



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

L’AFFIDAMENTO AGLI ENTI DEL TERZO SETTORE ED IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI¹

di Maria Vittoria Ferroni **

1.Premessa- 2. Il Terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici - 3.1. L’articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017: dubbi sulla disciplina applicabile alla co-progettazione tra Terzo settore e codice dei contratti pubblici. - 3.2. Le convenzioni con le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale - 3.3. L’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull’affidamento diretto dei servizi sociali con convenzione: il bilanciamento tra il principio di solidarietà e di concorrenza - 3.3.1. Il coordinamento tra la disciplina dell’articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 ed il codice dei contratti pubblici- 3.3.2. Il regime “riservato” degli appalti di servizi sociali - 3.3.3. Gli appalti di servizi sociali secondo la disciplina dell’articolo 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017 n.56. Le concessioni di servizi sociali. Cenni - 4. La disciplina del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza -5.1. Il terzo settore e gli affidamenti alle cooperative sociali - 5.2. La disciplina degli appalti e concessioni riservati agli operatori economici ed alle cooperative sociali e loro consorzi nell’articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016

¹ Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

Il presente contributo rielabora il testo della relazione tenuta al convegno su *La soggettività degli enti del terzo settore alla luce delle recenti norme di riforma*, il 26 marzo 2018 presso il Dipartimento di Scienze Politiche, dell’Università di Roma, La Sapienza.

** Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università La Sapienza di Roma

1. Premessa.

Con la legge n. 106 del 6.06.2016² è stata fornita la delega al governo per la riforma del terzo settore³, con l'idea non solo di riordinare e razionalizzare la normativa esistente ma di costruire “un rinnovato sistema che favorisca la partecipazione attiva e responsabile delle persone, singolarmente o in forma associata, per valorizzare il potenziale di crescita e occupazione, insito nell'economia sociale e nelle attività svolte dal cosiddetto terzo settore”⁴.

² Sulla legge delega di riforma G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 726 e ss.; 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, p. 19 e ss. Per un commento alla legge delega L. GORI – R. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2016.

³ La definizione di terzo settore è stata coniata dalla legge delega 6 giugno 2016 n. 106, come “il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontari e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi” (D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, n. 3-4 p. 739).

Secondo D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: una nuova governance della solidarietà*, in www.federalismi.it, 31.01.2018, p. 6: “Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, non solo consacra l’espressione Terzo settore, che tra l’altro diviene denominazione sociale, sostituendo la qualifica di organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS), ma scioglie il nodo della sua definizione concettuale, operando il trasferimento della nozione di Terzo settore dal campo delle scienze economiche e della sociologia a quello giuridico”.

Per una ricostruzione di carattere generale in tema di servizi sociali, A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 89 e ss.; V. MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *Dir. ec.*, 2013, p. 475 e ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli 2011; V. MOLASCHI, *I servizi sociali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torno, 2008, p. 373 e ss.; A. ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007; D. D’ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

⁴ Relazione al disegno di legge delega presentato il 22 agosto 2014, Delega al governo per la riforma del Terzo settore in www.camera.it. Sui profili politici della riforma: 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*, n. 3/2014, p. 22.

Quindi la riforma sembra essersi posta come finalità non solo un riordino del sistema, ma una ridefinizione di linee di strategia e di sviluppo, un “nuovo modo di guardare al terzo settore” riconoscendone la funzione di interesse generale⁵ “quale protagonista nell’attuazione dei principi costituzionali della solidarietà e sussidiarietà⁶”, con la finalità di non ridurre la categoria degli enti del terzo settore solo a quelli che svolgono finalità non lucrative, bensì volta a porre al centro della loro attività il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociali.

Essa è stata attuata con il D. Lgs. 3.07.2017 n. 117⁷ “Codice del terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b) della legge 6 giugno 2016 n. 106.”

Nonostante il principio espresso nella legge delega di “operare una semplificazione del regime giuridico, il testo mantiene e per certi versi accentua gli elementi distintivi delle diverse figure che compongono il *non profit*⁸”. Ossia, benchè il termine “settore” richiami la presenza di caratteristiche omogenee, viceversa per i soggetti destinatari della riforma del terzo settore (elencati all’articolo 4 del d.lgs. n. 117 del

⁵ Il legislatore espressamente all’articolo 5 del d.lgs. n.117 del 3 luglio 2017 le ha incluse tra le attività di interesse generale richiamando: le attività aventi ad oggetto i servizi sociali; le prestazioni sanitarie, l’educazione e la formazione professionale, la ricerca scientifica di particolare interesse sociale, le attività commerciali svolte nell’ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, l’accoglienza umanitaria dei migranti; la beneficenza, la promozione e la tutela dei diritti umani ed anche la protezione civile. Sui servizi di interesse generale in relazione al terzo settore: G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell’Unione Europea*, Torino, 2010, *passim*. Più in generale sul tema dei servizi di interesse generale: F. GIGLIONI, *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008.

⁶ L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a “prima lettura” su una riforma culturale prima che giuridica* in *Contratto e impresa* n. 4/2017, p. 1256.

⁷ Sulle novità alla disciplina del terzo settore introdotte dal d.lgs. n. 117 del 2017 A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore (Profili civilistici e tributari)*, Milano, 2017; M.N. IANNACCONE, *Prime considerazioni sul Codice del Terzo Settore*, in *Cooperative ed enti non profit*, n. 10 del 2017, p. 7 e ss.

⁸ D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, cit., p. 741.

2017⁹) non sono state introdotte regole uniformi, mantenendo un assetto differenziato¹⁰ (già presente nella precedente disciplina) per le organizzazioni di volontariato (in cui l'azione è volontaria e gratuita), di promozione sociale e di mutuo soccorso e per le cooperative sociali o imprese sociali¹¹ che sono caratterizzate dalla produzione e lo scambio di beni e servizi¹².

Tale assetto differenziato appare il frutto della scelta del legislatore che non ha inciso sull'uniformazione della configurazione soggettiva organizzativa del terzo settore bensì sulla specificità dell'attività svolta, come appare deducibile dalla lettura dell'articolo 5 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017, ove 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 sociale¹³.

⁹ Secondo l'articolo 4 del d. Lgs. n.117 del 2017 gli enti appartenenti al terzo settore sono: 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 che vengono costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento 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.

¹⁰ L. GORI – E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del terzo settore*, cit., p. 11 e mantenendo un regime più favorevole per le organizzazioni di volontariato (G. GROPPA, *Il volontariato all'interno della riforma del Terzo settore*, in *Non Profit*, 3/2014, p. 51 e ss.).

¹¹ Per quanto riguarda le imprese sociali si segnala inoltre che, in attuazione della legge delega n. 106 del 2016 è stato adottato il decreto legislativo 3 luglio 2017, n.112 "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale a norma dell'articolo 1 comma 2, lettera c, della legge 6 giugno 2016, n. 106" in cui sia è previsto che le cooperative sociali ed i loro consorzi di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381 acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali; sia all'articolo 1 comma 5 che "alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del terzo settore, e, in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita".

¹² Sono escluse dal terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le fondazioni bancarie.

¹³ Sul tema M. CALCAGNILE, *Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 634 e ss.

2. Il Terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

Per quanto riguarda l'interazione tra la disciplina del terzo settore ed i contratti pubblici il profilo delicato concerne il non facile contemperamento tra il principio di concorrenza ed i principi di solidarietà e sussidiarietà, che consentono di derogare alle regole sulle procedure ad evidenza pubblica europee e nazionali.

Tale bilanciamento, secondo le recenti direttive europee (2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/23/UE sulle concessioni di servizi) e la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴, non è ritenuto valido a priori ma è subordinato alla condizione che le organizzazioni non lucrative contribuiscano in modo effettivo al perseguimento delle finalità sociali ed agli obiettivi di solidarietà, con lo scopo di evitare che le deroghe al principio della competizione economica celino vantaggi indebiti per gli enti del terzo settore.

L'Autorità nazionale anticorruzione, già prima della legge delega n. 106 del 6 giugno 2016, aveva sollecitato l'adozione di una disciplina normativa che coordinasse in maniera organica l'affidamento dei contratti pubblici ai soggetti del terzo settore, ma tale profilo non è stato affrontato¹⁵ nel d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017.

Anche il Consiglio di Stato, nel parere sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 106 del 6 giugno 2016, aveva sottolineato “la necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte

¹⁴ Corte di Giustizia *Azienda Sanitaria n. 5 “Spezzino”* dell'11 dicembre 2014, C-113/13 in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, *Casta*, del 28 gennaio 2016, C 50/2014, in www.curia.europa.eu

¹⁵ Cfr. Consultazione dell'ANAC del 6 luglio 2015 sulle *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alla cooperative sociali* in www.anticorruzione.it; v. anche Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016 “*Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*”, in www.anticorruzione.it

esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato”¹⁶.

