

Come è noto, le Pubbliche Amministrazioni possono promuovere le attività degli Enti del Terzo settore - e in generale delle associazioni senza scopo di lucro - finanziandole attraverso contributi, coinvolgendole in forme di partenariato fino a richiedere la realizzazione di uno specifico servizio.

Con riferimento alle forme di partenariato ed ai servizi convenzionati o in regime di accreditamento, è stato sollevato il dubbio rispetto alla obbligatorietà - o meno - di applicare la disciplina degli appalti e quindi sul rapporto esistente tra il Codice degli appalti (DLgs n. 50 del 2016) ed il Codice del Terzo settore (DLgs n. 117 del 2017).

Sul tema è intervenuto il Consiglio di Stato, sollecitato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con il parere n. 2052/2018, pubblicato il 20 di agosto.

La disciplina in materia di appalti, mutuata da direttive comunitarie, interviene in merito alle procedure di affidamento di appalti di servizi sociali.

A differenza della normativa precedente - che indicava tali servizi tra quelli a cui si applicavano solo parzialmente il codice degli appalti[i], l'attuale Codice detta in proposito diverse disposizioni, quali:

- l'art. 35 che individua, per gli "appalti di servizi sociali", la soglia di rilevanza comunitaria (€750.000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali);
- gli articoli 70 e 72 per i settori ordinari e gli articoli 127 e 130 per i settori speciali che individuano il termine di validità ed il conseguente periodo di pubblicazione dell'avviso di preinformazione circa le procedure di affidamento di servizi sociali;
- l'art. 95 che individua il criterio di aggiudicazione, stabilendo che *"i contratti relativi ai servizi sociali ... sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo"*, per cui non possono essere aggiudicati secondo il criterio del prezzo più basso;
- gli articoli 140 (per i settori speciali), 142, 143 e 144 (per i settori ordinari) recano, in ordine ad alcuni profili e per alcune tipologie di servizi sociali, una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella generale disposta dal Codice, connotata da un tendenziale alleggerimento degli oneri;
- l'art. 169 menziona espressamente le concessioni di servizi sociali, richiamate negli allegati XXII e XXIV.

Sono contemplati dei casi in cui non si applica la normativa sugli appalti ma si tratta di disposizioni eccezionali, da interpretarsi in forma tassativa, relative a fattispecie:

- b. escluse, tra cui il servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, soggette, ai sensi dell'art.4, esclusivamente ai criteri di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica;
- d. estranee, in quanto fuoriescono totalmente dal circuito delle direttive comunitarie e del codice degli appalti in quanto "servizi non economici di interesse generale", intendendo tali le procedure disciplinate dal diritto interno tese all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito in quanto al massimo è previsto il solo rimborso spese a piè di lista che esclude la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprende unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, affrontate dall'ente per realizzare quello specifico servizio.

Anche il Codice del Terzo Settore ha valorizzato la collaborazione tra Pubbliche Amministrazioni ed Enti del Terzo Settore, disciplinando in particolare i seguenti istituti:

- b. la co-programmazione, *“finalizzata all’individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”*,
- d. la co-progettazione, volta alla *“definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione”*, laddove l’individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell’intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l’individuazione degli enti partner;
- f. le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, finalizzate a *“svolgere in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale”*, subordinate alla circostanza che la convenzioni garantisca condizioni *“più favorevole rispetto al ricorso al mercato”* e che sia previsto *“esclusivamente il rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate”*. Tra le convenzioni menzionate, una particolare disciplina (ex art.57) è prevista per quelle relative al *“servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza”* che può essere affidato in convenzione alle organizzazioni di volontariato accreditate.

La necessità di chiarimenti è connessa al mutato quadro normativo: anche in passato erano previste forme peculiari di rapporti fra enti privi di scopo di lucro e P.A., ma erano espressamente previsti limiti ben più circoscritti, atteso il rinvio alle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della Pubblica Amministrazione e la circostanza che la co-progettazione fosse circoscritta ad *“interventi innovativi e sperimentali”* (D.P.C.M. 30 marzo 2001 attuativo della Legge 328/2000).

