti e differenziate, si riconoscono in comuni valori.

Né il parere del Consiglio di Stato sembra aver tenuto conto dello stato dell'arte della materia, come risultante dall'analisi della dottrina[95] giunta anche ad approdi parzialmente differenti e da quanto in proposito sottolineato dall'A.N.A.C. nelle linee guida n. 32 del 2016.

Basti, al riguardo, far riferimento alla co-progettazione, definita nelle predette linee guida accordo procedimentale di collaborazione che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi ed attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale. Conseguentemente, tale strumento può essere utilizzato per promuovere la realizzazione degli interventi previsti nei piani di zona attraverso la concertazione, con i soggetti del terzo settore, di forme e modalità di inclusione degli stessi nella rete integrata dei servizi sociali; collaborazione fra P.A. e soggetti del terzo settore; messa in comune di risorse per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi[96].

Trattasi dunque non di un contratto pubblico (pur sempre caratterizzato dalla patrimonialità), bensì di un accordo procedimentale, ossia una sorta di partenariato pubblico privato collaborativo, che ... si distinguerebbe da un appalto o da una concessione di servizi a fronte del fatto che il partner privato partecipa attivamente alla co-progettazione, mettendo a disposizione **risorse aggiuntive, come beni immobili, attrezzature, risorse umane, capacità del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici**[97].

Autorevoli voci[98] hanno poi sottolineato che l'inconferenza e l'inadeguatezza della visione mercantilistica del Consiglio di Stato, declinata esclusivamente sul principio della concorrenza e da applicarsi anche a forme di collaborazione tra pubblico e privato in cui non vi è competizione tra interessi, ma gli attori perseguono obiettivi simili e alle volte coincidenti. E ciò con totale sacrificio del principio solidaristico affermato dall'ordinamento interno - il che implicherebbe l'attivazione di contro-limiti costituzionali - e che pure trova espressione nella direttiva n. 24/2014 recepita con il decreto legislativo n. 50/2016.

In questa prospettiva - condivisibile poiché più adeguata alla effettiva e concreta realtà degli enti del Terzo Settore - l'accentuazione del principio di solidarietà, declinato alla luce di quello di sussidiarietà, fa emergere la logica promozionale collaborativa che caratterizza gli istituti ex art. 55 e ss d.lgs n. 117/2017 in tema di affidamento dei servizi sociali[99], fondamento di una nuova modalità di relazione tra enti del Terzo Settore e amministrazione, la cui cornice normativa di riferimento è unicamente la legge 7.8.1990 n. 241[100].

Ne deriva che - contrariamente da quanto sostenuto nel più volte richiamato parere del Consiglio di Stato

- la p.A., ferme le scelte legislative statali e regionali, è libera di organizzare nelle modalità più diverse l'organizzazione e l'erogazione di un servizio sociale.

Inoltre, un approccio esclusivamente mercantile teso sempre al prevalere della concorrenza potrebbe comportare - per paradosso - una lesione del principio di equilibrio di bilancio, poiché non consentirebbe all'amministrazione di avvalersi, per esempio, delle risorse economiche apportate dai privati, mentre la necessità di esperire sempre una gara comunque comporterebbe per le casse pubbliche ulteriori oneri[101].

Un approccio critico al parere del Consiglio di Stato, tendente a non applicare il Codice dei Contratti ai servizi sociali o per meglio dire alle modalità di affidamento ed erogazione previste dagli artt. 55 e ss del d.lgs n. 117 del 2017, sembra dunque da preferire.

Tanto non solo perché valorizza il principio solidaristico senz'altro caratterizzante la materia, ma soprattutto perché - si è evidenziato più volte - le suddette norme, concretizzando la solidarietà attraverso la sussidiarietà, impongono un cambio di visuale nel rapporto pubblico/privato, maggiormente aderente alle realtà di riferimento, nelle quali spesso la p.A. si trova ad operare con fondi scarsi e risorse umane, programmatiche e progettuali limitate e comunque inadeguate ai bisogni da soddisfare.

Pertanto occorre una nuova dimensione di collaborazione tra privato no profit e pubblica amministrazione, per la quale vanno utilizzati nuovi strumenti d'azione.

Ed in siffatta prospettiva l'accreditamento ben può essere identificato quale strumento ulteriore e diverso dall'appalto di **servizi, attivabile da parte della P.A. procedente ai fini del soddisfacimento dei bisogni emergenti dal territorio[102]**, o ancora può emergere il carattere biredazionale della co-progettazione, emergente da alcune leggi regionali[103], nella quale la proposta di l'interesse individuato come generale dal proponente non profit è valutato come di interesse pubblico dalla p.A.[104].

Trattasi di prospettiva certamente nuova e meritevole di ulteriori approfondimenti, come ad esempio ulteriore analisi meriterebbe il rigido concetto di gratuita espresso nel parere n. 2052/2018, sicuramente poco adatto alla realtà viva in cui operano gli enti non profit[105].

Ulteriori approfondimenti che, alla luce dell'attitudine degli enti del Terzo Settore a collaborare su un piano di parità con l'amministrazione, in virtù del principio solidaristico valorizzato dalla dignità costituzionale con la quale anche il privato è chiamato ad individuare e perseguire l'interesse generale, dovrebbero condurre:

- o ad escludere l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica quando si utilizza lo strumentario ex art. 55 e ss d.lgs n. 117/2017;

- oppure - in un'accezione più mediana e anche de iure condendo - a riservare la selezione per

l'affidamento dei servizi sociali esclusivamente agli enti individuati dal Codice del Terzo settore.

La preferenza è per la prima tra le due alternative, per tutte le ragioni fin qui esposte.

Pertanto, almeno allo stato, certamente da guardare con favore è la recente giurisprudenza che, in relazione ad una selezione finalizzata alla costituzione di un partenariato per la co-progettazione e la realizzazione di interventi di inclusione sociale, ha escluso l'applicazione del Codice dei Contratti pubblici, ritenendo applicabili unicamente i principi ex art. 97 Cost. nonché i principi ed i criteri ex l. 7.8.1990 n. 241, che sempre ed in ogni caso devono conformare l'azione amministrativa[106].

Volume consigliato

Note

[1] Ai sensi dell'art. 128, comma 2, d.lgs 31.3.1998 n. 112 per "servizi sociali" si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

Una definizione più ampia sembra offrire l'art. 5 d.lgs 3.7.2017 n. 117 che si riferisce ad attività di interesse generale che comprende i servizi sociali ma non si limita ad essi, anzi ne amplia, appunto, il contenuto:

Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Si considerano di interesse generale, se svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio, le attività aventi ad oggetto: a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni; b) interventi e prestazioni sanitarie; c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni; d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa; e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, nonché alla tutela degli animali e prevenzione del randagismo, ai sensi

della legge 14 agosto 1991, n. 281; f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni; g) formazione universitaria e post-universitaria; h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale; i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo; j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni; k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso; l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa; m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore; n) cooperazione allo sviluppo, ai sensi della legge 11 agosto 2014, n. 125, e successive modificazioni; o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile; p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106; q) alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministero delle infrastrutture del 22 aprile 2008, e successive modificazioni, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi; r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; s) agricoltura sociale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 agosto 2015, n. 141, e successive modificazioni; t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166, e successive modificazioni, o erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale a norma del presente articolo; v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata; w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, incluse le banche dei tempi di cui all'articolo 27 della legge 8 marzo 2000, n. 53, e i gruppi di acquisto solidale di cui all'articolo 1, comma 266, della legge 24 dicembre 2007, n. 244; x) cura di procedure di adozione internazionale ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184; y) protezione civile ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni; z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata.

