

Parte VII

Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari

Titolo I

I servizi sociali e i servizi assimilati

Art. 127

Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati

1. Fermo quanto previsto dall'articolo 6 del codice, per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per valori pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1 lettera d), le stazioni appaltanti procedono alternativamente:

a) mediante bando o avviso di gara che comprende le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera E;

b) mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a ventiquattro mesi, recante le informazioni di cui allegato II.6, Parte I, lettera F, con l'avvertenza che l'aggiudicazione avverrà senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara.

2. Le disposizioni del comma 1 non si applicano quando è utilizzata, in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 76, una procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

3. L'avvenuto affidamento del servizio è reso noto mediante la pubblicazione di avviso di aggiudicazione di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera G. È possibile raggruppare gli avvisi su base trimestrale, nel qual caso essi sono inviati cumulativamente al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre.

4. I bandi e gli avvisi di gara per gli affidamenti nei settori speciali di cui al presente articolo all'articolo 173 contengono le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte III, conformemente ai modelli di formulari stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione. 5. Gli avvisi di cui al presente articolo sono pubblicati conformemente all'articolo 164.

SOMMARIO: 1. Le origini europee della disciplina. – 2. I contenuti della norma. – 3. Le (circoscritte) innovazioni rispetto al precedente Codice. – 4. I dubbi sulla disciplina residuale

1. Le origini europee della disciplina

L'attuale disciplina della contrattazione pubblica in materia di servizi sociali e assimilati affonda le sue radici nel graduale riconoscimento, operato a livello europeo, della rilevanza economica e concorrenziale di tali servizi. Rimandando al commento al precedente art. 6 del Codice per un breve inquadramento di tale profilo, è qui sufficiente evidenziare come le previsioni contenute negli attuali artt. 127, 128 e 129 si conformino, in buona sostanza, alle previsioni delle direttive UE 2014/24 e 25, senza sostanziali innovazioni rispetto a quanto era previsto dagli artt. 140, 142 e 143 del Codice del 2016 – ma, come si dirà, con qualche razionalizzazione.

Come ampiamente indagato (*ex pluribus*, CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2016, 760 ss.; MICHARA, *Contrattazione e servizi “relazionali” ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2016, 461 ss.; CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti e sulle concessioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, 1135 ss.), la *ratio* della disciplina speciale in questione è rinvenibile nei considerando delle direttive unionali, che legittimano un alleggerimento delle regole cui sottoporre l'affidamento dei servizi sociali e assimilati a fronte di una loro natura che ne limita la rilevanza transfrontaliera, tendendo gli stessi ad essere prestati all'interno di contesti differenti, capaci di variare in modo significativo da Stato Membro a Stato Membro, in quanto strettamente legati alle diverse traduzioni culturali (considerando 114 direttiva UE 2014/24). Queste stesse peculiarità, che si rispecchiano anche nel sovente coinvolgimento del Terzo settore nell'erogazione delle prestazioni in questione, legittimano dunque maggiori margini di discrezionalità in capo agli Stati, sia nell'organizzazione dei servizi sociali quali SIEG o meno, sia nel definire le modalità di scelta dei fornitori (considerando 6 e 114 della direttiva UE 2014/24), nonché permettono gare riservate a operatori di matrice solidaristica (considerando 118 direttiva UE 2014/24) e comportano l'esclusione dall'applicazione della disciplina concorrenziale per alcuni servizi di emergenza effettuati da organizzazioni senza scopo di lucro (considerando 28 direttiva UE 2014/24).

Quanto anticipato dai considerando si traduce, poi, nelle regole dettate dagli articoli delle direttive (artt. 74-77 direttiva UE 2014/24 per i settori ordinari e artt. 91-94 direttiva UE 2014/25 per i settori speciali, con previsioni sostanzialmente corrispondenti), a partire dall'introduzione di una soglia di rilevanza europea più elevata rispetto a quella operante per gli appalti di servizi (€ 750.000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali), elevando così anche gli spazi di autonomia degli Stati Membri nel fissare le regole e le procedure per i contratti che si collocano al di sotto di tale valore (CARUSO, *L'evoluzione dei*

servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, 1113 ss.). Quanto alle ulteriori disposizioni, esse introducono un regime derogatorio in tema di pubblicità delle gare e dei relativi risultati (art. 74 direttiva UE 2014/24), definiscono l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo delle procedure a partecipazione riservata alle organizzazioni "solidaristiche" (art. 77 direttiva UE 2014/24, che appunto individua le tipologie di servizi e le caratteristiche delle organizzazioni che possono godere di questa riserva) e, nel fissare i principi cardine attorno cui strutturare l'aggiudicazione degli appalti nei servizi sociali (tra cui passa in secondo piano quello prettamente concorrenziale), riconoscono agli Stati una libertà nel determinare le norme procedurali fintanto che queste ultime si dimostrino capaci di esaltare le specificità dei servizi in questione e di porre in primo piano i bisogni dei soggetti beneficiari delle prestazioni (art. 76 direttiva UE 24/2014 – TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, 291 ss.; CALDIROLA, *op. cit.*, 760 ss.)