Tali vincoli non sono stati ripresi dal Codice del Terzo settore ma il Consiglio di Stato evidenzia la necessità di non fermarsi al mero riscontro del dato letterale del Codice del Terzo settore, considerata la necessità di tener conto del più ampio contesto sistematico in cui la normativa si colloca e, in particolare, del principio della primazia del diritto comunitario. D’altro canto, le procedure previste dal Codice del terzo settore non trovano una diretta *“copertura”* nel Codice dei contratti pubblici che conosce solo le ipotesi derogatorie legate ad organismi il cui scopo principale sia l’inserimento lavorativo di disabili e persone svantaggiate (art. 112) e l’affidamento di alcune tipologie di *“servizi sanitari, sociali e culturali”* (art. 143).

In considerazione però della primazia del diritto euro-unitario, la disciplina recata dal Codice dei contratti

pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del terzo settore e si renderà pertanto necessario disapplicare la normativa italiana.

Fatte queste debite premesse, a quali conclusioni perviene il Consiglio di Stato?

Che si tratti di accreditamento, co-progettazione, partenariato o convenzione nel momento in cui la procedura abbia carattere selettivo, funzionale all'affidamento di un servizio, deve essere assoggettata alle norme sugli appalti a meno che il servizio non sia reso gratuitamente o non rientri nei servizi espressamente esclusi.

In questi casi si applica pertanto integralmente il Codice degli appalti salvo che con riferimento a:

2. contratti sotto soglia, in relazione ai quali si applica solo l'art. 36;
4. 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, con riferimento ai quali si applica il regime "alleggerito" ex art. 142;

mentre non si applica il Codice degli appalti con riferimento ai servizi:

- b. resi gratuitamente;
- d. di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, soggetti esclusivamente ai criteri di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (sul tema si rinvia alla lettura della nostra nota informativa n.68 del 12/8/2018, dedicata al tema "È legittimo l'affidamento senza gara del trasporto sanitario ad una ODV?").

Il Consiglio di Stato solleva però un problema interpretativo rispetto alla disciplina delle citate **convenzioni con le associazioni di promozione sociale e con le organizzazioni di volontariato**.

Da un lato sembra infatti che la disciplina sia chiara nel definirli come servizi sociali non economici di interesse generale estranei alle norme degli appalti: è previsto solo il rimborso delle spese effettivamente sostenute e la procedura prescinde dal principio di concorrenzialità, prevedendo esclusivamente il rispetto dei *"dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime"*.

Dall'altro il Codice del Terzo settore (art.56) prevede la possibilità di stipulare tali convenzioni se ciò garantisce condizioni *"più favorevoli rispetto al ricorso al mercato"*.



Nelle convenzioni tra PA ed Enti del terzo settore è necessario applicare le regole degli appalti? | 5

Salomonicamente il Consiglio di Stato evidenzia la necessità che la Pubblica Amministrazioni valuti se nell'affidamento della convenzione ponga in essere *“un comportamento vietato in quanto distortivo del confronto competitivo tra operatori economici in un mercato aperto alla concorrenza”*, da cui la evidente necessità di specificare nell'atto di affidamento l'inesistenza di condizioni distorsive della concorrenza nel caso specifico. Consiglia pertanto di *“rimettere alla valutazione di codesta Autorità la eventuale disapplicazione dell'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 nella sede competente, con le conseguenze dello specifico caso”* e caldeggia un aggiornamento da parte dell'ANAC delle *“Linee guida per l'affidamento di servizi ed enti del terzo settore ed alle cooperative sociali”*[ii], affinché possa chiarire il perimetro di corretto ricorso alle convenzioni, delimitare il concetto di rimborso spese ed evidenziare quando lo strumento convenzionale non possa essere in ogni caso applicato.

Appare però quanto meno curioso che il dubbio interpretativo sollevato dal Consiglio di Stato sia legato alla locuzione *“se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”* introdotta dal Governo su sollecitazione dello stesso Consiglio di Stato nel parere fornito il 31 maggio del 2017 allo schema di Decreto Legislativo.

Si attendono pertanto le Linee guida dell'ANAC per avere il quadro normativo più chiaro. Il PROGETTO ASSIEME sta organizzando dei seminari di approfondimento sul tema: qualora non siate ancora iscritti alla Newsletter provvedete per restare aggiornati sulle relative date!