[2] Così relazione AIR alle linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, emanate dall'A.N.A.C. con determinazione 20.1.206 n. 32, 3; In termini cfr. anche L. Mazzeo, Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione", in Urb. e App., 8-9, 2016, 1001.

[3] A norma dell'art. 4 d.lgs 3.7.2017 n. 117 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 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.

Non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile alla cui disciplina si provvede ai sensi dell'articolo 32, comma 4. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente comma i corpi volontari dei vigili del fuoco delle Province autonome di Trento e di Bolzano e della Regione autonoma della Valle d'Aosta. Sono altresì escluse dall'ambito di applicazione del presente comma le associazioni o fondazioni di diritto privato ex Ipab derivanti dai processi di trasformazione delle istituzioni pubbliche di assistenza o beneficenza, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 1990, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 23 febbraio 1990, e del decreto legislativo 4 maggio 2001, n. 207, in quanto la nomina da parte della pubblica amministrazione degli amministratori di tali enti si configura come mera designazione, intesa come espressione della rappresentanza della cittadinanza, e non si configura quindi mandato fiduciario con rappresentanza, sicché è sempre esclusa qualsiasi forma di controllo da parte di quest'ultima.

Agli enti religiosi civilmente riconosciuti le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Per lo svolgimento di tali attività deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili di cui all'articolo 13.

[4] Cfr. relazione AIR, cit., 3

[5] La spesa per interventi e servizi sociali erogati dai soli Comuni italiani nell'anno 2012 è stata pari a

circa 7 miliardi di euro (fonte Istat). Cfr. deliberazione A.N.A.C. deliberazione n. 32/2016, cit. 5, nota 3

[6] M. Clarich, B. Boschetti, Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?, relazione in occasione del Seminario di Alta Formazione su “La riforma del Terzo Settore”, Bologna 9.2.2018, consultabile al seguente indirizzo telematico: <http://jus.vitaepensiero.it/news-papers-il-codice-terzo-settore-un-nuovo-paradigma-5028.html>; cfr. anche M. V. Ferroni, L’affidamento agli Enti del Terzo Settore ed il Codice dei Contratti pubblici, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2018.

[7] Così M. Clarich, B. Boschetti, op. cit., 29.

[8] Relazione al disegno di legge delega presentato il 22.8.2014. Delega al Governo per la riforma del Terzo Settore. Cfr. anche E. Rossi, La necessità di una revisione organica della legislazione del Terzo Settore: un’opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare, in *Non profit*, 3, 2014, 22.

[9] Così G. Arena, F. Scalvini, P. Bonasora, C. Borzaga, A. Fici, P. Forte, F. Giglioni, L. Gori, G. Macdonald, G. Marocchi, S. Pellizzari, E. Rossi, E. Salvatorelli, G. Sepio, E. Uccellini, Il diritto del Terzo Settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo Settore, in <https://welforum.it/wp-content/uploads/2019/02/Il-Terzo-settore-preso-sul-serio.pdf>, 2.

[10] Così ancora Ivi, 3.

[11] Il riferimento è alle organizzazioni di volontariato di promozione sociale e di mutuo soccorso e per le cooperative sociali o imprese sociali, caratterizzate dalla produzione o scambio di beni e servizi: cfr. M. V. Ferroni, op. cit., 2 e 3; L. Gori, E. Rossi, La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo Settore, in www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2016, 11, G. Groppo, Il volontariato all’interno della riforma del Terzo settore, in *Non Profit*, 3, 2014, 51.

[12] Art. 5 d.lgs 3.7.2017 n. 117 ove secondo M. V. Ferroni, op. cit., 4, sono state individuate le attività che gli enti del terzo settore sono chiamati a svolgere, precisando che i suddetti enti le devono svolgere per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

[13] Cfr. artt. 56 e 57 d.lgs 30.7.2017 n. 117.

[14] Cfr. art. 56, comma 3, d.lgs 30.7.2017 n. 117.

[15] La difficoltà di conciliare concorrenza e solidarietà nella materia de qua si evince chiaramente dal parere 26.7.2018 n. 2052 reso dall’Adunanza Generale del Consiglio di Stato sul quesito dell’ANAC in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti dei servizi sociali, alla luce delle disposizioni del d.lgs n. 50/2016, come modificato con d.lgs. n. 56/2017, e del d.lgs. n. 117/2017 e dal dibattito che le conclusioni a

cui è giunto il Consiglio di Stato hanno generato. Sul punto in proposito per tutti vd. G. Arena, F. Scalvini, P. Bonasora, C. Borzaga, A. Fici, P. Forte, F. Giglioni, L. Gori, G. Macdonald, G. Marocchi, S. Pellizzari, E. Rossi, E. Salvatorelli, G. Sepio, E. Uccellini, op. cit.

[16] Cfr. Corte di Giustizia UE, 11 dicembre 2014, C113/13, citata anche da L. Mazzeo, op. cit., 1001-1002, il quale, in nota 4, richiama i punti 60 e 61: si deve nondimeno rilevare che un sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario d'urgenza (...) consistente per le amministrazioni competenti nel ricorso in via prioritaria ad associazioni di volontariato, deve effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato. A tal riguardo è necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati (...), che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso dei costi variabili, fissi, e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri (...). L. Mazzeo nella medesima nota richiama anche, F. Sanchini, L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza (pag. 35), 4 maggio 2016, in www.federalismi.it.

[17] Cfr. Corte di Giustizia 29 novembre 2007, causa C-119/2006, Commissione c. Italia; cfr. anche M. V. Ferroni, op. cit., 11; M. Mattalia, Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario, in *Foro amm.*, 2008, 1984 e ss. V. anche M. V. Ferroni, Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica, Giappichelli editore, Torino, 2008, 25 e ss.

[18] R. Caranta, Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit, in *Urb. App.*, 2015, 512 e ss.

[19] M. V. Ferroni, op. cit., 11 e ss.: La posizione assunta dalla Corte di Giustizia, fondata sulla qualifica di operatore economico e sulla tutela del principio di concorrenza, tale da determinare il recesso di altri interessi pubblici, è sembrata essere in parte mutata con le direttive europee 2014/23, 2014/24 e 2014/25 ove "gli appalti pubblici vengono considerati come strumento per realizzare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva e per conseguire obiettivi a valenza sociale". Tale lettura è stata esplicitata nella sentenza della Corte di Giustizia Azienda Sanitaria n. 5 "Spezzino" dell'11 dicembre 2014, C-113/13 a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato, in cui sono state esplorate le peculiarità del terzo settore nel bilanciamento tra concorrenza e solidarietà, ritenendo compatibile con la normativa europea l'affidamento diretto ad associazioni di volontariato, anche alla luce dell'articolo 118 della Costituzione e del principio dell'articolo 2 della Costituzione (pur ribadendo la qualifica di operatori economici anche per quei soggetti del terzo settore che non perseguono uno scopo di lucro e confermando un'interpretazione già in precedenza affermata sull'attribuzione del carattere di onerosità anche a quei contratti che prevedano quale controprestazione, il solo rimborso delle spese sostenute). Sulla base di questi principi la Corte ha attestato l'autonomia che l'Unione Europea attribuisce agli Stati membri "di decidere il livello al quale intendono garantire la tutela dei diritti sociali, in specie il diritto alla salute, e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto, affermando che l'affidamento diretto previsto dalla legge