Per meglio comprendere le disarmonicità tra i due sistemi normativi ora richiamati occorre muovere dalle modalità di scelta dei soggetti contraenti con la pubblica amministrazione disciplinate dal legislatore nel codice del Terzo settore, in deroga alle regole del codice dei contratti pubblici, rammentando la non uniformità sotto il profilo soggettivo di regole per gli enti del terzo settore (come sopra evidenziato).

La disciplina dei rapporti tra la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore è disciplinata dagli articoli 55, 56 e 57 del d.lgs. n.117 del 3 luglio 2017 che, per le cooperative sociali, applica la legge n. 381 del 1991 (espressamente non abrogata dal codice del terzo settore).

La co-programmazione, la co-progettazione e l’accreditamento di cui all’articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 appaiono fasi di un procedimento complesso espressione di una terza via di rapporto tra il pubblico ed il privato. Il profilo più delicato, in relazione alla tematica dell’affidamento ai soggetti del terzo settore riguarda la fase della co-progettazione ed in particolare la scelta del soggetto con cui svilupparla per la quale l’articolo in generale richiama principi di confronto concorrenziale.

Per le altre tipologie di affidamento che riguardano le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale l’articolo 56 prevede la possibilità (non l’obbligo) di stipulare convenzioni, in deroga al codice dei contratti pubblici; mentre l’articolo 57, anche a seguito di diverse sentenze della Corte di Giustizia e di un’espressa previsione del d.lgs. n. 50 del 2016 che ha disposto la non applicazione del codice dei contratti

¹⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere n. 1405 del 14 giugno 2017, in www.giustizia-amministrativa.it

per il servizio di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza, ha disciplinato l'affidamento diretto con convenzione del medesimo.

Il profilo più controverso riguarda i non chiari confini della disciplina derogatoria prevista dal citato articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 per l'affidamento di contratti pubblici rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. ed in particolare con riferimento agli articoli 140, 142 e 143.

Meno problematica appare la disciplina dell'affidamento di appalti pubblici, anche in deroga alla disciplina generale in materia di contratti della pubblica amministrazione, alle cooperative sociali di tipo B, laddove ricorrano le condizioni dell'articolo 5 della legge n. 381 del 1991. Infatti, da un lato il d.lgs. n. 117 del 2017 ha confermato la vigenza della legge n. 381 del 1991 e dall'altro l'articolo 112 ultimo comma del d.lgs. n. 50 del 2016 fa espressamente salve "le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali".

3.1. L'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017: dubbi sulla disciplina applicabile alla co-progettazione tra Terzo settore e codice dei contratti pubblici.

L'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, al comma 2, evoca la precedente disciplina della legge 8 novembre 2000, n.328 "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali" che aveva disciplinato la co-programmazione¹⁷ degli interventi da realizzare (secondo cui i comuni, a livello di ambito territoriale, devono procedere alla programmazione degli interventi definendo il piano di

¹⁷ V. anche l'articolo 4, comma 1, lett. o) della legge delega n. 106 del 2016 che aveva indicato di "valorizzare il ruolo degli enti nella fase di programmazione"

zona dei servizi sociali¹⁸). Inoltre l'articolo 21 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha introdotto (a partire dal 2018) l'obbligo di approvazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi. La co-programmazione, per come articolata nell'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, sembrerebbe, secondo una parte della dottrina¹⁹, da intendere più in termini partecipativi che co-decisori, al fine di individuare “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”, rispettando i principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i. In ogni caso, anche qualora la si volesse intendere come una forma codecisoria tra privato e pubblica amministrazione, il coinvolgimento del privato si situerà in un ambito squisitamente procedimentale e programmatico che precede la fase esecutiva e di mercato in cui si collocano gli affidamenti agli enti del terzo settore. La novità della co-programmazione rispetto alla disciplina della legge n.328 del 2000 (sui servizi sociali) riguarderebbe la sua estensione a tutte le attività di interesse generale di cui all'articolo 5 del d.lgs. n. 117 del 2017.

¹⁸ Secondo la delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016 “Determinazione. Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali”, in *www.anticorruzione.it*, p. 8 “Il piano di zona è adottato di norma con un accordo di programma cui partecipano i comuni associati e organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed enti di patronato, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose che, attraverso l'accreditamento o specifiche forme di concertazione, concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano”.

¹⁹ Secondo L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e appalti*, 1/2018, p.17 la co-programmazione sarebbe intesa “come forma di coinvolgimento degli enti del Terzo settore in termini non co-decisori ma più squisitamente partecipativi, al fine di aiutare le PP.AA. di cui all'art.1, comma 2, D.Lgs. n.165/2001 ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e le risorse (pubbliche e private) a tal fine disponibili. La co-programmazione rimanda quindi al tema della partecipazione ai procedimenti di formazione delle c.d. misure generali limitata dall'art. 13 della L. 7 agosto 1990, n. 241, ponendosi a un livello relativamente lontano dalla diretta prestazione dei servizi (comunque la si qualifichi *non profit* o esclusivamente *for profit*) e dunque dagli ambiti di concreta operatività del Terzo settore o del Mercato, nonché della forme di possibile sconfinamento e di loro ibridazione”.

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 2001²⁰.

Secondo la delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, la co-progettazione 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"²¹. La co-progettazione, soprattutto laddove abbinata all'esecuzione, sembrerebbe configurare un "intervento integrato"²².

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.

²⁰ Cfr. art.7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001:"Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per l'individuazione delle forme di sostegno".

²¹ V. Delibera ANAC n. 32 del 2016, cit. p. 10

²² L. GILI, op. ult. cit., p.18

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 prosegue 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”²³. 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 convenuto²⁴).

²³ In effetti è chiarito nella sentenza (TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727 in *www.giustizia-amministrativa.it*), quanto all'oggetto: “1.2.2. L'art. 2, poi, specifica quale sia l'oggetto della coprogettazione, e cioè “la definizione progettuale di iniziative, interventi e attività complesse nei servizi e nelle aree individuati” da strumenti organizzativi preesistenti, “da attuarsi in termini di partnership tra la Comunità Montana e il soggetto a questo scopo individuato, con la messa in comune di risorse o con la suddivisione delle stesse in presenza di un terzo finanziatore (es. partecipazione a progetti regionali, europei, etc.)”.

²⁴ Così ha statuito più in dettaglio il TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727, cit.: “3.3.2. Non è poi dubbio, come rileva anche la controinteressata, che la convenzione infine stipulata, per il suo contenuto, sia riconducibile all'ambito dei “contratti pubblici”, e cioè dei contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori” (art. 3, terzo comma, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

3.3.3. La convenzione in questione presenta, anzitutto, il contenuto oneroso dei contratti di appalto di servizi, poiché le prestazioni svolte dall'assegnatario vengono compensate, sebbene

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 collaborativo²⁵ 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 pubbliche²⁶.

Dalla lettura dell'articolo 55 ciò che si può dedurre è che esso appare riguardare in modo esclusivo gli enti del terzo settore (elencati all'articolo 4 del d.lgs. n. 117 del 2017) in generale purchè iscritti nel Registro Unico Nazionale; impone che la titolarità delle scelte rimanga in capo alle amministrazioni che devono definire “gli 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”(articolo 55 comma 4 del d.lgs. n. 117 del 2017)²⁷; deve

nei limiti degli oneri economici da questo sopportati, e dunque senza utile: ma l'esclusione di un utile è tutt'altro dalla gratuità, cioè dall'assenza di una controprestazione. Infatti, <<come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione “a titolo oneroso”, un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (così in motivazione sub 29, Corte di Giustizia UE, grande sezione, 19/12/2012, n. 159, causa C-159/11): un contratto non può cioè “esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (C.d.S., sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014)”.

²⁵ L. GILI, op.ult. cit. p.18-19

²⁶ Cfr. documento ANCI del maggio 2017, A. FABIANO (a cura di), *La co-progettazione e il codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali-spunti di approfondimento*, in www.anci.it, secondo il quale “Il partner deve mettere a disposizione risorse aggiuntive rispetto alle risorse pubbliche, intese come beni immobili, attrezzature/strumentazioni, automezzi, risorse umane, capacità del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici, costo di coordinamento ed organizzazione delle attività, cura dei rapporti con l'Amministrazione, presidio delle politiche di qualità. L'assenza di questa copartecipazione di risorse identifica l'intervento come appalto o concessione di servizi sottoposto al regime del codice degli appalti”.

