



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
E TERZO SETTORE

CONFINI E POTENZIALITÀ
DEI NUOVI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE
E SOSTEGNO PUBBLICO

a cura di

Silvia Pellizzari
Andrea Magliari

2019



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

42

2019

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2019*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-869-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-672-1, con il contributo di Euricse - Istituto europeo di ricerca sull'impresa cooperativa e sociale - e con il supporto della Provincia autonoma di Trento.

Dicembre 2019

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
E TERZO SETTORE

CONFINI E POTENZIALITÀ DEI NUOVI
STRUMENTI DI COLLABORAZIONE E
SOSTEGNO PUBBLICO

a cura di

Silvia Pellizzari

Andrea Magliari

Università degli Studi di Trento 2019

INDICE

	Pag.
<i>Premessa</i>	1
INTRODUZIONE	
Silvia A. Frego Luppi <i>L'affidamento e la gestione dei servizi di interesse generale</i>	5
RELAZIONI	
Andrea Magliari <i>L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale attraverso contratto d'appalto</i>	19
Leonardo Parona <i>La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale</i>	59
Silvia Pellizzari <i>La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore</i>	89
Simone Franca <i>Misure di vantaggio economico ed enti del terzo settore. Un focus sulla disciplina della Provincia di Trento nel quadro dei principi generali</i>	115
Samuel Cornella <i>Servizi sociali e disciplina europea in materia di aiuti di Stato</i>	143

INDICE

	Pag.
DISCUTONO SUL TEMA	
Carlo Borzaga	185
Giuseppe Guerini	193
Fabrizio Ernesto Pregliasco	209
CONSIDERAZIONI DI SINTESI	
Marco Bombardelli <i>Alcune considerazioni di sintesi sul rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore</i>	232

PREMESSA

Il presente volume raccoglie gli atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, in data 22 gennaio 2019, sul tema "Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico".

Il Convegno, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza in collaborazione con Euricse, ha ad oggetto la relazione tra soggetti pubblici e soggetti privati, in particolare del terzo settore, per lo svolgimento e l'organizzazione di servizi e attività sociali di interesse generale. Il titolo dell'incontro richiama i nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico al terzo settore, così come di recente disciplinati dal Codice del terzo settore. Tali strumenti, tuttavia, si trovano ad operare all'interno di un quadro normativo più ampio e composito, spesso apparentemente ostile, dato dalla disciplina sovranazionale a tutela della concorrenza e del mercato interno.

Come spesso accade, di fronte a fenomeni di forte attualità, il giurista – così come, più in generale, l'operatore del diritto – è chiamato a rileggere con occhi nuovi pietre angolari della disciplina giuridica: il tema dei rapporti tra amministrazioni e privati nello svolgimento di servizi pubblici è senz'altro una di queste.

Gli atti che qui si raccolgono ben evidenziano la difficoltà di mettere ordine all'interno di una disciplina normativa complessa, frammentaria e multilivello, percorsa da logiche e interessi spesso contrapposti. Prendendo le mosse dall'analisi del dato positivo, i diversi contributi sottolineano le sfide e le opportunità poste dall'attuale assetto normativo, con l'obiettivo di fornire nuove chiavi di lettura e nuove prospettive interpretative.

In particolare, nella prima parte del volume sono esaminate le diverse modalità di organizzazione e svolgimento dei servizi e delle attività di interesse generale, e le principali forme di sostegno pubblico a tali

PREMESSA

attività. In linea con le riflessioni d'apertura affidate alla prof.ssa Silvia A. Frego Luppi, i diversi contributi mettono in luce le specificità e i profili di novità che, nel settore considerato, caratterizzano istituti più o meno tradizionali, quali gli appalti pubblici, l'accreditamento, gli accordi di coprogettazione, l'attribuzione di vantaggi economici e gli aiuti di stato. Numerosi sono, inoltre, i riferimenti alle esperienze maturate a livello regionale e, in particolare, nella Provincia autonoma di Trento.

Nella seconda parte del volume sono raccolti gli interventi e le riflessioni di chi, a vario titolo, da studioso o da operatore, si confronta da vicino con la nuova disciplina di settore e ne rileva quotidianamente le numerose criticità e potenzialità, spesso inesprese.

Chiude l'opera la relazione di sintesi del prof. Marco Bombardelli.

Un fondamentale stimolo all'approfondimento di tali temi e all'avvio dell'indagine di cui qui riportiamo gli esiti giunge dal costante e proficuo dialogo con la Provincia autonoma di Trento, con gli altri enti territoriali competenti, con gli organismi rappresentativi della cooperazione sociale e con gli altri soggetti del terzo settore, cui vanno i nostri ringraziamenti. Un sentito ringraziamento, per il prezioso supporto organizzativo, va inoltre alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento e ad Euricse.

Trento, 30 giugno 2019

S.P. e A.M.

INTRODUZIONE

L’AFFIDAMENTO E LA GESTIONE DEI SERVIZI DI INTERESSE GENERALE

Silvia A. Frego Luppi

SOMMARIO: 1. *Considerazioni preliminari.* 2. *Le modalità d’inserimento degli operatori privati nel servizio pubblico.* 3. *Le innovazioni del Codice del Terzo Settore.* 4. *Note conclusive.*

1. Considerazioni preliminari

Il ruolo gestionale delle organizzazioni pubbliche nell’ambito dei servizi di interesse generale da tempo si è contratto a favore di un sistema misto pubblico-privato. La valorizzazione degli operatori privati, già considerevole negli anni Novanta, ha trovato nuova linfa nella riforma costituzionale del 2001, che ha introdotto all’art. 118 u.co. il principio di sussidiarietà orizzontale¹. Tra l’altro, sebbene una parte della dottrina abbia affermato la riferibilità di tale principio al solo Terzo Settore (o *non profit*), è prevalente la tesi che l’art. 118 u.co. abbia una portata generale che include anche i soggetti *for profit* ed è questa la linea che è prevalsa nella legislazione che riconosce a entrambe le categorie in misura crescente un ruolo attivo nel perseguimento di fini generali.

Con riguardo a taluni aspetti, peraltro, la normativa talora favorisce gli operatori del Terzo Settore in virtù del principio solidaristico di cui all’art. 2 Cost., in particolare coinvolgendoli non solo nella gestione ma anche nella pianificazione dei servizi, fase in cui la partecipazione è spesso riservata a tali operatori. Tale tendenza è soprattutto diffusa nella normativa regionale sui servizi sociali. Si tratta in effetti di un settore

¹ Ci si limita, nell’impossibilità in questa sede di dare conto dell’ampia bibliografia esistente in tema di sussidiarietà orizzontale, a richiamare il fondamentale contributo di P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, che ha anche il pregio di una ricca bibliografia di riferimento.

in cui è particolarmente forte la propensione della società civile a farsi carico di istanze sociali e dove il *non profit* svolge dunque una funzione di grande rilievo. In tale ambito, inoltre, un ruolo peculiare, che trova riconoscimento anche a livello normativo, è assunto dalle organizzazioni di volontariato.

La valorizzazione del *non profit* all'interno del servizio pubblico come al di fuori di esso, in particolare nel settore dei servizi sociali, costituisce in linea di principio una risposta adeguata a varie esigenze.

Anzitutto, all'esigenza di interpretare i bisogni dell'utenza, che pone una domanda di servizi sempre più articolata e raffinata. Si pensi ai progetti personalizzati in materia di servizi sociali. E a riguardo si sottolinea come le strutture pubbliche tendano invece a operare secondo modelli standard.

In secondo luogo, il suddetto coinvolgimento/valorizzazione risponde all'esigenza di erogare servizi a costi competitivi. Si potrebbe infatti osservare che, invero, anche gli operatori privati *for profit* sono in grado, in linea di principio, di fornire servizi differenziati, tra i quali l'utente può esercitare la propria facoltà di scelta. Tuttavia, di regola, le relative prestazioni sono erogate a costi meno competitivi di quanto possano esserlo quelle offerte dal Terzo Settore. Caso limite è quello del volontariato che opera attraverso prestazioni gratuite dei soci. Ridurre la spesa, mantenendo alto il livello del servizio, è un'esigenza che si pone in termini quasi drammatici in contesti di difficoltà economica come quelli che hanno caratterizzato l'esperienza recente del nostro Paese².

Last but not least, non va affatto trascurato il valore intrinseco di prestazioni derivanti da istanze solidaristiche.

² E non solo del nostro Paese, come noto. Emblematico a riguardo è il programma del Governo Cameron, fondato sulla filosofia di Philip Blond, che promuove la *Big Society*, cioè un sistema in cui lo Stato sociale si regge anzitutto sulla valorizzazione del *non profit* e delle organizzazioni civiche, che si danno reciproco soccorso nel perseguimento del bene comune.

2. Le modalità d'inserimento degli operatori privati nel servizio pubblico

Realizzare una vera e propria “concorrenza nel mercato” è apparso non di rado difficile sia per limiti intrinseci del mercato sia per una tradizione di segno opposto nel nostro Paese. Si è così optato spesso, specialmente nell’area dei servizi sociali, per una “concorrenza per il mercato”, cioè una competizione tra operatori per ottenere la “commessa” pubblica. In questo secondo modello, naturalmente, la libertà di scelta dell’utente risulta limitata, perché la concorrenza non si realizza nel rapporto con gli utenti. Senza trascurare le problematiche connesse alla eterogeneità e quindi alla difficile comparazione di operatori, ove di natura assai diversa tra loro. Va peraltro sottolineato come in alcuni casi, in via di fatto o su espressa previsione legislativa, le amministrazioni abbiano indetto gare riservate al Terzo Settore.

Al modello di concorrenza nel mercato corrisponde il c.d. accreditamento aperto (o accreditamento libero)³. A questo sistema, che non prevede una fase selettiva, rimane estranea la normativa sui contratti pubblici. Qui la libertà di scelta del privato è massima. E la libertà di scelta può essere ascritta tra i valori costituzionali in quanto correlata alla centralità della persona ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.⁴.

Ma il suddetto sistema è stato per lo più piegato ad altre esigenze, quella di contenere la spesa, soprattutto. E così può accadere che anche laddove si sia optato per la concorrenza nel mercato, le leggi, ad esempio in materia di servizi sociali e di servizi sanitari, parlino di accreditamento, ma, contestualmente, prevedano piani che di fatto determinano a priori il ruolo dei diversi operatori sulla base di accordi degli stessi con l’amministrazione e/o prevedano selezioni tra gli operatori accreditati tramite procedure a evidenza pubblica⁵. Quindi gli operatori accreditati dall’ente pubblico non vengono necessariamente inseriti nella rete

³ Accoglie questa terminologia, da ultimo, il Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 2018.

⁴ Sia consentito rinviare a S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004.

⁵ V. E. CODINI, A. FOSSATI, S.A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017.

del servizio pubblico, ma dispongono solo del requisito per partecipare alla gara o a una procedura negoziata. La libertà di scelta dell'utente risulta perciò in tali casi limitata.

3. *Le innovazioni del Codice del Terzo Settore*

A valle del quadro generale di cui sopra si pongono oggi, e su questo ci si deve qui particolarmente soffermare, le indicazioni presenti nel Codice del Terzo Settore (d.lgs. 117 del 2017 e succ. mod.).

Il Codice contiene norme concernenti le forme di partecipazione degli organismi *non profit* allo svolgimento delle attività di interesse generale indicate all'art. 5 (interventi e servizi sociali, educazione, istruzione e formazione professionale, formazione extra-scolastica, cooperazione allo sviluppo, e molte altre ancora). A venire in rilievo in questo contesto sono istituti quali la co-programmazione, la co-progettazione, l'accreditamento e la convenzione.

Nel Codice del Terzo Settore si rinvengono però a riguardo ben poche disposizioni, perché non è propriamente questo l'aspetto per così dire centrale dell'intervento normativo in parola. Il Codice infatti detta una disciplina che è incentrata sulle agevolazioni di varia natura finalizzate al sostegno, alla valorizzazione. Tuttavia, vi sono alcune norme rilevanti sul coinvolgimento di questi organismi nell'esercizio di attività di interesse generale (artt. 55 e 56), che debbono essere interpretate e coordinate con altre normative e in particolare col Codice dei contratti (d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod.), emanato in attuazione delle direttive UE nn. 23, 24, 25 del 2014.

Si tratta di un compito non facile. Tant'è che l'Autorità anticorruzione (Anac), prima di scrivere le nuove linee guida per l'affidamento dei servizi sociali agli enti del Terzo Settore alla luce dei due Codici menzionati, ha chiesto un parere al Consiglio di Stato.

In tale parere (n. 2052/2018) il Consiglio ha valorizzato *in primis* le istanze concorrenziali. Ha sottolineato come l'interpretazione delle disposizioni del Codice del Terzo Settore debba partire dall'applicazione dei principi di origine europea, nel cui solco è stato emanato il nuovo Codice dei contratti pubblici, che, tra l'altro, si rileva, non esclude più i

servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, ma detta a riguardo alcune specifiche disposizioni (che non si limitano, come nel previgente Codice n. 163 del 2006 a specifiche tecniche ai sensi dell'art. 20). È evidente la preoccupazione di evitare censure di compatibilità con il diritto UE, assicurando il massimo rispetto delle procedure dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente.

L'attenzione del Consiglio di Stato, nel considerare le norme sugli affidamenti al Terzo Settore, si è focalizzata sui servizi sociali e quindi sulle modalità di raccordo con la disciplina in materia presente all'interno del Codice dei contratti (artt. 142-144), ma le sue affermazioni hanno in buona misura portata generale.

Tenendo conto dunque anche di tale punto di vista, si considerino i vincoli contenuti nelle disposizioni del Codice del Terzo Settore che, come già rilevato, hanno il vasto raggio di applicazione di cui all'art. 5 cit.

Ciò che emerge, così procedendo, è che il Codice del Terzo Settore, dopo aver richiamato all'art. 55, co. 1 una serie di principi, tra cui quelli di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, assicura il protagonismo della società civile mediante il coinvolgimento attivo degli enti *non profit*, attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento (co. 1).

In tema di co-programmazione, basti osservare come si tratti di un fenomeno già presente nel nostro ordinamento. Sempre più condivisa appare l'idea di definire programmi (e progetti) che siano frutto di una elaborazione dal basso. Si pensi alla partecipazione ai tavoli per la predisposizione del piano di zona in materia di servizi sociali. In quella sede l'operatore cerca di orientare l'amministrazione verso certi interessi, anche in vista di forme di collaborazione che comunque potranno realizzarsi solo in una fase successiva. Nessuna gara ovviamente per partecipare alla co-programmazione, il Codice dei contratti non ha alcuna rilevanza in questo contesto.

Quanto alla co-progettazione (che in materia di servizi sociali era prevista, ma solo per progetti sperimentali e innovativi, già dal d.P.C.M. 30 marzo 2001, all'art. 6), si deve sottolineare come la norma abbia una portata molto generale: il legislatore, al fine di definire ed eventualmente realizzare «specifici progetti di servizio o di intervento

finalizzati a soddisfare bisogni definiti», include ogni forma di collaborazione, di partenariato tra amministrazione e *non profit*, ivi comprese forme di raccordo che non implicano l'ingresso dell'operatore all'interno di un servizio pubblico. Lo dimostra il fatto che la disposizione considera eventuale ai fini della coprogettazione l'esistenza di un previo accreditamento, classico strumento per includere un operatore in un servizio pubblico (co. 4)⁶. Si pensi ad esempio a un accordo proposto da una fondazione privata a un'amministrazione pubblica per organizzare corsi di lingua destinati ai migranti, gestiti e finanziati dalla stessa fondazione. Si tratta di una attività riconducibile a quelle elencate all'art. 5 ("integrazione sociale dei migranti" di cui alla lett. r), che anche un soggetto non accreditato, estraneo al sistema pubblico, può proporre all'amministrazione pubblica e realizzare con proprie risorse, previo accordo con essa quanto alle modalità. La necessità della co-progettazione può derivare ad esempio dall'esigenza che per la fruizione del servizio siano definiti in modo congiunto orari compatibili con l'entrata/uscita dalle strutture pubbliche di accoglienza e più in generale che l'attività dell'operatore *non profit* non sia ostacolata da misure amministrative, evitando anche sovrapposizioni con altri interventi predisposti dall'amministrazione pubblica che coinvolgano i medesimi potenziali destinatari del progetto.

Va altresì osservato che nell'articolo in questione viene richiamata la legge n. 241 del 1990, vengono ribaditi alcuni principi come quelli di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, ma non c'è alcun riferimento al Codice sui contratti pubblici e nemmeno a procedure comparative. Ciò trasmette e conferma l'idea che la co-progettazione non necessariamente riguarda o implica selezioni e contratti d'appalto. Ciò accade, come poco sopra osservato, nel caso di rapporti con enti del Terzo Settore senza costi per l'amministrazione. Ma si può anche prospettare l'ulteriore ipotesi in cui invece un trasferimento di risorse a favore dei privati sussista, ma ciò non avvenga in una logica contrattuale basata sull'esistenza di una corrispondenza tra prestazione e corrispettivo. In questo caso si tratterebbe di un *contributo* aggiuntivo

⁶ Come rileva E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico*, in *Amministrare*, 2, 2018, p. 254, il quale sottolinea che "le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale possono essere perseguite anche al di fuori del servizio pubblico".

alle risorse del privato assimilabile a quelli pubblici per la ricerca, per la promozione della socialità, etc., che ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della l. n. 241. Tale disposizione, come noto, consente alla Pubblica Amministrazione di attribuire vantaggi economici, previa determinazione dei criteri e delle modalità di assegnazione. In presenza di più concorrenti vi sarebbe comunque una procedura comparativa, ma senza applicazione delle norme di affidamento proprie della contrattazione pubblica⁷.

Tuttavia, se l'amministrazione invita i soggetti del Terzo Settore interessati a fare delle proposte di massima in ordine a un certo tipo di intervento con l'obiettivo di individuare uno o magari anche più operatori con cui prima sviluppare la co-progettazione e poi realizzare l'intervento, ed è previsto un *corrispettivo* a carico dell'erario per le prestazioni, dovendosi operare una selezione, può venire in rilievo la normativa sui contratti d'appalto (con le relative implicazioni quanto all'alternativa sopra/sotto soglia).

Si può anche ipotizzare che non vi sia alcuna previa selezione a monte fra gli operatori del *non profit* che siano disponibili a partecipare alla procedura di co-progettazione, ma che la selezione avvenga in una fase successiva, a valle di un progetto co-definito insieme agli operatori interessati del Terzo Settore. In questo senso sembra disporre la norma di cui all'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 ove in materia di servizi alla persona si prevede che i comuni possano indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi. Del resto, anche nel caso della co-programmazione il documento è un ibrido, frutto dell'apporto di più soggetti partecipanti. La selezione sarà allora effettuata nel momento in cui l'amministrazione dovrà individuare tra gli operatori chi realizzerà tale progetto. È evidente che in questo caso, colui o coloro che hanno in concreto co-progettato avranno un vantaggio nella competizione, ma solo in fatto, un vantaggio che deriva dal probabile possesso dei requisiti che sono necessari alla realizzazione di quel progetto.

⁷ Può costituire un utile termine di confronto sul tema *de qua* la delibera della Giunta della Regione Lombardia 28 dicembre 2011 - n. 12884, *Indicazioni in ordine alla procedura di co-progettazione fra comune e soggetti del terzo settore per attività e interventi innovativi e sperimentali nel settore dei servizi sociali*, in www.lombardiasociale.it/wp-content/uploads/2012/01/dgr-12884-sulla-coprogettazione.pdf.

Va sottolineato che lo stesso Codice dei contratti pubblici prevede strumenti di scelta del contraente quali il partenariato per l'innovazione e il dialogo competitivo che paiono ben corrispondere e armonizzarsi alla valenza collaborativa propria della co-progettazione.

In conclusione, si ritiene di dover sostenere che questa norma così generale contenuta nell'art. 55 del Codice del Terzo Settore si applica sia a ipotesi che possono essere collegate a vicende d'appalto, sia a ipotesi ad esse del tutto estranee.

L'altro articolo rilevante in tema di affidamento, l'art. 56, concerne la possibilità per le amministrazioni pubbliche di sottoscrivere convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale (le cui differenze si sono notevolmente ridotte), iscritte nel Registro Unico del Terzo Settore. Le convenzioni possono disporre esclusivamente il rimborso delle spese sostenute, ma vi è comunque un trasferimento di risorse da parte dell'amministrazione a soggetti terzi e quindi la norma prevede procedure comparative, perché gli aspiranti possono essere più di uno e devono essere rispettati i principi di trasparenza, imparzialità, pubblicità, partecipazione e parità di trattamento.

La partecipazione a tali gare è riservata agli organismi di volontariato e alle APS. Si tratta di una riserva necessitata, per così dire, perché la previsione del mero rimborso spese è compatibile con le caratteristiche di questi soli organismi; gli altri operatori si muovono in una logica diversa in cui è necessario un guadagno per pagare i dipendenti. E lo stesso volontariato comunque opera al limite della perdita se utilizza, come consentito, una piccola quota di dipendenti per il funzionamento della struttura. Le convenzioni sono ammesse, precisa l'art. 56 con una controversa disposizione, solo "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato", con un obbligo di motivazione.

Sembra dunque potersi concludere che le disposizioni in materia di affidamento dei servizi di interesse generale contenute nel Codice del Terzo Settore ritagliano alcune esperienze di vita delle amministrazioni pubbliche in cui il Codice dei contratti non si applica (salva la possibilità di farvi riferimento in via analogica): co-programmazione, co-progettazione e accreditamento ma nei limiti di cui si è detto, convenzione con associazioni di volontariato e APS. Al di fuori di queste fattispecie, gli affidamenti postulano l'applicazione della normativa conte-

nuta nel Codice dei contratti e si tratta sul piano quantitativo di ipotesi rilevanti.

A fronte di queste prime riflessioni che hanno carattere generale, risulta comunque opportuno, anzi necessario un maggiore approfondimento.

Con specifico riguardo ai servizi sociali e alle problematiche che si pongono nell'applicazione della normativa del Codice dei contratti pubblici dopo l'emanazione del Codice sul Terzo Settore, si rinvia all'analisi di Andrea Magliari. Il modello delineato dal Codice dei contratti, osserva, è quello squisitamente concorrenziale della esternalizzazione del servizio tramite contratto d'appalto. Peraltro, non è impossibile individuare all'interno della disciplina sistematicamente interpretata margini di flessibilità idonei a coniugare concorrenza e istanze solidaristiche: il settore dei servizi sociali è invero ritenuto particolare anche dal diritto europeo. In tale prospettiva si muove la ricostruzione organica da lui proposta, che fa leva sulla sussistenza all'interno del Codice dei contratti di vari strumenti normativi atti a bilanciare le peculiarità del settore con l'esigenza di garantire il rispetto della concorrenza.

Per un'analisi delle potenzialità dell'accreditamento quale modello alternativo all'appalto, a cui il Codice del Terzo Settore riserva invero un mero richiamo, si veda il contributo di Leonardo Parona. L'accreditamento, come noto, non è una figura unitaria, perché può assumere caratteri diversi. Lo studioso individua tali caratteri e ne illustra le relative ricadute sul piano dell'efficienza, della concorrenza e della libertà di scelta dell'utente.

Sul tema della co-programmazione e soprattutto della co-progettazione si rinvia all'approfondimento di Silvia Pellizzari. La studiosa si chiede se sia corretto ricondurre, come ha fatto la giurisprudenza, la co-progettazione a un affidamento in senso tecnico per la stipula dei contratti. Il Consiglio di Stato, nel recente parere già richiamato, sembra aderire almeno in parte a tale qualificazione. Ma non sono piuttosto accordi, protocolli d'intesa, secondo quella che è prassi collaborativa in atto da anni tra Pubblica Amministrazione ed enti *non profit*? La Pellizzari a partire dalla distinzione tra affidamento di servizi e organizzazione di attività di interesse generale, intende superare l'impostazione accolta dalla giurisprudenza e dal parere del Consiglio di Stato. Sottolinea

come vi sia spazio anche per la definizione congiunta di obiettivi in una logica di supporto e sostegno tra soggetti pubblici e soggetti privati. Gli operatori del Terzo Settore possono partecipare alla realizzazione del progetto in condizione paritaria con risorse aggiuntive a quelle pubbliche. Si tratterebbe quindi di privilegiare la collaborazione fra soggetti pubblici e privati e la messa in comune di mezzi, piuttosto che la competizione per individuare il miglior offerente. E lo strumento normativo utile al fine lo fornirebbe la legge n. 241 del 1990 agli artt. 11 e 12, tutte le volte in cui alla co-progettazione si abbini un co-finanziamento pubblico, che non potrebbe essere pari al 100%, perché così facendo si rientrerebbe nella logica del contratto di servizi.

4. *Note conclusive*

La co-progettazione, quali che siano le modalità attraverso cui attuarla, appare comunque uno strumento meritevole di essere valorizzato, per evitare che la pubblica amministrazione, almeno nell'area del sociale, si chiuda in sé stessa senza condividere conoscenze e decisioni. Un approccio siffatto concorre a scongiurare che si verifichino situazioni kafkiane come quelle descritte di recente nell'ottimo film *Io, Daniel Blake*, vincitore della Palma d'oro a Cannes. Un'amministrazione che ascolti, che dialoghi, che condivida conoscenze e decisioni.

Occorre guardare ai destinatari di servizi di interesse generale e in particolare dei servizi sociali, ambito elettivo d'azione del Terzo Settore, non come meri destinatari passivi dell'intervento, ma come titolari di risorse personali da valorizzare⁸. Si è parlato in proposito di Welfare generativo⁹ per indicare quel modello di welfare in cui si afferma l'idea di responsabilizzare sia i soggetti attuatori che i ricettori degli interventi sociali, per accrescere la redditività delle scarse risorse disponibili.

Se il trend attuale nell'erogazione dei servizi di interesse generale è quello della trasformazione di un sistema da discendente e verticale a

⁸ Si veda per tutti il classico studio sul tema di G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

⁹ Si veda da ultimo AA.VV., *Se questo è welfare. La lotta alla povertà. Rapporto 2018*, Bologna, 2018.

biunivoco e orizzontale, dove protagonista è l'utente (che deve essere trattato sempre più come cliente), la co-progettazione è uno strumento cardine per realizzare l'obiettivo di mettere al centro la persona e i suoi specifici bisogni.

RELAZIONI

L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIALI DI INTERESSE GENERALE ATTRAVERSO CONTRATTO D'APPALTO

Andrea Magliari

SOMMARIO: 1. *Introduzione: l'affidamento dei servizi sociali e l'influenza del diritto dell'Unione.* 2. *La nozione di contratto pubblico di appalto e la definizione dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti.* 3. *Gli appalti di servizi sociali nel nuovo Codice dei contratti pubblici.* 4. *Il regime «alleggerito» per gli appalti sopra soglia.* 4.1. *La riserva in favore degli enti del terzo settore e le limitazioni territoriali.* 4.2. *Le procedure di scelta del contraente.* 4.3. *I criteri di aggiudicazione.* 5. *La disciplina relativa ai contratti sotto-soglia.* 5.1. *La disciplina dei contratti sotto-soglia nel Codice dei contratti.* 5.2. *I margini di intervento della legislazione settoriale e del legislatore regionale.* 6. *La disciplina dell'affidamento dei servizi sociali nella Provincia autonoma di Trento.* 7. *Conclusioni.*

1. Introduzione: l'affidamento dei servizi sociali e l'influenza del diritto dell'Unione

Il nostro ordinamento conosce diversi strumenti giuridici attraverso i quali i pubblici poteri coinvolgono gli operatori privati nella realizzazione del sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali¹, in

¹ Sulla categoria giuridica dei servizi sociali, *ex multis*, E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna 2001, p. 1019; S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti alla persona*, Milano, 2004; A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007; ID., *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretta), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, pt. s., IV, 1897; E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007 e, più recentemente, A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017; A. GUALDANI, *Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2018.

omaggio al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale² e della libera assistenza privata di cui all'art. 38 Cost. Convivono, infatti, differenti modalità di organizzazione e gestione dei servizi alla persona e diverse forme di partecipazione dei privati all'erogazione dei servizi sociali³.

In linea generale, le relazioni tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati riconducibili alla nozione di enti del terzo settore possono assumere tre declinazioni principali⁴: quella del *sostegno*, in cui l'ente pubblico sostiene l'azione del privato attraverso sovvenzioni, agevolazioni e concessioni di beni⁵; quella della *collaborazione* tra pubblico e privato nel quadro della co-programmazione e della co-progettazione⁶; infine, quella dell'*affidamento* del servizio.

² Sul principio di sussidiarietà orizzontale nei servizi socioassistenziali, S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., p. 155 ss.; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubblico*, 1, 2002, 99; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubblico*, 2002, 51 ss.; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2006, 309 ss. Sul principio di sussidiarietà orizzontale fondamentale risulta il riferimento a G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006 e ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 42 ss.

³ Sui diversi modelli e strumenti di gestione dei servizi sociali, cfr. S. PELLIZZARI, *New Commons e servizi sociali: il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, terzo settore e società civile organizzata*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, p. 249 ss. Il ruolo assunto dal privato nell'erogazione dei servizi sociali si pone nel solco della progressiva transizione da un modello di *welfare state* al modello di *welfare mix* o *welfare society*, su cui, *ex multis*, G. VITADINI (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal welfare state alla welfare society*, Milano, 2002; U. ASCOLI, C. RANCI (a cura di), *Il welfare mix in Europa*, Roma, 2003. Sugli sviluppi intervenuti nel settore dei servizi sociali a seguito della crisi economica, M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 587 ss.

⁴ P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Il Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018, p. 135.

⁵ Su tali strumenti, S. FRANCA, *Misure di vantaggio economico ed enti del terzo settore*, in *questo Volume*.

⁶ In argomento, S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in *questo Volume*; ID., *La coprogettazione come forma di collaborazione tra PA e enti del terzo settore. Incertezze qualificatorie e potenzialità ap-*

A quest'ultimo modello possono essere ricondotte due modalità di erogazione dei servizi sociali: la prima, quella dell'*autorizzazione e accreditamento*, realizza un sistema integrato di tipo reticolare, in cui i soggetti pubblici e i soggetti privati accreditati operano «nel mercato» su un piano di parità, garantendo all'utente la più ampia libertà di scelta⁷; la seconda, quella dell'esternalizzazione del servizio attraverso *contratto d'appalto* o di *concessione*, dà luogo a una sostituzione del privato aggiudicatario all'amministrazione nell'erogazione del servizio. Quest'ultimo modello, in cui la pubblica amministrazione seleziona il prestatore del servizio attraverso procedure competitive, appare particolarmente problematico sotto il profilo del corretto bilanciamento tra le istanze pro-concorrenziali sottese alla disciplina generale dei contratti pubblici e la tutela delle specificità caratterizzanti il «mercato» delle prestazioni socioassistenziali.

Com'è noto, in ragione di tali specificità – che intercettano i tratti essenziali dei modelli di *welfare* statali – il settore dei servizi sociali è rimasto per lungo tempo estraneo alle logiche competitive di mercato, e al riparo dall'intervento armonizzatore del diritto comunitario. Non a caso, la legge quadro n. 328/2000, all'art. 5, comma 2, nel tentativo di individuare un punto di equilibrio tra le due logiche, stabilisce che

ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici promuovono azioni per favorire (...) il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità.