ligure costituisce una modalità di organizzazione del servizio che è motivata da principi di universalità e solidarietà”. A tali profili sono state affiancate ragioni di contenimento dei costi pubblici, che sarebbero perseguite tramite prestazioni erogate dai soggetti del terzo settore che riceverebbero come corrispettivo il solo rimborso delle spese sostenute. In conclusione, secondo l’orientamento della Corte di Giustizia, l’affidamento diretto dei servizi sociali alle organizzazioni di volontariato per essere legittimo deve contribuire effettivamente al raggiungimento delle finalità sociali, essere diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituire una scelta tutoria dell’economicità dell’azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio. La Corte di Giustizia è tornata sull’argomento anche più recentemente con la sentenza del 28.01.2016 (sentenza Casta) ritenendo legittimo un affidamento diretto ad organizzazioni di volontariato del servizio di trasporto di soggetti dializzati verso strutture sanitarie. Se con la sentenza della Corte di Giustizia “Spezzino” era stato ritenuto legittimo l’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario d’urgenza in favore di associazioni di volontariato (e tale posizione è stata confermata - vedi infra- nella direttiva 2014/24/UE escludendo tali servizi dall’ambito applicativo della medesima) con la sentenza Casta del 2016 la legittimità dell’affidamento diretto mediante convenzioni è stato esteso anche ad altre tipologie di servizi (in ambito sanitario) mediante un’estensione interpretativa che è sembrato elevarla a principio di materia. Cfr. D. Caldirola, Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 3-4, 2016, 739 ss.

[20] Corte di Giustizia 11.12.2014 C-113/13 Azienda Sanitaria n. 5 Spezzino, in www.curia.europea.eu; Corte di Giustizia sentenza 28.1.2016 C 50/2014 in www.curia.europea.eu; entrambe citate da M. V. Ferroni, op. cit.

[21] Considerando n. 6 direttiva 24. Nello stesso senso il Considerando n. 8 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali.

[22] Considerando n. 7 direttiva 24 e n. 9 direttiva 25.

[23] Cfr. Considerando n. 114 direttiva 24 e n. 120 direttiva 25.

[24] Cfr. Considerando n. 114 direttiva 24 e n. 120 direttiva 25 nonché art. 76 della direttiva 24 e art. 93 della direttiva 25. In termini cfr. A. Palmaccio, Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l’entrata in vigore del correttivo al Codice dei Contratti pubblici e del Codice del Terzo Settore, in *Nomos*, 3, 2017, 2 e 3.

[25] Cfr. Considerando n. 118 direttiva 24.

[26] Così A. Palmaccio, op. cit., 2 e 3. La soglia de qua è pari ad euro 5.225.000 come previsto dal Regolamento 2015/2172/U.E. Secondo il medesimo autore, *Ivi*, 3, nota 12: La soglia molto alta rende ancor più problematico, ... individuare con certezza le norme applicabili, poiché ai sensi dell’art. 164 si applicano, “per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente

codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”.

[27] Cfr. Corte di Giustizia UE, 11 dicembre 2014, C113/13

[28] L. Mazzeo, op. cit., 1004: gli appalti di servizi sociali erano inseriti tra i contratti in parte esclusi dall’ambito di applicazione del vecchio codice: infatti, ai sensi dell’art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 (e in conformità con quanto disposto dalla direttiva 2004/18/CE) all’aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto alcuni servizi, ossia quelli elencati nell’Allegato IIB, tra cui i servizi sanitari e sociali, si applicavano soltanto l’art. 68 (Specifiche tecniche), l’art. 65 (Avviso sui risultati delle procedure di affidamento) e l’art. 225 (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

[29] In via significativa il Consiglio di Stato nel parere 26.7.2018 n. 2052, in www.giustizia-amministrativa.it richiama in particolare:

- l’art. 35 che individua, per gli “appalti di servizi sociali”, la soglia di rilevanza comunitaria (€ 750.000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali);

- gli articoli 70 e 72 per i settori ordinari e gli articoli 127 e 130 per i settori speciali che individuano il termine di validità ed il conseguente periodo di pubblicazione dell’avviso di preinformazione circa le procedure di affidamento di servizi sociali;

- l’art. 95 che individua il criterio di aggiudicazione, stabilendo che “i contratti relativi ai servizi sociali ... sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”;

- gli articoli 140 (per i settori speciali), 142, 143 e 144 (per i settori ordinari) che recano, in ordine ad alcuni profili e per alcune tipologie di servizi sociali, una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella generale disposta dal Codice, connotata da un tendenziale alleggerimento degli oneri;

- l’art. 169 che menziona espressamente le concessioni di servizi sociali, richiamate del resto anche negli allegati XXII e XXIV.

Il medesimo Consiglio sottolinea poi che l’inclusione dell’affidamento dei servizi sociali nell’ambito del Codice è, peraltro, pienamente 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). È appena il caso di rilevare che secondo il Consiglio di Stato, salvo il regime alleggerito ex art. 142, comma 5 bis e ss., l’applicazione del Codice dei Contratti pubblici è integrale per gli appalti di

servizi sociali.

[30] Pubblicate in G.U. serie generale 23.11.2016 n. 274.

[31] Così deliberazione A.N.A..C 23.11.2016 n. 1097, p. 10.

[32] Così T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, I, 9.6.2016 n. 372; in termini cfr. anche T.A.R. Puglia, Lecce, II, 15.12.2016 1906; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, I, 4.10.2016 n. 419; tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Citate anche da C. Polidori, I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali, Relazione al Convegno organizzato da IGI in Roma il 14 febbraio 2017 "I primi 300 giorni del Codice nella giurisprudenza" in Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/index.jsp>.

[33] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 21.11.2016 n. 5361: il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara (il pregresso art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che la scelta degli offerenti avvenisse "...nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione ...", al pari di quanto prevede ora l'art. 63, comma 6, d.lgs. n. 50/2016), pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale

[34] T.A.R. Lazio, Roma, II, 11.3.2016 n. 3319, in www.giustizia-amministrativa.it.

[35] T.A.R. Puglia, Lecce, III, 30.9.2016 n. 1514; T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 21.11.2016 n. 5361 che valuta decisivi i precedenti giurisprudenziali che riconoscono una posizione peculiare all'impresa che abbia precedentemente svolto presso l'Amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata - in relazione alla quale l'impresa censura il mancato invito -, posizione soggettiva che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'Amministrazione pubblica, sì da assumere detta posizione la natura e la consistenza dell'interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, con l'ulteriore conseguenza che la scelta di non invitare il gestore uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando deve essere motivata in modo specifico ... che, del resto, il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara (il pregresso art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che la scelta degli offerenti avvenisse "...nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione ...", al pari di quanto prevede ora l'art. 63, comma 6, d.lgs. n. 50/2016), pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente

espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale

[36] Cons. Stato, V, 28.6.2018 n. 3989, in www.giustizia-amministrativa.it.

[37] L. Olivieri, Principio di rotazione negli appalti: un paradosso giuridico, in *La Gazzetta degli Enti Locali*; M. Alesio, "Il peccato originale" del gestore uscente alla luce del principio di rotazione: analisi degli attuali orientamenti, in *Diritto & Giustizia*; C. Polidori, op. cit.

[38] In tal senso cfr. autori citati in nota precedente

[39] In proposito l'A.N.A.C. con la deliberazione 20.1.2016 n. 32 osserva con riferimento all'assistenza domiciliare ... potrebbe essere valutata favorevolmente l'opportunità di salvaguardare il rapporto instauratosi tra l'addetto alla prestazione del servizio e il destinatario dello stesso. Sul punto, si evidenzia che tale esigenza, insieme alla necessità di garantire i livelli occupazionali, deve essere valutata dalla stazione appaltante ai fini dell'inserimento della cosiddetta «clausola sociale» nei bandi di gara, piuttosto che costituire motivo per il mantenimento in vita del contratto con l'impresa affidataria, oltre i limiti temporali dell'affidamento originario. Tale ultima possibilità si tradurrebbe, infatti, in un'ingiustificata compressione della libera concorrenza. Al riguardo si osserva che già numerosi contratti collettivi di categoria per le imprese del terzo settore disciplinano la materia del cambio di appalto, salvaguardando la posizione lavorativa degli addetti impegnati nell'esecuzione della prestazione oggetto di affidamento. In particolare, l'art. 37 del CCNL Cooperative Sociali riconosce il diritto dei lavoratori a transitare alle dipendenze della cooperativa subentrante, mantenendo, a prestazioni invariate, le stesse condizioni di trattamento di cui sin lì avevano fruito (p. 39).

