



CONTRIBUTO
CONSULTAZIONE
PUBBLICA
ANAC

“Indicazioni in materia
di affidamenti
di servizi sociali”

1. Gli istituti di cui all'art. 55 del Codice del terzo settore come richiamati dal documento in consultazione

Il documento in consultazione pubblicato dalla Autorità nazionale anticorruzione il 10 maggio 2019 richiama gli istituti introdotti dall'art. 55 del Codice del terzo settore in tre diverse occasioni.

Nel primo caso il richiamo è svolto **ai fini della individuazione delle fattispecie estranee alla disciplina del codice dei contratti pubblici per la selezione del contraente** (in particolare paragrafo 2.1 del documento).

In particolare, sulla base di quanto espresso dal parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018, il documento richiama e fa propria la tesi per cui **“la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria”**, e quindi al codice dei contratti pubblici, **se sussistono queste tre condizioni:**

- a. **la procedura non ha carattere selettivo** e, quindi, le procedure di co-programmazione, co-progettazione, autorizzazione e accreditamento sono **aperte a tutti gli operatori che chiedano di partecipare, senza che sia stato previamente individuato un numero o un contingente prefissato;**
- b. **la procedura** di co-progettazione **non tende**, neppure prospetticamente, **all'affidamento di un servizio sociale, ovvero alla gestione o alla co-gestione a titolo oneroso di un servizio sociale;**
- c. **la procedura disciplinata dal diritto interno mira all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale**, ma quest'ultimo è svolto **a titolo integralmente gratuito, ossia in assenza di un corrispettivo.**

Riprendendo la posizione del Consiglio di Stato nel 2018, **la gratuità coinciderebbe con la non onerosità del rapporto** e si avrebbe in tutte quelle ipotesi in cui vi è “un aumento patrimoniale da parte della collettività cui **corrisponde una diminuzione patrimoniale del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore.** In sostanza deve aversi **la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto oppure il sostenimento eventuale di costi da parte del prestatore senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale”**. Si tratterebbe di una gestione sostanzialmente

in perdita per il prestatore che porterebbe a non qualificare le procedure come appalti di servizi sociali.

Nel secondo caso, **la co-programmazione e la co-progettazione** del servizio sono individuate quali **parti delle procedure di gara tradizionali** o, meglio, quali fasi prodromiche connesse alla individuazione di enti partner destinati, poi, a svolgere il **servizio programmato a titolo oneroso**. Per questo motivo **il documento in consultazione specifica che la selezione degli enti (gestori) dovrà avvenire nel rispetto delle procedure di affidamento richiamate dal codice dei contratti pubblici all'articolo 142, commi da 5-sexies a 5-opties** (in particolare paragrafi 6.7, 6.8, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 del documento);

Infine, l'art. 55 del Codice del Terzo settore viene analizzato rispetto a quanto già previsto dall'art. 7 del **DPCM 30 marzo 2001**, mai abrogato, dove si riconosce **“alle organizzazioni del Terzo settore un ruolo di rilievo in materia di progettazione di interventi innovativi e sperimentali finalizzati ad affrontare specifiche problematiche sociali**. In tali ipotesi, si consente ai Comuni di “indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare per la realizzazione degli obiettivi” (in particolare paragrafo 23 del documento).

Come già previsto dalle Linee guida ANAC in materia di affidamento a enti del terzo settore e alle cooperative sociali di cui alla Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, il documento in consultazione precisa che lo strumento di cui all'art. 7 del DPCM 30 marzo 2001 **“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:**

- a. inclusione degli stessi nella rete integrata dei servizi sociali;
- b. collaborazione fra P.A. e soggetti del terzo settore;
- c. **messa in comune di risorse** per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi”.

Per questi motivi la collaborazione per la realizzazione degli obiettivi si risolverebbe in **“una compartecipazione del partner alla realizzazione del progetto con proprie risorse** intese come **beni immobili, attrezzature, strumentazioni, automezzi, risorse umane, capacità di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici, attività di coordinamento e organizzazione, cura dei rapporti con la rete territoriale”**.