2. I contenuti della norma

Il legislatore italiano, d'altra parte, in sede di primo recepimento delle direttive europee non aveva sfruttato gli spazi di libertà ultimi menzionati, limitandosi a riprodurre nel Codice del 2016 le disposizioni peculiari in tema di pubblicità (artt. 140 e 142) e gare riservate (art. 143), laddove una disciplina procedurale alleggerita, operante solo per un gruppo ristretto di servizi sociali e assimilati, è stata introdotta tramite il d.lgs. 19.04.2017, n. 56, quale correttivo al d.lgs. 18.04.2016, n. 50 comportante l'inserimento dei commi da 5-*bis* a 5-*nonies* nell'art. 142.

Se queste ultime disposizioni sono oggi confluite nell'art. 128 del Codice 2023, la previsione qui in commento riprende e riorganizza il contenuto dei passati artt. 140 e 142, co. 1-5, d.lgs. n. 50/2016 in materia di pubblicità delle procedure e dei loro esiti. Con il precedente Codice, infatti, si era scelto di mantenere una disciplina distinta tra settori speciali (art. 140) e settori ordinari (art. 142), nonostante la sostanziale sovrapponibilità delle disposizioni delle direttive UE 2014/24 e 25. Il risultato appariva disarmonico e ridondante, specie alla luce del fatto che l'art. 140, norma di apertura della Sezione IV dedicata ai servizi sociali, era di fatto una disposizione di chiusura e di rinvio, che nel definire la disciplina per i servizi sociali e assimilati nei settori speciali rimandava sin da subito ai contenuti degli articoli successivi. Con il d.lgs. 31.03.2023, n. 36 si è quindi mirato a semplificare il quadro, così da assicurare maggiore linearità all'impianto normativo, optando per una regolazione di fatto unitaria per settori ordinari e speciali o, meglio, per una limitazione della regolazione

ai settori ordinari cui fa seguito, nel libro dedicato ai settori speciali, una previsione di rinvio (art. 173).

Quanto ai contenuti dell'art. 127, esso si apre con un richiamo all'art. 6 dello stesso Codice ("*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 6*"), così da ribadisce l'alternatività tra gli strumenti pro-concorrenziali e quelli solidaristici del d.lgs. 3.07.2017, n. 117 riconosciuta in tale "principio generale". Ciò posto, in relazione agli appalti sopra soglia (ribadite in € 750.000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali), per i servizi individuati nell'allegato XIV alla direttiva UE 2014/24 si conferma sostanzialmente il previgente regime di pubblicità delle gare e dei relativi esiti. Nello specifico, si ripropone l'alternatività tra bandi o avvisi di gara (art. 127, co. 1, lett. a)) e avvisi di pre-informazione (art. 127, co. 1, lett. b)), con questi ultimi che integrano una sorta di *standing list* cui le amministrazioni possono attingere in maniera continuativa, con gli operatori economici che, alla luce dell'avviso, sono tenuti a manifestare il proprio interesse secondo uno schema analogo a quello della procedura ristretta (COLOMBO, *Appalti nei servizi sociali specifici e di ricerca e sviluppo*, in CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 914). Il nuovo Codice, poi, conferma quanto disposto dal d.lgs. n. 56/2017 in relazione al periodo coperto dall'avviso di pre-informazione, espressamente quantificato in un massimo di ventiquattro mesi (si veda anche l'art. 81, co. 4, d.lgs. n. 36/2023), quando la versione originaria del Codice 2016 – non senza suscitare incertezze – si limitava a prevedere una durata "*più lung[a] di dodici mesi*" (si veda la formulazione iniziale dell'art. 70, co. 3, d.lgs. n. 50/2016).

Ancora, con i successivi commi: si riafferma la possibilità di fare ricorso, in presenza dei requisiti indicati nell'art. 76 del Codice 2023, alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando, in deroga a quanto disposto dal comma 1; si disciplina la pubblicità dell'avvenuto affidamento mediante avviso di aggiudicazione (con tali avvisi che possono essere raggruppati su base trimestrale); e si introducono una serie di rinvii interni al Codice e ai suoi allegati per la definizione dei contenuti e delle modalità di pubblicazione degli atti presi in considerazione dall'art. 127, tenendo ferme – specie per quanto riguarda le informazioni da includere nei bandi e negli avvisi di gara – le differenze esistenti tra settori ordinari e speciali.