[40] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, II, 3.6.2019 n. 7062 (in www.giustizia-amministrativa.it): il principio di rotazione, per espressa previsione normativa, deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte e ' trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece ... dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato; ... che, pertanto, per dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e per favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che, ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o negoziato, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale ... che conseguentemente ove la stazione appaltante intenda procedere all'invito del precedente affidatario e ove questi poi risulti aggiudicatario ... dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle

caratteristiche del mercato di riferimento ... la scelta di optare per l'invito del gestore uscente alla procedura negoziata e quella successiva di aggiudicargli la gara non appaiono per le suesposte ragioni rispettose del principio di rotazione di cui al più volte citato art. 36, né con la tutela della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio. In termini cfr.: Cons. Stato, V, 5.3.2019, n. 1524; Cons. Stato, V, 17.1.2019, n. 435; Cons. Stato, V, 12.12.2018, n. 7024; deliberazione A.N.A.C. 26.10.2016 n. 1097.

[41] Così Cons. Stato, V, 12.9.2019 n. 6160, sempre in www.giustizia-amministrativa.it.

[42] Così L. Mazzeo, op. cit., 1001.

[43] Come rilevato da M. V. Ferroni, op. cit., 30 e ss.: La motivazione dell'applicazione della normativa sugli appalti secondo un regime particolare rispetto agli altri appalti di servizi è rinvenibile nel considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE⁶¹ ove si evidenzia che i contratti per servizi alla persona sopra soglia: "dovrebbero essere improntati alla trasparenza, a livello di Unione. In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale. Nel definire le procedure da utilizzare per l'aggiudicazione degli appalti di servizi alla persona, gli Stati membri dovrebbero tenere conto dell'articolo 14 del TFUE e del protocollo n. 26. In tale contesto gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici: è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico".

[44] Cfr. nota precedente

[45] D. Caldirola, Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà, in www.federalismi.it, 3, 2018, 18: "Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, ha recepito in modo letterale quanto contenuto nella direttiva 2014/24/UE, malgrado la normativa europea riconoscesse agli Stati membri un'ampia discrezionalità nell'organizzare la scelta dei fornitori dei servizi sociali, solo successivamente con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, correttivo del Codice dei contratti pubblici, si è proceduto a definire in maniera più completa il sistema di aggiudicazione, compresi i criteri di selezione delle offerte, e a coordinare la disciplina sui servizi sociali con le norme a carattere generale. Nel testo originario, tra l'altro, non vi era alcun raccordo fra la disciplina contenuta nell'art. 140, relativa ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali (Capo I, Titolo VI, Parte II del Codice) e l'art. 142, relativo anch'esso ai servizi sociali e ad altri

servizi, ma nei settori ordinari, servizi questi ultimi normati al successivo Capo II”; richiamata anche da M. V. Ferroni, op. cit., 31.

[46] Così L. Mazzeo, op. cit., 1007.

[47] Come osserva Ivi, 1007, richiamando il documento ITACA di analisi della direttiva 2014/24/UE la nozione di manifestazione di interesse...sembra introdurre possibili forme di negoziazione a formazione progressiva, quali ad esempio l’istruttoria pubblica per la coprogettazione, prevista dal D.P.C.M. 30 marzo 2011, relativo ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona (art. 7), e da alcune leggi regionali sulla cooperazione sociale” ... Il che costituisce una forma, sia pure implicita, di coordinamento tra normativa in materia di appalti e quella di settore. In ogni caso, ciò apre la strada a variegate possibilità di “dialogo” e collaborazione tra amministrazioni pubbliche e c.d. Terzo Settore.

[48] Cfr. Parere Consiglio di Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, in www.giustiziaamministrativa.it, il quale, ha criticato tale scelta che, ad esempio, consente per i servizi di cui al comma 5 bis dell’articolo 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 di non rispettare l’articolo 59 del d.lgs. n. 50 del 2016 che permette solo in situazioni eccezionali il ricorso alla procedura competitiva con negoziazione e al dialogo competitivo.

[49] Cfr. in termini Parere Consiglio di Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, cit.

[50] L. Mazzeo, op. cit.; C. Polidori, op. cit.; A. Gualdani, Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive, in Federalismi.it, 12, 2018.

[51] Ciò in conformità con l’art. 76 della Dir. 2014/24/UE secondo il quale, Gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell’offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali”, in attuazione del criterio posto dal Legislatore delegante (art. 1, comma 1, lett. gg), della legge n. 11/2016)

[52] L. Mazzeo, op. cit., 1009: D’altro canto, nel settore in questione non sembrano più praticate gare al massimo ribasso; piuttosto, considerate la peculiarità e la delicatezza di detto settore, le stazioni appaltanti dovranno prestare grande attenzione nel peso da attribuire (o meno) all’elemento prezzo rispetto a criteri volti a valorizzare la progettualità dei soggetti del Terzo Settore in vista del perseguimento degli obiettivi sociali (art. 50): le possibili linee guida dell’ANAC potranno eventualmente offrire indicazioni al riguardo; nel frattempo, il riferimento attuale è dato dalla richiamata deliberazione n. 32/2016 della stessa ANAC che, nelle già richiamate Linee guida (16), ha evidenziato la necessità di impiegare i criteri di cui all’art. 4 del D.P.C.M. 30 marzo 2011: modalità per il contenimento del turn over degli operatori; strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro, conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità; oltre al rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva, come requisito di partecipazione

[53] Giurisprudenza consolidata, per un esempio cfr. quella infra citata nel testo; vd anche parere Avcp n. 213/2008 e cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; id., sez. III, 3 febbraio 2016, n. 438; id. sez. III, 22 gennaio 2016, n. 211

[54] In www.giustizia-amministrativa.it e citata anche da C. Polidori, op. cit., 14.

[55] Così T.A.R. Campania, Napoli, IV, 6.10.2016 n. 4619.

[56] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3805, in www.giustizia-amministrativa.it.

[57] Così ancora T.A.R. Campania, Napoli, IV, 6.10.2016 n. 4619.

[58] Cfr. Cons. Stato, V, 16.1.2015 n. 84, in www.giustizia-amministrativa.it.

[59] Cfr. tutte le sentenze finora citate.

[60] Cons. Stato, V, 14.6.2017 n. 2900, in www.giustizia-amministrativa.it: Né d'altra parte, diversamente da quanto suggestivamente rilevato dall'appellante, le giustificazioni addotte dall'aggiudicataria risultano macroscopicamente illogiche, irragionevoli o arbitrarie, tanto più che la previsione di un utile pari a zero - che in diverso contesto, in una competizione fra imprese, potrebbe giustificare una valutazione di anomalia - deve essere rapportata alla particolarità della fattispecie, che vede la competizione non fra imprese, ma fra organismi del terzo settore per l'effettuazione di servizi sociali, un contesto nel quale l'interesse della Pubblica amministrazione ad avvalersi dell'offerta economicamente più conveniente ben può incontrarsi con l'interesse di una Onlus ad aggiudicarsi l'appalto, beninteso se l'offerta non sia sottocosto a fine anticoncorrenziale o predatorio, del che nel caso in esame non si ravvisano i sintomi.