Per l'Autorità nazionale anticorruzione si tratterebbe dunque di **una deroga all'applicazione del codice dei contratti pubblici che si sostanzierebbe in "un accordo di collaborazione tra la stazione appaltante e un soggetto del Terzo settore" giustificata esclusivamente dagli elementi dell'innovazione e della sperimentazione.**

In questo senso gli istituti previsti dall'art. 55 del Codice del terzo settore e dall'art. 7 del DPCM 30 marzo 2001 non sarebbero perfettamente coincidenti.

2. Analisi critica, considerazioni e proposte circa l'ambito di applicazione degli istituti introdotti dall'art. 55 del Codice del Terzo settore.

Quanto ai contenuti del documento in consultazione con riferimento agli istituti introdotti dall'art. 55 del Codice del Terzo settore si portano all'attenzione dell'Autorità nazionale anticorruzione le seguenti considerazioni critiche.

Con riferimento al secondo caso sopra richiamato non si pongono particolari dubbi o perplessità. **Nulla vieta infatti che, la co-programmazione e la co-progettazione del servizio si pongano come fasi di una procedura di gara più articolata e regolata dal regime alleggerito di cui al Codice dei contratti pubblici (art. 142, commi da 5-sexies a 5-opties) al fine di individuare enti privati partner destinati a svolgere e gestire il servizio programmato a titolo oneroso.**

Più problematiche e non condivisibili sono le argomentazioni su chi si fondano le conclusioni indicate nelle altre due ipotesi citate ai punti 1) e 3) del precedente paragrafo.

2.1. Il contenuti e la finalità della co-progettazione e degli altri istituti di cui all'art. 55 del Codice del terzo settore.

Innanzitutto, non c'è ragione di ritenere che l'istituto della co-progettazione di cui all'art. 7 del DPCM 30 marzo 2001 sia sostanzialmente diverso da quello disciplinato dall'art. 55 del Codice del terzo settore.

Quest'ultimo atto normativo ha inteso infatti estendere la portata dello strumento collaborativo, dato dalla co-progettazione, che ora va intesa quale strumento ordinario delle relazioni tra le pubbliche amministrazioni e - in via prioritaria, ma non esclusiva - gli enti del

terzo settore per l'individuazione e lo svolgimento di attività e/o servizi di interesse generale.

Come è noto, infatti, la disposizione stabilisce alcuni principi generali e introduce alcuni specifici istituti o, meglio, ne amplia l'ambito di applicazione.

Sul piano dei principi, fondamentale è **il principio di sussidiarietà**, tanto orizzontale quanto verticale. L'art. 55 del Codice del terzo settore rappresenta, infatti, **una delle più efficaci attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 Cost.** e quindi, in ultima analisi, della effettiva partecipazione dei cittadini alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3 Cost.). Tuttavia, la disposizione incide anche **sull'autonomia, unicità e responsabilità dei diversi livelli di governo, valorizzando il principio di sussidiarietà verticale** (art. 118 comma 1 Cost.).

In quest'ottica è posto **un dovere in capo ai soggetti pubblici**, i quali sono tenuti ad **assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore nella programmazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi di interesse generale**, già previsti in ambito sociale dalla Legge n. 328 del 2000.

L'approccio collaborativo riguarda tanto la fase di programmazione quanto quella di gestione e attuazione degli obiettivi predeterminati in modo condiviso.

Per questo, le finalità e il contenuto degli istituti sono identici a quelli che, prima della emanazione del Codice del terzo settore, la Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 aveva riconosciuto come tratti distintivi della procedura introdotta dall'art. 7 del DPCM 30 marzo 2001, vale a dire:

- a. l'inclusione degli stessi nella rete integrata dei servizi sociali;
- b. la collaborazione fra P.A. e soggetti del terzo settore;
- c. **la messa in comune di risorse** per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi.

Non si rinviene, infatti, il motivo tecnico giuridico per ritenere che quanto detto valga solo per interventi innovativi e sperimentali.

Non si tratterebbe neppure di una deroga all'applicazione del Codice dei contratti pubblici il cui ambito di applicazione va ricostruito, come dimostrato nel paragrafo seguente, alla luce del diritto euro – unitario e non come proposto dal documento in consultazione nella PARTE I (paragrafi da 1 a 4), sulla scorta del parere reso dal Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018.