Alla luce di ciò, specie dei contenuti dei commi 1 e 2, può notarsi come anche il nuovo art. 127 conferma quell'allontanamento dalle previsioni dell'art. 6 d.P.C.M. 30.03.2001, già manifestatosi nei previgenti artt. 140 e 142. Infatti, la previsione del 2001, in chiave di attuazione della l. 8.11.2000, n. 328 (istituente il sistema integrato di interventi e servizi sociali), si esprimeva a favore del ricorso alle procedure ristrette e negoziate per

l'affidamento dei servizi alla persona, mentre la semplice sistematica dell'art. 127 manifesta un favore per le procedure aperte (comma 1, lett. a)) o ristrette (comma 1, lett. b)) e, in subordine, negoziate (comma 3), attuabili solo qualora si verificano i presupposti *sub art.* 76 (FERRARA, *Art. 127*, in PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 1086-1087).

3. Le (circoscritte) innovazioni rispetto al Codice del 2016

Oltre alle novità di portata sistematica individuate nella precedente sezione, nell'attuale formulazione dell'art. 127 possono ravvisarsi solo poche ulteriori modifiche alla previgente disciplina, principalmente di carattere terminologico e scarsamente incisive sulle specifiche regole di pubblicità per le procedure di affidamento dei servizi sociali e assimilati.

Una prima novella ha infatti riguardato proprio la sostituzione dell'espressione "*servizi sociali e ad altri servizi*", utilizzata nel Codice del 2016 (per esempio, nella rubrica dell'art. 140), con "*servizi sociali e assimilati*" (usata nella rubrica dell'art. 127, così come nella denominazione del Titolo I, Parte VII del Codice 2023), a più chiara manifestazione di una comunanza di disciplina dovuta dall'assimilazione avvenuta da parte del legislatore europeo, in considerazione del limitato interesse transfrontaliero che caratterizzerebbe tutti i servizi richiamati nell'allegato XIV alla direttiva UE 2014/24. Ciò non toglie l'inevitabile eterogeneità dei settori in questione, che ricomprendono, ad esempio, servizi sanitari, alberghieri, di ristorazione, legali e religiosi, eccedendo dunque il solo spettro dei servizi sociali i quali – quanto meno ai sensi della normativa nazionale – sono circoscritti alle prestazioni "*destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia*" (così l'art. 128 d.lgs. 31.03.1998, n. 112 – in dottrina, *ex pluribus*, DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, 587 ss.; CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1019 ss.; FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986). D'altra parte, tratto comune a questi servizi, che ne legittima l'assimilazione e ne comporta la limitata rilevanza al di fuori dei confini nazionali, sta nell'essere prestazioni in cui l'elemento personale – incentrato attorno al rapporto prestatore-beneficiario – assume rilevanza essenziale, agevolando finalità solidaristiche e di utilità sociale degli interventi che appunto ne determinano una circoscrizione della rilevanza concorrenziale (MICHARA, *op.*

cit., 461 ss.; BERLINGÒ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2012, 143 ss.).

Sempre sotto il profilo terminologico, si è poi sostituito il riferimento all'“*aggiudicazione dell'appalto*” (artt. 140, co. 3, e 142, co. 3, d.lgs. n. 50/2016) con l'“*affidamento del servizio*” (art. 128, co. 3), così da sopire ogni incertezza e garantire l'applicabilità della disciplina ex art. 127 pure alle concessioni dei servizi sociali e assimilati.

Da ultimo, si segnala che il legislatore, nell'accorpore le previsioni degli artt. 140 e 142 d.lgs. n. 50/2016 all'interno dell'art. 127, ha indicato tra le forme di pubblicità delle gare solo bandi o avvisi e avvisi di pre-informazione, come già menzionato nella precedente sezione di questo commento, eliminando i riferimenti agli “*avvisi periodici indicativi*” e all'“*avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione*” contenuti nel previgente art. 140 in relazione all'affidamento dei servizi sociali nei settori speciali. Si tratta di una scelta che parrebbe intesa a garantire maggiore trasparenza dell'azione amministrativa, a fronte di un avviso di pre-informazione che, a differenza degli altri avvisi ad oggi espunti dal Codice, già nella disciplina del 2016 doveva recare necessariamente una serie più articolata informazioni, come specificate negli allegati al Codice (oggi allegato II.6, Parte I, lett. F), i cui contenuti paiono però più sintetici rispetto a quelli dell'allegato XIV, parte I, lett. b) al Codice 2016).