È a partire dal 2004 e, segnatamente, dalla Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale⁸ che ha inizio un percorso di graduale ridefinizione della disciplina dell'affidamento dei servizi sociali. Tale documento, seguito a stretto giro da due ulteriori Comuni-

pliative nella organizzazione dei servizi e delle attività di interesse generale, in *Munus*, 2019, in corso di pubblicazione.

⁷ Su tale modalità, L. PARONA, *La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, in questo Volume.

⁸ *Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM(2004) 374, def.

cazioni del 2006 e del 2007⁹, apre alla possibilità di qualificare taluni interventi socioassistenziali alla stregua di *servizi economici di interesse generale* (SIEG). Ne consegue che, in linea di principio, e nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento della specifica missione affidata al servizio, i soggetti incaricati della loro gestione devono ritenersi assoggettati all'insieme di regole e principi posti a tutela della concorrenza e del mercato interno¹⁰. In questi termini, là dove i servizi siano qualificabili alla stregua di «attività economiche»¹¹, e siano dunque idonei a

⁹ *Comunicazione sull'attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale nell'Unione europea* [Bruxelles, 26 aprile 2006, COM(2006) 177 def] e *Comunicazione sui servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo* [Bruxelles, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def], con le quali è stato sancito che anche i servizi sociali di interesse generale possono qualificarsi come SIEG, dal momento che la natura sociale, previdenziale o sanitaria del servizio non vale di per sé a escluderne la rilevanza economica. Per la Commissione, «non è il settore o lo status di un soggetto che svolge un servizio [...], né le modalità di finanziamento a determinare se le sue attività siano da considerarsi economiche o non economiche, bensì la natura dell'attività stessa» [COM(2007) 725 def]. Sulla crescente attenzione al tema dei servizi sociali nel diritto comunitario, G.F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 627 ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi sociosanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011; E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 1115 ss.

¹⁰ Art. 106(2) TFUE. In dottrina, cfr. in particolare F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1063; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit. Più recentemente, con specifico riferimento ai servizi sociali, S. PELLIZZARI, *Social services, services providers and non-economic activities in the realm of the EU social market economy*, in D. FERRI, F. CORTESE (eds.), *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Abingdon-New York, 2019, p. 181 ss.

¹¹ Per la Corte giust., sent. 17 febbraio 1993, *Poucet et Pistre*, in C-159/91 e C-160/91, e sent. 12 settembre 2000, *Pavlov e a.*, in cause riunite da C-180/98 a C-184/98, «costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato». Ciò che rileva, quindi, è che l'attività sia svolta in condizioni di mercato, che i comportamenti degli operatori siano finalizzati a un obiettivo di capitalizzazione, che l'organizzazione del servizio non risponda a una logica solidaristica.

creare mercati astrattamente contendibili da più operatori privati, si porrà l'esigenza di misurare le soluzioni organizzative adottate a livello nazionale con la disciplina sovranazionale in materia di concorrenza (antitrust e aiuti di stato)¹² e mercato interno (libertà economiche di movimento e diritto dei contratti pubblici).

Il processo di europeizzazione del sistema di regole in materia di affidamento dei servizi sociali trova la sua più recente e compiuta espressione nella *inclusione* dei servizi sociali all'interno delle nuove direttive europee sui contratti pubblici e nella previsione di una disciplina speciale per gli affidamenti dei servizi sociali nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Nonostante quanto si dirà in merito ai numerosi temperamenti alle regole pro-concorrenziali previsti dalla direttiva 2014/24/UE, tale inclusione ci pare segnare un definitivo rafforzamento del processo di influenza e penetrazione delle regole europee nel settore dei servizi sociali.

Ciò determina, al contempo, nuove sfide per l'interprete e nuovi problemi di coordinamento tra diversi plessi normativi. Nella prospettiva del presente lavoro, si tratta in particolare di verificare in che modo la nuova disciplina sovranazionale agisca sulla normativa settoriale nazionale in materia di servizi sociali e di enti del terzo settore e, in particolare, sul Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – per brevità CTS). Quest'ultimo, in linea con il summenzionato principio di sussidiarietà orizzontale e con la disciplina di cui alla l. 328/2000, abbraccia un approccio al tema dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati senz'altro diverso, e per certi versi antitetico, rispetto a quello sotteso alle regole di evidenza pubblica, promuovendo forme collaborative e partecipate di programmazione e progettazione degli interventi, dichiaratamente alternative all'affidamento tramite contratto d'appalto¹³.

¹² Cfr., sul punto, S. CORNELLA, *Servizi sociali e disciplina europea in materia di aiuti di stato*, in questo Volume.

¹³ In argomento, A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, n. 3, 2018; E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, 2017, 3, IV, p. 160.

La difficile interazione tra questi due testi normativi pone, così, all'interprete il difficile compito di individuare un nuovo punto di equilibrio tra la disciplina eurounitaria in materia di concorrenza e mercato interno, d'un lato, e le peculiari esigenze del settore dei servizi sociali e dei soggetti che vi operano, dall'altro¹⁴. Invero, in ragione della strumentalità della disciplina dei contratti pubblici rispetto agli obiettivi sovranazionali della libera circolazione delle merci e dei servizi, lo strumento del contratto può essere visto come portatore di una logica competitiva ed economicistica, contrapposta e alternativa rispetto a quella collaborativa e partecipativa che tradizionalmente permea il sistema a rete dei servizi socioassistenziali e che, più recentemente, contraddistingue le modalità di programmazione e progettazione concertata degli interventi¹⁵.

A fronte di tali sviluppi, il presente contributo si propone di esaminare la disciplina speciale dettata dal Codice dei contratti, con l'obiettivo di identificare i possibili margini di flessibilità e di adattabilità rispetto alle esigenze poste dal settore dei servizi sociali. Dopo aver individuato l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina dell'evidenza pubblica, si procederà all'esame del regime alleggerito introdotto dal correttivo al Codice dei contratti e all'illustrazione di alcuni istituti che sembrano consentire un adeguato temperamento tra la logica competitiva tipica delle procedure di evidenza pubblica e l'attenzione verso la tutela e la promozione delle peculiarità dei servizi sociali alla persona e del ruolo svolto dagli enti del terzo settore. L'analisi sarà, infine, completata da un breve cenno all'esperienza legislativa maturata nel particolare contesto della Provincia autonoma di Trento, a riprova della necessità di affrontare il tema secondo una prospettiva che consenta di

¹⁴ Su tale contrapposizione, in senso critico, A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 89 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; ID., *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2004, p. 75 ss.

¹⁵ Rilevano, ad esempio, tale contrapposizione A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore*, in A. FICI, *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 239 e F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, *Ibidem*, p. 276 ss.

tenere insieme i diversi livelli ordinamentali di cui si compone l'attuale quadro regolatorio.

2. La nozione di contratto pubblico di appalto e l'ambito di applicazione del Codice dei contratti

Per rispondere agli interrogativi posti in premessa occorre dapprima individuare l'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica in materia di appalti pubblici. Ciò al fine di chiarire sin da subito l'esclusione di alcune forme di gestione dei servizi sociali dall'ambito di applicazione del Codice. In ragione della graduale penetrazione del diritto sovranazionale, la questione necessita di essere inquadrata a partire dalle nozioni di «appalti pubblici», di «operatore economico» e di «onerosità» accolte nell'ordinamento eurounitario.

In questa prospettiva deve leggersi il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 del Consiglio di Stato relativo alla normativa applicabile agli affidamenti dei servizi sociali alla luce del d.lgs. n. 50/2016 e del d.lgs. n. 117/2017. Sebbene giunga a conclusioni estremamente rigorose in merito alla portata applicativa delle disposizioni del CTS, il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato si pone sostanzialmente in linea con gli orientamenti della Corte di giustizia e con la giurisprudenza amministrativa nazionale. Si ritiene, pertanto, opportuno ripercorrerne gli snodi fondamentali.

Punto di partenza del ragionamento svolto dal Consiglio di Stato è la definizione di «appalti pubblici» come «contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi»¹⁶. Richiamando la nozione funzionale di impresa e di operatore economico di derivazione europea¹⁷, il Consi-

¹⁶ Art. 3, lett. ii) del Codice dei contratti. Analogamente, si v. la definizione contenuta nell'art. 2, n. 5 della Direttiva 2014/24/UE.

¹⁷ Com'è noto, per la Corte di giustizia si qualifica come «operatore economico» ogni soggetto che offra servizi sul mercato, anche qualora non persegua un preminente scopo di lucro ovvero non disponga di una struttura organizzativa di impresa. L'assenza del fine di lucro non esclude, dunque, che determinate associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla

glio di Stato identifica come attività soggetta alla disciplina sovranazionale

ogni iniziativa relativa alla [...] prestazione di servizi astrattamente contendibili sul mercato (*recte*, per i quali vi sia, in atto o in potenza, un mercato) e, come tale, potenzialmente realizzabile da più operatori in quanto intrinsecamente capace di coprire i costi con i ricavi.

Esulano, invece, dall'applicazione del Codice dei contratti quelle fattispecie che sono espressamente *escluse* – quali il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza di cui all'art. 17, lett. h)¹⁸ – per le quali si applicano solamente i principi di massima di cui all'art. 4, nonché le ipotesi che risultano del tutto *estranee* alla regolazione sovranazionale, in quanto aventi un sostrato non economico, come è il caso dei servizi di interesse generale non economico, di cui all'art. 2 del Protocollo 26 dei Trattati e all'art. 164, comma 3 del Codice dei contratti.

concorrenza. Ai nostri fini, rileva particolarmente Corte giust., sent. 29 novembre 2007, *Commissione c. Italia*, C-119/06, con commento di A. ALBANESE, *L'affidamento dei servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Commissione manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 1453 ss.; R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit, e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 1976. Il giudice nazionale, modificando il proprio orientamento, ha successivamente accolto tale nozione ampia e funzionale di operatore economico, ammettendo alla partecipazione alle gare anche enti senza scopo di lucro (*ex multis*, Cons. Stato, III, 15 gennaio 2016, n. 116; Cons. Stato, III, 15 aprile 2013, n. 2056; Cons. Stato, VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

¹⁸ Art. 10, lett. h) e considerando n. 28, direttiva 2014/24/UE. Si segnala come a delimitare l'ambito di operatività dell'esclusione sia di recente intervenuta la Corte di giust., sent. 21 marzo 2019, *Falck Rettungsdienste*, C-465/17, statuendo che rientra nella deroga in esame «l'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento al trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto». Sul trasporto di emergenza in ambulanza, si veda in precedenza Corte giust., sent. 25 ottobre 2001, *Ambulanz Glökner*, C-475/99 e sent. 11 dicembre 2014, *Spezzino*, C-113/13.

Rimangono, in ogni caso, *estrane* alla logica della regolazione competitiva sovranazionale e, dunque, sottratte alla disciplina in materia di contratti pubblici tutte quelle ipotesi in cui: *a)* le procedure di affidamento del servizio non abbiano carattere selettivo; *b)* non tendano effettivamente all'affidamento di un servizio sociale; *c)* l'ente affidatario svolge il servizio a titolo integralmente gratuito.

Con riferimento al primo punto, il Consiglio di Stato osserva che il modello dell'accREDITAMENTO libero¹⁹ – in cui l'amministrazione si limita a riscontrare la presenza di determinati requisiti in capo al privato e a inserirlo all'interno della rete dei servizi sociali, senza che sia previsto a monte un limite numerico o un contingentamento prefissato – rimane estraneo alla normativa in materia di contratti pubblici, difettando del carattere selettivo/competitivo²⁰. Il sistema delle «tre A» (autorizzazione-accREDITAMENTO-accordo) realizza, infatti, un'ipotesi di «concorrenza nel mercato», in cui è l'utente – e non l'amministrazione – a selezionare

¹⁹ Sullo strumento dell'accREDITAMENTO ci si limita a rinviare a M. RENNA, *Art. 11 (Autorizzazione e accREDITAMENTO)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., p. 300 ss.; E. CARUSO, *L'accREDITAMENTO nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Ist. Federalismo*, 2017, p. 157 ss. Sull'accREDITAMENTO nel settore sanitario, per tutti, M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, in particolare p. 157 ss.

²⁰ Considerando n. 114 della Direttiva 2014/24/UE. Analogamente, per Corte giust., sent. 2 giugno 2016, C-410/14, *Falk Pharma*, difetta l'elemento selettivo e «non costituisce un appalto pubblico [...] un sistema di convenzioni attraverso il quale un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che si impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso». Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. recentemente Cons. Stato, III, 19 marzo 2018, n. 1739, secondo cui «l'accREDITAMENTO, quale titolo abilitante le appellanti all'erogazione delle prestazioni socio-sanitarie-assistenziali, colloca la relativa attività al di fuori della disciplina di cui al d.lgs. n. 50/2016, in quanto la specialità del sistema di accREDITAMENTO, incentrato sull'affidamento esclusivo ai soggetti accREDITATI delle prestazioni sanitarie, non consente di applicare ai relativi rapporti contrattuali norme specificamente formulate al fine di disciplinare rapporti (come quelli di appalto o di concessione extra-sanitaria) scaturenti da altri meccanismi di affidamento, di matrice concorrenziale».

il soggetto erogatore sulla base di una propria valutazione della qualità del servizio offerto in regime di «concorrenza amministrata»²¹.

Viceversa, qualora l'accreditamento nasconda una dinamica selettiva, in quanto subordinato a un contingente massimo stabilito in sede di programmazione ovvero in quanto strumento per addivenire all'attivazione di un partenariato, dovrà farsi luogo all'applicazione delle regole in materia di contratti pubblici, salvo che si versi in ipotesi di integrale gratuità²². A tale modello sono ricondotte le ipotesi di coprogettazione e partenariato di cui all'art. 55 CTS, in quanto connotate da una competizione a monte, e da un affidamento del servizio a valle²³.

In relazione al profilo della gratuità, il parere rileva la non riconducibilità alla nozione di contratto d'appalto di un servizio svolto in assenza di corrispettivo²⁴. Per il Consiglio di Stato, l'assenza di onerosità vale, infatti, a qualificare l'attività come non economica e a situarla al di fuori delle logiche concorrenziali del mercato. L'effettiva gratuità del servizio si realizza, tuttavia, solamente allorché si verifichi

un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore.

²¹ Sulla libertà di scelta dell'utente e il pluralismo dell'offerta, S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti alla persona*, cit., p. 147 ss.; ID., *Il rapporto pubblico-privato e la libertà di scelta dell'utente*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S.A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 109 ss.

²² Così, recentemente, Cons. Stato, III, 31 luglio 2018, n. 4726, in cui il giudice ha riconosciuto che, al di là del *nomen iuris* assegnato dall'amministrazione, la procedura era volta non solo al riconoscimento dell'esistenza di requisiti abilitanti, quanto piuttosto all'individuazione del soggetto gestore del servizio.

²³ D'altronde, la giurisprudenza amministrativa aveva già qualificato l'istituto della coprogettazione previsto dalla l. 328/2000 e dalle normative regionali di riferimento, alla stregua di un contratto pubblico. In questi termini, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, IV, 28 marzo 2017, n. 727, in cui la coprogettazione è stata ritenuta solamente una modalità di svolgimento di un confronto concorrenziale riconducibile all'ambito dei contratti pubblici.

²⁴ Sul concetto di onerosità, si v. le riflessioni critiche di S. PELLIZZARI, *La coprogettazione come forma di collaborazione tra PA e enti del terzo settore*, cit.

Ponendosi nel solco della giurisprudenza sovranazionale, il parere ribadisce che il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio non vale di per sé a escludere l'onerosità del contratto d'appalto²⁵: solamente il rimborso spese a piè di lista – che escluda la remunerazione, anche indiretta, di tutti i fattori produttivi (incluso il costo del personale) e comprenda unicamente le spese vive, correnti e non di investimento documentate – appare idoneo a dimostrare la gratuità del servizio.

Sulla base di tali considerazioni, anche lo strumento della convenzione *ex art. 56 CTS* risulta oggetto di una lettura particolarmente rigorosa. Il riferimento alla clausola del confronto con il mercato, così come la menzione dei costi indiretti tra le spese rimborsabili dall'ente pubblico, sono assunti a indici sintomatici di una sostanziale economicità della convenzione, con la conseguenza che, là dove il ricorso alla convenzione nasconda un affidamento oneroso, si porranno problemi di compatibilità con la disciplina europea a tutela della concorrenza, imponendo – se del caso – la disapplicazione dell'art. 56 CTS.

In definitiva, per il Consiglio di Stato, l'inclusione dei servizi sociali all'interno del Codice dei contratti impone di interpretare e applicare le disposizioni di cui al CTS alla luce e in conformità con la normativa sovranazionale in materia di contratti pubblici. È evidente, del resto, come la preoccupazione principale del Consiglio di Stato sia quella di evitare l'aggiramento delle regole di evidenza pubblica nel mercato dei servizi sociali. In altri termini, il parere sembra segnalare alle amministrazioni la necessità di maneggiare con particolare cautela gli istituti di carattere generale previsti dagli artt. 55 e 56 CTS in tutte quelle ipotesi in cui il loro utilizzo possa, in pratica, celare un affidamento oneroso e/o selettivo. A tal fine, il parere suggerisce alle amministrazioni di mo-

²⁵ Così, in particolare, la citata sent. *Commissione c. Italia*, in cui la Corte ha statuito che, allorché i rimborsi rivestano natura forfetaria, consentendo di celare sovracompensozioni sostanzialmente remunerative, occorre qualificare l'operazione alla stregua di un contratto (oneroso) di appalto. Cfr. altresì Corte giust., sent. 19 dicembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, C-159/11, punto 29, con commento di R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e appalti pubblici*, in *Urb. appalti*, 2013, p. 388 e, più recentemente, sent. 18 ottobre 2018, *IBA Molecular Italy Srl*, C-606/17. Nella giurisprudenza nazionale, *ex multis*, Cons. Stato, III, 16 dicembre 2013, n. 6014; Tar Lombardia, Brescia, II, 28 giugno 2016, n. 890; Tar Lombardia, Milano, IV, 28 marzo 2017, n. 727.

tivare volta per volta la scelta di ricorrere ai moduli procedurali del CTS in luogo dell'indizione di una ordinaria gara d'appalto, facendo particolare riferimento alle ricadute operative derivanti dal preminente valore sociale del servizio sotto il profilo della

maggior idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni *lato sensu* sociali ricorrenti nella fattispecie, alla luce dei principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato.

Così intesa, la ricostruzione prospettata dal Consiglio di Stato non pare condurre a una sostanziale vanificazione degli istituti della co-progettazione di cui al CTS, ma semmai ad assicurare la piena ed effettiva applicazione della disciplina sovranazionale in materia di contratti pubblici. Com'è stato persuasivamente osservato²⁶, d'altronde, la ricostruzione offerta dal parere del Consiglio di Stato deve essere letta alla luce dello specifico quesito postogli dall'ANAC e, dunque, nella prospettiva delle modalità di affidamento dei servizi previste dalle direttive europee, senza che da esso possano trarsi indicazioni di carattere generale circa l'impianto della riforma, né in merito alla *ratio* complessiva degli strumenti ivi previsti.

3. *Gli appalti di servizi sociali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

A margine delle critiche espresse al parere del Consiglio di Stato, si può osservare come quest'ultimo abbia avuto l'ulteriore effetto di riaprire il dibattito attorno alla possibilità – e financo alla stessa opportunità – di conciliare le specificità del settore dei servizi sociali con il rispetto delle regole sovranazionali in materia di concorrenza e mercato interno. Occorre, infatti, considerare come, differentemente da quanto avviene per altri servizi pubblici, quello dei servizi socioassistenziali

²⁶ AA.VV., *Il diritto del terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, reperibile all'indirizzo <https://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2019/02/FIRMATARI-art-55.pdf>.

rappresenti un mercato peculiare, sia sotto il profilo dei soggetti coinvolti, sia sotto quello oggettivo delle attività svolte.

Sul piano soggettivo, in ragione della scarsa remuneratività delle prestazioni, fisiologicamente limitata risulta la presenza del privato *for profit*²⁷, mentre gli interlocutori privilegiati delle pubbliche amministrazioni sono enti *non profit*, il cui intervento risulta guidato principalmente da ragioni di carattere ideale, etico o religioso. I destinatari finali delle prestazioni sono, inoltre, soggetti «deboli», i cui diritti necessitano di particolare protezione e tutela, eventualmente anche «contro» le logiche concorrenziali del mercato²⁸. L'elemento personalistico riveste, di conseguenza, particolare consistenza tanto nella relazione amministrazione-operatore economico, quanto in quella operatore economico-beneficiario della prestazione.

Caratteri peculiari assumono altresì le tipologie di prestazioni richieste all'operatore privato. Trattasi, invero, di interventi non standardizzabili, necessariamente differenziati e individualizzati in base ai bisogni e necessità dei singoli destinatari²⁹. Vengono, in tal modo, in rilievo ulteriori esigenze di personalizzazione delle prestazioni e di valorizzazione del rapporto tra soggetto erogatore e beneficiario. Si pone, pertanto, l'esigenza di promuovere il coinvolgimento attivo del destinatario nella stessa formulazione del progetto individuale di intervento³⁰, di diversificare la prestazione a seconda del contesto economico-sociale, di valorizzare il rapporto con il territorio³¹, di garantire la continuità, la stabilità e l'accessibilità dell'intervento.

²⁷ Sottolinea l'insufficienza del mercato nel campo dei servizi sociali e l'assenza strutturale di soggetti aventi fini di lucro in ragione della scarsa remuneratività delle prestazioni, P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, p. 255.

²⁸ Così, A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 273.

²⁹ Cfr. V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. dell'economia*, 2004, p. 95 ss.; N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 307 ss.

³⁰ Sui servizi sociali come servizi di tipo relazionale, V. BERLINGÒ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 143 ss.

³¹ In argomento, in particolare, P. 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.*, 2016, p. 461 ss.

Occorre, dunque, verificare se e come la disciplina di cui al nuovo Codice dei contratti consenta di tenere in adeguata considerazione tali specificità. Come si avrà modo di chiarire nei prossimi paragrafi, per l'affidamento dei servizi sociali le direttive europee prevedono una disciplina ampiamente derogatoria rispetto al regime ordinario³². Nel nuovo quadro normativo, i servizi sociali vengono in rilievo sia in termini *negativi*, in quanto sottratti all'integrale applicazione delle direttive, sia in termini *positivi*, in quanto sottoposti a un regime speciale che tiene conto delle specificità del settore, dei diversi contesti normativi e socio-culturali nazionali, e del limitato impatto transfrontaliero.

4. Il regime «alleggerito» per gli appalti sopra soglia

L'art. 35 del Codice introduce, per gli appalti di servizi sociali di cui all'allegato IX, una soglia di rilevanza comunitaria sensibilmente più elevata rispetto a quella applicabile agli altri servizi, pari a 750.000 euro³³. Ne consegue che la disciplina di matrice sovranazionale trova applicazione in relazione ai soli contratti d'appalto di importo superiore a tale soglia, mentre al di sotto l'affidamento dei servizi sarà principalmente retto dalle rilevanti disposizioni nazionali, dal momento che tali attività «non saranno 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»³⁴.

Per gli appalti sopra-soglia, le direttive prevedono una serie di temperamenti e alleggerimenti rispetto alle regole ordinarie. In particolare, l'art. 76 della direttiva 2014/24/UE lascia agli Stati membri ampia li-

³² Sul punto, M. DE NES, G. QUARNETI, *Gli appalti nei servizi sociali: una disciplina sensibilmente riformata*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 371 ss.; L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urb. appalti*, 2016, p. 1001 ss.

³³ Tale soglia aumenta ulteriormente per gli appalti di servizi sociali nei settori speciali (1.000.000 euro) e per le concessioni di servizi sociali (5.548.000 euro).

³⁴ Considerando n. 114, Direttiva 2014/24/UE.

bertà nel determinare «le norme procedurali applicabili fintantoché tali norme consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione».

In linea con la direttiva, il Codice dei contratti del 2016 detta una disciplina volta essenzialmente a dare corpo ai principi generali di trasparenza, pubblicità, imparzialità, parità di trattamento e buon andamento, con ampie deroghe alla piena operatività di alcuni istituti pro-concorrenziali. Sul punto, occorre nondimeno precisare come l'introduzione di un regime effettivamente alleggerito sia in realtà da attribuirsi al correttivo al Codice, apportato dal d.lgs. n. 56/2017 e, segnatamente, all'inserimento, all'art. 142, dei commi da *5 bis* a *5 nonies*, recanti disposizioni speciali applicabili solamente ad alcuni dei servizi contemplati dall'allegato IX, tra i quali – appunto – i servizi sanitari, i servizi sociali e servizi connessi, i servizi di prestazioni sociali³⁵. Prima del correttivo, infatti, le disposizioni generali dettate per i settori ordinari dovevano ritenersi integralmente applicabili, in quanto compatibili, anche ai servizi sociali. Il novellato art. 142, invece, richiamando espressamente solo alcune disposizioni del Codice, determina la non applicabilità delle restanti previsioni normative, consentendo così di «isolare» la disciplina dei servizi sociali dalle ordinarie regole di evidenza pubblica³⁶.

Tra le numerose peculiarità settoriali, particolare interesse suscitano le disposizioni speciali in materia di: 1) previsione di riserve e limiti ai fini della partecipazione alle gare; 2) procedure di scelta del contraente; 3) criteri di aggiudicazione.

³⁵ In questo senso, Cons. Stato, III, 31 luglio 2018, n. 4726 e il parere n. 782 del 30 marzo 2017, reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, nell'adunanza del 22 marzo 2017, sullo schema di decreto legislativo contenente «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

³⁶ Più precisamente, è da ritenere – conformemente a quanto osservato dal parere del Consiglio di Stato – che per i servizi indicati al comma *5 bis* dell'art. 142 (tra cui si annoverano i servizi sociali *stricto sensu*) si applichi il regime alleggerito contemplato nei successivi commi da *5 ter* a *5 nonies*, con esclusione – salvo eventuale autovincolo della stazione appaltante – delle altre disposizioni del Codice; per gli altri servizi di cui all'allegato IX del Codice, invece, l'applicazione del Codice deve ritenersi integrale e, salve alcune disposizioni specifiche, si estende a tutti gli istituti da esso previsti.

4.1. La riserva in favore degli enti del terzo settore e le limitazioni territoriali

Per valorizzare le peculiarità del «mercato» dei servizi sociali, le amministrazioni hanno tradizionalmente fatto ricorso a gare riservate agli enti del terzo settore. Tale riserva ha il fine di garantire ai soggetti del *non profit* uno spazio competitivo «protetto», estraneo alle dinamiche concorrenziali tipiche degli operatori aventi scopo di lucro, in cui poter meglio perseguire gli scopi solidaristici sottesi all'attività di assistenza³⁷. La limitazione *ex ante* della partecipazione alle gare a tali soggetti trova origine nella tradizionale connotazione non economica dei servizi socioassistenziali e nella strutturale assenza di un mercato astrattamente appetibile per i soggetti *for profit*. Tali misure, tuttavia, presentano rilevanti profili di criticità in quanto potenzialmente confliggenti con i principi di non discriminazione nell'accesso alle commesse pubbliche e di massima apertura del mercato.

Si rammenta, del resto, come alcuni regimi di riserva siano da tempo espressamente contemplati nella legislazione nazionale³⁸. Tra queste, si ricorda la previsione di cui già al previgente Codice dei contratti, sostanzialmente ripresa dal nuovo testo, secondo cui le amministrazioni 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 loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate

ovvero

riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori eco-

³⁷ Tale *favor* trova specifico riconoscimento sia nella l. n. 328 del 2000, sia nel citato d.P.C.M. del 2001.

³⁸ Si pensi, ad esempio, alla riserva di cui all'art. 5, comma 1, l. 8 novembre 1991, n. 381 in materia di convenzioni con le cooperative sociali di tipo b) aventi a oggetto servizi diversi da quelli socio-sanitari.

nomici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati³⁹.

Tale riserva, seppur applicabile alla generalità delle procedure d'appalto, non appare tuttavia riferibile agli altri soggetti *non profit* in via di applicazione analogica⁴⁰.

Le nuove direttive introducono, invece, una nuova riserva generalizzata in favore delle organizzazioni aventi caratteristiche sostanzialmente coincidenti con quelle degli enti del terzo settore⁴¹. L'operatività di tale riserva risulta, tuttavia, fortemente limitata dal momento che la durata massima del contratto non può superare i tre anni e che nei tre anni precedenti l'amministrazione aggiudicatrice non abbia aggiudicato alla stessa organizzazione un appalto per i servizi in questione in regime di riserva. Nulla vieterebbe, peraltro, all'amministrazione di avviare una gara riservata ai sensi dell'art. 143 e, al termine dei tre anni, indire una nuova procedura, non più riservata, attribuendo un punteggio maggiore all'esperienza acquisita in quell'ambito, nella prospettiva di garantire continuità e stabilità al servizio.

In definitiva, alla luce dell'intervenuto quadro normativo, non sembra che – almeno per quanto concerne gli appalti sopra-soglia – possano ritenersi ammissibili regimi di riserva in favore di determinate categorie di operatori, al di fuori delle citate previsioni. In questi termini, il *favor* manifestato dalla l. 328 del 2000 per l'affidamento a soggetti del terzo settore non appare più idoneo a costituire, di per sé solo, il fondamento per la previsione generalizzata di gare riservate, dovendosi tale atto normativo interpretare alla luce e in conformità con le direttive europee e con il Codice dei contratti.

³⁹ Art. 112, Codice dei contratti.

⁴⁰ In questi termini, ad esempio il parere dell'AVCP AG 24/10 dell'8 luglio 2010, secondo cui «non è consentito apporre riserve di partecipazione alle gare di appalto *sic et simpliciter* ai soli soggetti *no profit*, ma che tale riserva sia consentita solo [...] se rivolta a soggetti che rivestono le caratteristiche dei lavoratori protetti». D'altronde, è appena il caso di ricordare che la categoria degli enti del terzo settore racchiude realtà disomogenee, che vanno da soggetti connotati quasi esclusivamente da finalità solidaristiche a realtà più complesse che operano secondo metodi imprenditoriali.

⁴¹ Art. 143 del Codice dei contratti, in recepimento pressoché testuale dell'art. 77 della Direttiva 2014/24/UE.

Discorso in parte analogo sembra valere per l'introduzione di limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alle gare. I requisiti di ubicazione, sebbene astrattamente riconducibili all'esigenza di garantire la vicinanza dell'operatore ai beneficiari del servizio e della conoscenza del contesto economico-sociale in cui andrà a realizzarsi l'intervento, hanno incontrato forti critiche da parte dell'ANAC⁴² e della giurisprudenza amministrativa⁴³.