²⁷ La delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, cit., p. 10 aveva nel dettaglio indicato un'ipotetica articolazione delle fasi della co-progettazione: “a) pubblicazione di un avviso di interesse con cui si rende nota la volontà di procedere alla coprogettazione. Nell'avviso sono indicati un progetto di massima, nonché i criteri e le modalità che saranno utilizzati per

essere finalizzata “alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti”; deve prevedere che il partner venga selezionato con una procedura che, laddove inferiore alle soglie di cui all’articolo 35 del d.lgs. n. 50 del 2016 si potrebbe ritenere potrebbe seguire una disciplina diversa dal codice dei contratti pubblici, nel rispetto in ogni caso dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. Mentre, laddove risultino superate le soglie di cui all’articolo 35 del d.lgs. n. 50 del 2016 la procedura “dovrà essere espletata nel rispetto dei principi generali della legge comunitaria”²⁸; confluisce nella stipula di una convenzione ai sensi dell’articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017²⁹.

L’articolo 55 si riferisce inoltre, al comma 4, all’accreditamento che era già disciplinato dall’articolo 11 della legge n. 328 del 2000 con cui venivano scelti gli enti del terzo settore abilitati ad erogare i servizi, rimettendo la scelta della struttura all’utente finale³⁰. Si tratterebbe di una forma di “concorrenza nel mercato”³¹, che come tale esulerebbe dall’ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

3.2. Le convenzioni con le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale

l’individuazione del progetto o dei progetti definitivi; b) l’individuazione del soggetto o dei soggetti partner dell’ente mediante una selezione volta a valutare i seguenti aspetti: - possesso dei requisiti di ordine generale (al riguardo sembra opportuno adottare i criteri previsti dall’art. 38 del Codice dei Contratti), tecnici, professionali e sociali (tra cui l’esperienza maturata); - caratteristiche della proposta progettuale; - costi del progetto; c) avvio dell’attività vera e propria di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato per la selezione degli offerenti; d) stipula della convenzione”.

²⁸ Cfr. documento ANCI del maggio 2017, A. FABIANO (a cura di), *La co-progettazione*, cit.

²⁹ C. POLIDORI, *I contratti pubblici del terzo settore*, ottobre 2017, p. 32-33, in www.comune.pordenone.it

³⁰ Per un’analisi sull’autorizzazione e l’accreditamento si rinvia a E. CARUSO, *L’evoluzione dei servizi sociali alla persona nell’ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 5, 2017, p. 1115 ss.; A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in www.federalismi.it, 12/2018, in part. da p. 10 a p. 14

³¹ V. Delibera ANAC n. 32 del 2016, cit. p. 11

L'articolo 56 del d.lgs. n. 117³² del 3 luglio 2017 prevede lo strumento della convenzione. Tuttavia, nonostante la definizione generica, esso riguarda solo le convenzioni tra un ente pubblico e le organizzazioni di volontariato (art. 32) o le associazioni di promozione sociale (art.35) iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Non si può quindi ritenere che la convenzione possa essere considerata un modello generale valido per tutti gli enti del terzo settore³³. La convenzione ha come caratteristica la non patrimonialità dell'oggetto della prestazione, il che la rende diversa dal contratto concluso tra un privato ed una pubblica amministrazione, dividendo la dottrina che, in parte l'ha ricondotta nell'ambito del contratto di diritto

³² Art. 56 D. Lgs. n. 117 del 3 luglio 2017: “1. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono 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 generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. 2. Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate. 3. L'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari. 4. Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge. Devono inoltre prevedere la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le coperture assicurative di cui all'articolo 18, i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, 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.”

³³ L. GILI, *Il codice del terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, cit., p.19.

pubblico³⁴, in parte nello schema privatistico del contratto; fino a chi l'ha annoverata tra gli atti amministrativi autoritativi³⁵.

Inoltre le amministrazioni pubbliche possono (non devono) sottoscrivere le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, se iscritte da almeno sei mesi nel registro unico nazionale del terzo settore, qualora siano più favorevoli rispetto al ricorso al mercato, per lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale. Si tratta quindi di una mera facoltà rimessa alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione la quale dovrà comprovare il vantaggio rispetto al ricorso al mercato mediante una verifica che dovrà essere esplicitata in una motivazione prima della stipula della convenzione.

Le convenzioni di cui all'articolo 56 comma 1 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 possono prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, mentre, qualora vengano riconosciuti importi ulteriori rispetto ai costi sostenuti, dovrebbe trovare applicazione il Codice dei contratti pubblici.

Nell' articolo è espressamente disposto che l'individuazione delle organizzazioni e delle associazioni con cui stipulare la convenzione debba avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale devono possedere requisiti di moralità professionale e di capacità a svolgere l'attività soggetta a rimborso.

³⁴ Cass. Civ., S.U., 21 febbraio 1987, n. 1872, in cui la Corte di Cassazione attribuisce alle convenzioni con strutture private natura di contratti di diritto pubblico che danno vita a rapporti da inquadrarsi nell'ambito delle concessioni amministrative di pubblico servizio.

³⁵ G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 76 e ss.

Si tratta di una deroga alle regole dell'evidenza pubblica (del codice dei contratti pubblici) giustificata quando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza³⁶.

Tale ricostruzione sembrerebbe collocarsi "all'interno della più recente cornice normativa europea, con specifico riguardo alla Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la quale, in tema di servizi alla persona, prevede che gli Stati membri sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione. Pertanto, la previsione contenuta negli articoli 142 e 143 del D.Lgs. n.50/2016, che recepisce la sopra menzionata direttiva n.24/2014, nel disciplinare il particolare regime giuridico degli appalti nei servizi sociali, lascia impregiudicata la facoltà di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione, già presente nel nostro ordinamento con le richiamate disposizioni di cui all'art.7 della legge n.266/1991 e all'art.30 della legge n.383/2000"³⁷.

L'articolo 56 del codice del terzo settore ha quindi recepito le disposizioni che già in precedenza prevedevano la possibilità di affidare i

³⁶ Sono state espresse perplessità (A. PALMACCIO, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al codice dei contratti e del codice del terzo settore*, in *Nomos*, n. 3-2017, p.13) in relazione alla locuzione sulla possibilità di sottoscrivere convenzioni per lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato" in quanto "lo svolgimento in favore di terzi (per conto della P.A.) di attività o servizi sociali di interesse generale da parte di associazioni di volontariato esclude che tali servizi possano considerarsi reperibili sul "mercato" oppure, come si ritiene, ammette che le stesse attività possano essere realizzate sia in regime riservato sia in regime concorrenziale? In altre parole, a meno di una espressa e preventiva esclusione dal mercato di determinati servizi ad opera del legislatore nazionale o regionale, non sembra che in generale tali servizi possano essere esclusi dal mercato. Il *favor* rispetto al mercato non sembra che possa essere rappresentato se non da un vantaggio economico, comunque raggiungibile previo confronto concorrenziale, atteso che la qualità dei servizi non può, comunque mai essere posta in discussione".

³⁷ Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017*, in www.governo.it

servizi sociali in convenzione ossia l'articolo 7 della legge n. 266 del 1991³⁸ e l'articolo 30 della legge n.383 del 2000 rispettivamente riguardanti la legge sulle organizzazioni di volontariato e quella sulle associazioni di promozione sociale, peraltro recependo il dibattito svolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

3.3. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'affidamento diretto dei servizi sociali con convenzione: il bilanciamento tra il principio di solidarietà e di concorrenza

La diatriba, originata prima del testo unico del terzo settore, su cui più volte è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha riguardato la compatibilità con le norme e i principi del Trattato delle leggi regionali in base alle quali, in ambito sanitario, si è proceduto all'affidamento diretto dei servizi in convenzione senza alcun confronto competitivo. E' sorto un problema di coordinamento con la normativa europea in tema di appalti, in quanto alla Corte di Giustizia non è sembrato soddisfacente l'argomento della sottrazione alla disciplina degli appalti pubblici laddove sia previsto il mero rimborso delle spese non sostenute per la prestazione svolta e quindi la natura non onerosa non è sembrata sufficiente alla Corte di Giustizia.

In particolare la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è concentrata sulla qualificazione di operatore economico ritenendo che si estenda ad ogni soggetto che offra servizi sul mercato, anche se non persegua un

³⁸ Già l'Anac nella delibera n. 32 del 2016, cit. in www.anticorruzione.it, p.14: "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 economica e adeguatezza. Lo strumento individuato dalla legge 266 dell'11 agosto 1991 (legge quadro sul volontariato) per attuare la collaborazione tra enti pubblici e le organizzazioni di volontariato è la convenzione, che rappresenta lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'organizzazione i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta l'operato dell'organizzazione con riferimento all'attività affidata".

preminente scopo di lucro, non disponga di una struttura organizzativa d'impresa, non abbia una presenza regolare sul mercato ³⁹ : di conseguenza non è stata accettata una deroga per le organizzazioni di volontariato legata ad un profilo meramente soggettivo, perché, si è sostenuto che esse potessero, da un lato avere accesso alle gare di appalto⁴⁰ e nel contempo, in ragione della finalità solidaristica, avvalersi oltre che di finanziamenti pubblici, della possibilità di stipulare convenzioni, purchè il corrispettivo consistesse nel mero rimborso spese.