Ciò del resto in piena coerenza con quanto condivisibilmente già ritenuto da questa sezione secondo cui "l'orientamento giurisprudenziale ..., che considera inattendibili le offerte prive di un margine di utile non sia estensibile, per mancanza della ratio che lo spiega e lo giustifica, all'ipotesi in cui la proposta economica sia formulata da soggetti costituzionalmente non animati da uno scopo di lucro, quali le Onlus e le cooperative sociali. Assume rilievo centrale, al fine di pervenire alla conclusione ora esposta, la considerazione che il principio del c.d. "utile necessario" trova condivisibile fondamento, in assenza di una base normativa espressa, nel carattere innaturale e, quindi, intrinsecamente inaffidabile di un'offerta in pareggio che contraddica lo scopo di lucro e, in definitiva, la ratio essendi delle imprese e, più in generale, dei soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica" (sentenza n. 84 del 2015).

[61] Così Cons. Stato, V, 16.1.2015 n. 84.

[62] Cfr. Corte di Giustizia 29 novembre 2007, causa C-119/2006, Commissione c. Italia; Corte di Giustizia (sentenza n. 305 del 23.12.2009).

[63] Così ancora Cons. Stato, V, 16.1.2015 n. 84

[64] L. Mazzeo, op. cit, 1009: Ora, considerato che - come in precedenza detto - le norme di cui agli articoli da 1 a 58 (tra cui quelle in esame) appaiono applicabili anche agli appalti di servizi sociali, il vero problema sarà coniugare le esigenze di aggregazione e centralizzazione della committenza con le peculiarità proprie del settore dei servizi alla persona: vero è che già l'art. 8, comma 3, lett. a), L. n. 328/2000 aveva previsto - ma solo per la fase della programmazione e progettazione dei servizi - che i comuni, associati a livello di ambito territoriale (per lo più coincidente col territorio delle unità sanitarie locali) dovevano definire in modo unito e unitario il piano di zona dei servizi sociali, ma è altrettanto vero che le aggregazioni previste dalle normative specifiche del settore sono diverse da quelle introdotte dal Codice e soprattutto che difficilmente i servizi sociali si prestano alla standardizzazione necessaria allo scopo (gli Enti dovrebbero utilizzare gli strumenti di negoziazione elettronica messi a disposizione dei soggetti aggregatori), visto l'elevatissimo grado di personalizzazione di questi appalti; cfr. anche C. Polidori, op. cit., 15.

[65] Gli ambiti sono individuati ai sensi dell'art. 8, comma 3, lett. a), della legge n. 328/2000, che tra le funzioni attribuite alle regioni prevede la determinazione, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, tramite le forme di concertazione con gli enti locali interessati, degli ambiti territoriali, delle modalità e degli strumenti per la gestione unitaria del sistema locale dei servizi sociali a rete, precisando che nella determinazione degli ambiti territoriali, le regioni prevedono incentivi a favore dell'esercizio associato delle funzioni sociali in ambiti territoriali di norma coincidenti con i distretti sanitari già operanti per le prestazioni sanitarie, destinando allo scopo una quota delle complessive risorse regionali destinate agli interventi previsti dalla presente legge.

[66] Consultabile su www.anticorruzione.it

[67] Cfr. C. Polidori, op. cit., 16.

[68] Al riguardo nella deliberazione 20.1.2016 n. 32 si legge: In particolare, il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010 «Bandi di gara e limitazioni di carattere territoriale», ha chiarito che le clausole volte a favorire l'affidamento di soggetti radicati nel territorio, anche nel caso in cui le stesse trovino conferma in disposizioni normative regionali «devono ritenersi non conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e delle cose, costituendo, peraltro, una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro». Peraltro, nel citato Comunicato è anche indicato che il divieto trova un limite connesso «alle reali esigenze di esecuzione del contratto». Pertanto, l'amministrazione può richiedere la dimostrazione della conoscenza del territorio di riferimento, ottenuta anche grazie allo svolgimento di servizi analoghi sullo stesso, ai fini della partecipazione alla procedura di selezione o dell'attribuzione di un punteggio ulteriore, soltanto nei casi in cui ciò si giustifichi in relazione a particolari esigenze di esecuzione della prestazione.

[69] Consultabile su www.anticorruzione.it.

[70] Cfr. L. Mazzeo, op. cit., e C. Polidori, op. cit.

[71] Di attuazione dell'art. 77 della direttiva 2014/24/UE.

[72] I servizi, con i relativi numeri di CPV, sono i seguenti: 75121000-0 servizi amministrativi nel settore dell'istruzione, 75122000-7 servizi amministrativi in campo sanitario, 75123000-4 servizi amministrativi per l'edilizia, 79622000-0 Servizi di fornitura di personale domestico, 79624000-4 - Servizi di fornitura di personale infermieristico, 79625000-1 Servizi di fornitura di personale medico, 80110000-8 Servizi di istruzione prescolastica, 80300000-7 Servizi di istruzione superiore, 80420000-4 Servizi di e-learning, 80430000-7 Servizi di istruzione universitaria per adulti, 80511000-9 Servizi di formazione dei dipendenti, 80520000-5 Attrezzature per la formazione, 80590000-6 Servizi di tutorato, 85000000-9 Servizi sanitari e di assistenza sociale, 85100000-0 Servizi sanitari, 85110000-3 Servizi ospedalieri e affini, 85111000-0 Servizi ospedalieri, 85111100-1 Servizi ospedalieri di chirurgia, 85111200-2 Servizi medici ospedalieri, 85111300-3 Servizi ospedalieri di ginecologia, 85111310-6 Servizi di fecondazione artificiale, 85111320-9 Servizi ospedalieri di ostetricia, 85111400-4 Servizi ospedalieri di rieducazione, 85111500-5 Servizi ospedalieri di assistenza psichiatrica, 85111600-6 Servizi ortottici, 85111700-7 Servizi di ossigenoterapia, 85111800-8 Servizi di patologia, 85111810-1 Servizi di analisi del sangue, 85111820-4 Servizi di analisi batteriologica, 85111900-9 Servizi di dialisi ospedaliera, 85112000-7 Servizi di assistenza ospedaliera, 85112100-8 Servizi di fornitura di biancheria ospedaliera, 85112200-9 Servizi di cure ambulatoriali, 85120000-6 Servizi di assistenza medica ambulatoriale e servizi affini, 85121000-3 Servizi di assistenza medica ambulatoriale, 85121100-4 Servizi di medici generici, 85121200-5 Servizi medici specialistici, 85121210-8 Servizi ginecologici o ostetrici, 85121220-1 Servizi specialistici di nefrologia o del sistema nervoso, 85121230-4 Servizi cardiologici o servizi specialistici polmonari, 85121231-1 Servizi cardiologici, 85121232-8 Servizi specialistici polmonari, 85121240-7 Servizi otorinolaringoiatrici o audiologici, 15 marzo 2008 IT Gazzetta ufficiale dell'UE L 74/205, Codice CPV Descrizione, 85121250- 0 Servizi gastroenterologi e geriatrici, 85121251-7 Servizi gastroenterologi, 85121252-4 Servizi geriatrici, 85121270-6 Servizi psichiatrici o psicologici, 85121271-3 Servizi di istituti per persone con disturbi psicologici, 85121280-9 Servizi oftalmologici, dermatologici o ortopedici e 98133110-8 Servizi prestati da associazioni giovanili, 85121281-6 Servizi oftalmologici, 92500000-6 Servizi di biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali, 92600000-7 Servizi sportivi, 98133000-4 Servizi prestati da organizzazioni associative di carattere sociale, 85121282-3 Servizi dermatologici, 85121283-0 Servizi ortopedici, 85121290-2 Servizi pediatrici o urologici, 85121291-9 Servizi pediatrici, 85121292-6 Servizi urologici, 85121300-6 Servizi chirurgici specialistici, 85130000-9 Servizi di gabinetti odontoiatrici e servizi affini, 85131000-6 Servizi di gabinetti odontoiatrici, 85131100-7 Servizi di ortodonzia, 85131110-0 Servizi di chirurgia ortodontica, 85140000-2 Vari servizi sanitari, 85141000-9 Servizi prestati da personale medico, 85141100-0 Servizi prestati da ostetriche, 85141200-1 Servizi prestati da personale infermieristico, 85141210-4 Servizi di cure mediche a domicilio, 85141211-1 Servizi di dialisi a domicilio, 85141220-7 Servizi di consulenza prestati da personale infermieristico, 85142000-6 Servizi prestati da personale paramedico, 85142100-7 Servizi di fisioterapia, 85142200-8 Servizi di cure omeopatiche, 85142300-9 Servizi igienici, 85142400-0 Consegna a domicilio di prodotti per incontinenti, 85143000-3 Servizi di ambulanza, 85144000-0 Servizi di case di cura, 85144100-1 Servizi infermieristici di case di cura,