Tale restrizione andrebbe, infatti, a incidere direttamente sui principi fondamentali del mercato interno, in quanto fattore di discriminazione e di ostacolo alla libera circolazione dei servizi. La preferenza per gli operatori ubicati sul territorio costituisce, come affermato dalla Corte cost., sentenza 22 dicembre 2006 n. 440, una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare la loro professione in qualunque parte del territorio nazionale. Il giudice amministrativo ha inoltre ritenuto illegittime, in quanto costitutive di una barriera all'entrata nel mercato, tutte quelle clausole

contemplanti condizioni di partecipazione alle gare, modalità di valutazione dell'offerta e di esecuzione dei relativi contratti, volte a riconoscere preferenza alle imprese operanti sul territorio di riferimento (es. richiesta della sede legale nel territorio quale requisito di accesso,

⁴² Nelle citate Linee guida n. 32 del 2016, l'ANAC ha ribadito il proprio orientamento in merito alla «illegittimità delle limitazioni territoriali nelle procedure di aggiudicazione, anche in caso di affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, perché in contrasto con il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione e con la normativa comunitaria in materia di appalti di servizi, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori». In senso analogo, si vedano anche le Deliberazioni dell'A.V.C.P. n. 31/2012 e n. 95/2012 e il Comunicato del Presidente dell'A.V.C.P. del 20 ottobre 2010 (Bandi di gara e limitazioni di carattere territoriale).

⁴³ Secondo un orientamento consolidato, «il principio di non discriminazione impone che tutti i potenziali offerenti siano posti in condizioni di eguaglianza e non consente, quindi, limitazioni di accesso al mercato “*ratione loci*”, ovvero in ragione dell'ubicazione della sede in un determinato territorio» (così, Cons. Stato, V, 13 giugno 2012 n. 3469; analogamente, Tar Sicilia, Catania, III, n. 2960/2011; Tar Sicilia, Palermo, III, n. 290/2008).

svolgimento di servizi/esperienze nel territorio stesso ai fini della valutazione dell'offerta con assegnazione di maggior punteggio)⁴⁴.

Nondimeno, si ritiene che l'amministrazione ben potrebbe richiedere all'offerente di dare dimostrazione della adeguata conoscenza del territorio e della realtà socio-culturale di riferimento – in ipotesi anche considerando a tal fine il previo svolgimento di servizi analoghi sul medesimo territorio – sia ai fini della partecipazione alla procedura di selezione, sia in sede di attribuzione del punteggio, purché ciò si giustifichi in base a particolari esigenze legate all'esecuzione della prestazione, da valutarsi sulla scorta di un rigoroso test di ragionevolezza e proporzionalità⁴⁵. La specificità dei servizi in parola, così come riconosciuta dall'art. 76(2) della direttiva 2014/24/UE, sembra giustificare la valorizzazione, in sede di attribuzione del punteggio, di criteri di valutazione dell'offerta attinenti alla prossimità, la continuità e l'accessibilità del servizio, anche nell'ottica di un miglior coinvolgimento e responsabilizzazione dell'utente. Infine, non sembra integrare una limitazione *ratione loci* contraria ai principi costituzionali e comunitari la messa a gara di un servizio la cui erogazione richieda un lavoro di rete con altri soggetti

⁴⁴ Così, recentemente, Tar Lazio, Roma, II, n. 11517/2017.

⁴⁵ Cfr. la citata sent. Tar Lazio n. 11517/2017, per cui «ciò che non è consentito, ed è perciò illegittimo, è l'esclusione o la limitazione partecipativa di una impresa a cagione della dislocazione della sua sede legale: il pretendere, in altri termini, nel bando che l'impresa abbia la sede legale o una dipendenza nel territorio di appartenenza della stazione appaltante, a guisa che la gara verrebbe discriminatoriamente circoscritta a determinati operatori (pre)scelti in ragione di un criterio prettamente geografico, in contrasto con la finalità armonizzatrice del Trattato europeo» [...] viceversa non deve considerarsi come discriminatoria la assegnazione di «un esiguo punteggio (sei punti rispetto ai complessivi cento disponibili) in ragione di esigenze funzionali, organizzative ed economiche della stazione appaltante connesse a specifiche condizioni operative, secondo una logica non discriminatoria né irragionevole e neppure stringente al punto di insinuare il sospetto di essere stato elaborato per condizionare l'esito della gara in modo (apparentemente) preconstituito». Si v., inoltre, Tar Sicilia, Palermo, III, n. 290/2008, per cui una clausola siffatta «deve essere interpretata nel senso di consentire all'amministrazione locale interessata, in caso di parità sostanziale delle offerte pervenute, di preferire quella proveniente dall'istituzione avente maggiore vicinanza rispetto ai luoghi ove il servizio deve essere svolto ma non consente di escludere, a priori, le imprese che non posseggano il requisito ivi indicato».

operanti sul territorio, giacché tale requisito rilevarebbe ai soli fini dell'esecuzione⁴⁶.

4.2. *Le procedure di scelta del contraente*

Ai sensi dell'art. 142, comma 5 *sexies*, le stazioni appaltanti possono ricorrere alle procedure di aggiudicazione di cui agli artt. da 54 a 58 e da 60 a 65. Si tratta, com'è noto, degli strumenti impiegati per gli appalti elettronici e aggregati (accordo-quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi informatici, nonché le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione), e delle procedure di scelta del contraente previste per i settori ordinari (procedura aperta, procedura ristretta, procedura competitiva con negoziazione, procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, partenariato per l'innovazione).

In questi termini, il Codice non recepisce il *favor* espresso dal d.P.C.M. del 2001 verso le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate, ma attribuisce alle amministrazioni ampia discrezionalità nella scelta della procedura più idonea a soddisfare le esigenze sottostanti ciascun affidamento.

Com'è noto, in ragione del minor grado di apertura e concorrenzialità, il ricorso alla *procedura competitiva con negoziazione*⁴⁷ ovvero al

⁴⁶ Delibera ANAC n. 32, del 20 gennaio 2016.

⁴⁷ Nella procedura competitiva negoziata di cui all'art. 62, qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione alla gara in risposta a un avviso di indizione; tuttavia, solo gli operatori economici invitati dall'amministrazione possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per la successiva negoziazione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura ai sensi dell'art. 91 e quando lo richieda la difficoltà o la complessità del servizio, purché sia assicurato il numero minimo di tre operatori e che ciò sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. La peculiarità della procedura risiede nel fatto che «le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli operatori economici le loro offerte iniziali e tutte le successive da essi presentate, tranne le offerte finali [...], per migliorarne il contenuto». Tale procedura può svolgersi anche in diverse fasi al fine di ridurre progressivamente il

*dialogo competitivo*⁴⁸ è in linea generale soggetto a particolari condizioni e limitazioni, stabiliti dall'art. 59, comma 2. A ben vedere, tuttavia, tale disposizione non è espressamente richiamata dal citato art. 142, comma 5 *sexies*. Ne consegue che, a rigore, le stazioni appaltanti possono procedere in ogni caso, e a prescindere dal ricorrere dei presupposti delineati dall'art. 59, all'affidamento del servizio attraverso una di queste procedure⁴⁹. Una tale lettura ben potrebbe giustificarsi alla luce dell'art. 76 della direttiva, là dove lascia ampia libertà agli Stati nella determinazione delle norme procedurali applicabili.

A tali procedure deve, poi, aggiungersi il nuovo strumento del *partenariato per l'innovazione*⁵⁰, previsto dall'art. 65, che consente alle

numero di offerte da negoziare sulla base dei criteri di aggiudicazione specificati nell'avviso di gara.

⁴⁸ Il dialogo competitivo è definito dall'art. 3, lett. vvv) del Codice, come una «procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura». Ai sensi dell'art. 64, nel bando di gara o nell'avviso di indizione della gara, le stazioni appaltanti possono limitarsi a indicare le loro esigenze e i requisiti richiesti per la partecipazione, mentre nel corso del dialogo sono posti in discussione gli aspetti relativi al contenuto dell'offerta. Il dialogo competitivo si distingue dalla procedura competitiva con negoziazione, della quale segue sostanzialmente la scansione procedimentale, in quanto solamente nel primo la negoziazione ha come obiettivo quello della individuazione dell'offerta più idonea a soddisfare le esigenze dell'amministrazione, mentre nella seconda l'obiettivo è di migliorare progressivamente il contenuto di offerte già presentate alla stazione appaltante. In questi termini, il dialogo competitivo ben si presta a superare le asimmetrie informative tra amministrazione e operatori privati.

⁴⁹ Diversamente, i casi in cui risulta possibile aggiudicare l'appalto attraverso una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando sono disciplinati dallo stesso art. 63, direttamente richiamato dall'art. 142, co. 5 *sexies*. In tal caso, peraltro, diversamente dalle procedure di cui agli artt. 62 e 64, maggiore appare la compressione del principio di trasparenza e pubblicità e, dunque, la necessità di limitare a casi particolari il ricorso a tale procedura.

⁵⁰ Art. 31, direttiva 2014/24. La direttiva riconosce (ai considerando 47-49) che «la ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Per tale motivo, «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere accesso a una procedura di appalto

amministrazioni di sviluppare, e successivamente acquistare, servizi non altrimenti reperibili sul mercato attraverso l'instaurazione di un partenariato con uno o più operatori economici.

In sintesi, occorre rilevare come tali procedure presentino il vantaggio di consentire all'amministrazione di preselezionare alcuni operatori economici da invitare alla gara e di negoziare con essi il contenuto delle offerte, in modo da individuare le soluzioni – anche innovative – più idonee a rispondere alle esigenze del caso.

Il ricorso a tali procedure permette, così, di coniugare la flessibilità tipica di una modalità dialogica e «a formazione progressiva» di scelta del contraente con le garanzie del confronto concorrenziale. Non v'è dubbio, infatti, che attraverso tali forme di aggiudicazione si possano incentivare dinamiche sinergiche tra pubblico e privato, potendo le stazioni appaltanti beneficiare dell'*expertise* dei privati, anche ai fini della definizione delle proprie necessità e della miglior soluzione progettuale. Il contenuto del servizio sarà, in tal modo, definito attraverso un procedimento multifase, che consente di sviluppare un confronto aperto e dinamico tra pubblica amministrazione e privati. Al contempo, la logica competitiva che connota tali procedure appare in grado di stimolare la progettualità dei concorrenti e di aumentare la qualità, l'efficienza e l'efficacia complessiva del servizio⁵¹.

specifica per quanto riguarda gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Questa procedura specifica dovrebbe consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di istituire un partenariato per l'innovazione a lungo termine per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione». Anche in tal caso, possono partecipare alla procedura soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni e sono previste più fasi successive, preordinate al raggiungimento di obiettivi intermedi, nelle quali l'amministrazione negozia con i concorrenti tutti gli aspetti dell'offerta. In argomento, S. PELLIZZARI, *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *Impr. Sociale*, 2014, p. 37, la quale sottolinea lo stretto legame fra gli obiettivi sottesi agli affidamenti dei servizi sociali e la ricerca di soluzioni innovative nel quadro della strategia *Europa 2020*.

⁵¹ Sulle condizioni che rendono possibile la massimizzazione dell'efficienza e della qualità del processo di esternalizzazione nella dottrina economica, G.P. BARBETTA, *Sul contracting-out nei servizi sociali*, in C. BORZAGA, G. FIORENTINI, A. MATAACENA (a cura di), *Non-profit e sistemi di welfare*, Roma, 1998, p. 120 ss.

Secondo tale prospettiva, non sembrerebbe impossibile, per la stazione appaltante, innestare gli strumenti collaborativi della coprogettazione previsti dall'art. 55 CTS all'interno di tali procedure. Quest'ultimo, infatti, dispone che l'individuazione del soggetto con cui attivare il partenariato avviene, oltre che attraverso l'accreditamento, *anche* attraverso altre modalità che siano rispettose dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. Maggiori perplessità desta, invece, la riserva che tale disposizione introduce a favore degli enti del terzo settore, la quale dovrebbe – a rigore – leggersi in combinato disposto con l'art. 112 o 143 del Codice dei contratti.

Inoltre, sul fronte degli strumenti pubblici d'acquisto, particolare rilevanza sembra assumere ai nostri fini l'*accordo quadro* di cui all'art. 54 del Codice. Tale strumento consente alle stazioni appaltanti di stipulare con uno o più operatori economici un atto negoziale contenente il contenuto di contratti eventuali e futuri, senza che dalla stipula dell'accordo sorgano immediatamente diritti e obblighi per i contraenti, all'infuori di quelli relativi alla regolazione dei futuri rapporti contrattuali. La disciplina codicistica dell'accordo quadro contempla due figure principali. Nella prima (accordo quadro con un solo operatore) i singoli contratti d'appalto sono aggiudicati entro i limiti e alle condizioni fissate nell'accordo quadro direttamente con l'operatore privato previamente individuato con gara. Nella seconda (accordo quadro stipulato con più operatori) la conclusione dei singoli contratti attuativi può avvenire con o senza riapertura del confronto competitivo: non vi sarà necessità di riapertura della gara nei casi in cui l'accordo quadro contenga tutti i termini che disciplinano la prestazione dei servizi e le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici effettuerà la prestazione; si procederà invece alla riapertura del confronto competitivo negli altri casi.

Nel settore dei servizi sociali, tale strumento sembrerebbe ben prestarsi a sostenere un sistema in cui la pubblica amministrazione acquisti determinati volumi di prestazioni standardizzate o, comunque, dal contenuto agevolmente predeterminabile presso operatori economici privati. Invero, il volume complessivo e il contenuto delle prestazioni, così come le relative tariffe, potrebbero essere previamente negoziate tra amministrazione e soggetti privati, e definite all'interno dell'accordo

quadro; i singoli affidamenti costituirebbero, invece, distinti contratti d'appalto, attuativi dell'accordo programmatico stipulato a monte, da concludersi tra l'amministrazione contraente e il singolo prestatore del servizio.

4.3. I criteri di aggiudicazione

Un ulteriore profilo di specialità attiene ai criteri di valutazione delle offerte. Com'è stato da più parti rilevato, le forme rigide dell'evidenza pubblica non sempre consentono agli offerenti di esprimere adeguatamente la propria progettualità, né alle amministrazioni di valorizzare, in sede di valutazione delle offerte, gli aspetti innovativi delle proposte contrattuali⁵².

Nondimeno, oltre a quanto appena osservato in punto di procedure, occorre considerare come l'art. 142, comma 5 *septies* imponga alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al criterio di aggiudicazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo⁵³. A ben vedere, non si tratta di un'assoluta novità dal momento che tale previsione ricalca quanto già previsto dal d.P.C.M. del 2001 che, sul punto, vieta espressamente una valutazione fondata sul solo elemento del prezzo (art. 4, co. 3) e fornisce alle amministrazioni alcuni criteri sui quali misurare la qualità dell'offerta (art. 4, co. 2)⁵⁴.

L'innovatività del Codice risiede, piuttosto, nel delineare una cornice normativa complessivamente più attenta alla valorizzazione di alcuni

⁵² In questi termini, P. MICHARA, *Contrattazione e servizi relazionali*, cit. il quale rileva una particolare difficoltà nell'oggettivare l'offerta in virtù «della rilevata “impalpabilità” delle prestazioni (quindi delle offerte) e dalla terzietà, rispetto alla procedura ad evidenza pubblica, degli utenti».

⁵³ Così anche l'art. 95, co. 3, lett. a) del Codice.

⁵⁴ In particolare: a) le modalità adottate per il contenimento del *turn over* degli operatori; b) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro; c) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità; d) il rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza e assistenza.

elementi a rilevanza sociale⁵⁵. Così, il Codice sancisce – tra i principi generali per l'aggiudicazione – che «il principio di economicità può essere subordinato [...] ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali», e riconosce la centralità della promozione della qualità del lavoro e della tutela dei lavoratori nell'esecuzione delle commesse pubbliche⁵⁶. Inoltre, ai sensi dell'art. 142, comma 5 *ter* e dell'art. 76, comma 2 della direttiva 2014/24/UE, le amministrazioni dovrebbero garantire altresì la «qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti».

Tali condizioni ben potrebbero essere assunte dalle stazioni appaltanti a ulteriori criteri e sub-criteri di valutazione delle offerte tecniche, consentendo l'adeguata presa in considerazione di elementi che in altri settori potrebbero astrattamente rappresentare un ostacolo al pieno esplicarsi della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori economici. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'attribuzione di un punteggio più elevato in favore del soggetto che dia dimostrazione di aver già eseguito interventi in quell'ambito territoriale o al *favor* per l'operatore uscente, che troverebbero potenziale giustificazione nella garanzia della continuità del servizio.

Il Codice consente, poi, alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in esame

l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato

⁵⁵ Sulla rilevanza dei criteri sociali nell'affidamento di contratti pubblici, P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 1875 ss. Sul punto, L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 293 rileva come «l'ordinamento europeo e l'ordinamento italiano diventano, sotto questo profilo, meno distanti, perché la disciplina dei contratti pubblici non è più ispirata soltanto alla tutela della concorrenza, ma è finalizzata anche alla realizzazione degli obiettivi delle politiche pubbliche in materia di ambiente, sicurezza sociale e lavoro».

⁵⁶ In particolare, art. 30 del Codice.

possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto⁵⁷.

Tali profili assumono particolare rilevanza in un settore connotato dall'elevata natura *labour intensive* e dalla centralità dell'elemento personalistico nello svolgimento delle prestazioni.

È dunque rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la scelta di introdurre, in sede di definizione della *lex specialis* di gara, eventuali criteri e sub-criteri di valutazione atti a valorizzare i profili qualitativi dell'offerta⁵⁸, sia sotto il profilo del contenuto della prestazione e della sua capacità di dare adeguata risposta agli interessi in gioco, sia in relazione alla componente professionale del personale adibito all'erogazione del servizio.

Sotto il profilo dell'elemento del prezzo, d'altro canto, giova precisare che l'inserimento in sede di offerta di un utile molto limitato o addirittura nullo, in ragione della particolare circostanza che l'ente concorrente è un ente privo di scopo di lucro, non può costituire indice di anomalia dell'offerta. La giurisprudenza ha, così, riconosciuto che il «principio dell'utile necessario» trova un'eccezione in tutti quei casi in cui il soggetto in gara sia un ente del terzo settore, per il quale l'indicazione di un utile di impresa potrebbe tradursi in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione solidaristica e non lucrativa⁵⁹. Tale ricostruzione interpretativa deve ritenersi ora positivizzata dal Codice, stante la non applicabilità dell'art. 97, relativo alle offerte anormalmente

⁵⁷ Art. 95, comma 6, lett. e) e il considerando 94 della direttiva 2014/24. Sulla legittimità di bandi di gara che attribuiscono punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta, in quanto elementi idonei a evidenziare la qualità di quest'ultima, già in precedenza Cons. Stato, V, 16 febbraio 2009, n. 837.

⁵⁸ Come previsto dal considerando n. 114 della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal *Quadro europeo volontario della qualità dei servizi sociali*, un documento elaborato dal Comitato per la protezione sociale, adottato il 6 ottobre 2010 (CPS/2010/10/8 definitivo), contenente una serie di principi ai quali le amministrazioni possono aderire su base volontaria.

⁵⁹ Cfr., in particolare, Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 84; Tar Campania, Napoli, IV, 6 ottobre 2016, n. 4619.

basse, ai servizi sociali soggetti al regime alleggerito di cui all'art. 142, commi 5 *bis* e ss.

Infine, in relazione ai criteri di aggiudicazione e alla rilevanza dell'elemento del prezzo, si rammenta come il nuovo Codice abbia introdotto, all'art. 95, co. 7, un nuovo criterio di aggiudicazione basato sul *prezzo fisso*. Le stazioni appaltanti possono, cioè, indire gare in cui «l'elemento relativo al costo [...] può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi»⁶⁰. Il Codice consente, così, di annullare la concorrenza sull'elemento prezzo, stimolando la competizione esclusivamente sui profili qualitativi dell'offerta. Tale previsione trova un ambito di applicazione privilegiato, sebbene non esclusivo⁶¹, nelle ipotesi in cui sussistano «disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici», come ad esempio avviene nei casi in cui l'amministrazione abbia predeterminato un sistema di *tariffe* per prestazioni omogenee, ma occorra individuare, attraverso procedure selettive, il soggetto affidatario del servizio.

5. La disciplina relativa ai contratti sotto-soglia

Come anticipato, l'elevazione della soglia comunitaria determina, in negativo, la possibilità di sottrarre appalti di rilevante importo al sistema di regole previste dalle direttive europee e, in positivo, l'opportunità per i legislatori nazionali di adattare ulteriormente i principi dell'evidenza pubblica alle caratteristiche del settore dei servizi alla persona. Si tratta, pertanto, di analizzare dapprima la disciplina espressamente prevista dal Codice in relazione agli affidamenti sotto-soglia, per passare poi a valutare se – e in che modo – lo spazio normativo lasciato libero dal diritto sovranazionale e dal Codice dei contratti possa essere riempito

⁶⁰ Art. 95, co. 7.

⁶¹ Si vedano, in particolare, le indicazioni contenute nelle Linee Guida ANAC n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, approvate il 21 settembre 2016 e aggiornate il 2 maggio 2018, in cui si raccomanda particolare cautela nell'utilizzo di tale strumento al di fuori delle ipotesi previste dal comma 2 del medesimo art. 95.

to dalla legislazione settoriale extracodicistica, d'un lato, e dalle legislazioni regionali, dall'altro.

5.1. La disciplina dei contratti sotto-soglia nel Codice dei contratti

Il Codice non prevede una disciplina speciale per i servizi sociali sotto-soglia. L'art. 142, comma 5 *octies* fa, infatti, genericamente rinvio alla scarna disciplina generale prevista per tutti i contratti privi di rilevanza comunitaria di cui all'art. 36⁶². Quest'ultimo, al comma 2, dispone che i contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati, oltre che con le procedure previste per i contratti sopra-soglia, nei seguenti modi: *i*) per importi inferiori a 40.000 euro mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici; oppure *ii*) per importi compresi tra i 40.000 e le soglie di cui all'art. 35 (vale a dire 750.000 euro, per i servizi di cui all'allegato IX) mediante affidamento diretto, previa valutazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (quale, ad esempio, il registro degli enti accreditati), nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti⁶³.

⁶² Com'è noto, il legislatore nazionale si è limitato a imporre il rispetto dei principi generalmente applicabili a tutti i contratti pubblici, vale a dire i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e pubblicità. Giova, del resto, rammentare come – nonostante l'esiguità della disciplina prevista dal Codice – la giurisprudenza nazionale tenda a riconoscere un'ampia operatività ai principi generali sopra riportati e a trarne precise ricadute puntuali. In tale direzione devono leggersi, ad esempio, i sopra menzionati divieti di inserire requisiti di ubicazione ai fini della partecipazione alle gare e, più in generale, di clausole discriminanti determinati operatori economici anche nei contratti sotto-soglia. Sugli affidamenti sotto-soglia, si veda altresì la Delibera ANAC, 26 ottobre 2016, n. 1097, Linee guida n. 4 recanti *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*, così come aggiornata con delibera del 1° marzo 2018.

⁶³ Il d.l. n. 33/2019 (c.d. sblocca cantieri) ha così modificato la disciplina previgente la quale stabiliva che, per gli affidamenti rientranti entro tali soglie, i servizi potevano essere aggiudicati con procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori.

Il Codice impone, inoltre, il rispetto del principio di *rotazione* degli inviti, inteso essenzialmente come divieto di consolidare nel tempo rendite di posizione in capo al gestore uscente⁶⁴. Il principio in questione richiede che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente assuma carattere eccezionale, imponendo in capo all'amministrazione un onere motivazionale più stringente, che dia conto del numero ridotto di operatori presenti sul mercato, della particolare natura del servizio offerto e della situazione personale del soggetto beneficiario, ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale⁶⁵.

Com'è noto, il principio di rotazione si applica quando l'affidamento immediatamente precedente e quello attuale hanno ad oggetto lo stesso settore di servizi, e non si applica nei casi in cui il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, in cui la stazione appaltante non introduca alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione⁶⁶. Tale principio, il cui ambito di applicabilità appare limitato ai contratti sottosoglia, se per un verso appare volto a impedire alle amministrazioni di ostacolare l'ingresso di nuovi operatori, per altro verso rischia di porsi in contrasto con le sopra menzionate esigenze di continuità e stabilità del servizio⁶⁷.

⁶⁴ In questi termini, Cons. Stato, V, 31 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato, VI, 31 ottobre 2017, n. 4125, per cui «al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale».

⁶⁵ Linee guida ANAC n. 4, cit.

⁶⁶ Linee guida ANAC n. 4, cit.

⁶⁷ Un potenziale correttivo, in grado di garantire la continuità almeno del personale coinvolto nell'intervento, è dato dall'inserimento delle c.d. clausole sociali di promozione della stabilità occupazionale del personale impiegato. Sul punto, cfr. recentemente R. CARANTA, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, p. 127 ss.

5.2. I margini di intervento della legislazione settoriale e del legislatore regionale

Occorre, pertanto, esaminare se la disciplina prevista dal Codice dei contratti, specie per i contratti sotto-soglia, possa essere integrata e completata, d'un lato, dalla vigente legislazione settoriale e, in particolare, dalle disposizioni del CTS in materia di rapporti tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore e, dall'altro, dalle diverse legislazioni regionali.

In relazione al primo profilo, si può osservare come le scarse disposizioni del Codice dei contratti ben possano essere integrate dalla disciplina contenuta nel CTS o in altre discipline settoriali, a condizione che queste ultime risultino compatibili con il diritto dell'Unione e con i principi «a copertura eurolunitaria» del Codice dei contratti. Ferma restando l'esigenza di un miglior coordinamento tra i due testi normativi, sembrerebbe possibile far convivere gli strumenti introdotti dal CTS con le regole di evidenza pubblica previste dal Codice dei contratti, allorché i primi siano effettivamente suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione delle regole di evidenza pubblica. In questi termini, come si è già in parte anticipato, potrebbe sostenersi la conciliabilità tra lo strumento della coprogettazione di cui all'art. 55 CTS e le modalità di selezione del contraente previste dal Codice dei contratti. Inoltre, le procedure comparative previste dall'art. 56 CTS per l'individuazione dell'organizzazione di volontariato o dell'associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione ben potrebbero essere costituite dalle procedure negoziate di cui ai citati artt. 62, 64 o 65, ovvero dalle procedure informali previste per il sotto-soglia. Simmetricamente, qualora la convenzione debba qualificarsi alla stregua di un appalto pubblico, le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice dei contratti potrebbero trovare completamento nella disciplina dettata dall'art. 56 CTS in punto di principi generali della procedura, di requisiti di partecipazione, e di criteri di valutazione.

In relazione al secondo profilo, attinente agli spazi di intervento legislativo delle Regioni e delle Province autonome, giova rammentare come nel nostro ordinamento la questione debba essere inquadrata all'interno del più ampio tema del riparto di competenze legislative tra

Stato e Regioni, delineato dalla riforma costituzionale del 2001⁶⁸. I profili oggetto della presente indagine, infatti, si pongono al crocevia tra la tutela della concorrenza, oggetto di competenza esclusiva dello Stato, e la materia dei servizi socioassistenziali, pacificamente riconducibile nell'alveo della competenza residuale delle Regioni.

Occorre nondimeno domandarsi se l'intervenuta inclusione dei servizi sociali nell'ambito di applicazione delle direttive europee in materia di contratti pubblici possa determinare l'attrazione della materia sotto l'ombrello della tutela della concorrenza e, dunque, nell'alveo della competenza statale esclusiva⁶⁹.

Dall'inserimento dei servizi socioassistenziali nell'ambito oggettivo di applicazione delle regole di evidenza pubblica sembrano, infatti, discendere ulteriori limitazioni della sfera competenziale regionale, dal momento che la potestà residuale in materia di organizzazione dei servizi sociali non potrebbe più giustificare il maggior spazio di intervento normativo in sede di definizione delle procedure di affidamento di tali servizi, trovando ora un forte limite nella necessità di rispettare i principi posti a tutela della concorrenza, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, di cui le disposizioni del Codice dei contratti costituiscono diretta attuazione. In questi termini, sembrerebbe ragionevole ritenere che i limiti alla potestà legislativa regionale sul punto debbano ora venire a coincidere con quelli individuati in via generale dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'adozione di discipline regionali in materia di contratti pubblici⁷⁰.

⁶⁸ Per tutti, G. FALCON, *Il nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 163; ID., *Il "big bang" del regionalismo italiano*, *Ibidem*, p. 1141.

⁶⁹ Si vedano, in particolare, la sent. n. 401/2007, con cui la Corte costituzionale ha confermato che anche la disciplina degli appalti sotto-soglia rientra nella tutela della concorrenza. Inoltre, con sent. n. 431/2007, la Corte ha affermato che il carattere trasversale della tutela della concorrenza implica che essa, avendo ad oggetto la disciplina delle attività economiche del mercato di riferimento, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni. In tal senso, si veda più recentemente Corte cost., sent. 18 ottobre 2016 n. 263.

⁷⁰ In dottrina, *ex multis*, G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 981 ss.; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, p. 990 ss.; L.A. MAZZA-

6. *La disciplina dell'affidamento dei servizi sociali nella Provincia autonoma di Trento*

Particolarmente interessante risulta, ai nostri fini, la disciplina legislativa dettata in materia di affidamento dei servizi sociali nella Provincia autonoma di Trento. Anche in tal caso, si tratta di coordinare due plessi normativi settoriali e, segnatamente, la disciplina sulle politiche sociali e quella in materia di contratti pubblici. In disparte la (tormentata) questione relativa alla competenza legislativa provinciale in materia di contratti pubblici⁷¹, di recente ulteriormente complicata dall'adozione del d.lgs. 7 settembre 2017, n. 162, recante Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol in materia di contratti pubblici⁷², in questa sede ci si limiterà a evidenziare

ROLLI, *Il concetto di «materie» nell'art. 117, Titolo V, Cost. Se i «lavori pubblici» e gli «appalti pubblici» si prestino a esservi riportati e come si attui, per essi, il riparto di competenze tra enti*, in *Le Regioni*, 2007, p. 473 ss.; M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 705; L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1203 ss.

⁷¹ Com'è noto, l'art. 8, primo comma, n. 17), del d.P.R. n. 670 del 1972, recante lo Statuto speciale, attribuisce alle Province autonome di Trento e di Bolzano la competenza legislativa primaria nella materia dei «lavori pubblici di interesse provinciale». Sul punto, si veda la sent. n. 45/2010 con cui la Corte costituzionale ha affermato che la legislazione provinciale in materia di lavori pubblici non è libera di esplicitarsi senza alcun vincolo, dovendo in ogni caso trovare applicazione le disposizioni di principio contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006. Invero, tra gli obblighi internazionali cui è soggetta la potestà legislativa provinciale deve annoverarsi il rispetto dei principi generali del diritto comunitario e, in particolare, di quelli posti a tutela della libera concorrenza. A questi devono essere ricondotte in particolare le norme che, disciplinando la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto, risultano volte ad assicurare la concorrenza “per” il mercato.

⁷² L'art. 1, co. 1 prevede che «Le province autonome di Trento e di Bolzano disciplinano con legge provinciale, nel rispetto della normativa dell'Unione europea e delle norme legislative fondamentali di riforma economico-sociale, ivi comprese quelle che stabiliscono i livelli minimi di regolazione richiesti dal diritto dell'Unione europea in materia di appalti e concessioni, le procedure di aggiudicazione e i contratti pubblici, compresa la fase della loro esecuzione, relativi a lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 8, comma 1, numeri 1) e 17) del decreto del Presidente della Repubblica 31

come, a livello provinciale, alle difficoltà derivanti dalla interazione tra diverse discipline settoriali, si aggiungano particolari problemi di coordinamento tra fonti normative di diversi livelli ordinamentali.