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”⁴¹.

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 Stato⁴², in cui

³⁹ Cfr. Corte di Giustizia 29 novembre 2007, causa C-119/2006, *Commissione c. Italia* per la quale l’assenza di fini di lucro non escluderebbe che le associazioni di volontariato esercitino un’attività economica e costituiscano imprese. Per un commento M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell’affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm.*, 2008, p. 1984 e ss. V. anche M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, p. 25 e ss.

⁴⁰ R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. e appalti*, 2015, p. 512 e ss.

⁴¹ D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, cit., p. 749. Contra L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in www.giustizia-amministrativa.it, p.2, secondo la quale le nuove direttive sarebbero ancora ispirate alla volontà di garantire la concorrenza nel settore dei contratti pubblici.

⁴² In particolare il Consiglio di Stato aveva sollevato la domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia in ordine alla corretta interpretazione da dare agli articoli 49 e 56 del TFUE al fine di determinare la compatibilità di una normativa europea di una legge che prevede l’affidamento diretto ed in via prioritaria del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed

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 Costituzione⁴³ (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"⁴⁴. 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

emergenza sulla base di un mero rimborso delle spese, chiedendo di specificare a quali condizioni una prestazione possa realmente definirsi gratuita.

⁴³ A. ALBANESE, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma non sembra aver paura del proprio coraggio)*, in *Foro it.*, 2015, p. 152-153. V. anche G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, nota a CGUE, sez. V, 11 dicembre 2014 causa C-113/13) in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 3, p. 822 e ss.

⁴⁴ D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, cit., p. 751

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 sanitarie⁴⁵. 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.

Dato il tenore delle citate sentenze della Corte di Giustizia, che pongono quale condizione per la deroga alle regole degli appalti pubblici che "il contesto 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"⁴⁶ occorre interrogarsi se tale contesto risulti presente nel nuovo articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017: se può

⁴⁵ V. Corte di Giustizia, *Casta*, sez. V, del 28 gennaio 2016, C 50/2014, in www.curia.europa.eu: "1) Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura dei servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purchè il contesto 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 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".

⁴⁶ Corte Giustizia *Casta*, 28 gennaio 2016, cit.

condividarsi che in esso manchi un espresso riferimento alla finalità sociale ed al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, tuttavia, poiché la giurisprudenza della Corte di Giustizia richiama il contesto normativo, tali riferimenti sono ben presenti in altre parti del codice del terzo settore: ad esempio l'art. 2 del codice d.lgs. n. 117 del 2017 si riferisce “al valore e la funzione sociale degli enti del terzo settore ..per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le regioni, le Province autonome e gli enti locali”. Inoltre il richiamo alle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale è presente in altre parti del codice, quali gli articoli chiave dell'organizzazione degli enti del terzo settore:

- l'articolo 4 per il quale sono enti del terzo settore in generale tutti gli enti di diritto privato, diversi dalle società, costituiti per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale;
- l'articolo 5 laddove, in relazione alle attività di interesse generale che possono svolgere, è ribadito che gli enti del terzo settore devono perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale;
- l'articolo 8 e l'articolo 21 in cui, in relazione all'atto costitutivo, è precisato che deve indicare le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; come anche l'articolo 30 e l'articolo 93 del d.lgs. n. 117 del 2017.

Si può ritenere quindi che il legislatore abbia correttamente elaborato e recepito quanto affermato dalla Corte di Giustizia secondo la quale gli affidamenti diretti, per essere legittimi, devono essere riconosciuti da un contesto normativo che contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà⁴⁷.

⁴⁷ Del resto la formulazione dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 era già stata anticipata dalla giurisprudenza amministrativa: TAR Piemonte, sez. II, sentenza 1082 del 26 giugno 2015

Vi è chi ha rilevato come l'ordinamento dell'Unione Europea “in questo settore impregnato di istanze di socialità, lascia agli Stati membri un margine particolarmente ampio: non solo in ragione del modello di welfare adottato e del livello di tutela dei valori sociali, ma anche dell'individuazione delle concrete modalità organizzative dei servizi in questione”. Le ragioni per cui l'ordinamento UE consentirebbe “un'applicazione *soft* delle regole del mercato interno (e della concorrenza)” potrebbero derivare o da “un sostanziale disinteresse per attività che, in virtù delle peculiarità che le contraddistinguono rispetto a quelle propriamente commerciali e/o industriali, presentano una dimensione transfrontaliera limitata, risultando di fatto marginali al fine della ricostruzione di un unico mercato concorrenziale” oppure da una spiegazione di carattere politico/istituzionale secondo cui “l'approccio regolativo temperato della UE verso i servizi sociali sarebbe riconducibile ad una sorta di deferenza per attività a spiccata valenza sociale e solidaristica. Più si accentua la valenza sociale del servizio, più si preserva il protagonismo organizzativo degli Stati”⁴⁸. In tale ottica l'atteggiamento assunto dall'ordinamento UE verso le peculiarità dei servizi sociali sarebbe volto a rendere effettivo il principio di solidarietà consentendo un'applicazione meno stringente delle regole di mercato, rendendosi espressione di un rinnovato rapporto tra solidarietà e concorrenza⁴⁹.

in www.giustizia-amministrativa.it che, nel raffrontare la solidarietà al mercato ha stabilito che l'affidamento diretto sia consentito se come controprestazione vengano erogati solo rimborsi, se vengano perseguiti obiettivi di solidarietà e finalità sociali, si raggiunga il contenimento della spesa pubblica. Ove invece nell'affidamento vi fossero guadagni si dovrebbero applicare le regole della concorrenza e quindi lo svolgimento di una gara pubblica, al fine di essere certo che dietro un affidamento diretto non si cela un abuso di diritto.

⁴⁸ E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, p. 1115 e ss.

⁴⁹ E. CARUSO, op. ult. cit., p. 1115 e ss. il quale sostiene che “a livello sovranazionale viene riconosciuta l'importanza dei valori di solidarietà e di coesione sociale, ma non volendo o non potendo renderli effettivi, compete agli Stati membri l' “onere della prima mossa”. Se fosse verso quanto sostenuto, risulta di tutta evidenza l'importanza del ruolo degli Stati membri: a

3.3.1. Il coordinamento tra la disciplina dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 ed il codice dei contratti pubblici

Secondo la ricostruzione fin qui svolta, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul tema dell'affidamento dei servizi sociali ha attribuito agli Stati membri un ampio margine nel disciplinare un possibile rinnovato paradigma tra principio di solidarietà e principio di concorrenza.

La disciplina dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 necessita a questo punto di un confronto con le regole vigenti del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.) al fine di interrogarsi, in via ermeneutica, su un possibile coordinamento tra le due discipline in un contesto di bilanciamento tra fini solidaristici e concorrenza (fermo restando che, come rilevato dal parere del Consiglio di Stato e dall'ANAC, il codice del terzo settore poteva essere l'occasione per una più chiara rimodulazione normativa che però, almeno ad oggi, non vi è stata, determinando incertezze per l'interprete).

3.3.2. Il regime "riservato" degli appalti di servizi sociali

Il D. Lgs. n. 50 del 2016 ha modificato la disciplina degli affidamenti nei servizi sociali, che non si trovano più nell'ambito dei settori esclusi

essi spetta il compito di definire e rendere effettivo ed efficiente il principio di solidarietà, attraverso un'adeguata organizzazione dei servizi sociali, senza eccessivi vincoli esterni provenienti dalla legislazione di regolazione del mercato". Tale prospettiva consentirebbe "un'evoluzione qualitativa del rapporto fra solidarietà e concorrenza: dalla concezione radicalmente dicotomica di tale rapporto, a lungo fatta propria dalle istituzioni europee, basata sul conflitto e sulla contrapposizione, di ritiene auspicabile muoversi nella direzione del concorso e della coabitazione, con l'obiettivo di "adattare" le regole della concorrenza alle istanze espresse dalla solidarietà sociale" (S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Bari, 2013, p. 67 e ss.; v. anche S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o (concorso)?*, in *Merc. conc. reg.* 2004, p. 75 e ss.)

dall'applicazione del codice⁵⁰, ma sono stati collocati nell'ambito dei c.d. "particolari regimi di appalto" (Titolo VI della parte II) destinatari di un regime riservato e di un regime c.d. alleggerito.

Per quanto riguarda il regime riservato, l'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. ha recepito l'articolo 77 della direttiva 2014/24/UE (che peraltro non era una norma di recepimento necessario) introducendo delle regole peculiari cui si sono aggiunte quelle della convenzione di cui all'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017.