4. I dubbi sulla disciplina residuale

Un profilo che appare irrisolto, anche alla luce del nuovo art. 127, rimane quello della disciplina residuale applicabile all'affidamento dei servizi sociali e assimilati, che non ricadano tra i servizi alla persona oggetto di ulteriore considerazione nel successivo art. 128.

La situazione, in realtà, sembrava sufficientemente chiara laddove si era riconosciuto che, con la versione originaria del Codice 2016, il legislatore italiano non si era avvalso della libertà contemplata nelle direttive europee di introdurre un regime alleggerito, sicché “*gli artt. 142 e ss. si collocano all'interno del sistema del codice e per l'effetto, in disparte le disposizioni specifiche contenute negli artt. 142 e ss., si applicano ai servizi sociali le disposizioni dettate per i settori ordinari. Si tratta di una scelta pro-concorrenziale, pienamente consentita dal diritto europeo*” (cfr. Cons. Stato, parere 30.03.2017, n. 782). Alla luce del parere del Consiglio di Stato sul correttivo del 2017, dunque, non sembravano esservi dubbi che – al di fuori del regime alleggerito introdotto proprio con tale correttivo mediante l'aggiunta dei commi da 5-*bis* a 5-*nonies* all'art. 142 – all'affidamento dei servizi sociali nei settori ordinari (ma, analogamente, anche speciali) si sarebbero applicate le

normali previsioni codicistiche, salvo quanto espressamente disposto in materia di pubblicità di gare e affidamenti dagli artt. 140 e 142, co.1-5.

In questo senso, d'altra parte, si era già espressa la giurisprudenza amministrativa riconoscendo l'applicabilità di istituti e disposizioni non espressamente richiamate dagli artt. 140 e 142, co. 1-5, come, per esempio, la verifica delle anomalie *sub* art. 97 d.lgs. n. 50/2016 (Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 17.06.2019, n. 3344), il termine minimo per la formulazione dell'offerta dalla trasmissione del bando per la pubblicazione sulla GUUE, come previsto dall'art. 60, co. 1, d.lgs. n. 50/2016 (Tar Campania, Napoli, sez. IV, 02.07.2018, n. 4387) o, ancora, l'escussione della cauzione provvisoria alla luce di dichiarazioni mendaci, ai sensi degli artt. 89, co. 1, e 93, co. 6, d.lgs. n. 50/2016 (Tar Umbria, sez. I, 02.05.2017, n. 348).

Non sono mancate però posizioni differenti, che hanno per esempio escluso l'applicabilità della disciplina sulla composizione della commissione giudicatrice *ex art. 77* d.lgs. n. 50/2016 in quanto non espressamente richiamata negli artt. 140 e 142 (Cons. Stato, sez. III, 31.07.2018, n. 4726), cui si somma, significativamente, quanto affermato dall'ANAC nelle proprie Linee guida 27.07.2022, n. 17, recanti "*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*". Per l'Autorità, infatti, considerato il rinvio alla l. 07.08.1990, n. 241 contenuto nel testo dell'art. 30, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 (come novellato tramite la legge 11.09.2020, n. 120), "*agli appalti di servizi sociali rientranti nell'allegato IX del codice dei contratti pubblici, diversi da quelli indicati all'articolo 142, co. 5-bis, si applicano i commi da 1 a 5 del citato articolo 142 e le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241*" (Linee guida ANAC n. 17/2022, pag. 4).

Stante la già descritta analogia dell'art. 127 d.lgs. n. 36/2023 agli artt. 140 e 142, co. 1-5, del Codice 2016, nonché considerata la presenza, a chiusura dei principi generali del nuovo Codice (art. 12), di un rinvio esterno alla legge sul procedimento amministrativo per quanto non espressamente disciplinato nel d.lgs. n. 36/2023, resta aperto l'interrogativo se l'affidamento dei servizi sociali e assimilati – che non siano servizi alla persona di cui all'art. 128 – debba avvenire nel rispetto delle previsioni del nuovo Codice dei contratti oppure possa svolgersi sulla base delle sole regole generali dettate della l. n. 241/1990, fatta salva la disciplina *ad hoc* in tema di pubblicità contenuta nell'articolo qui in commento. Tuttavia, tanto sulla base della giurisprudenza, quanto alla luce dei contenuti dell'art. 128 (si veda il relativo commento), la prima delle due soluzioni parrebbe ancora quella più plausibile.