La disciplina provinciale del sistema di organizzazione dei servizi socioassistenziali è contenuta nella l.p. n. 13 del 2007 sulle politiche sociali. Ai sensi dell'art. 22, co. 2, per interventi socioassistenziali devono intendersi «quelli che comportano l'instaurazione e la gestione di rapporti complessi e differenziati con le persone in ragione dei loro peculiari bisogni e condizioni di vita». L'erogazione di tali servizi è garantita dagli enti locali e dalla Provincia attraverso diverse modalità, elencate all'art. 22, co. 3. Si tratta, nello specifico: *a)* dell'erogazione diretta da parte degli enti locali ovvero mediante affidamento diretto a enti pubblici strumentali dei comuni o della comunità, ivi comprese le aziende pubbliche di servizi alla persona o, ancora, mediante fondazioni o associazioni costituite o partecipate dagli enti locali; *b)* dell'affidamento diretto secondo modalità non discriminatorie a tutti i soggetti accreditati che ne facciano richiesta, anche mediante l'utilizzo di buoni di servizio; *c)* dell'affidamento del servizio a uno o più tra i soggetti accreditati, individuati attraverso adeguate procedure comparative⁷³.

La disciplina provinciale sul punto necessita di essere coordinata con le previsioni di cui alla l.p. n. 2/2016 di recepimento delle direttive europee in materia di contatti pubblici e, in particolare, con l'art. 30

agosto 1972, n. 670, attenendosi al predetto principio di cui all'articolo 32, comma 1, lettera c), della legge 24 dicembre 2012, n. 234».

⁷³ Il comma 5 del medesimo art. 22 dispone che «per la valutazione dell'offerta tali procedure assicurano un'importanza prevalente alla qualità della prestazione, escludendo comunque il metodo del massimo ribasso. In ogni caso l'incidenza del prezzo offerto sul punteggio totale attribuibile non può superare il 15 per cento. L'ente affidante tiene altresì conto delle valutazioni conseguite, ai sensi del capo IV, nel quinquennio precedente dai soggetti offerenti in relazione alla stessa tipologia di servizi oggetto di affidamento. La valutazione della qualità del servizio offerto tiene altresì conto della conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio, delle risorse sociali della comunità e del loro utilizzo, della qualificazione degli operatori, della capacità progettuale e organizzativa, nonché della capacità di coinvolgimento degli utenti e dei soggetti rappresentativi di interessi. È vietato il subappalto dei servizi affidati, salvo espressa deroga prevista nel capitolato di appalto con esclusivo riferimento alle parti del servizio non consistenti in prestazioni sociali».

recante disposizioni in materia di affidamento di servizi sociali. Quest'ultimo afferma che, per gli appalti sopra-soglia, le norme provinciali si intendono integrate dalle disposizioni direttamente applicabili della direttiva 2014/24/UE in materia di servizi sociali e altri servizi specifici; mentre per gli affidamenti sotto-soglia, si applicano le leggi provinciali di settore, nel rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento.

La formulazione di tale disposizione desta alcune perplessità sul piano della coerenza con il quadro normativo nazionale e sovranazionale. Stante, infatti, la carenza di competenza legislativa provinciale in materia di contratti pubblici in generale e, in particolare, dei contratti attinenti ai servizi⁷⁴, non si vede perché ai contratti sopra-soglia debbano applicarsi esclusivamente le disposizioni direttamente applicabili della direttiva europea, e non anche la disciplina dettata dal Codice dei contratti. Anche il riferimento alle disposizioni direttamente applicabili della direttiva non va esente da criticità, dal momento che – com'è noto – le disposizioni di una direttiva non sono direttamente applicabili negli Stati membri, necessitando di apposito recepimento interno, salvo che, al ricorrere di presupposti particolari, non sia possibile derivarne effetti diretti⁷⁵.

Si ritiene, invece, che l'applicazione delle regole speciali previste dal Codice dei contratti debba ritenersi integrale, almeno con riferimento ai contratti sopra-soglia. In questi termini, la disciplina provinciale sembra sollevare alcune criticità nella parte in cui detta disposizioni derogatorie ovvero contrastanti con le regole del Codice dei contratti.

È il caso, in particolare, della riserva mascherata in favore degli enti *non profit* contenuta nella l.p. 13/2007 nella parte in cui quest'ultima,

⁷⁴ Né, d'altronde, il citato d.lgs. 162/2017 sembrerebbe determinare l'attribuzione di tale competenza, salvo prefigurare una norma di attuazione statutaria *contra statutum*. Si consideri, oltretutto, che la l.p. 2/2016 è pure antecedente all'intervenuta norma di attuazione statutaria. Sulle norme di attuazione statutaria cfr., per tutti, M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Napoli, 2017.

⁷⁵ A ben vedere, poi, né dall'art. 76, né dall'art. 77 possono scaturire effetti diretti, dal momento che il primo si limita a dettare principi che spetta agli Stati membri declinare nel dettaglio, mentre il secondo lascia agli Stati la facoltà di introdurre, o meno, un regime di riserva generalizzata.

d'un lato, sancisce che l'accreditamento costituisce il «titolo necessario per ottenere l'affidamento dei servizi concernenti le prestazioni sociali» e, dall'altro, suggerisce che all'accreditamento possano accedere solo i soggetti privati appartenenti al terzo settore. L'art. 3, co. 7, lett. a) della medesima legge provinciale, infatti, limita il ruolo dei soggetti privati aventi scopo di lucro al solo concorso nell'erogazione di servizi diversi da quelli socioassistenziali di cui al citato art. 22, co. 2. A ben vedere, allora, la l.p. 13/2007, ammettendo all'accreditamento (e, successivamente, all'affidamento del servizio) solamente i privati *non profit*, introduce in loro favore una riserva generalizzata, diversa e più ampia rispetto a quella prevista dall'art. 143 del Codice dei contratti e dall'art. 77 della direttiva n. 24, per gli appalti sopra-soglia.

Minori perplessità sorgono, invece, in relazione alle regole provinciali applicabili agli appalti privi di rilevanza comunitaria. In tal caso, si è visto che sussistono margini più ampi per l'intervento normativo settoriale e/o provinciale, sebbene pur sempre nel rispetto dei principi generali sanciti dalle direttive europee ed entro i limiti della legislazione statale posta a tutela della concorrenza. Con particolare riferimento ai contratti sotto-soglia, risultano dunque applicabili le procedure selettive previste dalla l.p. 2/2016. Sono, poi, fatte salve le ipotesi, previste dal comma 6 del citato art. 22, l.p. 13/2007, in cui le amministrazioni pubbliche possono prescindere dalle procedure competitive e affidare direttamente il servizio⁷⁶. Sempre sul piano delle procedure selettive, si ritiene altresì possibile il ricorso alle procedure, sopra brevemente descritte, previste dall'art. 36, co. 2 del Codice dei contratti. Infine, nel sotto-soglia, la previsione di una riserva generalizzata in favore dei soggetti accreditati riconducibili agli enti del terzo settore, sebbene non totalmente esente da possibili profili di illegittimità, sembra destare meno preoccupazioni, dal momento che, a rigore, i limiti previsti dalla ri-

⁷⁶ L'art. 22, co. 6, l.p. 13/2007 prevede che l'affidamento diretto del servizio a uno o più tra i soggetti accreditati, prescindendo dalle procedure di cui al comma 5, è consentito: a) nei casi di trattativa privata previsti dall'art. 21, l.p. 23/1990; b) nei casi disciplinati dall'articolo 38, co. 4, l.p. 13/2007, vale a dire in caso di affidamento del servizio al soggetto, purché accreditato, che ha progettato e realizzato un'attività innovativa o sperimentale di particolare rilevanza per il tessuto sociale territoriale; c) in casi eccezionali di particolare urgenza e indifferibilità dell'intervento.

serva di cui all'art. 143 del Codice dei contratti non trovano applicazione ai contratti sotto-soglia.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui osservato, risulta possibile svolgere alcune considerazioni finali. Innanzitutto, occorre constatare come l'incidenza del diritto dell'Unione sulla disciplina di settore sia sempre più penetrante, investendo da ultimo anche la disciplina degli affidamenti a terzi dei servizi sociali. L'inclusione di tali servizi all'interno del sistema di regole e principi posti dalle direttive consolida, infatti, un graduale processo di «europeizzazione» del settore, con contestuale erosione dei margini di intervento del legislatore nazionale, sia statale sia regionale ovvero provinciale. Ciò ha, del resto, evidenti ripercussioni sul piano dei rapporti tra fonti e tra ordinamenti, costringendo l'interprete a un difficile esercizio di interpretazione sistematica del complesso quadro normativo.

Si è osservato, inoltre, come il diritto dell'Unione abbracci diverse nozioni di mercato, di operatore economico e di onerosità e come, anche attraverso l'azione della Corte di giustizia, tali concetti abbiano finito per penetrare all'interno dei diritti nazionali, determinando gradualmente il trasferimento di settori anteriormente posti al riparo dell'influenza sovranazionale all'interno del perimetro di applicazione delle regole in materia di concorrenza e mercato interno, con conseguenze meritevoli di ulteriore approfondimento critico da parte della dottrina.

Tale processo è stato, nondimeno, accompagnato da una «visione conflittuale, radicalmente dicotomica, del rapporto tra solidarietà e concorrenza, tendenzialmente concepite come categorie contrapposte, come “coppia di opposti” che si escludono reciprocamente»⁷⁷. La visione «antagonistica» delle due sfere ha, in effetti, segnato l'evoluzione del dibattito dottrinale e dell'interpretazione giurisprudenziale in materia di affidamenti di servizi sociali a enti del terzo settore, come dimostra il

⁷⁷ S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: “conflitto” o “concorso”?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2004, p. 75 ss.

recente parere del Consiglio di Stato, n. 2052/2018. Quest'ultimo, sebbene sostanzialmente rispettoso degli orientamenti del giudice sovranazionale quanto alla perimetrazione dell'ambito di applicazione delle regole sovranazionali di evidenza pubblica, non sembra riuscire a cogliere le potenzialità applicative dello strumento della coprogettazione al di fuori dello schema tradizionale del contratto d'appalto, finendo per frustrare la volontà del legislatore di valorizzare forme di gestione partecipate e collaborative dei servizi socioassistenziali.

Nel tentativo di uscire da una logica meramente conflittuale – spesso incapace di cogliere adeguatamente le possibili sinergie tra le due sfere – il presente contributo ha tentato di individuare alcuni elementi di specialità della disciplina nazionale e sovranazionale in materia di contratti d'appalto dei servizi sociali. Nel concedere ampi margini al legislatore nazionale, le direttive europee ammettono un'applicazione fortemente temperata delle regole pro-concorrenziali, consentendo agli Stati membri di calibrare le proprie regole interne sulle peculiarità dei servizi sociali e sulle specificità dei relativi sistemi di organizzazione e gestione⁷⁸. D'altronde, è appena il caso di rilevare come, da sempre, quello degli acquisti pubblici di beni e servizi costituisca un importante strumento di *policy* per gli Stati: i mercati pubblici rappresentano tradizionalmente per le amministrazioni nazionali una leva importante per innestare sulla logica dello scambio anche obiettivi di natura politica, quali la promozione dell'occupazione e dei lavoratori svantaggiati, la tutela ambientale ovvero il perseguimento di finalità a rilevanza sociale⁷⁹.

Come si è avuto modo di verificare, il regime alleggerito introdotto dal Codice, specie a seguito del correttivo del 2017, consente alle stazioni appaltanti di tenere in adeguata considerazione le specificità del

⁷⁸ Sulla possibilità di conciliare le regole concorrenziali con le esigenze dei servizi sociali, A. ALBANESE, *Diritto dell'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 324, per la quale «l'applicazione delle norme di diritto comunitario può (e deve) essere resa compatibile con il fine costituzionale di garanzia dei diritti sociali. Ciò è possibile se non si assume l'idea del “mercato come valore”, ma lo si utilizza invece “come regola”, come mezzo cioè per evitare distorsioni e opacità nei rapporti tra l'amministrazione e i privati».

⁷⁹ F. GIGLIONI, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012, p. 126.

mercato dei servizi sociali e di valorizzare l'apporto degli enti del terzo settore. Particolarmente alleggerite risultano le regole pro-concorrenziali e di garanzia della massima partecipazione, come si è potuto osservare in relazione alla disciplina delle riserve in favore degli enti del terzo settore e alla flessibilità nella scelta delle procedure di aggiudicazione. Risultano, viceversa, maggiormente garantiti i presidi a tutela della trasparenza e pubblicità delle gare, come emerge dagli obblighi di rendere nota la volontà di procedere all'aggiudicazione di un appalto e di pubblicarne gli esiti. Ampia discrezionalità è poi attribuita alle stazioni appaltanti nella previsione di criteri e subcriteri di valutazione delle offerte che permettano di tenere conto di una serie di elementi – quali la continuità del servizio, la valorizzazione dell'elemento personalistico, l'innovatività della proposta progettuale – che assumono preminente rilievo nell'ambito dei servizi alla persona.

Allo stesso modo, le stazioni appaltanti dispongono di ampi margini discrezionali nella definizione della procedura più adatta a selezionare il futuro contraente, anche eventualmente stimolando la competizione sul solo elemento dell'offerta ovvero facendo ricorso a procedure in grado di far emergere, nel corso delle negoziazioni, soluzioni progettuali innovative, definite in modo coordinato dall'amministrazione e dai privati. Tali elementi di specialità si pongono in linea con la tendenza, da più parti evidenziata, delle nuove direttive europee a considerare gli appalti pubblici come strumento di realizzazione di una crescita sostenibile e inclusiva, volta anche al raggiungimento di obiettivi sociali, come dettato dalla strategia Europa 2020⁸⁰.

In questi termini, si è notato altresì che il legislatore nazionale lascia ampia discrezionalità alle pubbliche amministrazioni. La giusta composizione tra le diverse istanze e l'adeguata valorizzazione dei margini di flessibilità offerti dal quadro normativo è rimessa, così, alla sensibilità e

⁸⁰ Così, *ex multis*, L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di servizi e forniture*, cit.; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss. il quale ulteriormente rileva come il principio di libera concorrenza non costituisca l'elemento centrale della nuova disciplina, dal momento che quest'ultimo rappresenta piuttosto «la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza».

alla capacità di ciascuna stazione appaltante di definire in concreto le modalità di svolgimento delle singole gare in base alle esigenze del caso concreto e nel miglior perseguimento dell'interesse pubblico. Ne deriva, allo stesso tempo, una maggior responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, le quali dovranno evitare che il ricorso alla disciplina speciale si risolva, nella prassi, in uno strumento di elusione delle regole di evidenza pubblica, nonché dei principi di imparzialità, trasparenza, non discriminazione e buon andamento dell'amministrazione. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'interesse primario che deve guidare l'azione delle amministrazioni rimane la tutela dei soggetti deboli destinatari dell'intervento.

Penetrante appare, d'altra parte, il condizionamento sui legislatori regionali. L'inclusione dei servizi sociali nel sistema dei contratti pubblici, recando con sé la soggezione di tale disciplina ai principi e alle regole a tutela della concorrenza, sembra ridurre ulteriormente i margini di intervento normativo delle Regioni, ordinarie e speciali. Come si è visto, del resto, il caso specifico della Provincia autonoma di Trento mette bene in evidenza la necessità di pervenire a un corretto coordinamento tra la normativa provinciale e quella posta dal Codice dei contratti e dalle direttive europee. L'attuale assetto, infatti, non appare scevro da criticità e rischia di dare luogo a pericolose incertezze applicative. Fondamentale risulta, invece, che il legislatore fornisca un quadro normativo chiaro, certo e coerente per le amministrazioni pubbliche e per gli operatori privati coinvolti nell'erogazione di servizi così importanti per il benessere delle persone bisognose di assistenza.

In conclusione, pare che una lettura attenta del Codice dei contratti consenta di rinvenire numerosi margini di flessibilità e di adattabilità della disciplina sull'evidenza pubblica rispetto alle esigenze e alle peculiarità del settore dei servizi alla persona. Allo stesso tempo, non pare impossibile tentare una via di composizione e integrazione tra Codice dei contratti e CTS, nelle ipotesi in cui gli istituti da quest'ultimo previsti debbano essere effettivamente qualificati alla stregua di un contratto di appalto. Spetta, in definitiva, alle amministrazioni e agli enti del terzo settore il difficile compito di orientarsi all'interno del disordinato quadro normativo e di riuscire a individuare, tra le pieghe della legislazione, quei margini di flessibilità che consentono di coniugare le istanze

solidaristiche, cui rispondono in ultima analisi i servizi socioassistenziali, con quelle della concorrenza e della massima partecipazione degli operatori economici privati, sottese alla regolazione sovranazionale.

LA GESTIONE DEI SERVIZI SOCIALI TRAMITE ACCREDITAMENTO: MODELLI, POTENZIALITÀ E CRITICITÀ ALLA LUCE DEL QUADRO NORMATIVO STATALE E REGIONALE

Leonardo Parona

SOMMARIO: 1. *Le modalità alternative di gestione dei servizi sociali nell'ambito del sistema integrato: l'accreditamento.* 2. *L'introduzione dell'istituto nel settore dei servizi sociali.* 3. *La gestione dei servizi sociali tra istanze programmatiche e di liberalizzazione: l'emersione di modelli differenti di accreditamento.* 4. *Le potenzialità dell'accreditamento.* 5. *Alcune criticità dell'istituto nell'ottica del diritto comunitario.* 6. *Brevi note conclusive: la polivalenza dell'accreditamento e i suoi limiti.*

1. Le modalità alternative di gestione dei servizi sociali nell'ambito del sistema integrato: l'accreditamento

Pur ispirandosi al principio dell'universalismo selettivo, il fine ultimo del sistema integrato dei servizi e degli interventi sociali consiste, com'è noto, nel garantire adeguati livelli di assistenza ai cittadini¹. Allo scopo

¹ Si vedano in particolare l'art. 1, comma 1 e l'art. 2, l.n. 328/2000. Come osserva A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, 240 l'universalismo che caratterizza i servizi sociali è differente rispetto a quello cui s'ispira il servizio sanitario nazionale. In riferimento ai primi, infatti, è previsto «un sistema universalistico, perché accessibile a tutti a prescindere da qualificazioni categoriali dei destinatari, ma che prevede la partecipazione degli utenti ai costi dei servizi e, soprattutto, che dà la priorità ai soggetti in condizione di povertà, graduando in tal modo le prestazioni da erogare». Si veda in argomento anche G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 85 ss.

di perseguire tale obiettivo, l'ordinamento mette a disposizione delle amministrazioni pubbliche una molteplicità di strumenti gestionali e di formule organizzative che differiscono fra loro in ragione di fattori quali ad esempio l'apertura o meno alla partecipazione dei privati, la presenza di una pluralità di soggetti o di un singolo operatore, e la natura collaborativa o competitiva dei rapporti che vengono a instaurarsi².

Tra le opzioni rimesse alla discrezionalità organizzativa degli enti locali, la gestione pubblica diretta e l'esternalizzazione dei servizi sociali tramite contratto di appalto³ rappresentano indubbiamente le soluzioni più tradizionali e maggiormente praticate. Nondimeno, dinnanzi alle imperative esigenze di contenimento della spesa pubblica, così come all'acuirsi e al differenziarsi dei bisogni sociali⁴, assumono rilevanza anche

² Sul tema si veda S. PELLIZZARI, *New Commons e servizi sociali: il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, terzo settore e società civile organizzata*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, 249 ss., e ID., *Le diverse forme di relazione pubblico-privata nell'organizzazione dei servizi sociali e di welfare*, in *Welfare Oggi*, 2018, n. 2, 9 ss.

³ Sull'affidamento dei servizi sociali a soggetti privati tramite contratti di appalto si veda il contributo di A. MAGLIARI nel presente volume, nonché L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urb. App.*, 2016, 1001 ss.; P. MICHIAARA, *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. com.*, 2016, 461 ss.; e G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *San. pubbl. priv.*, 2004, 355 ss.

⁴ Negli ultimi anni la dottrina si è occupata diffusamente delle conseguenze prodotte dalla crisi economico-finanziaria rispetto al tema qui considerato, sia nella prospettiva della riorganizzazione dei servizi sociali, sia, in termini più ampi, nell'ottica della garanzia dei diritti sociali. Quanto alla prima – che qui più c'interessa – si vedano M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. Amm.*, 2018, 587 ss.; A. ALBANESE, *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in *Questione giustizia*, 2015, 3; E. INNOCENTI, E. VIVALDI, *Assistenza, volontariato, contrasto alla povertà nella legislazione regionale in tempo di crisi*, in *Le regioni*, 2014, 1147 ss., ed E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, 173 ss., in particolare 180-182. Quanto alla seconda prospettiva si vedano F. CORTESE, *Governo della crisi, spesa pubblica e diritti sociali tra diritto globale e ordinamento*

altre modalità di gestione dei servizi sociali, le quali – pur essendo presenti da tempo nel nostro ordinamento – hanno recentemente ricevuto rinnovata attenzione da parte del legislatore.

Tra gli strumenti alternativi cui si fa riferimento si annoverano le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, di cui all'art. 56 del Codice del Terzo settore (di seguito CTS)⁵, e l'accreditamento, richiamato da ultimo all'art. 55 CTS.

In relazione a quest'ultimo – che rappresenta l'oggetto del presente contributo – si ritiene generalmente che esso possa da un lato assicurare quegli adeguati livelli di assistenza che, come anticipato, rappresentano

statale. Un quadro di contesto, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, 799 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un "nuovo modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, 1 ss.; A.M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1, 1 ss., nonché i volumi M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, e S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015.

⁵ L'istituto della convenzione, come noto, era già disciplinato dall'art. 7, l.n. 266/1991 per quel che riguarda le organizzazioni di volontariato, e dall'art. 30, l.n. 383/2000 per le associazioni di promozione sociale (nonché dall'art. 5, l.n. 381/1991 per le cooperative sociali di tipo b). In argomento si vedano F. PELLIZZER, G. SANTI, *La convenzione con gli enti no profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in F. CARINCI (a cura di), *Enti no profit e volontariato*, Milano, 1999, 139 ss.; F. DAL CANTO, *La scelta del contraente nelle convenzioni tra enti pubblici ed organizzazioni di volontariato per l'affidamento dei servizi alla persona alla luce della più recente normativa di settore*, in L. BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, 391 ss. e P. MICHARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e Terzo settore*, Roma, 2005. Più recentemente si vedano inoltre: A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto con il diritto europeo*, in *Non profit*, 2017, n. 3, 173 ss.; ID., *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2014, n. 3, 153 ss.; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, in particolare 144 ss.; A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 219 ss., in particolare 234-239, e A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del Terzo settore. Profili civilistici e tributari*, Torino, 2017, 204-208.

il fine ultimo del sistema integrato dei servizi sociali, e, dall'altro, che esso ben si presti a realizzare il c.d. *welfare mix*, consentendo il passaggio «da uno Stato dei servizi, ad una Società dei servizi», come osservava Giorgio Pastori⁶.

Più precisamente, si ritiene che l'accreditamento presenti delle potenzialità apprezzabili sia in termini assoluti, sia in termini relativi, ove cioè si raffronti quest'ultimo con le modalità più tradizionali di gestione dei servizi sociali, ed in particolare con l'appalto. Sarà compito del presente scritto verificare la portata effettiva di tali affermazioni.

A tale scopo, dopo aver brevemente illustrato l'impatto dell'introduzione di tale istituto nel settore dei servizi sociali, si tenterà di individuare alcuni modelli di accreditamento i quali emergono in ragione delle variabili che, in base alla normativa regionale di riferimento, possono connotarne il funzionamento. Chiariti tali profili di analisi dell'istituto, se ne discuteranno le principali potenzialità, senza tralasciare di porne specularmente in evidenza alcuni aspetti problematici. Si presenteranno, infine, alcune considerazioni conclusive e di sintesi, le quali, ci si augura, potranno fare chiarezza sui diversi usi cui si presta l'accreditamento, indicando, fra questi ultimi, quelli che maggiormente ne valorizzano le potenzialità.

⁶ G. PASTORI, *Le prospettive aperte dalla legge n. 328/2000 cinque anni dopo*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 85 ss., in particolare 85. Sull'evoluzione del *Welfare state* e sui profili organizzativi dei servizi sociali si vedano: S.A. FREGO LUPPI, *La trasformazione dello Stato sociale*, in *Jus*, 2011, 421 ss.; L. FAZZI, *Modelli di welfare mix*, Milano, 1999; F. CAFAGGI (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello Stato sociale e ruolo del Terzo settore*, Bologna, 2002; F. GABOARDI, *Il diritto amministrativo dei servizi sociali*, Roma, 2003, in particolare 70 ss.; nonché, anche in chiave comparata, C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *Dal welfare state al welfare di comunità*, Bologna, 2017.

2. L'introduzione dell'istituto nel settore dei servizi sociali

L'introduzione nel settore dei servizi sociali dell'accREDITAMENTO – nonché del sistema delle c.d. «tre A», ossia autorizzazione, accREDITAMENTO e accordo contrattuale – risale alla legge quadro n. 328/2000⁷. Tale istituto, pur con le variabili di cui si darà conto *infra*⁸, si caratterizza per alcuni elementi essenziali quali: la compresenza di soggetti pubblici e privati nella gestione dei servizi e degli interventi sociali, l'abilitazione dei secondi a erogare prestazioni assistenziali per conto e tendenzialmente a carico del sistema pubblico, e l'istituzione, nel complesso, di un regime di concorrenza amministrata o, secondo una differente dicitura, di quasi mercato⁹.

La legge quadro aveva tratto l'istituto da alcune esperienze regionali e, soprattutto, dal settore sanitario, benché in quest'ultimo la disciplina avesse già subito alcune evoluzioni e godesse di un livello di dettaglio sensibilmente maggiore rispetto a quello che il legislatore nazionale ha

⁷ Si veda in particolare l'art. 11, l.n. 328/2000. Quest'ultimo prevedeva un ambito di applicazione oggettivo dell'accREDITAMENTO piuttosto ristretto, circoscrivendolo ai servizi e alle strutture residenziali e semiresidenziali (cfr. commi 1 e 2). I legislatori regionali e la prassi applicativa degli enti locali, invece, hanno esteso tale ambito, ricomprendendovi anche alcuni servizi territoriali, quale ad esempio l'assistenza domiciliare e alcuni interventi socioeducativi.

⁸ Cfr. par. 3.

⁹ Si veda sul punto M.C. GUERRA, *Modelli di accREDITAMENTO e configurazione dei mercati*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2010, n. 16-17, 6 ss. In prospettiva economica, un settore assume le caratteristiche del c.d. quasi mercato quando, pur essendo presente una pluralità di prestatori e di utenti, il potere d'acquisto e contrattuale di questi ultimi sia significativamente condizionato da scelte pubbliche. La struttura di quasi mercato è inoltre compatibile sia con l'ipotesi in cui la scelta del prestatore sia interamente rimessa agli utenti (concorrenza nel mercato), sia con quella in cui essa è trattenuta dall'amministrazione che acquista quote di servizi dagli accREDITATI (concorrenza per il mercato). Nel quasi mercato le condizioni tipiche del mercato libero e concorrenziale si realizzano quindi solamente in via tendenziale, essendo subordinate al rispetto delle esigenze finanziarie, programmatiche, e alla soddisfazione dei bisogni sociali. Fra i più rilevanti studi economici sul punto si veda J. LE GRAND, W. BARTLETT (eds.), *Quasi Markets and Social Policy*, Basingstoke (UK), 1993.

inteso conferire all'accreditamento in materia di servizi sociali¹⁰. In sanità, più precisamente, ai sensi del d.lgs. 502/1992 l'accreditamento ha sostituito il precedente regime incentrato sul convenzionamento, realizzando in un primo momento un sistema aperto e liberalizzato il quale, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 229/1999, si è evoluto in un sistema tendenzialmente chiuso in quanto rigidamente conformato dalle esigenze programmatiche e di contenimento della spesa pubblica. Alla luce di tale assetto, l'accreditamento istituzionale in sanità si configura oggi come uno strumento al tempo stesso di regolazione e programmazione¹¹. Come si preciserà, invece, non è necessariamente così nel settore dei servizi sociali, anche perché la l.n. 328/2000, in coerenza con la sua natura di legge quadro e con l'eterogeneità dei servizi sociali (residenziali, semi-residenziali e territoriali), ha inteso dettare solamente alcune coordinate di principio, conferendo notevole malleabilità all'istituto dell'accreditamento¹².

È d'obbligo ricordare, peraltro, che a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, il ruolo della legge quadro, e più in generale le

¹⁰ Sull'accreditamento nel settore sanitario si vedano M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, in particolare 157 ss.; E. CARUSO, *L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Ist. fed.*, 2017, 157 ss.; M. LOTTINI, *Il concorso dei privati al servizio sanitario nazionale: alternative al pubblico o succedanei al pubblico?*, in *Foro amm. (TAR)*, 2008, 2553 ss.; F. DI STANISLAO, C. LIVA, *Accreditamento dei servizi sanitari in Italia*, Torino, 1999, nonché, in prospettiva comparata, E. SCRIVENS, *Policy Issues in Accreditation*, in *International Journal of Quality Health Care* (1998), 1, ed E.D. KINNEY, *Private Accreditation as a Substitute for Direct Government Regulation in Public Health Insurance Programs: When Is It Appropriate?*, 57 *Law & Contemporary Problems* (1994), 47.

¹¹ Cfr. M. CONTICELLI, *op. cit.*, 150.

¹² Si prendano in considerazione, a questo proposito, le differenze intercorrenti tra le varie tipologie di servizio sociale (residenziale, semiresidenziale, domiciliare), tra le esigenze dei destinatari, differenziate in ragione della categoria di appartenenza (disabili, anziani, minori) nonché tra gli assetti territoriali. In questo contesto, la frammentarietà e la natura di norme di principio che caratterizza molte delle disposizioni che compongono la l.n. 328/2000 risulta funzionale alla «finalizzazione personalistica del sistema», come osservava G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, cit., 76.

competenze statali in materia di servizi sociali, sono profondamente mutati¹³.

In primo luogo, infatti, la l.n. 328/2000 ha cessato di avere, in senso tecnico, natura di legge quadro, in quanto la «materia dei servizi sociali» è venuta a rientrare tra quelle residuali di competenza esclusiva delle regioni¹⁴. Deve peraltro osservarsi come tale circostanza non abbia determinato, invero, uno scostamento significativo da parte dei legislatori regionali rispetto alle coordinate già individuate dal legislatore statale¹⁵.

¹³ Si vedano sul punto M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 2002, 345 ss., e V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. econ.*, 2004, 95 ss. In termini più ampi si veda sul tema F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, 689 ss.