L'articolo 143 comma 1 attribuisce il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali, culturali di cui all'allegato XIV, con procedure di gare riservate, solo alle organizzazioni che rispettino le condizioni di cui all'articolo 143 comma 2:

- a. l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione di servizi di cui al comma 1;
- b. i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
- c. le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che segue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;

⁵⁰ Rileva L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: regime -non troppo- "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. e app.*, 8-9/2016, p. 1004 che: "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)".

d. l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni”.

Si tratta di una disposizione che introduce una procedura di gara a concorrenza limitata (similmente a quanto previsto per le cooperative sociali dall'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016)⁵¹; ossia si tratta di appalti riservati alle organizzazioni con determinate caratteristiche che riecheggiano le organizzazioni di volontariato, benchè le medesime non vengano espressamente indicate: appare pertanto una norma speculare alla riserva in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione, mediante convenzione, di servizi alla persona, oggi prevista dall'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, che restringe la concorrenza solo tra determinate tipologie di organizzazioni.

La legittimazione di una procedura di gara a concorrenza limitata, con deroga della gara pubblica estesa a tutti gli operatori economici, è stata confermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato: “la Corte di Giustizia ha, in effetti, espressamente consentito di derogare al generale principio della pubblica gara estesa a tutti gli operatori economici, in favore delle associazioni no profit, solo per i servizi di ambulanza e di trasporto sanitario d'urgenza; tuttavia non ha espressamente escluso dalla deroga i servizi di trasporto sanitario in genere, che restano comunque connessi alle ragioni di necessità ed urgenza tipiche del settore, dovendo essere i servizi di trasporto, ordinari e non, fungibili ove necessario a far fronte alle emergenze, e dovendo rispondere anche i servizi ordinari ai criteri di urgenza necessari per la tutela della salute umana, così come è ben evidenziato dalla avvenuta espressa inclusione, fra i servizi non di emergenza/urgenza, del trasporto di organi espianati

⁵¹ Secondo la dottrina, L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni)*, cit., p. 1011, tale articolo avrebbe consentito di superare la diatriba in ordine alla legittimità di procedure selettive a concorrenza limitata.

per trapianti, pur essendo anche tale trasporto caratterizzato da intuibili profili di imprevedibilità e di somma urgenza nell'esecuzione. La contestata estensione della previsione in deroga non appare quindi irragionevole o non proporzionata, alla stregua delle indicazioni della Corte di Giustizia (Sez. V, 28/01/2016, n.50) secondo cui per il trasporto sanitario le autorità locali di uno Stato membro possono procedere ad attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di pubblicità, ad associazioni di volontariato a condizione che le associazioni non abbiano fini di lucro, abbiano una finalità sociale e lo Stato persegua un obiettivo di tutela della solidarietà, come la tutela della salute della collettività e ragioni di efficienza di bilancio”⁵².

Se l'affidamento mediante convenzione di cui all'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 e l'appalto riservato dell'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 sembrano procedure alternative ma sovrapponibili, e quindi si potrebbe ipotizzare che la procedura competitiva prevista per la stipula della convenzione possa seguire le regole previste dall'articolo 143 citato, tuttavia il d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. “garantisce l'avvicendamento degli operatori del Terzo settore: in questo modo viene favorito l'accesso al mercato di nuovi soggetti e se ne incentiva lo sviluppo, evitando contemporaneamente fenomeni di fidelizzazione che potrebbero sfociare in corruzione”. Ed infatti “se si tratta di gare riservate ai sensi dell'art. 143, è preclusa la partecipazione ad organismi che siano stati aggiudicatari del medesimo servizio negli ultimi tre anni e i contratti riservati non possono avere una durata superiore a tre anni”

⁵² V. Cons. Stato, sez. III, sentenza 10 agosto 2016, n. 3615, in www.giustizia-amministrativa.it che ha riformato la sentenza adottata dal TAR Liguria – Genova che invece aveva accolto il ricorso di una società cooperativa che aveva impugnato il bando di gara la cui partecipazione era stata riservata solo alle organizzazioni di volontariato.

⁵³. Inoltre l'articolo 143, a differenza dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, non si riferisce al mero rimborso spese. Si potrebbe dunque ipotizzare che, da un punto di vista soggettivo gli enti del terzo settore destinatari dell'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 siano non solo le organizzazioni di volontariato ed associazioni di promozione sociale di cui all'articolo 56 ora citato.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sopra analizzata sembra avere legittimato la possibilità di affidamenti diretti mediante convenzioni oltre la tipologia del servizio di trasporto sanitario d'urgenza (escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE e del d.lgs. n. 50 del 2016); il che induce a riflettere sul mancato coordinamento con il codice dei contratti pubblici e sulla timidezza del legislatore che ben avrebbe potuto prevedere la possibilità di un regime differenziato con convenzione a più servizi alla persona garantendo comunque i principi di un confronto competitivo.

3.3.3. Gli appalti di servizi sociali secondo la disciplina dell'articolo 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017 n.56. Le concessioni di servizi sociali. Cenni

Al di fuori delle tipologie dei servizi alla persona per i quali è prevista dall'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. la possibilità di un regime riservato a “concorrenza limitata”, il codice dei contratti ha previsto l'assoggettamento alla disciplina dell'evidenza pubblica degli “appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari” (art. 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.) sottoponendoli tuttavia non a tutte le regole previste per la disciplina ordinaria degli appalti. Peraltro la

⁵³ D. CALDIROLA, *Stato, mercato e terzo settore nel decreto n.117/2017: una nuova governance della solidarietà*, in *www.federalismi.it*, 31/01/2018, p.21-22

formulazione dell'articolo 142 è stata ampiamente modificata dal decreto correttivo (D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

La novità del D. Lgs. n. 50 del 2016 è stata inserire gli appalti dei servizi sociali nell'ambito di applicazione del codice dei contratti, dal quale in passato erano esclusi (mentre non è chiaro se le concessioni di servizi pubblici destinate solo di alcune regole della direttiva 2014/23/UE siano contemplate del codice dei contratti pubblici). Tale inclusione è stata influenzata dalla direttiva europea 2014/24/UE sugli appalti pubblici che, confermando l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva dei servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, ha invece ritenuto di includervi tutti gli altri.

Tuttavia, dalla lettura del considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, si ricava una chiara presa di posizione relativamente a taluni servizi sociali, sanitari e scolastici al di sotto della soglia europea, per i quali è stato lasciato agli Stati membri ampio margine di scelta sulla tipologia di regime da scegliere, non essendo di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri: "Certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi. Servizi alla persona con valori al di sotto di tale soglia non saranno, in genere, di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano

indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione per i progetti transfrontalieri”⁵⁴.

Tale previsione avrebbe potuto (o potrebbe) consentire di effettuare per gli “appalti” sotto soglia⁵⁵ una scelta diversa dalla mera applicazione dell'affidamento nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 36⁵⁶ del d.lgs. n. 50 del 2016 (espressamente richiamato anche all'articolo 142 comma 5 - *octies* - che rinvia agli appalti di servizi individuati nel comma 5 *bis*: “servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche⁵⁷, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative”-, nonché all'articolo 140 comma 1 che estende tali regole anche ai settori speciali),

⁵⁴ Cfr. Considerando 114 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, in www.curia.europa.eu

⁵⁵ È stata quindi prevista una disciplina diversa per i servizi nei settori ordinari ed i servizi nei settori speciali. Per quanto riguarda la soglia di rilevanza europea, l'art. 35 del D. Lgs 50/2016, individua al primo comma lettera d) la soglia per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX nei settori ordinari (€ 750.000); ed al secondo comma lettera c) la soglia per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IX nei settori speciali (€ 1.000.000).

Si tratta di una novità rispetto alla disciplina precedente che prevedeva un'unica soglia per gli affidamenti dei servizi, senza distinguere tra settore ordinario e settori speciali e non distingueva neanche tra servizi e servizi sociali.

⁵⁶ L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. prevede:

-l'obbligo di rispettare i principi di cui all'art. 30, di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

-nonché rispettare il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti ed in modo da assicurare l'effettiva partecipazione delle microimprese.

Ferma restando la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento di servizi inferiori alle soglie secondo le seguenti modalità:

-per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;

-per affidamenti di importo superiore ad euro 40.000 ed inferiore ad euro 150.000 per i servizi mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

- per affidamenti di importo superiore ad euro 150.000 ed inferiore ad un milione mediante con osservanza del principio di rotazione.

⁵⁷ Peraltro le organizzazioni politiche e le associazioni sindacali non rientrano espressamente tra gli enti del terzo settore secondo la previsione dell'articolo 4 del d.lgs. n. 117 del 2017; come anche le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro e gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti.

consentendosi alternativamente la possibilità di ricorrere alle convenzioni (come previsto per le convenzioni con le cooperative sociali).