85145000-7 Servizi prestati da laboratori medici, 85146000-4 Servizi prestati da banche di sangue, 85146100-5 Servizi prestati da banche di sperma, 85146200-6 Servizi prestati da banche di organi per trapianti, 85147000-1 Servizi sanitari nelle imprese, 85148000-8 Servizi di analisi mediche, 85149000-5 Servizi farmaceutici, 85150000-5 Servizi di imaging medicale, 85160000-8 Servizi ottici, 85170000-1 Servizi di agopuntura e di chiropratica, 85171000-8 Servizi di agopuntura, 85172000-5 Servizi di chiropratica, 85200000-1 Servizi veterinari, 85210000-3 Servizi veterinari a domicilio, 85300000-2 Servizi di assistenza sociale e servizi affini, 85310000-5 Servizi di assistenza sociale, 85311000-2 Servizi di assistenza sociale con alloggio, 85311100-3 Servizi di assistenza sociale per persone anziane, 85311200-4 Servizi di assistenza sociale per disabili, 85311300-5 Servizi di assistenza sociale per bambini e giovani, 85312000-9 Servizi di assistenza sociale senza alloggio, 85312100-0 Servizi di centri diurni, 85312110-3 Servizi forniti da centri diurni per bambini, 85312120-6 Servizi forniti da centri diurni per bambini e giovani disabili, 85312200-1 Consegna a domicilio di prodotti alimentari, 85312300-2 Servizi di orientamento e consulenza, 85312310-5 Servizi di orientamento, 85312320-8 Servizi di consulenza, 85312330-1 Servizi di pianificazione familiare, 85312400-3 Servizi di assistenza sociale non prestati da istituti residenziali, 85312500-4 Servizi di riabilitazione, 85312510-7 Servizi di reinserimento professionale, 85320000-8 Servizi sociali, 85321000-5 Servizi sociali amministrativi, 85322000-2 Programma di azione municipale e 85323000-9 Servizi sanitari municipali.

[73] L. Mazzeo, op. cit., 1010 e 1011, secondo cui tale articolo avrebbe consentito di superare la diatriba in ordine alla legittimità di procedure selettive a concorrenza limitata.

[74] Cfr. A. Gualdani, op. cit., 26 e 27, la quale osserva che Non è un caso allora che l'ANAC, nella delibera del 20 gennaio 2016, n. 32, abbia evidenziato che: "la deroga all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica può essere giustificata soltanto allorquando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza e adeguatezza economica".

[75] In tal senso cfr. M. V. Ferroni, op. cit., 15

[76] S. Picone, Appalti nei servizi sociali, in R. Garofali, G. Ferrari, La nuova disciplina degli appalti pubblici, Nel Diritto Editore, 2016, 801.cfr. anche C. Polidori, op. cit., 19.

[77] Cfr. nota 63.

[78] Corte giustizia UE, Sez. V, 11 dicembre 2014, n. 113, secondo la quale Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata ... il diritto dell'Unione non incide sulla competenza di cui dispongono gli Stati membri per

configurare i loro sistemi di sanità pubblica e previdenziali e che uno Stato membro può, nell'ambito della competenza ad esso spettante per organizzare il suo sistema previdenziale, considerare che un sistema socio-assistenziale per le persone anziane, il cui stato renda indispensabili prestazioni sanitarie, implichi necessariamente, per raggiungere i suoi obiettivi, nella fattispecie il rispetto delle finalità esclusivamente sociali di tale sistema, che l'ammissione di operatori privati a tale sistema in quanto prestatori di servizi d'assistenza sociale venga subordinata alla condizione che essi non perseguano fini di lucro ... uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario d'urgenza e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio; Corte giustizia UE, Sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50: Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. 2) Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni. 3) Qualora uno Stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale Stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte. Detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime.

[79] Considerando 28 della direttiva 2014/24/UE: La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza.

[80] C. Polidori, op. cit., 20 e 21, in proposito afferma: Di tali regole già si registrano le prime applicazioni

da parte del Giudice amministrativo. In particolare il T.A.R. Umbria Perugia (sez. I, 19 settembre 2016, n. 619) ha ritenuto illegittima l'esclusione di una cooperativa sociale dalla procedura di appalto avente ad oggetto il servizio di trasporto sanitario, riservato ai soli soggetti no profit, alle associazioni di volontariato e alla Croce Rossa Italiana. Invece la terza Sezione del Consiglio di Stato con due distinte pronunce (10 agosto 2016, n. 3615; 21 novembre 2016, n. 4902) ha affermato che: A) anche il trasporto sanitario ordinario, al pari del trasporto d'urgenza «resta connotato da un'inscindibile strumentalità a una gestione efficiente e pienamente soddisfacente dei servizi sanitari» in quanto «obbedisce alle medesime esigenze di tutela equilibrata e proporzionata della salute della collettività, della solidarietà sociale e dell'efficienza di bilancio», sicché anche per il trasporto sanitario ordinario si giustifica la deroga al regime ordinario di affidamento degli appalti pubblici, la cui ratio dev'essere individuata nella «finalizzazione del modulo organizzativo in esame al perseguimento, in via contestuale ed equilibrata, degli obiettivi di solidarietà sociale e di disciplina di bilancio (che resta, ovviamente, ravvisabile anche con riguardo ai servizi di trasporto ordinario)»; B) non è possibile invocare una piena equiparazione tra cooperative e associazioni di volontariato in quanto, «anche se le cooperative sociali hanno come scopo la promozione umana e l'integrazione sociale dei cittadini senza scopo di lucro, tuttavia la legge sulle cooperative sociali si basa sulla cooperazione, e quindi su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa stessa, mentre l'organizzazione di volontariato non persegue, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati».

[81] L. Mazzeo, op. cit., 1011, che richiama il documento ITACA di analisi della direttiva 2014/24/UE: Discutibile, inoltre, come era stato rilevato già in sede di primo commento all'art. 77 della Dir. 2014/24/UE, la previsione della durata del contratto affidato ai sensi dell'art. 142 limitata a soli tre anni: "i servizi alla persona sono molto spesso, a torto o a ragione, gestiti dalle stesse cooperative che, operando sul territorio, hanno progettato i servizi che, di volta in volta, gestiscono in maniera quasi istituzionalizzata. L'utente del resto, di norma, non ama la 'rotazione' (si pensi a delicati servizi rivolti ai disabili e, all'infanzia), ma la continuità. Il rischio insomma è che, per le nostre realtà regionali, la riserva, se utilizzata in modo acritico, potrebbe addirittura creare effetti 'maldesiderati

[82] Cfr. ancora L. Mazzeo, op. cit., C. Polidori, op. cit.