¹⁴ Nell'innovato riparto delle competenze «l'ambito di attuazione per via legislativa del diritto all'assistenza sociale viene in pratica completamente regionalizzato» (E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, 112, in termini analoghi E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008, 191), con la conseguenza che deve ritenersi «esclusa l'esistenza di un vincolo all'uniformità territoriale (statale) quanto ai modi di coinvolgimento degli operatori nel servizio pubblico oggettivo», come osserva S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004, 202. A questo proposito si veda C. cost. n. 272/2004, nella quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima per violazione della potestà legislativa regionale una disciplina statale concernente la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (fra cui molti dei servizi sociali). Peraltro, come accennato poco sopra, la legge quadro, già prima della modifica del Titolo V riconosceva una forte autonomia alle regioni e agli enti locali quanto alla programmazione e all'organizzazione dei servizi sociali, riservando allo Stato solamente un ruolo di coordinamento, di impulso, e di definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale – i c.d. LIVEAS, di cui agli artt. 2 e 9, l.n. 328/2000 – prerogativa, quest'ultima, che è uscita intatta dalla modifica del Titolo V.

¹⁵ Sul punto, che sarà trattato più diffusamente nel paragrafo seguente, si vedano F. BIONDI DAL MONTE, V. CASAMASSIMA, *Le Regioni e i servizi sociali a tredici anni dalla riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2014, 1065 ss., M. FELICI, E. TASSA, *Politiche sociali e livelli di governo*, in *Riv. dir. fin.*, 2010, 257 ss., V. GHETTI, S. STEA, *L'uso strategico dell'accreditamento: una comparazione tra Regioni*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2010, n. 16-17, 20 ss., A. MALTONI, *I sistemi regionali integrati di interventi e servizi sociali*, in *Le Regioni*, 2005, 894 ss., G. GUIGLIA, *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padova, 2005, in particolare 250 ss., e S. NARDELLI, C. MAIORANO, *L'affidamento dei servizi alla persona nell'ente locale*, Torino, 2005.

In secondo luogo, la riforma del Titolo V ha mantenuto fra le materie trasversali di competenza esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni inerenti i diritti sociali (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.)¹⁶. Sotto questo profilo, tuttavia, la perdurante inerzia del legislatore statale ha fatto sì che gli standard desumibili dalla legge quadro – e dagli atti statali attuativi – abbiano surrettiziamente finito per fungere da livelli essenziali minimi delle prestazioni¹⁷.

3. La gestione dei servizi sociali tra istanze programmatiche e di liberalizzazione: l'emersione di modelli differenti di accreditamento

Avendo illustrato l'introduzione dell'istituto nel settore dei servizi sociali e la successiva regionalizzazione della sua disciplina, si analizzerà

¹⁶ Come noto la definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale è rimessa ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia e previa intesa con la Conferenza unificata. Si vedano sul tema F. GIGLIONI, *Le procedure di determinazione dei livelli essenziali di assistenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 1103 ss., A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1063 ss., C. GORI, *I livelli essenziali*, in ID. (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia*, Roma, 2004, 55 ss., C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici"*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3 ss., R. COGNO, *Una proposta di articolazione dei LEP per l'assistenza*, in *Riv. dir. fin.*, 2010, 330 ss., S. LA PORTA, *Liveas e posizioni giuridiche soggettive degli utenti*, in E. BALBONI (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, 393 ss., nonché, *ivi*, F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli di assistenza sociale*, 326 ss. La sussistenza della competenza legislativa statale sul punto è stata confermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 10 gennaio 2010, intervenuta sullo strumento della c.d. *social card*. Oltre alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, come noto, l'altro limite esterno della competenza legislativa regionale è rappresentato dalla tutela della concorrenza, come chiarito nelle pronunce della C. cost. nn. 401/2007 e 430/2007. In argomento si veda G. CORSO, *Federalismo, uguaglianza, diritti. La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981 ss.

¹⁷ Cfr. C. cost. n. 296/2012, in cui la Corte ha constatato la «assenza di un'organica disciplina dei LIVEAS».

ora, seppure per punti, il sistema delle «tre A», soffermandosi più diffusamente sulle variabili che caratterizzano il funzionamento dell'accREDITAMENTO e degli accordi¹⁸.

Ai fini delle riflessioni che s'intendono svolgere in queste pagine può invece procedersi più brevemente all'analisi dell'autorizzazione, istituto che risponde ad una funzione chiara e che non presenta particolari criticità teoriche o applicative¹⁹. Essa, infatti, si configura come un provvedimento ampliativo il cui rilascio ha natura tendenzialmente vincolata²⁰, atto a rimuovere un limite all'esercizio della libertà di assistenza di cui

¹⁸ Sull'accREDITAMENTO nei servizi sociali si vedano – oltre ai contributi già citati e a quelli cui si farà specifico riferimento *infra* – A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 197 ss., S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., 185 ss., E. CARUSO, *L'accREDITAMENTO nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, cit., A. GUALDANI, *Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2018, 155 ss., V. MOLASCHI, *Autorizzazione, accREDITAMENTO e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa e tutela della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2014 675 ss., M. CONSITO, *AccREDITAMENTO e Terzo settore*, Napoli, 2009, P. DE ANGELIS, *AccREDITAMENTO, accordi e contratti: profili giuridici e questioni applicative*, in *Ragiusan*, 2011, 1120 ss., K. AVANZINI, V. GHETTI, *AccREDITAMENTO nel sociale: quale strategia?*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2010, n. 5, 1 ss., E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, cit., 191 ss., e G. GUIGLIA, *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, cit., 245 ss.

¹⁹ Si vedano sul tema F. PESARESI, *L'autorizzazione e l'accREDITAMENTO*, in C. GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, cit., 153 e ss., nonché ID., *AccREDITAMENTO: proposte di modellizzazione*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 16-17, 10 ss.

²⁰ Il rilascio dell'autorizzazione è infatti di norma subordinato all'accertamento della sussistenza dei requisiti oggettivi di cui *infra* alla nota 22. In alcune regioni tuttavia (quali Veneto, ai sensi dell'art. 14, comma 2, l.r. 22/2002, Basilicata, Puglia, Valle d'Aosta e Veneto), è previsto già in fase di autorizzazione un vaglio di compatibilità con le esigenze programmatiche (regionali e locali), con la conseguenza che, in tali ipotesi, il rilascio dell'autorizzazione assume profili di discrezionalità, come accade del resto nel settore sanitario. Cfr. F. PESARESI, *L'istituto dell'accREDITAMENTO: quadro comparativo regionale*, in *Prospettive sanitarie e sociali*, n. 16-17, 14 ss. In sanità infatti, ai sensi dell'art. 8 ter, d.lgs. 502/1992, sono presenti due distinte autorizzazioni: una per la realizzazione di struttura nuove (o per il loro ampliamento), l'altra per l'esercizio di attività sanitarie. La prima, in particolare, dovendo vagliare e contemperare interessi pianificatori e aspetti della programmazione (oltre che accertare la sussistenza di requisiti tecnici e di sicurezza), può comportare apprezzamenti di natura anche discrezionale. Sul punto si veda M. CONTICELLI, *op. cit.*, 152.

all'art. 38, comma 5 Cost.²¹. Più precisamente, tale istituto è finalizzato a verificare la compatibilità dell'attività di assistenza sociale con l'interesse pubblico, e quindi ad accertare che le strutture e i soggetti che erogano tali servizi rispettino requisiti organizzativi e strutturali prestabiliti²².

L'autorizzazione è, in questo senso, un atto necessario per poter svolgere tali attività anche al di fuori del sistema integrato dei servizi sociali, il quale viene generalmente rilasciato dai comuni²³. In un'ottica di semplificazione, in alcune esperienze regionali il rilascio dell'autorizzazione è stato sostituito dalla presentazione di una comunicazione o segnalazione da parte dell'operatore, secondo il modello della S.C.I.A.²⁴.

²¹ Cfr. C. cost. n. 396/1988.

²² I requisiti minimi per i servizi e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale sono stabiliti, a livello statale dal d.P.C.M. 21 maggio 2001 n. 308, adottato in attuazione dell'art. 11 della legge quadro (che sotto questo aspetto funge da atto di determinazione dei Liveas). Quest'ultimo prevede requisiti differenziati per struttura, a seconda che questa sia a carattere comunitario, sia una struttura protetta, a ciclo diurno, o ancora a prevalente accoglienza alberghiera. Fra tali requisiti il d.P.C.M. impone che le strutture siano ubicate in luoghi facilmente raggiungibili, che presentino determinati spazi, che impieghino personale che ha ricevuto una formazione specifica, e che predispongano piani individuali di assistenza. I legislatori regionali sono chiamati a completare – ed eventualmente innalzare – i requisiti ivi previsti, e soprattutto a prevederne per gli altri servizi quali quelli di assistenza domiciliare, di affidamento familiare, di segretariato sociale ecc. In termini più generali, inoltre, l'autorizzazione può riguardare, alternativamente o cumulativamente, il soggetto, la struttura, o l'attività. Nella Provincia autonoma di Trento ad esempio, ai sensi dell'art. 19, l.p. 13/2007 e dell'art. 4 del regolamento attuativo (d.P.G.P. del 9 aprile 2018, n. 3-78/2018), l'autorizzazione inerisce congiuntamente al soggetto e a specifiche aggregazioni funzionali.

²³ Così stabilivano già l'art. 6, comma 2 lett. c), e l'art. 11, commi 1 e 2, l.n. 328/2000. In alcune esperienze regionali, inoltre, la competenza al rilascio dell'autorizzazione è stata trattenuta a livello centrale; così accade in Valle d'Aosta, dove è rilasciata dalla Regione ai sensi dell'art. 38, l.r. 5/2000, e nella Provincia autonoma di Trento, dove è rilasciata dalla Provincia ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. d), e dell'art. 19, l.p. 13/2007.

²⁴ Così accade, ad esempio, in Lombardia, con la Comunicazione Preventiva di Esercizio (CPE, ai sensi dell'art. 15, l.r. 2/2008), in Emilia-Romagna (ai sensi dell'art. 37, l.r. 2/2003), in Toscana (art. 22, l.r. 41/2005), e in Puglia (art. 51, l.r. 19/2006).

Una volta autorizzati, gli operatori possono liberamente erogare prestazioni sociali agli utenti, ma, ove intendano collaborare con l'amministrazione e inserirsi nel sistema integrato dei servizi sociali, debbono ottenere l'accreditamento.

Quest'ultimo si configura come un provvedimento abilitativo di secondo livello, volto ad accertare la sussistenza di requisiti qualitativi ulteriori rispetto a quelli previsti per l'autorizzazione, al sussistere dei quali l'operatore è ritenuto idoneo ad erogare prestazioni sociali per conto dell'amministrazione accreditante, sebbene non ancora a carico di quest'ultima²⁵. Come l'autorizzazione, anche l'accreditamento viene rilasciato, di norma, dai comuni sulla base di requisiti e procedimenti stabiliti dalla regione²⁶. Inoltre, riconoscendo l'importanza dell'apporto collaborativo degli enti del Terzo settore nella gestione dei servizi sociali, ai fini dell'accreditamento i legislatori regionali richiedono talvolta, oltre al possesso dei requisiti qualitativi, anche la sussistenza della qualificazione soggettiva di ente del Terzo settore²⁷.

²⁵ Come ha avuto modo di osservare la Corte Costituzionale «l'accreditamento è un'operazione da parte di un'autorità o istituzione (nella specie Regione), con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti (c.d. standard di qualificazione) e si risolve [...] in iscrizione in elenco, da cui possono attingere altri per l'utilizzazione altri soggetti (assistiti-utenti)» (C. cost. 416/1995).

²⁶ Così stabilivano già l'art. 6, comma 2 lett. c), e l'art. 11, comma 3, l.n. 328/2000. Come per l'autorizzazione, anche la competenza in materia di accreditamento subisce alcune eccezioni; così accade ad esempio in Valle d'Aosta, Sardegna, Basilicata e nelle Province autonome di Bolzano e Trento, ove l'accreditamento viene rilasciato rispettivamente dalla Regione e dalle Province.

²⁷ Si veda a questo proposito la legislazione della Provincia autonoma di Trento (art. 6 d.P.G.P. del 9 aprile 2018, n. 3-78/Leg., recante il regolamento di esecuzione dell'art. 20 l.p. 13/2007) e della Regione Veneto (art. 16, comma 2, l.r. 22/2002). La nozione di ente del Terzo settore, com'è noto, è stata precisata dall'art. 4 CTS. Il medesimo Codice, inoltre, ha istituito il Registro unico nazionale del Terzo settore (art. 45 ss.), il quale costituisce un riferimento obbligato per l'accertamento della qualifica di ente del Terzo settore. Sulla centralità dell'apporto collaborativo degli enti del terzo settore si vedano, fra gli altri, A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 12, in particolare 3-7, M. CON-SITO, *Accreditamento e Terzo settore*, Napoli, 2009, ed E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, cit., 153 ss.

All'interno del perimetro individuato da tali coordinate generali e comuni sono rinvenibili alcune variabili che caratterizzano le discipline regionali dell'istituto, in relazione alle quali emergono modelli differenti di accreditamento e, quindi, di gestione dei servizi sociali. Peraltro, anche la legge quadro, pur assegnando una rilevanza centrale alla programmazione dei fabbisogni sociali, non aveva inteso istituire un collegamento preciso tra le scelte programmatiche e il rilascio dell'accredimento²⁸ – differentemente da quanto previsto nel settore sanitario²⁹ – conferendo così un significativo margine di discrezionalità ai legislatori regionali sin dal momento della sua entrata in vigore³⁰. In conseguenza di ciò, i sistemi di accreditamento si caratterizzano per una maggiore o minore apertura.

²⁸ L'accredimento nel sociale, nel modello emergente dall'art. 11, l.n. 328/2000 risulta quindi liberalizzato, non essendo previsti contingentamenti quantitativi derivanti dalle scelte programmatiche e dai vincoli di spesa. Sulla liberalizzazione dei servizi sociali si vedano, in termini più ampi, F. CORTESE, *Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2014, 457 ss. e V. MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *Dir. econ.*, 2013, 475 ss.

²⁹ Cfr. art. 8 *quater*, d.lgs. 502/1992. In sanità la stretta connessione tra programmazione e accreditamento fa sì che, da un lato, la durata dell'accredimento e l'arco temporale coperto dalla programmazione di norma coincidano e, dall'altro, che ove le prestazioni erogate da un operatore accreditato dovessero superare i tetti di spesa programmati, queste saranno oggetto di meccanismi di abbattimento o di regressione percentuale delle tariffe – qualificati da TAR Campania, Napoli, sez. I, 15 dicembre 2010, n. 27499 come un «rimedio straordinario». Peraltro, a seguito delle modifiche apportate con il d.l. 112/2008, una volta raggiunta la capacità operativa massima loro assegnata, i privati accreditati possono legittimamente rifiutarsi di fornire prestazioni sanitarie, a meno che queste non siano a carico del singolo utente. Si vedano sul punto M. CONTICELLI, *op. cit.*, 157 ss. e 198, M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 92, e N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna, 2007, 112.

³⁰ La discrezionalità riconosciuta ai legislatori regionali nella costruzione dei sistemi di accreditamento, quindi, sussisteva anche prima che la competenza in materia venisse a rientrare tra quelle residuali, di competenza esclusiva delle regioni – come si è chiarito *supra*, par. 2.

Nelle ipotesi in cui l'accreditamento sia slegato da un vaglio di compatibilità con la programmazione³¹, il suo rilascio assume natura tendenzialmente vincolata, venendo a delineare un sistema aperto o liberalizzato – e quindi non contingentato – in cui l'istituto assolve principalmente finalità qualificatorie³². In questo modello le scelte programmatiche e i vincoli finanziari non perdono – com'è intuibile – rilevanza, ma esplicano i propri effetti, tanto rispetto all'offerta, quanto rispetto alla domanda, nella fase successiva all'accreditamento. Ciò avviene principalmente tramite la conclusione di accordi volti alla fissazione di tetti di spesa, tramite la determinazione delle quote di compartecipazione delle tariffe e delle rette a carico degli utenti o, ancora, tramite l'emissione di buoni o titoli d'acquisto (c.d. *voucher*)³³.

Ove invece l'accreditamento sia subordinato, oltre che all'accertamento della sussistenza di requisiti qualitativi prestabiliti, anche ai vincoli della programmazione, come accade nella maggior parte delle regioni³⁴, il suo rilascio assume natura discrezionale, ed il sistema che ne

³¹ Così accade ad esempio nella Provincia autonoma di Trento ai sensi dell'art. 20, comma 1, l.p. 13/2007, che prevede che «la Provincia accredita tutti i soggetti in possesso dei requisiti, che ne facciano richiesta».

³² Va distinto da queste ipotesi il c.d. accreditamento per eccellenza, il quale rappresenta una «attività di valutazione tra pari, sistematica e periodica, a carattere volontario, gestita dai professionisti di un servizio» la quale è volta «ad incentivare gli operatori ad erogare servizi di qualità attraverso un continuo confronto», come osserva A. GUALDANI, *Diritto dei servizi sociali*, cit., 160. Sul tema si vedano anche F. PESARESI, *Accreditamento: proposte di modellizzazione*, cit., 11, e M.C. SETTI BASSANINI, *L'accreditamento per eccellenza*, in E. RANCI ORTIGOSA (a cura di), *La valutazione di qualità nei servizi sanitari*, Milano, 2000, 53.

³³ Cfr. S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., 195. Sulla compartecipazione al costo delle prestazioni sociali da parte degli utenti si vedano, in particolare, B. VIMERCATI, *La compartecipazione dell'utente alla spesa sociosanitaria: una ricostruzione alla luce del nuovo d.P.C.m. n. 159 del 2013*, in *Le Regioni*, 2014, 1111 ss., e A. GUALDANI, *Diritto dei servizi sociali*, cit., 185 ss.

³⁴ Le Regioni che hanno seguito questo modello rappresentano la maggioranza, fra queste si ricordano il Veneto (ove l'art. 15, l.r. 22/2002 prevede che «l'accreditamento si fonda sul criterio di regolazione dell'offerta in attuazione della programmazione»), l'Emilia-Romagna (art. 38, l.r. 2/2003), le Marche (art. 2, comma 1, lett. i) e art. 17, comma 4, l.r. 21/2016), ma anche la Lombardia, la Liguria, il Friuli-Venezia Giulia, il Molise, la Campania, la Calabria, la Valle d'Aosta e la Sardegna.

scaturisce diviene tendenzialmente chiuso o, quantomeno, contingentato³⁵.

Anche quando l'accreditamento è contingentato, esso non conferisce – di per sé – al soggetto accreditato il diritto di operare a carico del sistema pubblico – e quindi di ricevere il rimborso delle prestazioni erogate – essendo a tal fine necessario un elemento ulteriore, rappresentato dalla conclusione di un accordo contrattuale con l'amministrazione. Quest'ultimo – variamente denominato dai legislatori regionali³⁶ – pur prevedendo obblighi in capo ad entrambe le parti, non è assimilabile ad un contratto sinallagmatico, ossia a prestazioni corrispettive, ma costituisce un atto negoziale volto a disciplinare i rapporti giuridici ed economici tra ente pubblico e operatori sociali. Esso serve, più precisamente, «a definire il punto di incontro fra interesse pubblico e libertà privata dei soggetti che partecipano alla costruzione del sistema integrato»³⁷.

³⁵ Si ricorda che quando l'accreditamento è contingentato, stante la sua natura essenzialmente programmatica, è esclusa la configurabilità di una posizione di diritto soggettivo in capo agli accreditandi (cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 1718/2010). Come anticipato, anche in sanità il rilascio dell'accreditamento assume natura discrezionale e non dà diritto, di per sé, a ricevere un corrispettivo dall'amministrazione pubblica. Come ha avuto modo di osservare la Corte Costituzionale, infatti, «l'accreditamento delle strutture è stato configurato come un atto connotato da profili di discrezionalità amministrativa, avente ad oggetto la verifica concernente la funzionalità delle stesse rispetto agli indirizzi di programmazione regionale, atto comunque da solo insufficiente a consentire l'erogazione di prestazioni a carico del S.s.n. Siffatta erogazione è stata, infatti, subordinata alla stipula di appositi accordi contrattuali, con i quali neppure è acquistata una certa quantità di servizi, ma è soltanto autorizzata l'erogazione delle prestazioni entro un tetto massimo prefissato da remunerare con il sistema a tariffa» (cfr. C. cost. 94/2009).

³⁶ La l.p. 13/2007 della Provincia autonoma di Trento, ad esempio, fa riferimento allo strumento della convenzione all'art. 23, mentre Veneto e Sardegna si riferiscono agli accordi contrattuali (rispettivamente art. 17, l.r. 22/2002 e art. 43, l.r. 23/2005).

³⁷ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 245. È sulla base di tali accordi che i soggetti accreditati possono valutare la sostenibilità, dal punto di vista economico, del loro apporto all'interno del sistema integrato dei servizi sociali. Non si tratta però, ed è opportuno precisarlo, di una contrattazione alla pari, nel senso che l'amministrazione può imporre autoritativamente determinati tetti di spesa, i quali vengono fissati in base alle disponibilità finanziarie.

Tali accordi, oltre ad un comune contenuto di specificazione delle caratteristiche del servizio e delle modalità di erogazione dello stesso, seguono essenzialmente due configurazioni per quel che riguarda gli aspetti economici³⁸.

Secondo un primo modello l'accordo può avere una funzione meramente regolativa del rapporto tra amministrazione e soggetto accreditato, limitandosi a prevedere che ove l'operatore sia chiamato a erogare una prestazione sociale – in virtù di una scelta libera dall'utente – esso s'impegnerà a fornirla dietro la corresponsione di rette o tariffe prestabilite dall'amministrazione, oppure tramite la presentazione di un *voucher* da parte dell'utente stesso³⁹.

Diversamente, in base ad un secondo e più diffuso modello⁴⁰, l'accordo – oltre a svolgere una funzione regolativa – assume anche natura selettiva, ripartendo fra alcuni soltanto degli accreditati le prestazioni programmate e finanziabili a carico del sistema pubblico, attraverso un

³⁸ Si veda sul punto E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1113 ss., in particolare 1128-1129.

³⁹ In questi casi, come osserva P.G. RINALDI, *Commento all'art. 6*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 192 ss., in particolare 198, «il Comune non acquista dai singoli erogatori un pacchetto di prestazioni determinato numericamente a priori instaurando con questi un rapporto giuridico diretto [...] ma si limita a remunerare le sole prestazioni che i soggetti accreditati hanno erogato sulla base della scelta effettuata dall'utente fino al limite individuato dalla pianificazione zonale o, al più, sino al limite delle risorse disponibili». Accordi di questo tipo sono rinvenibili nella legislazione ligure (art. 33, l.r. 42/2012), toscana (art. 25, l.r. 41/2005), pugliese (art. 28, comma 4, Reg. 4/2007 e l.r. 19/2006), e della Basilicata (art. 22, l.r. 4/2007, la quale peraltro indica l'accreditamento come modalità di gestione dei servizi sociali residuale rispetto all'affidamento).

⁴⁰ Cfr. Friuli-Venezia Giulia (art. 33, comma 5, l.r. 6/2006), Piemonte (art. 29, comma 3, l.r. 1/2004), Umbria (art. 346, l.r. 11/2015), e Sardegna (artt. 38 e 42, l.r. 23/2005). Come già aveva illustrato uno studio coordinato da Fabio Giglioni nel 2006, il modello in questione è diffusamente impiegato nella prassi da molti enti locali; cfr. F. GIGLIONI, *I modelli di affidamento dei servizi sociali e l'attuazione dei sistemi di accreditamento*, Roma, 2006.

sistema di tetti di spesa o di volumi massimi delle prestazioni⁴¹. Nonostante tale selezione rappresenti un – ulteriore⁴² – contingentamento dell’offerta da parte dell’amministrazione, anche in questo modello gli utenti rimangono liberi di scegliere l’operatore. La scelta, tuttavia, appare in questa seconda ipotesi più limitata, in quanto esercitabile rispetto ad una platea di operatori tendenzialmente più ristretta di quella rappresentata dal totale degli accreditati, e solamente entro i vincoli di spesa e di volume stabiliti contrattualmente con ciascun operatore. Tali elementi fanno sì che in questo modello l’albo degli accreditati finisca per rappresentare un elenco all’interno del quale l’amministrazione, stipulando accordi selettivi, delimita il novero dei prestatori inclusi nel sistema integrato dei servizi sociali, essendo solo in un secondo momento, ed entro tali margini, che l’utente può scegliere l’operatore da cui ricevere assistenza sociale⁴³. Come si preciserà *infra*⁴⁴, è proprio in relazione a questi profili che si manifestano le principali criticità applicative dell’istituto, essendo necessario che l’amministrazione assicuri la trasparenza, l’imparzialità e la non discriminatorietà di tali scelte.

La soluzione appena descritta va peraltro distinta dall’ipotesi in cui l’accreditamento venga configurato come requisito di partecipazione alle gare volte all’affidamento di servizi sociali. In quest’ultimo caso, infatti, il gestore del servizio – l’aggiudicatario – sarà uno soltanto (tuttalpiù in forma di A.T.I.), mentre nell’ipotesi degli accordi selettivi viene garantita – quantomeno in via tendenziale – la presenza di una pluralità di operatori. Nella prima ipotesi, quindi, non sussiste alcuna libertà di scelta in

⁴¹ La quantità di prestazioni che verrà effettivamente rimborsata a ciascun accreditato – sulla base di tariffe prestabilite – dipende dalle scelte effettuate dagli utenti.

⁴² Ulteriore, s’intende, rispetto a quanto accade quando l’accreditamento abbia a sua volta natura contingentata, come precisato poco sopra.

⁴³ Quando i margini di scelta dell’utente diventano particolarmente ristretti, come osserva A. ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 252, il modello finisce per non rappresentare «una corretta utilizzazione dello strumento dell’accreditamento».

⁴⁴ Cfr. par. 4.

capo all'utente, nella seconda, invece, essa è presente, benché risulti affievolita rispetto al caso in cui gli accordi non abbiano natura selettiva bensì meramente regolativa⁴⁵.

Di frequente, le variabili che incidono sull'accREDITAMENTO e sugli accordi contrattuali, le quali contribuiscono a delineare i differenti modelli sin qui analizzati, sono compresenti nelle legislazioni regionali, rappresentando delle alternative cui gli enti locali possono ricorrere, nell'ambito della propria discrezionalità organizzativa, per apprestare le soluzioni più adatte al servizio di volta in volta in questione e alle caratteristiche del territorio di riferimento. È raro, invece, che sia direttamente il legislatore regionale a esprimere una generalizzata preferenza per un particolare modello di gestione dei servizi sociali⁴⁶.

4. Le potenzialità dell'accREDITAMENTO

Avendo – seppur sinteticamente – analizzato le principali variabili che, caratterizzando l'istituto ed il suo funzionamento, delineano diversi modelli di accREDITAMENTO, s'intende ora metterne in luce alcune potenzialità, le quali, come anticipato, emergono sia in termini assoluti, sia – soprattutto – in termini relativi, ove cioè si ponga l'accREDITAMENTO a confronto con le altre modalità di gestione dei servizi e degli interventi sociali quali, *in primis*, l'affidamento tramite contratto di appalto.

In primo luogo, il sistema dell'accREDITAMENTO sembra complessivamente ispirarsi ad una logica *lato sensu* collaborativa⁴⁷, la quale si pone

⁴⁵ Specularmente può osservarsi che, nel caso in cui l'accREDITAMENTO sia inserito fra i requisiti di partecipazione ad una gara pubblica si avrà concorrenza «per il mercato», mentre nel caso degli accordi selettivi sarà assicurata una certa concorrenza anche «nel mercato».

⁴⁶ Solo alcune regioni, come ad esempio l'Emilia-Romagna e la Sardegna, esprimono una preferenza per il modello dell'accREDITAMENTO libero abbinato allo strumento dei *voucher* (si vedano rispettivamente l'art. 38, l.r. 2/2003, e l'art. 38, l.r. 23/2005). Diversamente l'art. 23, l.r. 4/2007 della Basilicata pare indicare lo strumento dell'affidamento tramite confronti concorrenziali come la soluzione principale, relegando invece l'accREDITAMENTO ad una posizione secondaria.

⁴⁷ L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Milano, 2004, 433 definisce quello italiano come uno

in termini di alternative rispetto a quella competitiva e di tendenziale contrapposizione che tradizionalmente caratterizza i rapporti tra amministrazione pubblica e operatori privati nell'appalto, specialmente nella fase che precede l'aggiudicazione del contratto⁴⁸. Lo spirito collaborativo, e quindi la complementarità tra soggetti pubblici e privati, esplica indubbiamente effetti positivi sul soddisfacimento dei bisogni sottesi al

«Stato sociale cooperativo». Si veda sul punto anche S.A. FREGO LUPPI, *Il rapporto pubblico-privato nel settore dei servizi sociali: due modelli a confronto*, in *Il nuovo governo locale*, 1988, 39 ss. La logica collaborativa è stata consacrata, nel settore dei servizi sociali, dall'art. 1, comma 4, l.n. 328/2000, che prevede che enti locali, regioni e Stato «nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale, delle fondazioni e degli enti di patronato, delle organizzazioni di volontariato [...] nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali».

⁴⁸ L'alternatività alla logica competitiva deriva storicamente anche dal fatto che in passato i servizi sociali sono stati a lungo considerati privi di rilevanza economica, come osserva A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 200. La stessa Commissione europea, infatti, con la comunicazione *I Servizi d'interesse generale in Europa*, del 20 settembre 2000, COM (2000) 580 def. (in particolare par. 28) osservava come «molte attività esercitate da enti le cui funzioni sono principalmente sociali, che non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere un'attività industriale o commerciale, sono di norma escluse dall'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza e mercato interno». Su questa linea si colloca anche la decisione *Sodemare*, in cui la Corte di Giustizia ha escluso l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza in relazione ad una «normativa nazionale che consenta ai soli operatori privati che non perseguono fini di lucro di partecipare alla realizzazione di un sistema socio-assistenziale mediante la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi» (si trattava nel caso di specie di servizi socio-assistenziali a rilevanza sanitaria; cfr. Corte giust. CE, sent. 17 giugno 1997, *Sodemare* C-70/95, con nota di A. CACACE, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 683). L'orientamento della Corte di Giustizia, come noto, è successivamente mutato, ed è sintetizzabile nella posizione espressa dalla Commissione nel *Libro verde sui servizi d'interesse generale* del 21 maggio 2003, COM (2003) 270 def., nel quale essa ha precisato che «ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica» (par. 44). In coerenza con tale impostazione, a partire dal 2014 anche le procedure volte all'affidamento dei servizi sociali sono state ricomprese nell'ambito di applicazione delle norme sull'evidenza pubblica poste a tutela della concorrenza nel mercato dei contratti pubblici (cfr. artt. 74-77, direttiva 24/2014/UE e artt. 142-144, d.lgs. 50/2016). Sul tema si rimanda ai contributi di A. MAGLIARI e S. PELLIZZARI, entrambi nel presente volume.

sistema integrato e trova, come noto, fondamento costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4 Cost.⁴⁹, il quale ha recentemente trovato un'organica traduzione normativa nel Codice del Terzo settore⁵⁰.

Conseguenza diretta della logica collaborativa è il prodursi di una condizione di parità ed equiparazione tra operatori pubblici e privati accreditati nella gestione dei servizi sociali⁵¹, la quale consente di realizzare al meglio il modello a rete – ispirato al pluralismo⁵² – tracciato già dalla l.n. 328/2000⁵³.