Allo stato tale possibilità è prevista solo per gli affidamenti alle organizzazioni di volontariato, alle associazioni di promozione sociale ed alle cooperative sociali ma, considerato il dichiarato non interesse transfrontaliero per l'affidamento dei servizi sociali al di sotto di una certa soglia, si sarebbe potuta introdurre una disciplina uniforme che, pur nel rispetto di un confronto competitivo (al fine di evitare possibili deviazioni patologiche) potesse consentire di procedere con affidamenti mediante convenzioni per gli appalti nei settori ordinari e speciali sotto la soglia europea. Ragionando in tal senso, andrebbe attentamente valutata e ripensata l'assimilazione propria del codice dei contratti (ma non della disciplina del terzo settore) tra servizi forniti da associazioni sindacali e da organizzazioni politiche ai servizi forniti dagli enti del terzo settore, espressamente esclusa dall'articolo 4 del codice del terzo settore: ciò proprio al fine di non ingenerare alcun dubbio su possibili derive patologiche.

Del resto la possibilità alternativa della convenzione sembrerebbe auspicata dal legislatore che, nella relazione al codice del terzo settore, ha ribadito che le previsioni degli articoli 142 e 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. lascerebbero la facoltà "di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione"⁵⁸. Anche altra dottrina sembra concordare che "relativamente agli affidamenti ai soggetti del Terzo settore, per importi inferiori alla soglia comunitaria, si applica la disciplina contenuta nell'art. 5, della legge n. 328/00 (che come in precedenza evidenziato prevede forme di

⁵⁸ Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017*, in *www.governo.it*

aggiudicazione sia tramite gara ad essi riservata, che tramite forme negoziate sempre riservate) e nel d.p.c.m. 30 marzo 2001”⁵⁹.

-Per quanto riguarda gli appalti dei servizi sociali pari o superiori alla soglia europea (euro 750.000 per i settori ordinari ed euro 1.000.000 per i settori speciali), essi sono stati disciplinati nell’ambito dei c.d. “particolari regimi di appalto” (Titolo VI, Capo I, Sezione IV della parte II) che sono stati assoggettati al c.d. regime alleggerito⁶⁰ diversificato a seconda che si ricada nei settori ordinari (artt. 142 e 143 Capo II) o in quelli speciali (art. 140 Capo I), ma comunque sempre ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

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,

⁵⁹ A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in www.federalismi.it, 6.06.2018, p. 26. V. anche A. FOSSATI, *L’affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in E. CODINI - A. FOSSATI - S.A. FREGO LUPPI, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 121

⁶⁰ L’espressione è di L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali*, cit., p.1001

⁶¹ V. Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari in www.curia.europa.eu

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”.

La dottrina ha sottolineato come il legislatore europeo abbia lasciato molto più liberi gli ordinamenti interni nel recepimento della direttiva 2014/24/UE riguardo agli affidamenti dei servizi sociali, criticando la modalità di recepimento del nostro legislatore e sottolineando che, solo con il decreto correttivo del codice dei contratti del 2017 (d.lgs. 19 aprile 2017, n.56) è stato introdotto un maggiore coordinamento con le norme generali del medesimo codice⁶².

Il regime alleggerito dei servizi sociali è simile sia per i settori ordinari che per i settori speciali. È stata prevista dal legislatore l'alternativa tra:

- avviso di gara o avviso periodico indicativo oppure avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione per i settori speciali (art. 140);

oppure

⁶² D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in www.federalismi.it n.3/2018, cit., p. 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”.

- bando di gara o avviso di preinformazione per i settori ordinari (art.142)⁶³.

In entrambi i casi gli atti devono indicare che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione di un bando di gara e recare l'invito agli operatori economici a manifestare il proprio interesse per iscritto.

La novità introdotta dal decreto correttivo al codice dei contratti, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è stata quella di prevedere un regime differenziato per alcune tipologie di servizi sociali individuati dall'allegato IX alla direttiva nei settori ordinari espressamente elencati all'articolo 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. Coesisterebbero dunque due discipline diverse tra servizi elencati nell'allegato IX: per una parte resterebbe applicabile la disciplina iniziale del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre per quelli individuati all'articolo 142

⁶³ Gli avvisi di preinformazione consistono nel rendere nota entro il 31 dicembre di ogni anno l'intenzione di bandire per l'anno successivo determinati appalti, pubblicando un avviso di preinformazione sul proprio profilo di committente dalla stazione appaltante e se sopra la soglia europea anche dall'Ufficio pubblicazioni dell'Unione Europea.

Occorre precisare che il regime alleggerito non esclude la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza preavviso avviso/bando di gara. Infatti sia l'art. 140, che l'art. 142, prevedono che possa essere utilizzata la procedura negoziata di cui all'art. 63 per l'aggiudicazione dell'appalto, se ne ricorrano i presupposti: a) ossia per i servizi qualora non sia stata presentata alcuna offerta o offerta appropriata o domanda di partecipazione in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta c) nella misura strettamente necessaria quando per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili i termini per le procedure aperte, ristrette o negoziate non possano essere rispettate. Le circostanze non devono essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

Per quanto riguarda il criterio di aggiudicazione l'art. 95, comma 3, lettera a) del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. dispone che: "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)".

comma 5 bis sarebbe stato introdotto un regime con più limitazioni che il Consiglio di Stato ha definito “intermedio” perché si applicherebbero solo una parte delle disposizioni riguardanti le procedure ad evidenza pubblica ordinarie. Il Consiglio di Stato nel parere comm. spec. 30 marzo 2017, n. 782⁶⁴, sul decreto correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, 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.

Per quanto riguarda le concessioni di servizi sociali benchè non siano espressamente disciplinate né dal d.lgs. n. 117 del 2017 e neppure dal d.lgs n. 50 del 2016 e s.m.i., tuttavia l’articolo 19 della direttiva 2014/23/UE “Servizi sociali e altri servizi specifici” prevede che “Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell’allegato IV che rientrano nell’ambito di applicazione della presente direttiva sono soggetti esclusivamente agli obblighi previsti dall’articolo 31, paragrafo 3, e degli articoli 32, 46 e 47”; ossia (31.par. 3) sono tenuti a rendere “nota l’intenzione di aggiudicare la prevista concessione mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione”; nonchè ad inviare un avviso di aggiudicazione entro quaranta giorni dall’aggiudicazione di una concessione. Non si può quindi escludere la possibilità di ricorrere alla concessione per l’affidamento di servizi sociali, dovendo rispettare almeno l’obbligo di pubblicità mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione e gli avvisi di aggiudicazione⁶⁵. La mancata previsione nel d.lgs. n. 50 del 2016

⁶⁴ Cfr. Parere Consiglio di Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, in *www.giustizia-amministrativa.it*

⁶⁵ V. inoltre gli articoli 42 e 46 della citata direttiva obbligano gli Stati membri ad adottare i provvedimenti necessari affinché gli appalti e le concessioni disciplinati anche dalla direttiva

potrebbe essere interpretata come esclusione della concessione di servizi sociali dall'ambito di applicazione della medesima, anche se nel codice dei contratti vi sono delle previsioni (gli articoli 180 e ss. del d.lgs. n. 50 del 2016 sul partenariato pubblico-privato) che potrebbero essere declinate come concessione di servizi sociali.

4. La disciplina del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza

La possibilità di affidare in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato i soli servizi di trasporto sanitario di “emergenza e urgenza” è stata prevista espressamente, a livello nazionale, dal codice del Terzo settore (art. 57 d.lgs. n.117 del 2017). Si tratta di una convenzione già prevista dall'ordinamento⁶⁶ ed oggetto della sentenza della Corte di Giustizia “Spezzino”⁶⁷.

La convenzione non è consentita a tutti gli enti del terzo settore ma, da un punto di vista soggettivo, alle organizzazioni di volontariato ed alle associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi nel registro unico nazionale, aderenti ad una rete associativa ed accreditate secondo la disciplina regionale.

Per tale convenzione il legislatore ha previsto l'affidamento in via prioritaria: quindi, a differenza di quella di cui all'articolo 56 del d.lgs. n.

2014/23/UE possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile sulla base della considerazione che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti o le norme nazionali di recepimento.

⁶⁶ R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. e appalti*, 2015, p. 512 e ss.; P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti disomogenei*, in *Urb. e app.*, 2011, n. 3, p. 336 e ss.

⁶⁷ Corte di Giustizia *Azienda Sanitaria n. 5 “Spezzino”* dell'11 dicembre 2014, C-113/13, in www.curia.europa.eu: “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, purchè 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”.

117 del 2017, non è richiesta una valutazione preliminare di maggior favore rispetto al mercato, bensì è consentito l'affidamento diretto⁶⁸.