Sul piano giuridico operativo, si propone, quindi, all'Autorità nazionale anticorruzione di precisare che

“anche ai fini della individuazione dell’ambito applicativo degli istituti di cui all’art. 55 del Codice del terzo settore, si deve quindi ritenere che la collaborazione per la realizzazione degli obiettivi si sostanzia nella “compartecipazione del partner alla realizzazione del progetto con proprie risorse intese come beni immobili, attrezzature, strumentazioni, automezzi, risorse umane, capacità di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici, attività di coordinamento e organizzazione, cura dei rapporti con la rete territoriale”.

2.2. L’ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici: la non-onerosità dell’accordo o del contratto alla luce del diritto dell’Unione europea.

Come è noto, **con il parere del 20 agosto 2018, n. 2052**, la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha accolto **un’interpretazione piuttosto restrittiva degli istituti collaborativi previsti dal Codice del terzo settore**, ritenendo che essi debbano essere interpretati alla luce della normativa in materia di contratti pubblici e costituendo, nella loro applicazione ordinaria, forme di appalto rientranti nel «fuoco della normativa europea».

Più nel dettaglio, si è ritenuto che la procedura di co-progettazione si «sostanzia in un rapporto fra Amministrazione e specifici enti del terzo settore che presenta a monte un momento selettivo fra gli operatori interessati e tende a valle a disporre all’ente co-progettante l’affidamento del servizio».

Di conseguenza, «le procedure previste dal Codice del terzo settore [...] configurano, in ottica europea, appalti di servizi [...] e, pertanto, sono sottoposte anche alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, che si affianca, integrandola, a quella apprestata dal Codice del terzo settore».

Da questa premessa generale, **sarebbero esclusi solo i casi in cui le procedure di co-progettazione e partenariato:**

- a. siano prive di carattere selettivo;**
- b. non tendano all’affidamento del servizio o, infine,**
- c. impongano all’affidatario di svolgere quest’ultimo in forma integralmente gratuita.**

Proprio il criterio dell’onerosità/gratuità del rapporto instaurato tra pubblica amministrazione e enti del terzo settore (o, più in generale, enti privati) è quello che desta maggiori perplessità in quanto **non è ricavabile in via interpretativa dall’ordinamento dell’Unione europea**

dove, anzi, ci sono forti argomenti per ritenere che il presupposto della non-onerosità di un accordo o di un contratto pubblico-privato non coincida con quello della sua totale gratuità, così come interpretato invece dal Consiglio di Stato in sede consultiva e riproposto ora dal documento in consultazione.

Ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, la Corte di Giustizia è stata piuttosto chiara nel ritenere che **«ai fini dell'accertamento del carattere oneroso di un rapporto contrattuale e della conseguente qualificazione quale appalto pubblico di servizi, non rileva il fatto che la remunerazione concordata sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto»** (In tal senso CGUE, 19 dicembre 2012, causa C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.; si v. anche CGUE, 13 giugno 2013, causa C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG).

Tuttavia, è essenziale precisare che tale giurisprudenza si è formata a fronte di ipotesi in cui le somme percepite dai prestatori (profit o no-profit) erano calcolate a forfait (si veda CGUE, 18 ottobre 2018, causa C-606/17, IBA Molecular Italy Srl e CGUE, 29 novembre 2007, causa C-119/07, Commissione v. Italia).

Si deve, dunque, correttamente ritenere che **l'elemento discriminante per escludere o meno l'applicazione delle disposizioni in materia di contatti pubblici non sia la gratuità delle prestazioni o la loro fornitura in perdita, ma il rimborso analitico dei costi che, nella sistematica europea, modifica la logica della relazione pubblico-privata da «contrattuale pura» a «promozionale» o di sostegno.**

In altre decisioni, infatti, si evince che **la logica della sovvenzione, del co-finanziamento o della co-partecipazione alla realizzazione dell'attività privata non coincide con un affidamento di un servizio dietro corrispettivo, a condizione che vi sia la predeterminazione analitica dei costi (diretti e indiretti) ammissibili. Tra questi ultimi rientra anche il costo del personale** effettivamente impiegato per la realizzazione dell'iniziativa (TUE, sez. IV, 19 febbraio 2016, causa T-53/14, Ludwig-Bölkow-Systemtechnik v. Commissione)

In questi casi si esclude la presenza di un contatto pubblico di appalto a titolo oneroso in linea con quanto previsto anche dai considerando n. 4 e 114 della Direttiva UE 2014/24/UE per cui «il semplice finanziamento, in particolare tramite sovvenzioni, di un'attività che è spesso legata all'obbligo di rimborsare gli importi percepiti qualora essi non siano utilizzati per gli scopi previsti,

generalmente non rientra nell'ambito di applicazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici».