Proprio tale condizione di parità, inoltre, pone tutti i soggetti accreditati – pubblici e privati – in diretta concorrenza fra loro, stimolandoli –

⁴⁹ Sulla solidarietà orizzontale si vedano G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 4 ss., nonché *ivi*, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, 51 ss. ed E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, 99 ss., S.A. FREGO LUPPI, *La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali: il caso della regione Lombardia*, in *Dir. econ.*, 2009, 67 ss., F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm.*, 2009, 2909 ss., e O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *I servizi sociali tra sussidiarietà verticale e orizzontale in prospettiva comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 968 ss.

⁵⁰ In argomento si vedano G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 726 ss., e D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 3.

⁵¹ L'equiparazione tra gestori pubblici e privati è assicurata innanzitutto dal fatto che, per potersi introdurre nel sistema integrato dei servizi sociali, i soggetti appartenenti ad entrambe le categorie debbono ottenere l'autorizzazione e l'accreditamento, come osserva F. PESARESI, *L'autorizzazione e l'accreditamento*, cit., 165.

⁵² Il pluralismo, che pare invece inconciliabile con il modello dell'esternalizzazione tramite contratto di appalto, è strettamente connesso all'esigenza di soddisfare adeguatamente i bisogni sociali, i quali richiedono l'erogazione di prestazioni «in modo differenziato ed individualizzato», A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 132. Sul punto si tornerà a breve *infra*, nel presente paragrafo.

⁵³ G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, cit., 75-77.

quantomeno potenzialmente – a operare in maniera efficiente e a mantenere standard qualitativi elevati⁵⁴.

È peraltro evidente che, affinché tali vantaggi possano realisticamente prodursi, è necessario che l'utente sia posto nella condizione di poter scegliere in modo libero e informato l'operatore dal quale ricevere assistenza⁵⁵. Uno dei principali strumenti che dovrebbero orientare tale scelta è rappresentato, come noto, dalla carta dei servizi, la cui adozione è di norma prevista come adempimento obbligatorio ai fini dell'accreditamento⁵⁶. Nella prassi, tuttavia, tale strumento si è dimostrato spesso inefficace⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 96/2010 e Cons. Stato, sez. IV, n. 6693/2002. Sotto questo profilo, tra i vantaggi offerti dall'accreditamento si ricorda la natura dinamica di quest'ultimo. Anche mentre il servizio viene erogato dai soggetti accreditati, infatti, è presente un monitoraggio costante e diffuso da parte dell'utenza, e uno periodico da parte dell'amministrazione, dai quali possono discendere verifiche, sospensioni, e decadenze dall'accreditamento stesso. Ciò rappresenta indubbiamente un vantaggio rispetto alla tradizionale difficoltà, per l'amministrazione, di intervenire nella fase di esecuzione del contratto ove si sia seguito il modello dell'appalto.

⁵⁵ A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.

⁵⁶ Già ai sensi dell'art. 13, comma 3, l.n. 328/2000, l'adozione della carta dei servizi rappresentava un requisito necessario ai fini dell'accreditamento. Essa risponde, almeno idealmente, a una pluralità di funzioni, definendo gli standard delle prestazioni e le modalità di accesso alla loro erogazione e rappresentando uno strumento di informazione e pubblicità dei servizi a vantaggio degli utenti, anche nell'ottica della valutazione e della vigilanza sugli stessi. La carta dei servizi, quindi, costituisce «per i soggetti erogatori anche un vincolo nei confronti dell'amministrazione» (A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 217). Si vedano sul tema F. GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003, 405 ss., C. CREPALDI, U. DE AMBROGIO, *La carta dei servizi sociali*, in C. GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, cit., 182 ss., M. DE BELLIS, *Carta dei servizi pubblici e servizi sociali*, in E. ROSSI (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2004, 401 ss., e G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Bologna, 1997.

⁵⁷ Infatti, quando le carte dei servizi «si limitano ad affermazioni di intenti o alla mera elencazione dei servizi previsti, come talvolta accade nell'esperienza concreta», queste ultime «vanificano molta parte della loro funzione» (A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 218). Sul punto si veda

La libertà di scelta dell'utente, cui si è appena fatto riferimento, rappresenta, infine, il principale vantaggio che la gestione dei servizi sociali tramite accreditamento offre rispetto all'appalto⁵⁸. La possibilità di scegliere l'operatore cui rivolgersi per il soddisfacimento dei bisogni sociali non è, peraltro, fine a sé stessa. Essa risulta anzi cruciale in relazione ai servizi e agli interventi in questione in quanto, proprio con riferimento a questi ultimi, gli utenti necessitano, da un lato, di un'assistenza personalizzata⁵⁹ – che è meglio assicurata da un sistema pluralistico come quello dell'accreditamento – e, dall'altro, di continuità e stabilità nell'assistenza⁶⁰ – aspetto che difficilmente può essere valorizzato tramite l'appalto, stante la necessità di indire nuove gare alla scadenza del contratto e stante l'operatività del principio di rotazione⁶¹.

anche M. CIRCI, *La carta dei servizi: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 636 ss.

⁵⁸ L'art. 3, comma 4, l.n. 328/2000 incaricava le amministrazioni pubbliche di promuovere azioni volte a «favorire la pluralità di offerta dei servizi garantendo il diritto di scelta». Nel caso dell'appalto, invece, è l'amministrazione pubblica che sceglie – attraverso le norme dettate ora dagli artt. 142-144, d.lgs. 50/2016 – l'operatore che erogherà il servizio sociale agli utenti. Sul punto cfr. S.A. FREGO LUPPI, *Il rapporto pubblico-privato e la libertà di scelta dell'utente*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S.A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, 109 ss., ID., *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., 193, F. PESARESI, *Accreditamento: proposte di modellizzazione*, cit., 10, e U. DE AMBROGIO, *Accreditamento nel sociale: quali vantaggi per il cittadino?*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2010, n. 16-17, 25 ss.

⁵⁹ Cfr. N. VETTORI, *Persone e diritti all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 307 ss., e R. BROLIS, P. MACCANI, A. PERINO, *L'integrazione socio-sanitaria in pratica*, Santarcangelo di Romagna, 2018.

⁶⁰ Inoltre, come osserva F. DALLA MURA, *Servizi sociali e accreditamento: profili giuridici*, cit., 4, l'accreditamento consente, rispetto all'appalto, un più alto tasso di adattabilità delle prestazioni all'evolversi nel tempo dei bisogni sociali.

⁶¹ L'ambito di applicazione di tale principio, come noto, è circoscritto alle procedure volte all'affidamento di contratti sotto soglia e a quelle non ordinarie basate sull'invito di un numero circoscritto di operatori. Cfr. art. 36, d.lgs. 50/2016 e Linee guida ANAC n. 4/2018 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici".

Come osservato da alcuni Autori, inoltre, la libertà di scelta dell'utente ha rilevanza costituzionale⁶², sebbene da tempo la giurisprudenza – anche costituzionale – abbia ribadito che tale diritto è lungi dall'aver valenza assoluta⁶³. Ciò è diretta conseguenza del fatto che il diritto all'assistenza sociale costituisce un «diritto finanziariamente condizionato», il cui esercizio è fisiologicamente influenzato dalle scelte programmatiche e – soprattutto – dalla disponibilità di risorse pubbliche⁶⁴. A questo proposito, peraltro, la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare che le esigenze di contenimento della spesa pubblica e le politiche di *austerità* non possono compromettere il godimento del nucleo essenziale dei diritti sociali, in quanto «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁶⁵.

⁶² Si veda S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., 147, che riferisce la libertà di scelta dell'utente alla dignità della persona e all'inviolabilità dei suoi diritti (art. 2 Cost.).

⁶³ A questo proposito la Corte Costituzionale ha avuto modo di osservare che «il principio di libera scelta non appare affatto assoluto, dovendo invece essere temperato con altri interessi, costituzionalmente tutelati, puntualmente indicati da norme di principio della legislazione statale» (C. cost. n. 200/2005, punto 2 *in diritto*). In termini analoghi si vedano le precedenti pronunce C. cost. nn. 416/1995, 304/1994 e 247/1992.

⁶⁴ L'espressione «diritti finanziariamente condizionati» come noto, è stata coniata da F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30, secondo il quale «i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi». Sul tema si vedano anche C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGIERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Torino, 1994, 548 ss., L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, in particolare 83 ss. Sul tema è inoltre d'obbligo il richiamo a S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, in cui si osserva come tutti i diritti, e non solo quelli sociali, siano in fondo finanziariamente condizionati.

⁶⁵ Così in particolare C. cost. n. 275/2016 (in relazione al servizio di trasporto disabili. Cfr. in particolare punto 11 *in diritto*). In senso conforme si vedano anche le pronunce della C. cost. nn. 10/2016 e 129/2016. A questo proposito S. CASSESE, *I diritti sociali degli "altri"*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 677 ss., ha osservato che è proprio nei mo-

Si ritiene convenzionalmente che lo strumento più idoneo a garantire la libertà di scelta sia rappresentato dall'emissione di titoli o buoni per l'acquisto di servizi sociali (c.d. *voucher*) a favore degli utenti⁶⁶. Questi ultimi rappresentano una modalità indiretta di finanziamento pubblico dei servizi sociali, la quale non solo si trova in armonia con l'obiettivo di assicurare la concorrenza fra gli operatori accreditati, ma risulta anzi funzionale alla piena realizzazione dello stesso⁶⁷. Il finanziamento pubblico

menti di crisi – anche economica – che i diritti sociali devono essere massimamente tutelati. In argomento si vedano anche D. TEGA, *Welfare rights and economic crisis before the Italian Constitutional Court*, in 172 *European Journal of Social Law* (2014), 63, e A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1011 ss.

⁶⁶ Tale opzione era prevista già dall'art. 17 della l.n. 328/2000, ai sensi del quale «i Comuni possono prevedere la concessione, su richiesta dell'interessato di titoli validi per l'acquisto di servizi sociali dai soggetti accreditati». Allo stato attuale l'emissione di titoli d'acquisto è rimessa ad una scelta discrezionale dell'amministrazione locale e, a monte, del legislatore regionale. Si vedano sul tema S.A. FREGO LUPPI, *Commento all'art. 17 (Titoli per l'acquisto di servizi sociali)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 392 ss., M. BERGO, *Il diritto sociale frammentato. Principio di sussidiarietà e assistenza sociale*, Padova, 2013, 317 ss., L. BELTRAMETTI, *Vouchers: presupposti, usi e abusi*, Bologna, 2004, A. GAMBINO, S. PASQUINELLI, *Voucher sociali: la difficile regolazione del mercato*, in S. PASQUINELLI (a cura di), *Buoni e voucher sociali in Lombardia*, Milano, 2006, 123 ss., C. GORI (a cura di), *Politiche sociali di centro-destra*, Roma, 2005, 203 ss., F. GIUNCO, *Il voucher socio-sanitario*, in C. GORI (a cura di), *Come cambia il welfare lombardo. Una valutazione delle politiche regionali*, Santarcangelo di Romagna 2011, 183 ss., e L. FAZZI, C. GORI, *Il voucher e il "quasi mercato"*, in C. GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, cit., 167 ss.

⁶⁷ Il libero gioco della concorrenza, secondo cui i soggetti che erogano prestazioni scadenti vengono esclusi dal mercato, discende – come osservato poco sopra – dall'esercizio di una scelta libera e informata da parte dell'utente. In molti casi, tuttavia, la presenza di un *gap* informativo, e il fatto che i servizi sociali rappresentino un noto esempio di *experience good*, fanno sì che l'utente possa adeguatamente valutare l'operatore solamente dopo aver fruito della prestazione sociale. Il libero agire della concorrenza, e i vantaggi che esso potrebbe produrre, subiscono quindi, in questo settore, un temperamento. Come osserva V. GHETTI, S. STEA, *L'uso strategico dell'accreditamento: una comparazione tra Regioni*, cit., 24, inoltre, ha poco senso parlare di libertà di scelta in relazione a enti locali di dimensioni contenute, in quanto nel territorio di riferimento di questi ultimi l'offerta è costituita da un numero spesso limitatissimo di operatori.

in questione, inoltre, può essere totale o parziale, essendo prevista la possibilità di richiedere una compartecipazione alla spesa da parte degli utenti, e quindi di distribuire *voucher* di importo differenziato in base alle condizioni economiche di questi ultimi⁶⁸.

Infine, se è vero che le potenzialità sin qui considerate possono manifestarsi in via di principio in relazione a tutti i modelli di accreditamento delineati nel paragrafo precedente, è altrettanto vero che la libertà di scelta risulta massima quando l'accreditamento sia aperto e quando gli accordi con gli accreditati abbiano natura meramente regolativa e non selettiva. Essa risulta invece limitata nei sistemi di accreditamento contingentato e quando l'offerta sia stata pre-selezionata a monte dall'amministrazione, attraverso la conclusione di accordi selettivi volti a fissare volumi massimi di prestazioni o tetti di spesa⁶⁹.

⁶⁸ S.A. FREGO LUPPI, *Commento all'art. 17*, cit., 394. In termini analoghi si veda anche V. GHETTI, S. STEA, *op. cit.*, 25. I *voucher*, inoltre, possono non avere valore monetario, ma essere piuttosto vincolati all'acquisto di un pacchetto di prestazioni o di un determinato numero di ore di assistenza (si pensi ad esempio all'assistenza domestica a favore di anziani o a taluni servizi socio-educativi per l'infanzia). Rispetto all'istituto in commento, infine, si è osservato che «se non inserito in un contesto di forte regolazione vigilanza pubblica, l'utilizzo del titolo potrebbe tradursi in una deresponsabilizzazione del Comune che invece di svolgere un'attività di organizzazione di percorsi assistenziali attivi, consegnerebbe alla persona un bonus valido per l'acquisto di una prestazione sociale, come se si trattasse di un prodotto di consumo qualsiasi» (E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, cit., 217). In termini critici si vedano anche L. FAZZI, *Il dilemma dei voucher nella scelta dei servizi sociali: aumento o riduzione delle garanzie di tutela sociale?*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1997, n. 3-4, 81 ss., e A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 226, la quale osserva criticamente che «una libertà di scelta del cittadino scollegata dal ruolo di "programmatore e negoziatore" dell'ente pubblico porterebbe inevitabilmente ad un governo meramente finanziario dell'offerta delle prestazioni disponibili e condurrebbe verso una progressiva privatizzazione sostanziale». A questo proposito, tuttavia, è opportuno ricordare che l'accesso da parte degli utenti alle prestazioni erogate nell'ambito del sistema integrato avviene spesso in modo centralizzato, nel senso che nella scelta dell'erogatore gli utenti sono guidati dagli uffici comunali e dal Segretariato Sociale (istituito dall'art. 22, l.n. 328/2000, sul modello del *case manager*). Su questo profilo si veda anche V. MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *Dir. econ.*, 2013, 487 ss.

⁶⁹ Come osservato in chiusura del paragrafo precedente, è opportuno ribadire che anche in presenza di accordi selettivi permane una maggiore libertà di scelta per l'utente

5. Alcune criticità dell'istituto nell'ottica del diritto comunitario

Oltre alle potenzialità di cui si è detto poc' anzi, l'accreditamento presenta anche alcuni aspetti problematici. Al di là delle criticità di ordine pratico, che concernono da un lato la vigilanza sul mantenimento dei requisiti in capo agli accreditati, e dall'altro il monitoraggio della qualità delle prestazioni sociali erogate, il ricorso all'accreditamento pone alcune questioni di ordine teorico, le quali scaturiscono dall'interazione tra tale istituto e alcuni principi di derivazione comunitaria. È proprio su quest'ultimo profilo che insisteranno le considerazioni svolte nel presente paragrafo.

Nell'ottica del mercato unico, infatti, il sistema delle «tre A» rappresenta un insieme di filtri di accesso ad un potenziale mercato⁷⁰. Questi

rispetto a quanto si verifichi nel caso dell'affidamento del servizio ad un singolo operatore tramite appalto.

⁷⁰ Per un inquadramento di questo tipo si vedano ad esempio i casi *Femarbel* dell'11 luglio 2013 (C-57/12), e *Fra.bo S.p.a.* del 12 luglio 2012 (C-171/11). Come precisato dalla Commissione europea, l'esistenza di un mercato relativamente ai servizi sociali è strettamente connessa al «modo in cui tali servizi sono organizzati nello Stato membro», essendo rimessa a quest'ultimo la scelta se affidarsi o meno a «sistemi basati sul mercato» (cfr. *Comunicazione della Commissione europea sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*, 2012/C 8/02, in particolare par. 12 e il *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, COM (2004) 374 def., in particolare par. 4.4). Com'è stato osservato in dottrina, i principi comunitari sono penetrati lentamente e originariamente in modo piuttosto contenuto nella disciplina nazionale dei servizi sociali (cfr. da G.F. CARTEL, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 627 ss.). A questo proposito si è parlato di un «ingresso temperato» delle regole concorrenziali nella legge quadro (S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, 75 ss., in particolare 88). Sul punto si vedano anche A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 89 ss., A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 831 ss., 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 *Dir. Comm. Int.*, 2015, 822 ss., G. GUIGLIA, *I servizi sociali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2012, D. D'ORSOGNA, M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociali: un bilancio*, in *Munus*, 2013, 330 ss., E. MENICETTI, *I servizi sociali nell'ordinamento*

ultimi, per costante giurisprudenza comunitaria⁷¹, sono ammissibili a condizione di applicarsi in modo non discriminatorio, di essere giustificati da ragioni imperative di interesse pubblico, e purché si tratti di misure idonee e proporzionate allo scopo⁷². Ove tali condizioni siano soddisfatte è consentito un alleggerimento delle norme poste a tutela della concorrenza nel mercato dei contratti pubblici, a patto che siano pur sempre rispettati i principi di imparzialità, trasparenza, pubblicità e parità di trattamento⁷³.

comunitario, in A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, 79 ss., e A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, cit., in particolare 16 ss. Per una visione d'insieme si veda inoltre D. FERRI, F. CORTESE, *Introduction: the social market economy in the European Union. Theoretical Perspectives and practical challenges*, in D. FERRI, F. CORTESE (eds.), *The EU social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Abingdon, 2019, 1 ss.

⁷¹ Basata sul c.d. *test Gebhard*, elaborato dalla Corte di Giustizia nell'omonima sentenza pronunciata il 30 novembre 1995 (C-55/94).

⁷² Cfr. E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, cit., 1155, e S. TARULLO, *Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari*, in *Munus*, 2012, 24 ss.

⁷³ Ciò non significa negare che «allorché l'attività, seppur connotata da finalità sociali, abbia un indubbio e prevalente rilievo economico per i soggetti interessati ad esercitarla» dovranno in tal caso applicarsi le regole dell'evidenza pubblica, come osserva G.F. CARTEI, *op. cit.*, 639. Ove però «l'erogazione del servizio presenti tipologie prestazionali, in cui l'aspetto personalistico-relazionale risulti preponderante su ogni valutazione improntata a criteri di remunerazione economica, l'ente territoriale potrà legittimamente affidare il servizio, seppur secondo principi di trasparenza, di pubblicità e proporzionalità, in assenza di un vero e proprio confronto concorrenziale» (G.F. CARTEI, *op. loc. cit.*). Si condivide, infine, quanto osservato da E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, cit., 1168 a proposito del fatto che il diritto europeo complessivamente considerato «non sembra richiedere alle autorità nazionali di rinunciare all'esercizio di ogni forma di discrezionalità nella regolazione dell'accesso al mercato, ma semplicemente di circoscrivere tale discrezionalità in modo da non trasformarla in arbitrio». Sul tema si vedano anche R. CAMELI, *La categoria giuridica dei servizi sociali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 903 ss., F. MIDIRI, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 6, nonché H. BONURA, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 398 ss.

Tali condizioni risultano agevolmente soddisfatte ove l'accreditamento non sia chiuso o contingentato e ove gli accordi stipulati tra amministrazione e soggetti accreditati inseriti nel sistema integrato dei servizi sociali non abbiano natura selettiva. Ove, infatti, si realizzi un mercato concorrenziale degli accreditati in cui la scelta del soggetto erogatore è interamente rimessa all'utenza, non si pongono problemi di compatibilità con il diritto europeo. Tale ipotesi, anzi, è contemplata dai Considerando 4 e 114 della direttiva 24/2014/UE ai sensi dei quali, in virtù della libertà di auto-organizzazione, gli Stati membri sono liberi di organizzare i servizi sociali anche

attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione⁷⁴.

Maggiori criticità rispetto al diritto comunitario possono porsi, viceversa, ove la selezione degli operatori cui corrispondere risorse pubbliche provenga direttamente – o sia fortemente condizionata – da una scelta dell'amministrazione pubblica, in particolare quando quest'ultima abbia contingentato l'accreditamento o imposto, in via contrattuale, tetti per gli acquisti o volumi massimi delle prestazioni⁷⁵. In queste ipotesi, infatti, il modello si avvicina sensibilmente alla logica dell'affidamento, facendo sì che il rapporto tra amministrazione e soggetto accreditato venga in sostanza ad assumere le sembianze di un contratto di appalto,

⁷⁴ Così il Considerando n. 114. Il sistema dell'accreditamento aperto, abbinato allo strumento del *voucher*, pare inoltre rientrare a pieno titolo nell'ipotesi di cui al Considerando n. 4, ai sensi del quale le «situazioni in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio, non dovrebbero essere considerate sistemi di appalto bensì semplici sistemi di autorizzazione». In termini analoghi si veda anche il Considerando 54 della direttiva 23/2014/UE.

⁷⁵ Tale lettura è stata confermata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 20 agosto 2018.

per la conclusione del quale è necessario il rispetto delle norme sull'evadenza pubblica previste dalle direttive comunitarie e recepite dal legislatore nazionale⁷⁶. Infatti, come ha ricordato – anche recentemente – il Consiglio di Stato, «al di là del nome assegnato dall'Amministrazione» quando la procedura «è tesa non solo al riconoscimento dell'esistenza di requisiti abilitanti, bensì proprio all'individuazione del soggetto gestore del servizio», la qualificazione giuridica del rapporto non può essere che quella dell'appalto di servizi⁷⁷.

A questo proposito deve peraltro osservarsi come molti legislatori regionali, avvedendosi di tali criticità e percependo la possibile elusione

⁷⁶ Si tratta, come accennato *supra*, degli artt. 74-77, direttiva 24/2014/UE, recepiti dagli artt. 142-144, d.lgs. 50/2016.

⁷⁷ Così Cons. Stato, sez. III, 31 luglio 2018, n. 4726. Sul confine tra l'istituto dell'accreditamento e l'appalto di servizi si veda anche TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, n. 331/2012. Sul tema si veda anche M. CONSITO, *L'accreditamento come limite all'appalto pubblico di servizi*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, P. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2007, 342 ss. I confini dell'accreditamento, specialmente in un primo momento, non sono parsi incerti solamente nei confronti dell'appalto, ma anche della concessione. A questo proposito, tuttavia, pare opportuno svolgere alcune rapide precisazioni. È infatti quasi esclusivamente nel settore sanitario che l'accreditamento è stato accostato dalla giurisprudenza al concetto di concessione, e in particolare di concessione di pubblico servizio, sul quale A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo ruolo per uno strumento antico*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 567 ss.; si vedano, a questo proposito, Cons. Stato, sez. III, nn. 5039/2018 e 436/2016, nonché sez. V, n. 2828/2010. Come ha osservato A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 229 ss., la natura giuridica dell'accreditamento istituzionale nell'ambito del servizio sanitario è quella di concessione *ex lege* in quanto «la sanità e la predisposizione delle strutture preposte alla sua realizzazione ineriscono ai compiti fondamentali dello Stato» (si veda Cass. SS. UU. 20 febbraio 1999, n. 88). L'Autrice osserva però che «a differenza dalle concessioni di servizio [...] l'accreditamento nei servizi sociali non sembra finalizzato ad una privatizzazione di attività già svolte da amministrazioni pubbliche che [...] smettono di svolgerle» bensì «si presenta piuttosto come uno strumento per ampliare l'offerta di prestazioni erogate [...] in un settore in cui [...] il problema è piuttosto quello dell'esiguità, o dell'insufficienza, dell'offerta pubblica» (A. ALBANESE, *op. ult. cit.*, 238).

delle norme sull'evidenza pubblica, prescrivano opportunamente – per queste ipotesi – l'esperimento di procedure comparative⁷⁸.

6. Brevi note conclusive: la polivalenza dell'accreditamento e i suoi limiti

Dall'analisi svolta sin qui emerge nitidamente come l'accreditamento – stante l'eterogeneità dei modelli regionali e dei servizi in relazione ai quali esso è impiegato – si configuri come un istituto a maglie piuttosto larghe che si presta ad una molteplicità di utilizzi, i quali, invero, non sempre paiono adatti a valorizzarne le potenzialità.

Sintetizzando un quadro altrimenti complesso e frastagliato, può in primo luogo osservarsi come, pur con le variabili di cui si è dato conto, l'accreditamento si configuri innanzitutto come modalità organizzativa che consente l'inserimento di una pluralità di operatori – privati e pubblici – nel sistema integrato dei servizi sociali, in luogo di una gestione esclusivamente pubblica (nel caso della gestione diretta) o esclusivamente privata (nel caso dell'esternalizzazione tramite appalto).

Esso può, in secondo luogo, essere previsto come requisito di accesso alle procedure selettive indette dai comuni per l'affidamento a terzi della gestione dei servizi sociali. L'utilizzo in questa chiave dell'accreditamento, di per sé non illegittimo⁷⁹, può tuttavia risultare inopportuno in termini pratici. In questo caso, infatti, allo scopo di assicurare una maggiore qualificazione dell'offerta – obiettivo di per sé indiscutibile, ma tutelabile attraverso la previsione di appositi requisiti di partecipazione alla gara – si prevede un notevole appesantimento dell'iter amministra-

⁷⁸ Si vedano ad esempio la Lombardia (d.G.r. n. X/1185/2013), l'Emilia-Romagna (l.r. 4/2008 e d.G.r. 514/2009), l'Umbria (art. 346, l.r. 11/2015), la Sardegna (art. 42, l.r. 23/2005), e la Puglia (l.r. 19/2006).

⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6617/2018 (e in senso conforme, in sanità, Cons. Stato, sez. III, n. 1698/2011), nonché TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 4325/2017. Maggiori dubbi circa la legittimità di tale impostazione potrebbero porsi nel caso in cui fra i requisiti richiesti per ottenere l'accreditamento dovesse essere prevista la qualifica soggettiva di ente del Terzo settore e la presenza di una sede sul territorio comunale.

tivo e degli adempimenti richiesti agli operatori del settore, il quale, peraltro, comporta il rischio di circoscrivere artificiosamente – e illegittimamente – la partecipazione alle procedure competitive volte all'affidamento dei servizi sociali⁸⁰.

Infine, in linea con i più recenti interventi normativi, l'accreditamento può essere valorizzato nell'individuazione degli interlocutori con cui attivare procedimenti di co-progettazione, specialmente quando questi ultimi siano volti non solo alla definizione, ma anche «alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento», come prevede l'art. 55, comma 3, CTS⁸¹.

Ad avviso di chi scrive, alla luce del quadro di sintesi qui brevemente tracciato e dell'analisi svolta nei paragrafi precedenti, pare potersi concludere che solamente quando l'accreditamento sia impiegato in modo alternativo e distinto dallo strumento dell'appalto esso possa esplicare le proprie potenzialità, specialmente ove le amministrazioni pubbliche intendano valorizzare, come spesso accade, l'apporto collaborativo del Terzo settore. Differentemente, da una commistione degli ambiti di applicazione dei due istituti – e di conseguenza dalla loro interazione – paiono scaturire non poche criticità, le quali, da un lato, espongono le amministrazioni al rischio di porre in essere delle illegittimità e, dall'altro, complicano il perseguimento delle finalità del sistema integrato dei servizi sociali.

⁸⁰ Cfr. F. DALLA MURA, *Servizi sociali e accreditamento: profili giuridici*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2010, n. 16-17, 3 ss. e V. GHETTI, S. STEA, *L'uso strategico dell'accREDITAMENTO: una comparazione tra Regioni*, cit., 26. Per ovviare al rischio di un'indebita restrizione della partecipazione alle gare, le amministrazioni potrebbero invece configurare l'accREDITAMENTO come adempimento necessario affinché l'aggiudicatario possa addivenire alla stipulazione del contratto.

⁸¹ Si veda sul punto il contributo di S. PELLIZZARI nel presente volume.

LA CO-PROGETTAZIONE NELLE ESPERIENZE REGIONALI E NEL CODICE DEL TERZO SETTORE

Silvia Pellizzari

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. La co-progettazione nelle legislazioni regionali: modelli a confronto. 2.1. Il modello lombardo: la messa in comune delle risorse tra pubblica amministrazione e soggetti del terzo settore. 2.2. Il modello ligure: l'attribuzione di benefici economici come causa negoziale dell'accordo pubblico/privato. 3. La qualificazione giuridica delle procedure per la conclusione degli accordi tra pubblica amministrazione e enti del terzo settore nella giurisprudenza nazionale. 3.1. L'onerosità del contratto nella prospettiva euro-unitaria. 4. Le potenzialità applicative della co-progettazione in una logica collaborativa oltre l'affidamento di un servizio: considerazioni di sintesi.*

1. Introduzione

Il presente contributo intende riflettere sull'istituto della co-progettazione, oggi prevista dall'art. 55 del Codice del Terzo settore (d'ora in poi CTS) al fine di valorizzare la logica collaborativa e definire l'ambito di applicazione del modello di relazione pubblico/privata rispetto ai contratti pubblici onerosi per come disciplinati dal d.lgs. n. 50 del 2016 (d'ora in poi Codice dei contratti pubblici) in attuazione delle Direttive UE n. 23, 24 e 25 del 2014.

La co-progettazione e gli accordi (di partenariato) che ne formalizzano i contenuti presentano significative potenzialità in relazione alla organizzazione e gestione dei servizi e delle attività di interesse generale soprattutto a livello locale.

Come è noto, l'art. 55 apre il Titolo VII del CTS che, nel disciplinare i rapporti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni, stabilisce alcuni principi generali e introduce alcuni specifici istituti¹.

¹ In tema G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato di interventi e servizi*

Sul piano dei principi, centrale è il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale².

L'art. 55 CTS rappresenta, infatti, una delle più efficaci attuazioni dell'art. 118 comma 4 Cost.³ in quanto la disposizione in parola pone

sociali, Milano, 2003, 45; S. LA PORTA, *Commento all'art. 5 della legge n. 328/00, Ruolo del Terzo settore*, ibidem, 135; A. FOSSATI, *Terzo settore e altri soggetti senza scopo di lucro*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S.A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, 91 ss. Sull'impostazione dei rapporti tra soggetti pubblici e soggetti del Terzo settore presente già nella legge delega per l'emanazione del CTS v. E. ROSSI, L. GORI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 2, 23; A. ALBANESE, *I rapporti fra soggetti "non profit" e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2014, 153; G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2017, 5, 726; G. PONZANELLI, V. MONTANI, *Dal groviglio di leggi speciali al Codice del Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 31 ss.; A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore*, ibidem, 219 ss.