Tale posizione era stata già adottata dall'Unione Europea che, con la direttiva 2014/24/UE al considerando n. 28, aveva espressamente posto al di fuori del proprio ambito applicativo i servizi di emergenza nell'ipotesi in cui vengano erogati da enti senza scopo di lucro⁶⁹.

⁶⁸ La dottrina (L. GILI, *Il codice del terzo settore*, cit., p. 20) peraltro ha osservato che sussisterebbe un dubbio interpretativo in relazione all'articolo 57 comma 2 che richiamerebbe le previsioni dell'articolo 56 comma 3 "il quale dispone che la scelta dell'ETS debba avvenire tramite procedure comparative il che fa ritenere operante la regola dell'affidamento (*recte* scelta) tramite procedura comparativa e come eccezione (motivata) quella dell'affidamento diretto".

In ordine all'articolo 57 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 la relazione al codice del terzo settore in www.governo.it ha precisato che: "l'articolo 57 detta una disciplina speciale per quanto concerne i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza: in ragione della peculiarità del servizio, strettamente connesso alla tutela della salute della persona, si prevede che detti servizi possano costituire oggetto, in via prioritaria, di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, in presenza di specifici requisiti e condizioni. Sotto il profilo soggettivo, la norma prevede un rafforzamento dell'affidabilità, prescrivendo oltre al requisito dell'iscrizione da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, l'adesione ad una rete associativa. Inoltre, in coerenza con i recenti orientamenti espressi dalla Corte di giustizia europea, l'affidamento diretto dei servizi in parola deve contribuire effettivamente al raggiungimento delle finalità sociali, sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituisca una scelta tutoria dell'economicità dell'azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio. Inoltre i servizi devono essere effettuati solo a rimborso delle spese effettivamente sostenute, non potendo le organizzazioni affidatarie trarre alcun profitto dal servizio, né tantomeno procurarlo ai propri membri. La norma in esame esplicita e salvaguarda detti presupposti, anche attraverso il richiamo alle disposizioni contenute nel precedente articolo 56. Tale disposizione si colloca inoltre all'interno della più recente cornice normativa europea, con specifico riguardo alla Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la quale, in tema di servizi alla persona, prevede che gli Stati membri sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione. Pertanto, la previsione contenuta negli art.142 e 143 del D.Lgs n.50/2016, che recepisce la sopra menzionata direttiva n.24/2014, nel disciplinare il particolare regime giuridico degli appalti nei servizi sociali, lascia impregiudicata la facoltà di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione, già presente nel nostro ordinamento con le richiamate disposizioni di cui all'art.7 della legge n.266/1990 e all'art.30 della legge n.383/2000".

⁶⁹ 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

Inoltre la medesima direttiva all'art.10 *Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi*, al primo comma lettera h) aveva stabilito che: *“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 752511207, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”*.

Il contenuto del citato articolo è stato fedelmente ripreso dal legislatore nazionale che, all'art. 17⁷⁰ del D. Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. *“Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessioni di servizi”*, al primo comma lettera h) esenta dall'applicazione del codice dei contratti pubblici il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, ma non quello del trasporto dei pazienti in ambulanza.

Ossia le nuove disposizioni comunitarie e nazionali (art. 17 lettera h) del d.lgs. 50/2016) in materia di appalti pubblici espressamente hanno riconosciuto l'area dell'affidamento diretto ai soli servizi di trasporto in ambulanza che possano definirsi di *“emergenza”*⁷¹; nonostante invece la

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”.

⁷⁰ Art. 17 D. Lgs. n. 50 del 2016: *“1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza.”*

⁷¹ In senso conforme T.A.R. Roma, sez. III, 2 febbraio 2018, n. 1227, in *www.giustizia-amministrativa.it* secondo cui *“la procedura non ha per oggetto l'affidamento del solo trasporto con ambulanza, per cui troverebbero applicazione, come sostenuto da parte*

giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e la formulazione del considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, avrebbero potuto consentire scelte legislative diverse, almeno per gli affidamenti al di sotto della soglia europea.

Per quanto riguarda poi gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale essi dovrebbero essere soggetti al “regime alleggerito” del codice dei contratti pubblici se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza sia superiore al valore di altri servizi di ambulanza⁷².

Alla luce della ricostruzione fin qui svolta si condivide la recente ricostruzione del T.A.R. Puglia - Lecce relativamente al servizio di trasporto in ambulanza di emergenza, secondo cui: “Il dettato dell’art. 57, e quanto specificato nella relazione al codice relativamente a questo articolo, indicano chiaramente che l’art. 17, lett. h), d. lgs. 50/2016, non può essere letto nel senso della obbligatorietà della gara per l’affidamento dei servizi in questione, ma al contrario deve ritenersi oramai codificato il principio dell’affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza”⁷³.

5.1. Il terzo settore e gli affidamenti alle cooperative sociali

ricorrente, gli articoli 142 e 143 del Codice degli appalti, ma il servizio di soccorso sanitario in emergenza in area extraospedaliera, come emerge dal frontespizio dell’avviso pubblico”.....“mentre il primo consiste nel trasporto ordinario di pazienti c.d. interospedaliero da una struttura ospedaliera all’altra per ragioni non connesse ad una situazione emergenziale, il servizio extraospedaliero consiste nelle attività di soccorso al di fuori dei plessi ospedalieri e consiste nel trasporto e nelle attività di prima cura di un paziente che versa in una situazione emergenziale”.

⁷² Così dispone l’art. 10 della Direttiva 2014/24/UE, del quale l’art. 17, comma 1 lett. h) D. Lgs n. 50/2016 è una fedele trasposizione. Sul punto v. Consiglio di Stato, sez. III, n. 1139 del 22.02.2108, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷³ Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, sent. n. 32 del 12.01.2018, in www.giustizia-amministrativa.it

Nel panorama degli enti del terzo settore le cooperative sociali svolgono un ruolo importante “sia nella produzione di servizi alla persona che nello svolgimento di attività finalizzate al miglioramento dei livelli di benessere sociale di chi si trova in uno stato di disagio fisico, psichico ed economico”⁷⁴ in quanto hanno lo scopo di perseguire l’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini. La peculiarità delle cooperative sociali è che in esse coesistono una natura solidaristica ed una disciplina generale delle società commerciali, rendendole sia enti del terzo settore che soggetti imprenditoriali, capaci di confrontarsi sia con imprese lucrative che con altri tipi di cooperative. Il limite di tale particolare collocazione ordinamentale è evitare le disfunzioni, le patologie ed i comportamenti opportunistici che il regime delle cooperative sociali potrebbe astrattamente consentire.

Come già evidenziato, il testo unico del Terzo settore non ha introdotto delle regole eguali per tutti gli enti, confermando nel d.lgs. n. 117 del 2017 la vigenza della legge n.381 del 1991 e, per l’affidamento alle cooperative, la deroga alla disciplina generale in materia di contratti della pubblica amministrazione, purchè ricorrano delle precise condizioni individuate all’art. 5 della legge n. 381 del 1991⁷⁵.

⁷⁴ A. MIRAGLIA, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 2, p. 150; P. MINETTI, *Affidamento diretto alle cooperative sociali nel quadro normativo attuale*, in *Comuni d’Italia*, 2008, 6, p. 45 e ss.

⁷⁵ Art. 5 legge 381 del 1991: “Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all’articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell’IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all’articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza. 2. Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le cooperative sociali debbono risultare iscritte all’albo regionale di cui all’articolo 9, comma 1. Gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea

Anche il d.lgs. n. 50 del 2016 ha confermato la vigenza del medesimo articolo 5 citato, prevedendo all'articolo 112 comma 1 che sono fatte salve le “disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali”. Il coordinamento tra la disciplina del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici per l'affidamento alle cooperative sociali sembra meglio risolto rispetto agli altri enti del terzo settore.

Appare quindi dirimente delineare i limiti oggettivi e soggettivi di questa deroga al fine di applicarla correttamente.

Da un punto di vista soggettivo la legge n.381 del 1991 individua due distinte tipologie di cooperative:

-le cooperative di tipo A che svolgono servizi socio – sanitari ed educativi, volti, attraverso l'impiego di soci lavoratori, a fornire servizi a favore di persone bisognose di intervento in ragione dell'età, della condizione familiare, personale o sociale;

debbono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali di cui al comma 3, ovvero dare dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi.³ Le regioni rendono noti annualmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, i requisiti e le condizioni richiesti per la stipula delle convenzioni ai sensi del comma 1, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali. 4. Per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto.” Per un commento alla legge n. 381 del 1991: A. PROPERSI – G. ROSSI, *Gli enti non profit*, Milano, 2005, p. 141-150. L. MARTINELLI - S.LEPRI, *Le cooperative sociali*, Milano, 2001, p. 9-19.