[83] Cfr. in proposito la dottrina in precedenza citata.

[84] Sull'evoluzione del Terzo Settore cfr. D. Caldirola, Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà, in *www.federalismi.it*, 3, 2018; M. N. Iannaccone, Prime considerazioni sul Codice del Terzo settore, Commento al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, in *Cooperative e enti non profit*, 11-12, 2017, . 7-14; M.V. De Giorgi, Terzo settore. Verso la riforma, in *Studium juris*, 12, 2016, 12, 1446-1450; R. Dabormida, La riforma del Terzo settore, Giuffrè, Milano, 2017 Per una ricostruzione degli elementi connotanti il sistema dei servizi sociali cfr. A. Gualdani, *Diritto dei servizi sociali*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

[85] Sull'interazione degli artt. 55, 56 e 57 con il Codice dei Contratti pubblici cfr. M. V. Ferroni, op. cit.;

A. Palmaccio, op. cit.,

[86] Così premesse Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale, 26.7.2018 parere n. 2052, in www.giustizia-amministrativa.it.

[87] Si legge nel parere de quo, p. 9: la nozione funzionale di impresa ha, in ambito euro-unitario, una latitudine semantica assai vasta, giacché prescinde dalla veste giuridica e dai caratteri strutturali del soggetto gerente e si concentra, viceversa, sulla ricorrenza in concreto di oggettivi caratteri economici nell'attività posta in essere: sotto altra angolazione prospettica, ogni iniziativa relativa alla realizzazione di beni, all'esecuzione di lavori od alla prestazione di servizi astrattamente contendibili sul mercato (recte, per i quali vi sia, in atto o in potenza, un mercato) e, come tale, potenzialmente realizzabile da più operatori in quanto intrinsecamente capace di coprire i costi con i ricavi è, ai fini e per gli effetti della normativa europea, attività di impresa ed è soggetta alla disciplina dalla medesima apprestata.

Una tale postura giuridica gemma dalle finalità stesse della costruzione europea, tesa alla creazione, estensione, allargamento ed approfondimento di un mercato unico (tale da essere, in prospettiva, mero "mercato interno" unionale), con la conseguente necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di "sacche" sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati.

In sostanza, 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)): del resto, l'attuale Unione Europea costituisce l'evoluzione istituzionale dell'originaria Comunità Economica Europea.

L'ascrizione, 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. Trattasi delle così dette fattispecie escluse, pur sottoposte all'art. 4 del codice, e delle fattispecie estranee, che fuoriescono totalmente dal circuito delle direttive in questione e del codice (cfr. par. Cons. Stato, comm. spec., 10 maggio 2018, n. 1241; Cons. Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011, n. 16; Cons. Stato, comm. spec., 3 agosto 2018, n. 2017/18).

[88] Si legge nel parere de quo p. 11: il concetto europeo di "appalto" è sensibilmente più ampio di quello nazionale ed inerisce a tutti i "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. Codice dei contratti pubblici, art. 3, lett. ii)).

[89] Così parere de quo, p. 11.

[90] Secondo il Consiglio di Stato i primi due punti sono un corollario delle finalità del diritto europeo: questo, invero, tende all'apertura del mercato e, pertanto, non si protende per così dire all'indietro a disciplinare modalità di contatto fra Amministrazione e soggetti privati prive di carattere selettivo e non tese all'affidamento, neanche solo prospettico, di un servizio.

Il terzo punto deriva dal fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi (cfr. parere cit, p. 11).

[91] Giova a tal proposito ribadire che nelle ipotesi in cui la gratuità sia considerata esimente dalla applicazione del codice, ciò non di meno essa costituisce, in sé, un vulnus al meccanismo del libero mercato ove operano imprenditori che forniscono i medesimi servizi a scopo di lucro e dunque in maniera economica mirando al profitto. La motivazione della scelta quindi non solo è opportuna, ma deve considerarsi condicio sine qua non per l'esercizio di un tale potere (così Cons. Stato, parere 26.7.2018 n. 2052, p. 17).

[92] Ciò che non è economico è eo ipso e funditus fuori dalla regolazione competitiva euro-unitaria: si verte, in questo caso, in tema non di esclusione (di ciò che, altrimenti, astrattamente rientrerebbe nel fuoco della normativa), ma di radicale estraneità (conseguente al diverso sostrato oggettuale della materia, che la rende altra rispetto a quella normata dalla disciplina euro-unitaria) (parere Cons. Stato, 26.7.2018 p. 10) ... non solo, infatti, dal punto di vista testuale è "appalto pubblico" ai fini europei esclusivamente il contratto a titolo oneroso, ma, in un'ottica sostanziale, lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza in quanto (e nei limiti in cui) si risolve in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi. In tal caso la gratuità assume due significati: sotto un primo profilo, la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto; sotto un secondo profilo il sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale (evenienza tipica delle associazioni di volontariato, cfr art. 17 del codice del terzo settore). In tali casi si realizza la corretta fattispecie della gratuità, vale a dire un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore.

Per questa linea, la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore. Di conseguenza, esso non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato. Viceversa, la gratuità si risolverebbe, addirittura, in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che in ipotesi dessero vita a un mercato di tali servizi (p. 11) a Commissione ritiene necessario operare un approfondimento relativo al concetto di onerosità, che costituisce la linea di faglia fra i servizi economici di interesse generale, soggetti al Codice, ed i servizi non economici di interesse generale, viceversa in radice ad esso estranei. Concetto complementare a quello di gratuità già precedentemente esaminato.

Sul punto, la Commissione ritiene che solo il rimborso spese a pie' 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.

Giova sul punto richiamare, e fare propria come completamento della motivazione, la precisa dicitura contenuta nell'art. 56 del codice del terzo settore, ove si prevedono convenzioni necessariamente gratuite come quelle nelle quali (co. 2) 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" (p. 17 e 18).

[93] Così Cons. Stato, parere 26.7.2018 n. 2052, p. 19.

[94] Una tale postura giuridica gemma dalle finalità stesse della costruzione europea, tesa alla creazione, estensione, allargamento ed approfondimento di un mercato unico (tale da essere, in prospettiva, mero "mercato interno" unionale), con la conseguente necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di "sacche" sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati. (così parere Cons. Stato, 26.7.2018 n. 2052, p. 9.