² Sul principio di sussidiarietà in relazione ai servizi, soprattutto sociali v. E. FERRARI, *Lo stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss.; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *I servizi sociali tra sussidiarietà verticale e orizzontale in prospettiva comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 968 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, 2013, 37 ss.; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2006, 309 ss.; ID., *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 42 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 637 ss.; M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, 587 ss.

³ In questo senso si v. V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'Anac al codice del terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018 per cui il principio di sussidiarietà orizzontale "esprime un ripensamento dell'amministrazione e dell'assetto organizzativo dei medesimi poteri, tale da implicare una inedita considerazione dell'interesse generale". Tale ripensamento del ruolo del potere pubblico si collega a un assetto sociale complesso che è chiamato a "ricostituire a sintesi la molteplicità delle istanze avanzate dall'insieme delle realtà, private e pubbliche, costituenti la "Repubblica". Dette istanze recano esigenze di partecipazione, gestione, collaborazione e controllo nell'erogazione delle prestazioni sociali, che presuppongono adeguati moduli organizzativi; moduli collaborativi e relazionali,

un dovere in capo ai soggetti pubblici che sono tenuti ad assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore di cui all'art. 4 CTS nella programmazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi di interesse generale.

Il legislatore della riforma ha, infatti, previsto che l'approccio collaborativo riguardi tanto la fase di programmazione, quanto quella di gestione e attuazione degli obiettivi predeterminati in modo condiviso.

Ai sensi della norma, tale coinvolgimento prende le forme della co-programmazione, della co-progettazione e del partenariato e deve avvenire nel rispetto della disciplina sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241 del 1990, nonché di quella in materia di programmazione sociale di zona⁴.

Non va dimenticato, infatti, che l'istituto della co-progettazione è stato originariamente previsto nell'ambito delle politiche e dei servizi sociali dall'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001, attuativo della l. n. 328 del 2000, il quale ha riconosciuto alle organizzazioni del Terzo settore un ruolo di rilievo in materia di progettazione di interventi innovativi e sperimentali finalizzati ad affrontare specifiche problematiche sociali.

finalizzati a una più compiuta interpretazione dei bisogni sociali e a una pari regolazione dei relativi interventi soddisfattivi” (7). Per tali approdi imprescindibile è stato il pensiero di F. Benvenuti in particolare in *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 secondo cui “la risposta democratica va oggi impostata [...] mediante il riconoscimento di poteri di intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle funzioni” (23). Si veda inoltre la fondamentale opera di G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006 e da ultimo ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, cit.

⁴ Sulla programmazione sociale di zona si vedano A. FOSSATI, *Programmazione e pianificazione*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S.A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, 81 ss.; V. SANDRETTI, *Il piano di zona*, ibidem, 329 ss.; E. INNOCENTI, *La programmazione sociale nella legislazione regionale successiva alla riforma del Titolo V*, in P. BIANCHI (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Pisa, 2006, 181 ss. Si veda, inoltre, A. GUALDANI, *Programmazione e pianificazione dei servizi sociali: il ruolo dei soggetti del terzo settore*, in corso di pubblicazione. Il riferimento alle disposizioni generali in materia di procedimento amministrativo e programmazione di zona serve ad assicurare che, nonostante la maggiore flessibilità degli strumenti e dei procedimenti collaborativi in questione, questi ultimi si traducano in un esercizio legittimo, e quindi, imparziale e trasparente della funzione amministrativa.

In tali ipotesi, nell'ambito degli indirizzi regionali, si dà facoltà ai Comuni di indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione con cui i soggetti del Terzo settore possono esprimere la disponibilità a collaborare per la realizzazione degli obiettivi, anche a fronte di forme di sostegno pubblico.

Una volta modificato il regime delle competenze a seguito della riforma costituzionale del 2001, molte Regioni hanno fatto ampio uso della loro potestà legislativa in materia sociale anche con riferimento alla co-progettazione delle politiche e degli interventi, richiamando oltre all'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001, l'art. 19 della l. n. 328 del 2000 in materia di pianificazione zonale e l'art. 119 del d.lgs. n. 267 del 2000.

Per alcuni⁵ l'art. 19 della l. n. 328 del 2000 introduce già un *favor* legislativo verso modelli di relazione tra pubblico e privato ispirati a una logica di condivisione, consensualità e sinergia operativa.

Si richiama l'idea della c.d. progettazione partecipata, considerato che il comma 3 dell'art. 19 prevede che all'accordo di programma, con cui è adottato di norma il piano di zona, possono prendere parte anche gli enti del Terzo settore di cui all'art. 1 co. 4 della stessa legge i quali, 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.

In quest'ottica, parimenti interessante si è rivelato l'art. 119 del d.lgs. n. 267 del 2000 secondo cui

al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati, i comuni, le province e gli altri enti locali [...] possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi⁶.

⁵ Ripercorre il dibattito sull'art. 19 della l. n. 328 del 2000 U. DE AMBROGIO, *Programmarre, progettare, coprogettare: una strada di promozione innovativa*, in U. DE AMBROGIO, C. GUIDETTI, *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2017, in particolare 19 ss.

⁶ L'articolo in parola ha sollevato alcune questioni rimesse all'esame della giurisprudenza nel corso del tempo. Quest'ultima è stata indotta ad assimilare le convenzioni richiamate nella disposizione ai contratti pubblici atipici imponendo, per la loro con-

Di fronte, dunque, a una crescente domanda di servizi in grado di realizzare il c.d. welfare di comunità, la collaborazione pubblico/privato è stata vista come un modello ideale per consentire l'alleggerimento dell'intervento pubblico a favore di iniziative private complementari, spesso più flessibili, innovative e in grado di sopperire alla progressiva crisi di risorse pubbliche⁷.

Tuttavia, nonostante l'art. 55 disciplini almeno due fasi procedimentali strettamente connesse - la programmazione e la progettazione degli interventi a livello territoriale - i dubbi ricostruttivi si sono concentrati soprattutto sul secondo profilo e quindi, principalmente, sul momento della co-progettazione in senso tecnico, finalizzata alla conclusione di un accordo che permetta l'individuazione in concreto dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle loro modalità di realizzazione e delle risorse disponibili.

Nello specifico, si sono poste in sede pretoria alcune delle perplessità qualificatorie già evidenziate dalla dottrina⁸, dal momento che i contenuti e gli esiti della co-progettazione possono allontanarsi da una logica condivisa, e tendenzialmente paritaria, e coincidere con quelli propri dell'affidamento di un servizio pubblico a uno o più operatori di mercato.

clusione, il rispetto almeno dei principi di derivazione eurounitaria. Al riguardo, si vedano tra le altre, TAR Veneto, sez. I, 10 luglio 2006, n. 2006; TAR Puglia, Bari, sez. II, 20 luglio 2006, n. 2953; TAR Campania, Napoli, 06 settembre 2006, n. 7939; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 23 gennaio 2013, n. 99; Cons. Stato, sez. V, 06 luglio 2007, n. 3867.

⁷ In questo modo i servizi diventano una sorta di «bene comune immateriale», che si inserisce in una relazione giuridica comunitaria in grado di creare un «valore sociale aggiunto» grazie a dinamiche di tipo cooperativo. In tema cfr. da ultimo M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, 599 ss. Sia consentito, inoltre, rinviare a S. PELLIZZARI, *New Commons e servizi sociali: il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, terzo settore e società civile organizzata*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, 249 ss.

⁸ Ci si riferisce in particolare a L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. app.*, 2018, 1 ss. e, in particolare, 4.

In questo secondo scenario si pone un rischio in termini giuridici dato dalla possibile inosservanza delle procedure di evidenza pubblica necessarie (e ormai tipizzate) per assicurare che l'esercizio dell'azione amministrativa negoziale rispetti i principi dell'ordinamento dell'Unione europea diretti a realizzare la c.d. concorrenza per il mercato⁹, oltre che la trasparenza e la parità di trattamento tra gli operatori economici¹⁰.

Come è noto, dubbi interpretativi di questo tenore sono stati posti al Consiglio di Stato in veste consultiva da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in poi ANAC) nel luglio 2018.

Quanto all'art. 55 CTS, il quesito si concentrava sulla possibilità che la procedura di co-progettazione e il successivo accordo (di partenariato) costituissero una forma di affidamento di servizi pubblici di interesse generale derogatoria rispetto al Codice degli appalti e si ponessero, quindi, in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

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 CTS, ritenendo che essi debbano essere interpretati alla luce della normativa in materia di contratti pub-

⁹ Si permetta il rinvio a S. CORNELLA, S. PELLIZZARI, *La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, 373 ss.

¹⁰ Come è noto, l'ordinamento dell'Unione europea accoglie una nozione molto ampia di operatore economico ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di tutela della concorrenza e di mercato interno. In questa nozione vengono fatti rientrare anche tutti i soggetti no-profit e appartenenti al c.d. terzo settore. Il tema è stato trattato da A. REGGIO D'ACI, *Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità della convenzione va valutata in termini comunitari*, in *Urb. app.*, 2013, 685 ss.; P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, *ivi*, 2011, 335 ss.; R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, *ivi*, 2015, 512 ss.; E.M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465 ss. Anche il giudice amministrativo ha aderito a questa impostazione. Sul punto ci vedano, tra le molte, TAR Veneto, sez. I, n. 881 del 2009; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 9 aprile 2009, n. 985; Cons. St., sez. V, 26 agosto 2010, n. 5956.

blici costituendo, nella loro applicazione ordinaria, forme di appalto rientranti nel «fuoco della normativa europea»¹¹.

Da questo inquadramento generale, sarebbero esclusi solo i casi in cui le procedure di co-progettazione: i) siano prive di carattere selettivo - e quindi contemplino, in ultima analisi, un modello ad accreditamento aperto o liberalizzato¹²; ii) non tendano all'affidamento del servizio¹³ o,

¹¹ Più nel dettaglio, si è ritenuto che la procedura di co-progettazione si «sostanzi 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». Cons. Stato, Commissione speciale, Ad. 26 luglio 2018, parere n. 2052, in particolare punto 5 della motivazione. Il quesito riguardava in particolare la co-progettazione in materia di servizi e interventi sociali. Per questo, va ricordato che uno degli argomenti richiamati a supporto di questa tesi ha riguardato l'inclusione degli appalti relativi ai servizi sociali nella disciplina di cui alle direttive europee del 2014 (in particolare nella Dir. 2014/24/UE relativa alla aggiudicazione degli appalti pubblici) e, quindi, nel nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016. Sul punto di veda l'analisi svolta da A. MAGLIARI in *questo Volume*.

¹² Sul punto si veda il contributo di L. PARONA in *questo Volume*.

¹³ In tema di affidamento dei servizi pubblici, soprattutto locali, anche in prospettiva eurounitaria, cfr. senza pretesa di esaustività: L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*², Milano, 2007, IV, 1791 ss.; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, 923 ss.; ID., *La disciplina dei servizi pubblici*, *ivi*, 945 ss.; ID., *L'organizzazione dei servizi pubblici*, *ivi*, 997 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2010, 131 ss.; F. DONATI, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico diretto*, VI, Milano, 2006, 5517 ss.; ID., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; ID., *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 386 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063 ss.

infine, iii) impongano all'affidatario di svolgere quest'ultimo in forma integralmente gratuita.

Il criterio dell'onerosità/gratuità del rapporto instaurato tra pubblica amministrazione ed enti del Terzo settore sarà oggetto di analisi nei successivi paragrafi anche alla luce della disciplina della co-progettazione prevista a livello regionale.

2. La co-progettazione nelle legislazioni regionali: modelli a confronto

Come anticipato, la co-progettazione di cui all'art. 55 CTS non è un istituto del tutto nuovo per l'ordinamento italiano.

Esso richiama, infatti, una modalità di svolgimento del rapporto pubblico/privato già presente nella l. n. 328 del 2000 e, in particolare, nel d.P.C.M. 30 marzo 2001, seppure limitato a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale.

A livello regionale, la co-progettazione ha trovato particolare fortuna in leggi e regolamenti spesso divenuti emblematici per l'instaurazione di sinergie operative tra sfera pubblica e sfera del privato sociale.

Fondamentali in tema sono state le iniziative della Regione Lombardia e, in particolare, quanto previsto dalla Deliberazione della Giunta regionale n. 1353 del 2011 contenente "Linee guida per la semplificazione amministrativa e la valorizzazione degli enti del terzo settore nell'ambito dei servizi alla persona e alla comunità".

Il punto 3 della Deliberazione ha demandato a successivi provvedimenti l'approvazione di schemi di convenzione e accordi da stipulare con i soggetti del terzo settore; tra questi la Delibera del direttore generale Famiglia, conciliazione, integrazione e solidarietà sociale n. 12884 del 2011 ha previsto ulteriori "Indicazioni in ordine alla procedura di co-progettazione fra Comune e soggetti del Terzo settore per attività e interventi innovati e sperimentali nel settore dei servizi sociali" riconducibili a quanto previsto, più in generale, dagli artt. 13 e 20 della l. reg. Lombardia n. 3 del 2008 sul "Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale".

In una prospettiva in parte diversa da quella espressa del modello lombardo, ripreso sommariamente anche da altre Regioni italiane, tra

cui, per esempio, la Regione Emilia-Romagna¹⁴ e la Regione Lazio, si pone il modello ligure dove si sono sperimentati i c.d. Patti di sussidiarietà.

Si tratta di accordi conclusi sulla base della l. reg. Liguria n. 42 del 2012 il cui art. 1 afferma il riconoscimento e la valorizzazione della funzione di interesse generale dei soggetti del Terzo settore quale espressione di partecipazione, solidarietà, libertà, pluralismo e mediazione sociale, in coerenza con i principi della Costituzione.

Per il raggiungimento di tali obiettivi, si prevede il coinvolgimento e l'apporto degli enti del Terzo settore nell'esercizio della funzione sociale, nella realizzazione di servizi e interventi e nel conseguimento di finalità sociali, civili, educative e culturali. Le previsioni legislative del 2012, anticipate da alcune linee di indirizzo contenute nel d.G.R. n. 846 del 2011, in materia di disciplina dei rapporti tra pubbliche amministrazioni locali e soggetti privati senza finalità di profitto, sono state ulteriormente declinate dal d.G.R. n. 525 del 2015.

Molto simili ai patti di sussidiarietà liguri sono gli accordi di collaborazione conclusi a seguito di istruttoria pubblica previsti dall'art. 3 co. 2 della legge della Provincia autonoma di Trento n. 13 del 2007. Tali accordi sono sottoscritti dagli enti pubblici e privati, in particolare senza scopo di lucro, "per le finalità di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione". L'obiettivo di tali accordi è, quindi, quello di dare attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale coordinando le azioni pubbliche e private "volte al perseguimento degli obiettivi prefissati,

¹⁴ In particolare l'art. 20 della l. reg. Emilia-Romagna n. 2 del 2003 prevede che la Regione e gli enti locali riconoscono il ruolo e la rilevanza sociale ed economico delle esperienze di *autorganizzazione* della società civile in ambito sociale con particolare riferimento alle organizzazioni di volontariato, alle cooperative sociali e alle associazioni di promozione sociale. Per affrontare specifiche problematiche sociali, il successivo art. 43 consente agli enti locali di indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione dei relativi interventi, valorizzando e coinvolgendo direttamente i soggetti di cui all'art. 20 attivi nel territorio di riferimento. L'istruttoria pubblica raccoglie le osservazioni e le proposte dei soggetti partecipanti e si conclude con l'individuazione di progetti di intervento innovativi e sperimentali. Si veda, inoltre, la Delibera della Giunta regionale n. 969 del 2016 con cui sono state adottate le "Linee guida regionali sull'affidamento dei servizi alla cooperazione sociale" dove la coprogettazione è disciplinata in modo analogo a una procedura di selezione negoziata.

individuando tempi, modalità e responsabilità nell'attuazione dei rispettivi compiti".

Il modello c.d. lombardo e il modello c.d. ligure si distinguono in particolare per la differente impostazione in merito agli aspetti economici inerenti al rapporto convenzionale e, in quest'ottica, verranno trattati nei successivi paragrafi.

2.1. Il modello lombardo: la messa in comune delle risorse tra pubblica amministrazione e soggetti del terzo settore

La co-progettazione in Regione Lombardia nasce e si sviluppa nell'ambito delle politiche e dei servizi sociali.

Il quadro normativo di riferimento è rappresentato dalle Leggi regionali n. 1 e 3 del 2008: la prima contiene il Testo unico delle leggi regionali sul Terzo settore, la seconda disciplina il governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale.

Quest'ultimo, come è noto, si fonda sulla c.d. rete delle unità di offerta sociali che rappresenta l'insieme integrato dei servizi, delle prestazioni e delle strutture (territoriali, domiciliari, diurne, semiresidenziali e residenziali) funzionali al benessere e all'inclusione sociale della persona.

I soggetti privati sono chiamati a concorrere alla programmazione, progettazione e realizzazione della rete secondo una logica che valorizza gli enti locali assegnando loro le maggiori responsabilità nella definizione dell'offerta e delle modalità organizzative, in particolare attraverso lo strumento dell'accREDITAMENTO¹⁵.

¹⁵ In base all'art. 13 della l. reg. n. 3 del 2008 ai Comuni spetta i) la programmazione, progettazione e realizzazione della rete locale delle unità d'offerta sociali, nel rispetto degli indirizzi e degli obiettivi stabiliti dalla regione anche promuovendo la partecipazione dei soggetti privati e ii) la definizione dei requisiti di accREDITAMENTO delle unità in base ai criteri stabiliti dalla regione e il riconoscimento dell'accREDITAMENTO stesso. Ai sensi del successivo art. 16, quest'ultimo è condizione per sottoscrivere i conseguenti contratti con i comuni nel rispetto della programmazione locale e dei criteri di sostenibilità finanziaria, così come definiti nel piano di zona. Il contratto definisce i rapporti e le obbligazioni reciproche tra il comune e l'unità d'offerta sociale accREDITATA. I gestori delle unità d'offerta accREDITATE e/o convenzionate sono responsabili del raggiungi-

A tal fine, in virtù del combinato disposto degli artt. 13 e 20 della l. reg. n. 3 del 2008, ai comuni è affidato il compito di riconoscere e promuovere la sperimentazione di unità d'offerta e di nuovi modelli gestionali nell'ambito della rete sociale anche attraverso forme di collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati, in particolare appartenenti al terzo settore, al fine di dare concreta attuazione al principio di sussidiarietà e di valorizzare la piena espressione delle loro capacità progettuali.

Sul punto, come anticipato, sono intervenuti due atti di natura secondaria: il d.G.R. n. 1353 del 2011 e il d.D.G. n. 12884 del 2011.

Quest'ultimo, in particolare, si rileva piuttosto interessante in quanto ha inteso fornire agli enti locali alcune indicazioni circa la procedura di co-progettazione in vista della definizione di attività e interventi innovativi e sperimentali nel settore dei servizi sociali.

La delibera dirigenziale si inserisce, infatti, in un contesto dove emerge progressivamente il bisogno di forte innovazione nella definizione delle politiche sociali e l'esigenza di valorizzare e potenziare le risorse disponibili attraverso la sinergia di tutti i soggetti territoriali coinvolti.

Per questo la co-progettazione si configura come strumento essenziale e fondamentale a livello comunale per promuovere la massima collaborazione tra amministrazioni e enti del Terzo settore al fine di rispondere adeguatamente ai bisogni della persona e della comunità in applicazione del principio di sussidiarietà.

Sul piano funzionale la scelta di attivare la co-progettazione deve rispondere ai principi di adeguatezza, economicità e trasparenza nella misura in cui il procedimento si articola in più fasi.

Innanzitutto vi è la fase preliminare di iniziativa comunale che manifesta la volontà collaborativa attraverso un progetto di massima e l'invito rivolto ai soggetti del terzo settore a manifestare la disponibilità a co-progettare.

Segue la fase di istruttoria pubblica in cui vengono valutati: i) i requisiti tecnico-professionali dei privati e il loro radicamento territoriale

mento degli obiettivi assegnati e sono tenuti a dimostrare, sul piano contabile, il corretto rapporto tra risorse impiegate e prestazioni erogate.

in termini di conoscenza del contesto e dei bisogni data, per esempio, dal fatto di aver preso parte attivamente alla programmazione e pianificazione locale; ii) il merito delle proposte progettuali presentate; iii) la valutazione dei costi relativi alle attività proposte e il grado di partecipazione alla spesa da parte del privato.

Quest'ultimo profilo è quello che più caratterizza il modello di co-progettazione proposto. Esso infatti intende distinguersi da un appalto di servizi o da un affidamento in senso tradizionale in quanto le proposte dei soggetti del Terzo settore devono dar conto non solo dei costi delle prestazioni e delle attività di coordinamento, ma, soprattutto, delle risorse aggiuntive che i candidati sono in grado di reperire all'esterno o, comunque, di mettere a disposizione in termini monetari o di beni immobili, attrezzature, strumenti e automezzi¹⁶.

Per quanto riguarda il soggetto pubblico, il principio di economicità impone che vi sia un giudizio di congruità delle risorse necessarie per lo svolgimento delle prestazioni definite a seguito della co-progettazione. Tali risorse non potranno essere superiori a quelle che l'ente pubblico impiegherebbe per intervenire direttamente a parità di risultato.

Una volta valutate le proposte provenienti dagli attori sociali, il comune seleziona quella o quelle ritenute più idonee per essere condivise e per essere oggetto di discussione critica in merito agli elementi e alle caratteristiche di innovatività, sperimentaltà, integrazione con il territorio e miglioramento della qualità degli interventi e delle attività co-progettati.

¹⁶ Il modello descritto è ripreso anche dalla Deliberazione della Giunta regionale del Lazio n. 326 del 2017 contenente le "Linee guida in materia di co-progettazione tra Amministrazioni locali e soggetti del Terzo settore per la realizzazione di interventi innovativi e sperimentali nell'ambito dei servizi sociali" in attuazione della l. reg. n. 11 del 2016 "Sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali della Regione Lazio". In fase di realizzazione della co-progettazione si precisa, infatti, che occorre procedere alla individuazione delle risorse di progetto che prevedano una quota di cofinanziamento da parte dei soggetti del Terzo settore. Le risorse non dovranno essere necessariamente economiche, potendo trattarsi di beni strumentali, risorse logistiche, organizzative e/o professionali.

Il procedimento si conclude con la stipula della convenzione in cui i soggetti del terzo settore, se in numero superiore a uno, possono creare una associazione temporanea di scopo.

Le amministrazioni locali lombarde hanno seguito lo schema proposto, avviando procedure selettive in cui il modello della co-progettazione pubblico/privata in campo sociale fosse in grado di valorizzare la funzione programmatoria e di coordinamento dei comuni per costruire sistemi capaci di promuovere le risorse umane, economiche, progettuali ed esperienziali delle comunità di riferimento.

Anche dopo l'introduzione dell'art. 55 CTS, il modello descritto non ha subito particolari variazioni e, sul piano economico-finanziario, i capitolati tecnici allegati agli avvisi pubblici per la manifestazione di interesse si sono limitati a prevedere un importo massimo stimato per gli interventi e i servizi oggetto delle singole istruttorie pubbliche, chiedendo agli enti del Terzo settore di apportare risorse proprie o di individuare ulteriori fonti di finanziamento.

Del resto, in un primo momento è parso che la stessa ANAC aderisse a questa impostazione, almeno con riferimento ai servizi sociali innovativi e sperimentali come indicato nella nota Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 contenente le "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali"¹⁷.

¹⁷ Il paragrafo 5 della Delibera precisa, infatti, che "le organizzazioni del terzo settore hanno un ruolo di rilievo anche in materia di progettazione di interventi innovativi e sperimentali, ai sensi dell'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001. La co-progettazione si sostanzia 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: i) inclusione degli stessi nella rete integrata dei servizi sociali; ii) collaborazione fra P.A. e soggetti del terzo settore; iii) messa in comune di risorse per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi". Occorre, tuttavia, segnalare che nel recente documento oggetto di consultazione e pubblicato dall'ANAC il 10 maggio 2019 in vista della revisione delle linee guida del 2016, si afferma che gli istituti previsti dall'art. 55 CTS e dall'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 non sarebbero perfettamente coincidenti. Solo in questa seconda ipotesi, infatti, la collaborazione per la realizzazione degli obiettivi si

Tuttavia, nel concreto, le risorse proprie messe a disposizione o reperite da parte del Terzo settore rischiano di essere assimilate a sostanziali ribassi rispetto all'importo posto dalla amministrazione a base della co-progettazione. Di conseguenza, come si vedrà infra, le procedure articolate secondo questo modello sono state ricondotte dalla giurisprudenza a gare informali o, comunque, a procedure negoziate riservate a particolari operatori economici.

2.2. Il modello ligure: l'attribuzione di benefici economici come causa negoziale dell'accordo pubblico/privato

In Liguria la l. reg. n. 42 del 2012, anche nota come Testo unico delle norme sul Terzo settore, ha affrontato in modo sistematico il tema delle relazioni tra soggetti pubblici e soggetti privati senza finalità di profitto in attuazione del principio di sussidiarietà (art. 2).

Sulla base di quanto previsto dall'art. 25, la Regione riconosce come parte sociale privilegiata i soggetti del Terzo settore, i quali concorrono alla programmazione e progettazione sociali, nonché alla realizzazione degli interventi indicati nei piani medesimi.

Per queste ragioni gli enti coinvolti a livello locale (comuni, ambiti, distretti sociosanitari e aziende sanitarie locali) sono chiamati ad adottare strumenti funzionali e innovativi per regolare l'affidamento dei servizi alla persona privilegiando, ove compatibile con i principi nazionali e sovranazionali, i soggetti del Terzo settore. Questi ultimi, infatti, permettono di arricchire l'offerta dei servizi in termini di esperienza professionale, continuità delle prestazioni, trasparenza e partecipazione

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". Si tratterebbe dunque di una vera e propria 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. Nel caso previsto dall'art. 55 del CTS si dovrebbe seguire, invece, l'impostazione di cui al parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018 e consentire esclusivamente accordi a titolo rigorosamente gratuito.

degli utenti, contiguità rispetto agli specifici bisogni sociali dei territori e alle risorse sociali della comunità.

Centrale rispetto agli obiettivi appena evidenziati è l'istituto dei c.d. "Patti di sussidiarietà" introdotto dagli artt. 28, 30 e 31 della l. reg. n. 42 del 2012, sulla base di alcune esperienze già maturate in via di prassi, e disciplinato, più nel dettaglio, dal d.G.R. n. 525 del 2015.

Al fine di svolgere le proprie funzioni in ambito sociale, gli enti locali sono chiamati, infatti, a valorizzare e riconoscere l'autonoma iniziativa dei cittadini e delle formazioni sociali nello svolgimento di attività di interesse generale anche attraverso la conclusione di accordi pubblici di collaborazione disciplinati sulla base dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990.

Tali accordi possono avere anche contenuto patrimoniale nella misura in cui, ai sensi dell'art. 30, l'amministrazione metta a disposizione dei soggetti privati risorse economiche, organizzative e/o finanziarie a fronte dell'impegno a partecipare ai processi di co-progettazione dei servizi e degli interventi e a realizzarli autonomamente in collaborazione con le organizzazioni pubbliche.

In questo senso il patto si configurerebbe come un accordo sostituito del provvedimento finale di concessione dei benefici economici.

Il d.G.R. n. 525 del 2015 precisa che gli accordi tra la pubblica amministrazione e i soggetti del terzo settore, per come disciplinati dalla l. reg. n. 42 del 2012, non sono finalizzati allo scambio fra prestazioni e prezzi a titolo di corrispettivo, ma a vere e proprie collaborazioni rese possibili grazie al sostegno istituzionale. La sostanziale e radicale differenza fra l'affidamento in appalto, concessione o secondo lo schema dell'accreditamento, da un lato, e i patti di sussidiarietà, dall'altro lato, risiederebbe proprio nella causa del rapporto pubblico/privato e, quindi, nella sua effettiva funzione economica e sociale.

Nelle ipotesi di affidamento tradizionale la causa del rapporto è data da una prestazione di un servizio dietro corrispettivo. Al contrario, nel caso dei patti di sussidiarietà vi è l'attribuzione, attraverso apposito provvedimento sostituito dall'accordo, di benefici economici. Il vantaggio economico riconosciuto è finalizzato a sostenere l'impegno del privato a partecipare all'esercizio della funzione pubblica, attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale.

Questa prospettiva che, come emergerà nei paragrafi successivi, è maggiormente in linea con il diritto dell'Unione europea rispetto a quella espressa dal modello lombardo, conduce a un duplice ordine di conseguenze.

In primo luogo, il procedimento per la conclusione degli accordi segue l'evidenza pubblica così come prevista dall'art. 12 della l. n. 241 del 1990 e, quindi, nel rispetto della predeterminazione da parte delle amministrazioni dei criteri e delle modalità cui esse devono attenersi.

In secondo luogo, la legge fissa la percentuale massima di finanziamento erogabile.

Ai sensi dell'art. 30 della l. reg. n. 42 del 2012, infatti, almeno il trenta per cento delle risorse da utilizzare nelle attività co-progettate deve essere garantito dalla parte privata senza finalità di profitto che è destinataria del sostegno pubblico. Quest'ultimo, dunque, non può eccedere il settanta per cento del valore economico delle risorse complessivamente necessarie per la realizzazione delle attività di interesse generale da realizzare¹⁸.

Un ulteriormente aspetto particolarmente interessante è dato dalla precisazione in merito ai costi finanziabili che corrispondono a quelli vivi e documentati con esclusione di qualsiasi forfetizzazione, anche per quanto concerne i costi generali¹⁹.

¹⁸ Resta, quindi, in capo al privato il rischio che il sostegno pubblico accordato si riveli insufficiente rispetto agli obiettivi indicati nel progetto approvato dalla pubblica amministrazione i quali, in virtù dell'accordo concluso, devono in ogni caso essere raggiunti, pena la decadenza dall'attribuzione dei benefici e l'integrale restituzione dei contributi già erogati.

¹⁹ Come anticipato a tale modello si ispira anche il contesto trentino. L'art. 3 co. 2 della l. prov. n. 13 del 2007 e successive modifiche prevede che "per le finalità di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione, gli enti locali e la Provincia favoriscono le autonome iniziative in campo sociale realizzate dai soggetti privati, in particolare sottoscrivendo con i medesimi accordi di collaborazione". L'obiettivo di tali accordi è, quindi, quello di dare attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale coordinando le azioni pubbliche e private "volte al perseguimento degli obiettivi prefissati, individuando tempi, modalità e responsabilità nell'attuazione dei rispettivi compiti". Gli accordi possono essere conclusi con ogni tipologia di operatore e, quindi, anche con i soggetti privati aventi scopo di lucro. Tuttavia, se conclusi con soggetti del terzo settore, è possibile prevedere l'erogazione di contributi sulla base di quanto previsto dagli artt. 36 bis, 37 e 38 della l. prov. n. 13 del 2007 e dall'art. 5 della l. prov. n. 8 del 1992 (legge

3. La qualificazione giuridica delle procedure per la conclusione degli accordi tra pubblica amministrazione e enti del terzo settore nella giurisprudenza nazionale

A fronte delle esperienze descritte, anche prima dell'introduzione dell'art. 55 CTS, uno degli aspetti più controversi degli istituti di collaborazione e co-progettazione tra pubblica amministrazione e soggetti del Terzo settore ha riguardato la qualificazione giuridica degli accordi conclusi e delle procedure seguite.