Si segnala inoltre che, in attuazione della legge delega n. 106 del 2016 è stato adottato il decreto legislativo 3 luglio 2017, n.112 “Revisione della disciplina in materia di impresa sociale a norma dell'articolo 1 comma 2, lettera c, della legge 6 giugno 2016, n. 106” in cui è previsto che le cooperative sociali ed i loro consorzi di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381 acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali (modificato dal d.lgs. 20 luglio 2018, n.95 “Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della legge 6 giugno 2016, n. 106”).

-le cooperative di tipo B che svolgono attività diverse da quelle di tipo A (agricole, industriali, commerciali o di servizi) al fine di promuovere l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate⁷⁶.

Per quanto riguarda la deroga al regime degli appalti questa si applica solamente agli affidamenti disposti a favore delle cooperative di tipo B; di contro le cooperative di tipo A concorrono sul mercato con gli altri operatori economici in caso di affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica.

Per quanto concerne il profilo oggettivo, il regime di favore previsto per gli affidamenti alle cooperative di tipo B è subordinato al ricorrere di specifiche condizioni⁷⁷.

Qualora quindi ricorrano i suddetti requisiti, sia soggettivi che oggettivi, l'affidamento può avvenire in deroga al codice dei contratti mediante la stipula di apposita convenzione. Si tratta in ogni caso di una facoltà e non di un obbligo. Su tale possibilità di procedere ad affidamento diretto tramite convenzioni per le cooperative sociali si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa la quale ha chiarito che: "in materia di affidamento diretto, tramite convenzione, in favore di una cooperativa sociale, l'art. 5 l. 381/91 (recante disciplina delle cooperative sociali) consente all'amministrazione, quando ricorrono le condizioni specificamente indicate, di affidare direttamente

⁷⁶ Sulla nozione v. tra gli altri, C. BORZAGA, *Introduzione. La cooperazione sociale di inserimento lavorativo: quale ruolo e quali politiche di sostegno?* in G. MAROCCHI, *Integrazione lavorativa, impresa sociale, sviluppo locale: l'inserimento lavorativo in cooperative sociali di lavoratori svantaggiati come fattore di crescita dell'economia locale*, Milano, 1999, p. 18-20

⁷⁷ V. Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, cit., p.24 che elenca le seguenti condizioni che devono possedere le cooperative di tipo B:

- l'importo stimato dell'affidamento al netto dell'IVA deve essere inferiore alla soglia europea;
- l'affidamento deve avere ad oggetto la fornitura di beni e servizi diversi da quello socio – sanitari ed educativi;
- l'affidamento deve essere finalizzato a creare opportunità di lavoro per i soggetti svantaggiati;
- questi ultimi devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere soci della cooperativa stessa

alle predette cooperative sociali appalti di fornitura di beni e servizi pubblici. Tale tipologia di appalti presuppone, in coerenza con la causa del contratto, che la relativa prestazione sia rivolta all'amministrazione per soddisfare una sua specifica esigenza al fine di ottenere, quale corrispettivo, il pagamento di una determinata somma. Tuttavia tale norma, derogando ai principi generali di tutela della concorrenza che presiedono allo svolgimento delle procedure di gara, ha valenza eccezionale ed in quanto tale deve essere interpretata in maniera restrittiva. Ne consegue che non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati”⁷⁸.

La scelta di avvalersi del modulo convenzionale costituisce il frutto di una valutazione discrezionale che, come tale, deve essere adeguatamente motivata.

In particolare il criterio dell'adeguatezza, che orienta l'azione della pubblica amministrazione, richiede che vengano esplicitate, sia in fase di programmazione che nella convenzione, le finalità di ordine sociale che si intendono raggiungere ed impone che, in fase di esecuzione della convenzione, siano previsti appositi controlli onde verificare il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Ossia l'utilizzo dello strumento convenzionale non deve tradursi in una deroga completa al generale obbligo di confronto concorrenziale, giacchè l'utilizzo di risorse pubbliche impone il rispetto dei principi generali di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza, come disposto dall'art. 5, l. n. 381 del 1991 che impone espressamente il preventivo svolgimento di procedure di selezione idonee al rispetto dei predetti principi. Inoltre tale scelta, in quanto ritenuta eccezionale, deve essere interpretata in modo restrittivo, e non può riguardare

⁷⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 aprile 2013, n. 2342, in *www.giustizia-amministrativa.it*

l'esecuzione di lavori pubblici o la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, dovendosi in tale caso seguire le procedure ad evidenza pubblica⁷⁹.

5.2. La disciplina degli appalti e concessioni riservati agli operatori economici ed alle cooperative sociali e loro consorzi nell'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016

Le previsioni fin ora esaminate sono contenute nel testo unico del terzo settore. Tuttavia la disciplina degli affidamenti agli operatori economici, alle cooperative sociali ed ai loro consorzi, come già osservato, oltre alle previsioni dell'articolo 5 della legge n. 381 del 1991 è disciplinato da un apposito articolo del codice dei contratti pubblici, l'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale al primo comma fa espressamente salve “le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali”(ossia le convenzioni).

L'art. 112⁸⁰ prevede la facoltà per le stazioni appaltanti di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto ad operatori economici e a cooperative sociali ed i loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il trenta per cento dei lavoratori dei suddetti operatori

⁷⁹ V. Cons. di Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863, in www.giustizia-amministrativa.it che, in relazione ad un affidamento diretto da parte di un Comune del servizio di trasporto urbano, nei confronti di una cooperativa di tipo B ai sensi della legge n. 389 del 1991, lo ha ritenuto illegittimo in quanto l'affidamento aveva ad oggetto una concessione di servizio pubblico (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, sentenza 11 maggio 2010, n. 2829 in www.giustizia-amministrativa.it).

⁸⁰ L'art. 112 del codice dei contratti “Appalti e concessioni riservati” prevede che: “Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e i loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.”

economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati⁸¹.

Si tratta di una disciplina di gara di appalto pubblico riservata alle cooperative sociali.

A differenza della normativa prima analizzata sulle cooperative sociali, l'art. 112 tutela non solo i lavoratori svantaggiati ma anche le persone disabili al fine di garantire a tutti un accesso paritario al mercato degli appalti pubblici (in questo caso il bando di gara o l'avviso di preinformazione dovranno espressamente dichiarare che si tratta di un appalto riservato).

Oltre alla previsione di cui all'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i saranno applicabili alle cooperative sociali ed alle imprese sociali gli articoli 140, 142, 143 e 144 del d.lgs. n. 50 del 2016 con le medesime regole già in precedenza esaminate.

I profili più delicati, su cui si è soffermata di recente la giurisprudenza amministrativa, sono stati relativi a bandi di gara in ambiti ritenuti dalle organizzazioni di volontariato doversero essere oggetto di affidamenti diretti alle medesime.

Si segnala in proposito una recentissima sentenza del Consiglio di Stato che ha accolto l'appello di una cooperativa sociale la quale aveva sostenuto il contrasto con l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario misto per la prestazione di servizi in ambulanza (che secondo il 28 considerando della direttiva 2014/24/UE dovrebbero essere soggetti al "regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi in ambulanza" in

⁸¹ Il comma 2 dell'articolo 112 specifica che si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge n.68 del 1999; le persone svantaggiate quelle previste dall'articolo 4 della legge 381 del 1991, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione ed al lavoro all'esterno.

particolare ai servizi di emergenza espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva") confermando che tali servizi rientrano nell'ambito delle gare di appalto di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144 del d.lgs. n. 50 del 2016⁸². Tuttavia la sentenza, pur richiamando sia il regime alleggerito che la gara "riservata", accogliendo l'appello della cooperativa sociale (che sarebbe stata esclusa da una gara "riservata" a concorrenza limitata soggettivamente tra le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale) ha ritenuto che la gara in questione dovesse essere inclusa nell'ambito del regime "alleggerito", senza approfondire gli aspetti soggettivi ed oggettivi della gara "riservata" di cui all'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.

⁸² V. Consiglio di Stato Consiglio di Stato, sez. III, n. 1139 del 22.02.2108, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "Dunque, i servizi di trasporto di persone in ambulanza, qualora di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di 750.000,00 euro (art. 35 comma 1, lett. d) come nella specie, ricadono nell'ambito della direttiva UE 24/2014 e del relativo titolo III, dedicato ai particolari regimi di appalto: in specifico, gli artt. 74 e ss. indicano le disposizioni in tema di affidamento di cui all'allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza). Nell'ambito del d.lgs. 50/2016 i servizi di ambulanza identificati con il CPV predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140, 142, 143 e 144 del codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il cd. "regime alleggerito" di cui all'art.142 o secondo il sistema della gara "riservata" a determinate categorie di operatori no-profit, ai sensi dell'art. 143".