Si propone, quindi, all'Autorità nazionale anticorruzione di precisare che:

“ai fini della individuazione delle fattispecie estranee alla disciplina di cui al Codice dei contratti pubblici, ciò che rileva è la non-onerosità dell'accordo o del contratto concluso tra la pubblica amministrazione e uno o più enti privati del terzo settore a seguito della co-progettazione degli interventi o dei servizi.

Tale requisito sussiste ogni qualvolta sia preveda il rimborso non a forfait dei costi che, nella sistematica europea, modifica la logica della relazione pubblico-privata da «contrattuale pura» a «promozionale» o di sostegno.

In questo senso, la sovvenzione, il co-finanziamento o la compartecipazione alla realizzazione dell'attività privata non coincide con un affidamento di un servizio dietro corrispettivo, a condizione che vi sia la predeterminazione analitica dei costi (diretti e indiretti) ammissibili. Tra questi ultimi rientra anche il costo del personale effettivamente impiegato per la realizzazione dell'iniziativa”.

3. Gli affidamenti alle cooperative sociali

Il documento in consultazione dedica il paragrafo 24 agli affidamenti alle cooperative sociali, in particolare alle cooperative sociali tipo b).

Il testo si concentra sul **rapporto tra le disposizioni di cui all'art. 5 della Legge 8 novembre 1991, n. 381 e all'art. 112 del Codice dei contratti, mettendo in luce le differenze tra le due discipline.**

In particolare si afferma che i “due istituti **non sono perfettamente coincidenti, differenziandosi per l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione**”.

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, quello dell'art. 112 del Codice dei Contratti pubblici **appare più ampio sotto un duplice punto di vista.**

In primo luogo si riferisce a **operatori economici**, a cooperative sociali e loro consorzi, in secondo luogo lo scopo principale di tali soggetti deve essere **la reintegrazione sociale e professionale di persone disabili o svantaggiate** impiegate nella misura minima del trenta per cento. Al contrario, l'art. 5 della legge n. 38 del 1991 si riferirebbe alle

sole cooperative sociali di tipo b) che mirano al reinserimento lavorativo esclusivamente di **persone svantaggiate**, così come definite dal precedente art. 4, le quali devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere socie della cooperativa stessa.

Quanto all'**ambito oggettivo di applicazione** delle due disposizioni, l'art. 112 del Codice dei contratti pubblici troverebbe applicazione per **ogni tipologia di contratto** (di lavori, servizi e forniture) al di sotto o al di sopra della soglia comunitaria. L'art. 5 della legge n. 381 del 1991 disciplinerebbe, invece, la **conclusione di convenzioni di valore inferiore alle soglie comunitarie per appalti relativi alla fornitura di beni e servizi meramente strumentali**.

4. Analisi critica, considerazioni e proposte circa il rapporto tra l'art. 5 della Legge n. 381 del 1991 e l'art. 112 del Codice degli contratti pubblici.

Quanto ai contenuti del documento di consultazione con riferimento agli affidamenti alle cooperative sociali, si evidenzia quanto segue.

L'approccio proposto dall'ANAC non pare del tutto in linea con quanto previsto dal legislatore nazionale e andrebbe rivisto in quanto **foriero di dubbi interpretativi** che potrebbero essere **superati da una interpretazione sistematica** delle disposizioni.

Sul piano dell'ambito soggettivo di applicazione, è indubbio che l'art. 5 della legge n. 381 del 1991 si applica alle **sole cooperative sociali di tipo b)** mentre l'art. 112 del Codice dei contratti pubblici contempla sia le cooperative sociali che forme giuridiche diverse, come imprese sociali ex decreto legislativo 112/2017 o associazioni che gestiscono laboratori protetti pur senza avere la forma giuridica di impresa.