[95] Cfr. M. V. Ferroni, op. cit., 3 ss., in particolare per l'esempio nel testo, 6 e 7: L'articolo 55 comma 3 disciplina la co-progettazione "finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti", purchè a monte vi sia stata una previsione di co-programmazione. Il ruolo degli enti del Terzo settore nella co-progettazione era già previsto dall'articolo 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001. Secondo la delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, la coprogettazione si sostanzierebbe in "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 e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale. Conseguentemente, tale strumento può essere utilizzato per promuovere la realizzazione degli interventi previsti nei piani di zona attraverso la concertazione, con i soggetti del terzo settore, di forme e modalità di inclusione degli stessi nella rete integrata dei servizi sociali; collaborazione fra P.A. e soggetti del terzo settore; messa in comune di risorse per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi". La coprogettazione, soprattutto laddove abbinata all'esecuzione, sembrerebbe configurare un "intervento integrato". Il profilo che sembra intrecciarsi con la tematica del confronto concorrenziale riguarda la qualificazione della co-progettazione e le sue differenze rispetto ad un appalto o ad una concessione di servizi. La giurisprudenza amministrativa, pronunciandosi su un bando antecedente la formulazione dell'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, ha qualificato la co-progettazione quale contratto di appalto laddove sebbene "1.3.1. il bando, com'è evidente, sia inizialmente incentrato sulla parola chiave "coprogettazione", è evidente, quando se ne prosegua la lettura, che l'assegnatario - ovvero "soggetto selezionato", come lo definisce il bando - avrebbe dovuto poi svolgere gli interventi e i servizi oggetto di co-progettazione, verso un corrispettivo che ne avrebbe garantito l'equilibrio finanziario" ed inoltre "3.3.1. E' intanto palese che, in specie, si è svolto un confronto concorrenziale, cui hanno partecipato, in posizione antagonista, due prestatori d'opera, e che è stato effettuato per scegliere, sulla base di regole prestabilite, chi avrebbe effettuato un'articolata serie di servizi in favore dell'Amministrazione proponente di cui la "coprogettazione" in partnership che pur viene presentata come dato saliente del bando è solo un profilo, ovvero una modalità di svolgimento". Secondo il T.A.R. Lombardia la convenzione sarebbe riconducibile nell'ambito di un appalto di servizi di cui presenterebbe il carattere oneroso in quanto le prestazioni sarebbero compensate, benchè senza un utile (ossia si tratterebbe del rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto) Tale qualificazione è stata criticata, ritenendo che sarebbe stata superata dalla formulazione dell'articolo 55 del codice del Terzo settore e dalla posizione condivisa dall'ANAC nelle Linee guida del 2016 che avrebbe qualificato la co-progettazione non quale contratto pubblico ma quale accordo procedimentale: ossia un partenariato pubblico-privato collaborativo che si distinguerebbe da un appalto o da una concessione di servizi in forza della partecipazione attiva alla coprogettazione con proprie risorse aggiuntive rispetto a quelle pubbliche . Dalla lettura dell'articolo 55 ciò che si può dedurre è che esso appare riguardare in modo esclusivo gli enti del terzo settore.

[96] Così deliberazione A.N.A.C. 20.1.2016 n. 32, p. 10.

[97] L. GILI, Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la P.A., in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2018, p. 5

[98] G. Arena, F. Scalvini, P. Bonasora, C. Borzaga, A. Fici, P. Forte, F. Giglioni, L. Gori, G. Macdonald, G. Marocchi, S. Pellizzari, E. Rossi, E. Salvatorelli, G. Sepio, E. Uccellini, op. cit.

[99] Per i servizi sociali di interesse economico (SSIEG) dovrebbero sempre essere rispettati i principi concorrenziali comunitari, senza che ciò possa condurre però all'assoggettamento automatico alle

direttive appalti e concessioni e dunque al d.lgs n. 50/2016, da applicarsi certamente qualora si è in presenza di un appalto di servizi in senso proprio (cfr. documento p. 4)

[100] Richiamato nella sua ultima parte anche dall'art. 30 d.lgs 50/2016 recante Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni 1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico. 2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi. 3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X. 4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente. 5. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. 5-bis. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. 6. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105. 7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese. 8. **Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si**

applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

[101] G. Arena, F. Scalvini, P. Bonasora, C. Borzaga, A. Fici, P. Forte, F. Giglioni, L. Gori, G. Macdonald, G. Marocchi, S. Pellizzari, E. Rossi, E. Salvatorelli, G. Sepio, E. Uccellini, op. cit., 4: la visione che individua l'unico strumento relazionale nel contratto d'appalto, secondo la logica della competitività, da un lato priva la P.A. dell'apporto originale che può essere fornito dagli enti inseriti in un procedimento di collaborazione, ma soprattutto la priva della possibilità di conseguire risparmi di spesa derivanti dall'apporto materiale degli enti medesimi all'implementazione degli interventi, con conseguente lesione di un altro principio di rilevanza eurounitaria, la tutela degli equilibri di bilancio, recepito negli articoli 81, 97 e 119 Cost. La lesione di tale principio risulta ulteriormente evidente non solo sotto il profilo del mancato risparmio di spesa, che potrebbe essere conseguito dal cofinanziamento dell'intervento da parte degli ETS i quali, diversamente dalle imprese private, possono contribuire, di norma, alla gestione dei servizi con risorse proprie umane (volontariato) materiali e finanziarie, ma, altresì, in termini di maggiori oneri finanziari da sostenersi direttamente da parte della P.A. Difatti, ove l'unica strada percorribile sia quella della procedura di gara, la P.A. procedente dovrebbe sostenere costi maggiori in relazione alla sottoposizione ad IVA delle relative operazioni (ove non rientranti in alcuna delle tipologie di esenzione di cui all'art.10 del D.P.R. n.633/1972 o salva l'ipotesi in cui esse siano rese da ODV), come già evidenziato da Agenzia delle entrate con circolare n. 34/E del 2013. Cosicché, la (supposta) tutela del principio concorrenziale finirebbe (paradossalmente) per ledere il principio dell'equilibrio di bilancio e, in particolare, dell'efficace ed efficiente allocazione delle risorse pubbliche, senza peraltro garantire risparmi conseguenti a incrementi di efficienza, determinando risvolti tutti da indagare sul piano delle responsabilità degli amministratori pubblici.

[102] Ivi, 5.

[103] Cfr. art. 14 l.r. Toscana n. 58 del 2018

[104] G. Arena, F. Scalvini, P. Bonasora, C. Borzaga, A. Fici, P. Forte, F. Giglioni, L. Gori, G. Macdonald, G. Marocchi, S. Pellizzari, E. Rossi, E. Salvatorelli, G. Sepio, E. Uccellini, op. cit., 6 e 7, per i quali in proposito Non c'è una "gara" fra "contendenti", da una parte, e stazione appaltante, dall'altra, ma l'attivazione di un partenariato collaborativo tra soggetti con obiettivi simili e in cui tutti apportano proprie risorse rispetto ad una o più attività di interesse generale, con una finalità non lucrativa (p. 6 e 7).

[105] Si pensi alle organizzazioni di volontariato ed i costi del personale di segreteria, senza il quale l'organizzazione medesima non potrebbe organizzare e coordinare il lavoro dei volontari. Detti costi, infatti, non rientrerebbero nel concetto di gratuità del Consiglio di Stato.

[106] T.A.R. Campania, Napoli, III, 2.7.2019 n. 3620 in www.giustizia-amministrativa.it: Giova premettere che la ricorrente, nel formulare il complesso delle doglianze, ha in più punti censurato la violazione di diverse disposizioni del d. lgs. 50/2016, il codice dei contratti pubblici, normativa che,

tuttavia, non è del tutto pertinente alla fattispecie in esame, trovando applicazione propriamente per i contratti d'appalto aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

Nel caso in esame, si discute invece di manifestazioni di interesse per l'affidamento, in partenariato, dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali.

Non a caso, l'Avviso Regionale I.T.I.A. - Intese Territoriali di Inclusione Attiva - è finalizzato a combattere la povertà e ogni forma di discriminazione sociale.

E' quindi chiaro che, pur essendovi il dovere dell'amministrazione di condurre il procedimento selettivo pur sempre nel rispetto, da un lato, dei principi sanciti dall'art. 97 Cost., di buon andamento e l'imparzialità e, dall'altro, dei criteri indicati dall'art. 1 L. n. 241/1990 di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, oltreché dei principi dell'ordinamento comunitario, non vi è un obbligo di osservanza puntuale delle norme del codice dei contratti pubblici, se non nei termini in cui queste siano espressione di quei principi generali - sopra menzionati - che, in ogni caso, governano e condizionano in qualsiasi ambito l'azione amministrativa (p. 14).

<https://www.diritto.it/servizi-sociali-e-codice-dei-contratti-pubblici/>