Ciò che non pare del tutto corretto è la **contrapposizione delle due disposizioni sulla base dei soggetti vulnerabili da reinserire nel mercato del lavoro attraverso l'aggiudicazione degli appalti riservati**.

E' vero, infatti, che il co. 2 dell'art. 112 del Codice dei contratti pubblici precisa che "ai sensi del presente articolo si considerano **soggetti con disabilità** quelli di cui **all'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68**", mentre per **persone svantaggiate** si deve fare riferimento "**all'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381**".

Tuttavia, non si può escludere **che le due categorie si sovrappongono**, considerato che l'art. 4 della legge n. 381 del 1991 si riferisce anche agli "**invalidi fisici, psichici e sensoriali**" e che, spesso, sul piano

interpretativo, tale espressione è stata precisata proprio in base all'art. 1 della legge n. 68 del 1999.

Quanto all'**ambito oggettivo di applicazione non è condivisibile** la posizione, peraltro priva di alcun fondamento sul piano dell'interpretazione letterale, **secondo cui le convenzioni di cui all'art. 5 della legge n. 381 del 1991 potrebbero riferirsi esclusivamente a beni e servizi strumentali.**

In primo luogo, infatti, il testo dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991 si limita a disporre che le convenzioni possono essere concluse 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".

Per volontà del legislatore, quindi, **l'ambito di applicazione della norma trova due unici limiti: i) il valore pari o superiore alle soglie comunitarie; ii) la natura socio – sanitaria ed educativa dei servizi** (in tema si vedano TAR Campania, sezione staccata di Salerno, sez. I, n. 1429 del 2011; TAR Lazio, sez. II bis, n. 8325 del 2014).

In secondo luogo, trattandosi di affidamenti sotto soglia comunitaria, **nulla vieta al legislatore nazionale i) di riservare le procedure selettive a particolari operatori economici, valorizzando interessi sociali ulteriori rispetto a quelli di mercato** (come conferma lo stesso art. 112 del Codice dei contratti pubblici) e ii) **di disciplinare le modalità di scelta del contraente per principi** come previsto dallo stesso art. 5 co. 1 della legge n. 381 del 1991 secondo cui "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**".

In questo senso, la tecnica legislativa è in linea con quanto previsto dall'**art. 4 del Codice dei contratti pubblici** secondo cui **l'affidamento dei contratti esclusi dal codice "avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità"**.

Anche sulla base di quanto previsto dall'art. 112 del Codice, per cui si fanno espressamente salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, si deve dunque ritenere che **l'art. 5 della legge n. 381 del 1991 disciplini una ipotesi di convenzioni escluse dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici il cui affidamento è regolato dai principi di cui all'art. 5 co. 1 della legge n. 381 del 1991, integrati, ove necessario, da quelli previsti dall'art. 4 del Codice dei contratti pubblici.**

Sul piano giuridico operativo, si propone, quindi, all'Autorità nazionale anticorruzione di precisare che:

- **in relazione ai soggetti destinatari degli interventi, anche l'art. 5 della legge n. 381/1991 si riferisce a persone disabili, nella misura in cui l'art. 4 precisa che, ai sensi della legge, tra le persone svantaggiate rientrano gli invalidi fisici, psichici e sensoriali;**
- **per espressa previsione legislativa, l'ambito di applicazione dell'art. 5 della legge n. 381/1991 ha due unici limiti: i) non trova applicazione se il valore della convenzione è pari o superiore alle soglie comunitarie; ii) i servizi dedotti nella convenzione hanno natura socio – sanitaria ed educativa;**
- **Anche in virtù di quanto previsto dall'art. 112 del Codice, che fa espressamente salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, si deve ritenere che l'art. 5 della legge n. 381 del 1991 disciplini una ipotesi di convenzioni escluse dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici il cui affidamento è regolato dai principi di cui all'art. 5 co. 1 della legge n. 381 del 1991, integrati, ove necessario, da quelli previsti dall'art. 4 del Codice dei contratti pubblici.**