In alcune occasioni la questione ha interessato anche la giurisprudenza amministrativa che, a fronte di ipotesi disciplinate secondo lo schema espresso dal modello lombardo e ricondotto a quanto previsto dal d.P.C.M. 30 marzo 2001, ha qualificato gli accordi come contratti pubblici di appalto, imponendo che la procedura diretta alla loro conclusione dovesse seguire le regole di evidenza pubblica nel rispetto delle disposizioni di derivazione europea contenute nel Codice dei contratti.

In particolare la giurisprudenza ha sostenuto che, nonostante un avviso o un bando si riferisca alla parola co-progettazione, non si può escludere che il soggetto privato svolga gli interventi e i servizi oggetto

provinciale sul volontariato). Gli accordi di collaborazione si allontanano dalla logica dell'affidamento di un servizio pubblico, per avvicinarsi, invece, a quella del sostegno pubblico di una attività privata in linea con gli obiettivi pubblici di interesse generale. La parte economica del rapporto è rappresentata dal contributo e non da un prezzo. Di conseguenza la pubblica amministrazione potrà cofinanziare per una percentuale inferiore al 100% singole voci di spesa ammissibili e predeterminate. In questo modo si esclude, infatti, che vi sia la corresponsione da parte dell'amministrazione di una somma a titolo di corrispettivo. Da questo punto di vista, la formulazione dell'art. 36 bis della l. prov. n. 13 del 2007 è del tutto in linea con quanto appena osservato, dal momento che essa prevede la possibilità di concedere agli enti del terzo settore, che realizzino attività in materia di assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili, "contributi sulle spese di funzionamento nella misura massima del 90 per cento della spesa riconosciuta ammissibile". Chiaramente, Gli accordi di collaborazione possono essere conclusi anche a titolo gratuito, il che non esclude che vi siano sinergie organizzative tra la sfera pubblica e i soggetti privati, e che parte del personale amministrativo sia destinato alla gestione e attuazione del progetto.

di co-progettazione verso un corrispettivo che ne garantisce l'equilibrio finanziario²⁰.

Dal punto di vista strettamente economico, infatti, il corrispettivo è passibile di oscillazioni in base a scelte che dipendono dall'organizzazione delle risorse a disposizione dei soggetti del terzo settore coinvolti, anche solo con riferimento al costo del proprio personale. Ciò determina l'onerosità dell'accordo o, comunque, dell'intera operazione.

Uno degli aspetti che può risultare maggiormente problematico dall'analisi della giurisprudenza nazionale risiede nel fatto che l'onerosità dell'accordo – e, di conseguenza, il riconoscimento della sua natura sostanzialmente contrattuale – è stata riconosciuta anche nei casi in cui le prestazioni svolte dall'assegnatario venissero compensate nei limiti degli oneri economici sopportati dal soggetto privato e, dunque, in assenza del riconoscimento di fatto di un vero e proprio utile. Quest'ultimo profilo è stato, infatti, considerato, sul piano strettamente giuridico, come qualcosa di diverso dalla mera gratuità, cioè dall'assenza di una controprestazione²¹.

Tale posizione, che può dirsi alla base anche di quella espressa dal parere del Consiglio di Stato del 2018 in merito all'art. 55 CTS, non aveva all'epoca destato particolare attenzione considerato che fino al 2014 la materia dei servizi sociali era esclusa dall'ambito di applicazio-

²⁰ Così TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727, ma anche TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 17 ottobre 2014, n. 1080 e TAR Lazio, Roma, sez. II, 28 febbraio 2012 n. 2006.

²¹ In verità la posizione del giudice amministrativo in queste ipotesi è assimilabile a quella espressa in altre occasioni in merito alla possibilità o meno per l'amministrazione di concludere contratti atipici. Si vuole fare riferimento alla nota casistica giurisprudenziale generata dalla conclusione di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e fornitura e dall'affidamento del servizio di tesoreria per cui si rinvia a R. DI PACE, *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3898 ss.; A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 555 ss.; S. VALAGUZZA, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1381 ss.

ne delle direttive europee in materia di contratti pubblici di appalto e, quindi, dalla normativa nazionale di recepimento²².

Oltre alla disciplina di settore, trovava applicazione solo l'art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006 secondo cui, per i contratti nei settori esclusi, l'affidamento poteva avvenire anche con gara informale o negoziale, a patto che venissero rispettati i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità e venisse garantito l'invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

Le procedure di co-progettazione disciplinate dagli atti regionali allora vigenti erano in linea con questo quadro normativo.

Tuttavia, come è noto, tale assetto è venuto meno con le Direttive UE n. 23, 24 e 25 del 2014, recepite nell'ordinamento italiano dal Codice dei contratti pubblici del 2016, le quali hanno sottoposto i servizi sociali a un regime di affidamento ordinario, salvo specifiche disposizioni derogatorie espressamente previste dai legislatori europeo e statale.

3.1. L'onerosità del contratto nella prospettiva euro-unitaria

Per inquadrare correttamente il tema della natura giuridica degli accordi di co-progettazione tra pubbliche amministrazioni e enti del Terzo settore occorre, quindi, definire l'ambito di applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici, il cui elemento essenziale è dato, come visto, dalla onerosità di questi ultimi.

Tale carattere va però ricostruito sulla base del diritto dell'Unione europea e in particolare della giurisprudenza sovranazionale che, peraltro, su alcuni aspetti del tema indagato può non apparire sempre del tutto lineare.

La Corte di Giustizia è, infatti, piuttosto netta nel ritenere che «ai fini dell'accertamento del carattere oneroso di un rapporto contrattuale e della conseguente qualificazione quale appalto pubblico di servizi, non

²² Al riguardo si vedano anche i contributi di A. MAGLIARI e S. CORNELLA in *questo Volume*.

rileva il fatto che la remunerazione concordata» risulti «limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto»²³.

Come è stato correttamente osservato²⁴, ciò che conta è l'astratta rilevanza economica dell'attività dedotta nell'accordo che, per l'ordinamento europeo, sussiste ogniqualvolta sia presente la «componente retributiva» della relazione giuridica, rappresentata dalla previsione di un corrispettivo a totale e, anche solo presunta, copertura dei costi sostenuti dall'operatore economico.

In questo senso, la copertura dei costi sostenuti dal contraente per fornire il servizio andrebbe sempre interpretata come corrispettivo e, quindi, come qualcosa di diverso rispetto al rimborso delle spese vive necessarie per il funzionamento dell'attività.

Tuttavia, a seguito di una analisi più approfondita della casistica giurisprudenziale, si evince che ciò vale solo se i costi rimborsati sono indicati e calcolati secondo criteri forfettari²⁵.

²³ In tal senso cfr. 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.

²⁴ E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1115 ss.

²⁵ CGUE, 18 ottobre 2018, causa C-606/17, IBA Molecular Italy Srl. La vicenda sottesa alla pronuncia riguardava due decisioni assunte dalla Regione Veneto nei confronti di un presidio ospedaliero privato ed equiparato. Con un primo atto, dopo aver autorizzato la struttura ospedaliera ad installare un ciclotrone necessario per la produzione di un radiofarmaco, la Regione approvava una convenzione quadro con cui l'ospedale si impegnava a fornire «direttamente» e a «titolo gratuito» il farmaco alle aziende sanitarie venete aderenti. Un'azienda farmaceutica, che fino a quel momento aveva commercializzato il prodotto sulla base di contratti pubblici di fornitura aggiudicati secondo le procedure ad evidenza pubblica, contestava la gratuità dell'intera operazione dal momento che, con altra delibera regionale, era stato assegnato al presidio ospedaliero un «finanziamento a funzione» su base annuale. Nel caso di specie, la Corte di Giustizia ha ritenuto che «non esiste alcun dubbio riguardo al carattere oneroso del contratto». Infatti, nonostante l'istituto ospedaliero si sia impegnato «a produrre e a distribuire gratuitamente il farmaco agli ospedali pubblici regionali», si deve considerare che parallelamente la Regione Veneto ha versato all'ente una sovvenzione interamente destinata alla produzione del farmaco suddetto. In altre parole, un contratto è «a titolo oneroso» quando ciascuna delle parti s'impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione (Punti 26-28 della motivazione). Nella fattispecie esaminata dei giudici sovranazionali, dunque, la valutazione del carattere onero-

Tali considerazioni sono state formulate nella nota sentenza *Commissione v. Italia* pronunciata nel 2007 relativa a un caso di affidamento del servizio di trasporto sanitario²⁶ a soggetti senza scopo di lucro²⁷.

Per un verso, la Corte aveva qualificato il servizio in parola quale attività economica. Per altro verso, aveva ritenuto che l'accordo avesse natura onerosa in quanto concluso dietro retribuzione. In particolare, l'onerosità era stata riconosciuta nonostante il contratto prevedesse il mero rimborso delle spese sostenute, dal momento che le somme percepite dalle organizzazioni *no profit* erano calcolate *a forfait*.

L'elemento discriminante per escludere o meno l'applicazione delle disposizioni in materia di contatti pubblici è, quindi, il rimborso *analitico* delle spese, che nella sistematica europea modifica la logica della relazione pubblico-privata da «contrattuale pura» a «promozionale» o di sostegno.

Come anticipato, ciò sembra del tutto in linea con il modello di co-progettazione disciplinato dalla normativa ligure.

so del contratto è desunta dall'esistenza del corrispettivo versato al fornitore del farmaco mediante la sovvenzione forfettaria erogata dalla Regione Veneto. Ne derivano due ordini di conseguenze. In primo luogo, «un contratto come quello in discussione nel procedimento principale, mediante il quale un operatore economico si impegna a fabbricare e a fornire un prodotto a diverse amministrazioni quale corrispettivo di un finanziamento interamente finalizzato alla realizzazione di tale obiettivo, rientra nella nozione di contratto "a titolo oneroso"» (Punti 30 e 31 della motivazione). In secondo luogo, e quale diretta conseguenza della considerazione precedente, la decisione di affidare direttamente all'operatore economico la fornitura del servizio si pone in contrasto con il diritto euro-unitario.

²⁶ Si tratta invero di un settore particolarmente problematico che ha indotto il legislatore sovranazionale nel 2014 a escludere i servizi di trasporto sanitario di emergenza se «effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro» (considerando n. 28 della direttiva 2014/24/UE). Si ricordi, inoltre, che l'art. 57 CTS consente all'amministrazione di affidare direttamente il servizio di trasporto sanitario d'urgenza ad organizzazioni di volontariato nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione e secondo procedure selettive.

²⁷ CGUE, 29 novembre 2007, causa C-119/07, *Commissione v. Italia*. Nel caso di specie la Regione Toscana aveva concluso con le organizzazioni di volontariato attive sul territorio un accordo quadro al fine di affidare loro la gestione del servizio di trasporto sanitario. L'accordo era stato concluso in assenza di una pubblicità previa e di una procedura selettiva.

La logica della sovvenzione e del finanziamento dell'attività privata, infatti, esula da quella dell'affidamento di un servizio dietro corrispettivo a patto, però, che vi sia la predeterminazione analitica dei costi (diretti e indiretti) ammissibili e che, per quanto riguarda il costo del personale, il beneficiario dimostri un analitico e preciso collegamento tra le risorse umane impiegate e l'iniziativa finanziata.

Solo in questo caso verrebbe esclusa la presenza di un contatto pubblico di appalto a titolo oneroso.

Del resto, i considerando n. 4 e 114 della Direttiva UE n. 24 del 2014 precisano che

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 pubblici²⁸.

4. Le potenzialità applicative della co-progettazione in una logica collaborativa oltre l'affidamento di un servizio: considerazioni di sintesi

Sulla base di quanto si è cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti, si comprende come la posizione espressa dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 2018 non sia del tutto esaustiva dal momento che all'istituto della co-progettazione occorre dare una lettura complessiva che lo riconduca ai modelli pattizi tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di interessi generali relativi a un determinato territorio o a una determinata categoria di beneficiari.

²⁸ Tale approccio è solo apparentemente coincidente con quello della giurisprudenza nazionale che identifica la gratuità del contratto con la previsione del rimborso delle sole spese vive. Per il diritto euro-unitario, infatti, tra le spese ammissibili e predeterminate dall'amministrazione possono rientrare anche quelle per il personale, a patto che siano rendicontate in maniera trasparente e siano collegate direttamente e analiticamente alla realizzazione dell'iniziativa oggetto di finanziamento. Su questo profilo il parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018 manca, quindi, di svolgere un adeguato approfondimento della posizione espressa dall'ordinamento sovranazionale aderendo, invece, alla prospettiva nazionale che, in merito, rimane piuttosto restrittiva.

Se ci si accosta all'art. 55 CTS secondo un'interpretazione letterale, si può notare che la disposizione lascia sullo sfondo la logica dell'affidamento di un servizio pubblico a un unico soggetto per lo svolgimento doveroso dell'attività di interesse generale secondo il tradizionale schema del contratto pubblico di appalto.

In chiave maggiormente innovativa, la disposizione consente di valorizzare una pluralità di prestatori di servizio pubblici e privati e di sostenere attività, anche solo private, nella misura in cui condividano gli obiettivi pubblicistici, arricchendo l'offerta delle prestazioni in risposta ai bisogni della comunità. In questo modo, l'impostazione in parola si porrebbe non in contrasto, ma in linea con quanto consentito dall'ordinamento dell'Unione europea²⁹.

In caso di affidamenti di servizi in senso tecnico, la disposizione finirebbe dunque per indicare come preferenziale il modello dell'accreditamento aperto o liberalizzato, anch'esso espressamente escluso dall'ambito di applicazione della disciplina europea in materia di contratti pubblici di appalto dai considerando n. 4 e n. 114 della Direttiva n. 24/2014, soprattutto nel caso in cui la remunerazione dei prestatori incaricati sia data da tariffe in tutto o in parte a carico degli utenti, i quali possono beneficiare, altresì, di *voucher* o titoli di acquisto³⁰.

²⁹ Per ulteriori approfondimenti in merito si rinvia al contributo di S. CORNELLA in *questo Volume*.

³⁰ Per un esempio concreto di un modello di questo tipo si può fare riferimento al noto Progetto "Brescia città del Noi" attraverso il quale il Comune di Brescia ha inteso ridefinire in senso collaborativo e territoriale il servizio di assistenza domiciliare per anziani e disabili in modo tale da creare un welfare sempre più vicino ai bisogni locali che fosse condiviso, quindi, da soggetti operanti sul territorio in grado di ridefinire il modo di concepire i servizi e la domiciliarità attraverso la condivisione di risorse e soluzioni, anche innovative. Si è passati dunque da un sistema affidato in gara a un sistema gestito ad accreditamento a tempo indeterminato, salvo revoca, con la previsione di voucher, dove ogni accreditato si impegna a offrire servizi a tutti i cittadini (e quindi anche a coloro che non sono in carico al servizio sociale) prestazioni predeterminate a tariffe prestabilite. I soggetti accreditati diventano, in questo modo, una sorta di facilitatori sociali in grado di valutare i bisogni dei cittadini di cui si prendono carico, pianificare l'assistenza e i servizi in risposta ai bisogni individuali, coordinare e organizzare le risorse disponibili, fare da tramite tra società e istituzioni. Si vedano, al riguardo, la delibera della Giunta comunale n. 302 del 2017 e il documento redatto nel giugno 2018 dall'Agenzia conoscenza e innovazione di Brescia con la collaborazione

Nel caso in cui, invece, la co-progettazione non costituisca un vero e proprio affidamento, si darà vita a un accordo o a una partnership tra soggetti pubblici e, auspicabilmente, più soggetti privati, privilegiando la sinergia dei diversi attori e la messa in comune di mezzi, piuttosto che la competizione per l'individuazione del miglior offerente di un servizio³¹.

Sul piano gestionale e finanziario, i partner privati saranno chiamati a partecipare alla realizzazione del progetto in una condizione di tendenziale parità con l'amministrazione e con risorse aggiuntive rispetto a quelle pubbliche, tra cui beni immobili, risorse umane (professionisti e volontari), contributi e/o finanziamenti da parte di altri enti.

Il modello non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e, eventualmente, su una logica di supporto e sostegno finanziario³².

Nulla vieta, infatti, che alla co-progettazione si abbinino un finanziamento pubblico, laddove possibile e nel rispetto delle regole contenute nella l. n. 241 del 1990, in particolare agli artt. 11 e 12.

In queste ipotesi, però, la pubblica amministrazione potrà finanziare esclusivamente singole voci di spesa ammissibili e predeterminate. Come visto *supra*, in uno schema di questo tipo possono rientrare, per la giurisprudenza sovranazionale, anche le spese per il personale, a condizione che vi sia un analitico collegamento con i progetti oggetto di finanziamento e un chiaro metodo di rendicontazione.

La co-progettazione non rappresenterebbe, quindi, uno strumento per esternalizzare funzioni e servizi, ma un metodo di aggregazione di interessi pubblici e privati differenziati in funzione della gestione di

dell'Università degli studi di Brescia e del Centro studi Sociali sul progetto "Brescia città del NOI".

³¹ In questo si confermerebbe che sin dalla l. n. 328 del 2000 l'istituto della co-progettazione ha rappresentato nell'ambito delle politiche sociali «una forma di collaborazione tra PA e soggetti del Terzo Settore, volta alla realizzazione di attività e di interventi innovativi e sperimentali, per rispondere ai bisogni della persona, della famiglia e della comunità, cercando di valorizzare le risorse presenti». Sul punto si veda anche la Delibera dell'ANAC n. 32 del 2016 relativa alle "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali".

³² Per ulteriori riferimenti in tema si veda il contributo di S. FRANCA in *questo Volume*.

utilità collettive, siano esse servizi, attività o beni secondo uno schema di partenariato in senso lato³³.

Si tratta di un fenomeno non certo nuovo se si pensa ad altre forme di concertazione inclusiva, prime fra tutte la programmazione negoziata³⁴ e le altre figure negoziali previste sin dalla l. n. 662 del 1996, non a caso richiamata anche dall'art. 3 comma 3 della l. n. 328 del 2000³⁵.

Del tutto coerente con questa impostazione è il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale nella sua dimensione collaborativa, tanto tra livelli di governo, quanto tra questi e la società civile quale espressione dell'autonomia privata.

Questa dinamica innovativa non esclude criticità per ognuna delle parti coinvolte.

Da un lato, i modelli cooperativi richiedono alle stesse organizzazioni del terzo settore di evolvere sul piano organizzativo, di assumere progressivamente strategie commerciali e di passare progressivamente da forme di associazionismo civico e caritativo a forme maggiormente imprenditoriali e strutturate.

Si tratta, però, di un passaggio significativo e necessario soprattutto nell'ottica di diventare progressivamente meno dipendenti dalle risorse pubbliche dirette, riuscendo a porsi come motori attivi dello sviluppo della comunità.

³³ Così F. CORTESE, *Tipologia e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 35 ss. In tema si veda anche G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

³⁴ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000; R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429 ss.; A. POLICE, *I "patti territoriali": un nuovo modello convenzionale per le amministrazioni locali*, in AA.VV., *Procedimenti accordi nell'amministrazione locale*, Milano, 1997, 429 ss.

³⁵ Si vuole fare riferimento anche agli accordi di programma quali strumenti consensuali plurilaterali per cui si rinvia a E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992 e R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Torino, 1993.

Dall'altro lato, le amministrazioni sono chiamate ad accostarsi agli accordi di co-progettazione o partenariato³⁶, intendendoli quali mezzi diretti non solo a completare e perfezionare le finalità pubblicistiche tradizionali, ma anche a stabilire forme, tempi, modi e contenuti dell'azione rispetto a obiettivi condivisi e, soprattutto, a misurare, in questo modo, le ricadute delle politiche e delle azioni pubbliche nel rispetto dei principi di unicità e responsabilità³⁷ che lo stesso art. 55, comma 1, non manca di richiamare.

Si ritiene, però, che si tratti di un cambiamento di prospettiva che vale la pena percorrere al fine di realizzare quei valori di inclusione sociale che animano e accomunano sia l'ordinamento interno, che quello sovranazionale.

³⁶ Il rapporto tra potere amministrativo e logiche negoziali è senza dubbio uno dei temi più dibattuti dalla dottrina amministrativistica. Si rinvia, quindi, senza pretesa di esaustività a C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. 2, Milano, 1988, 47 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 391 ss.; L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 2001; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP. AA. Tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012.

³⁷ La questione è trattata nella prospettiva qui richiamata della convergenza tra interessi pubblici e privati da M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, in particolare 290 ss. e 312 ss.

MISURE DI VANTAGGIO ECONOMICO ED ENTI DEL TERZO SETTORE

UN FOCUS SULLA DISCIPLINA DELLA PROVINCIA DI TRENTO NEL QUADRO DEI PRINCIPI GENERALI

Simone Franca

SOMMARIO: 1. Misure di sostegno pubblico degli enti del terzo settore ai sensi della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 nel coordinamento con il codice del terzo settore. 2. Il regime generale dei vantaggi economici. 3. Il regime specifico dei beni. 3.1. Il regime dei beni provinciali. 4. Il rilievo economico del bene erogato. 5. I riflessi sulla disciplina contabile. 6. Alcuni spunti conclusivi.

1. Misure di sostegno pubblico degli enti del terzo settore ai sensi della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 nel coordinamento con il codice del terzo settore

Attraverso la legge provinciale del 27 luglio 2007, n. 13, la Provincia di Trento, nell'ambito della propria potestà normativa primaria, ha definito il proprio sistema delle politiche sociali, disciplinando anche l'organizzazione dei relativi servizi. In tale sistema, ispirato alla promozione della solidarietà e alla valorizzazione del contributo attivo dei soggetti coinvolti nella sua attuazione, trovano collocazione anche alcune misure di sostegno pubblico.

Ai fini del presente scritto, interessano principalmente due categorie di misure, segnatamente le misure di erogazione monetaria e le misure di dazione di beni pubblici¹. Le norme rilevanti a tale riguardo si rin-

¹ Per una generale classificazione delle misure in parola si rinvia a L. PILON, *Modelli e prospettive di finanza sociale. La riforma del terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale: un'introduzione*, Napoli, 2018, 283 ss., ove si opera una distinzione tra quattro tipi di misure: misure di supporto reale, di sostegno economico, di sostegno finanziario e di sostegno fiscale.

vengono nel capo VI della già menzionata l.p. 27 luglio 2007, n. 13, denominato “Contributi a sostegno dell’offerta di servizi sociali e messa a disposizione di immobili e relative attrezzature”. Alle misure di erogazione monetaria sono dedicati gli articoli 36-*bis*, 37, 38 e 39, che disciplinano contributi funzionali a esigenze tra loro eterogenee. È tuttavia interessante analizzare i tratti di analogia e differenza tra queste misure in riferimento alla procedura di erogazione e ai soggetti beneficiari.

Quanto alla procedura, l’erogazione delle predette misure deve conseguire alla previa individuazione dei criteri e delle modalità di erogazione da parte degli enti competenti; solo nel caso delle misure *ex* art. 36 è prevista espressamente una fase (aggiuntiva) preliminare di individuazione dei servizi suscettibili di poter beneficiare del contributo.

Quanto ai soggetti beneficiari, la situazione si presenta più articolata: i contributi di cui agli artt. 36-*bis* e 37 possono essere assegnati solo ad un gruppo di soggetti, ovvero «il terzo settore, comprensivo di cooperative sociali, organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti di patronato, imprese sociali nonché di fondazioni e altri soggetti privati non a scopo di lucro aventi finalità coerenti con gli obiettivi di questa legge»; i contributi di cui all’art. 38 possono essere erogati a beneficio di «soggetti senza scopo di lucro»; infine, i contributi di cui all’art. 39 possono essere elargiti a «enti pubblici, associazioni, fondazioni, cooperative e altre istituzioni private aventi tra i propri fini lo svolgimento senza scopo di lucro di attività socio-assistenziali».

Con riferimento alle dazioni di beni, il riferimento corre all’art. 40, co. 2, che consente la concessione di beni immobili in proprietà o disponibili a titolo di locazione o di comodato per lo svolgimento di attività socio-assistenziali². I beneficiari di tali erogazioni sono individuati

² Vi è una prima differenza rispetto al soggetto erogante: nel caso di beni in proprietà possono procedere alla concessione enti locali, la Provincia e i rispettivi enti strumentali. Nel caso di beni di cui si ha la disponibilità a titolo di locazione o comodato si fa riferimento solo alla Provincia e agli enti locali. Va poi evidenziato che nel primo caso si fa espresso riferimento alla funzionalizzazione rispetto allo svolgimento di attività socio-assistenziali, mentre nel secondo caso no. Più che una scelta consapevole di differenziazione, tale apparente differenza pare dovuta ad un difetto di coordinamento

dalla legge provinciale nei «soggetti che non perseguono finalità lucrative». Da un primo raffronto tra le norme appena richiamate emerge dunque una certa genericità nel tratteggiare le procedure di erogazione e una sostanziale eterogeneità nella selezione dei soggetti astrattamente beneficiari delle misure.

Alla luce dei recenti sviluppi normativi, la disciplina dianzi richiamata va coordinata con quella contenuta nel Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – d’ora in avanti, CTS)³.

Sebbene il CTS in sé non determini – né avrebbe potuto determinare⁴ – una totale sostituzione del quadro normativo previgente, esso pone una disciplina sistematica delle misure di sostegno, suscettibile di essere coordinata con quella locale dianzi illustrata. Le misure che in questa sede si intendono analizzare sono contenute nei capi III e IV del CTS⁵. In tale nuovo assetto normativo, le disposizioni più rilevanti sono contenute nel corpo normativo compreso tra l’art. 70 e l’art. 73 CTS. Gli

tra le due discipline. Sarebbe infatti irragionevole prevedere una disciplina diversa sul punto in ragione della diversa natura della titolarità sui beni oggetto di concessione.

³ Per un inquadramento generale dell’impatto della codificazione sul terzo settore cfr. P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018, 57 e ss.

⁴ Basti pensare al fatto che le regioni Veneto e Lombardia hanno mosso diverse censure alla disciplina codicistica del terzo settore, proprio rilevando che essa fosse stata emanata in materie riservate alla competenza legislativa residuale delle regioni. La Corte Costituzionale, con sentenza Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 185, ha respinto buona parte delle censure, sull’assunto che le norme impugnate fossero state correttamente adottate nelle materie di competenza legislativa esclusiva statale, quali «ordinamento civile», «tutela della concorrenza», «sistema tributario» e «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Tuttavia, con riferimento alle attività disciplinate dal CTS, la Corte Costituzionale ha anche osservato che «si tratta di attività assai eterogenee e, pertanto, risulta evidente che il Terzo settore, come già il volontariato, non possa essere configurato quale “materia” in senso stretto. La relativa disciplina, quindi, sfugge a una rigida classificazione, poiché le attività in questione sono destinate a svolgersi nei più diversi ambiti materiali, sia di competenza dello Stato, sia di competenza regionale».

⁵ Ai fini del presente scritto non si prendono in considerazione i profili di dettaglio connessi altre misure o profili di dettaglio contenuti nei predetti Capi del CTS. In riferimento a tali misure si vedano, per tutti, P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *op. cit.*, 155 ss.; A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore*, Torino, 2017, 209-214; L. PILON, *op. cit.*, 283 ss.

artt. 70 e 71 CTS sono dedicati principalmente alla disciplina delle misure di agevolazione tramite dazione di beni. Entrambe queste norme riprendono, in sostanza, quanto era già previsto agli artt. 31 e 32 l. 7 dicembre 2000, n. 383⁶ con la differenza che ora i benefici disposti da tali norme vengono estesi a tutti gli enti del terzo settore⁷.

In base alla lettura degli artt. 70 e 71 CTS, possiamo isolare tre ipotesi di dazione di beni agli enti del terzo settore da parte di Stato, Regioni, Province autonome ed enti locali: *a*) l'ipotesi di concessione gratuita di beni immobili appartenenti agli enti territoriali per lo svolgimento di particolari manifestazioni da parte dei beneficiari (art. 70, co. 1 CTS); *b*) l'ipotesi di concessione in comodato di immobili appartenenti agli enti territoriali – non utilizzati per fini istituzionali – per lo svolgimento di attività istituzionali degli enti beneficiari (art. 71, co. 2 CTS); *c*) l'ipotesi di concessione a canone agevolato di immobili culturali appartenenti agli enti territoriali per lo svolgimento di particolari attività di interesse generale⁸ da parte dei beneficiari, ai fini della riqualificazione e riconversione dei medesimi beni tramite interventi di recupero, restauro e ristrutturazione a spese del concessionario (di cui all'art. 71, co. 3 CTS).

Con riferimento invece alle misure di agevolazione tramite erogazioni monetarie, il quadro normativo è così articolato. L'art. 72 introduce un nuovo strumento finanziario, il Fondo per il finanziamento di progetti e di attività di interesse generale nel terzo settore, destinato a

⁶ Gli artt. 31 e 32 della l. 7 dicembre 2000, n. 383 (oggi abrogati e trasferiti nel codice del terzo settore), i quali prevedevano, rispettivamente, possibilità di utilizzo non oneroso e concessione in comodato di beni pubblici alle associazioni di promozione sociale e alle organizzazioni di volontariato.

⁷ Vi è però l'esclusione delle imprese sociali nell'ipotesi di cui all'art. 71, co. 2 CTS.

⁸ Segnatamente, le attività di cui all'art. 5, co. 1 lett. f), i), k) o z), ossia, rispettivamente «interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni»; «organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale» di cui all'art. 5 CTS; «organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso»; «riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata».

sostenere lo svolgimento di attività di interesse generale attraverso il finanziamento di iniziative e progetti promossi da organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale e fondazioni comprese tra gli enti del terzo settore. A tale strumento si affiancano poi alcune risorse finanziarie già contemplate da previgenti disposizioni di settore⁹, risorse che, ai sensi dell'articolo 73 CTS, sono ora considerate unitariamente, nella loro dimensione finalistica di sostegno agli enti del terzo settore. Ciò che interessa maggiormente, tuttavia, è la procedura di erogazione delle risorse, che è costruita in modo sostanzialmente analogo per le risorse stanziare ai sensi di entrambi gli artt. 72 e 73 CTS. La procedura è strutturata in due fasi.

In primo luogo, tramite atti di indirizzo, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali determina annualmente¹⁰, e con riferimento ad

⁹ A titolo meramente esemplificativo, possono ricordarsi: l'art. 12 della l. 2 agosto 1991, n. 266, che prevedeva lo stanziamento di 2 milioni di euro, nell'ambito del Fondo per il volontariato, per sostenere finanziariamente i progetti sperimentali elaborati, anche in collaborazione con gli enti locali, da organizzazioni di volontariato, per far fronte ad emergenze sociali e per favorire l'applicazione di metodologie di intervento particolarmente avanzate; l'art. 1 della l. 15 dicembre 1998, n. 438, che disponeva lo stanziamento di 5,16 milioni di euro, nell'ambito del contributo statale previsto dall'art. 1 della legge 19 novembre 1987, n. 476, a favore di associazioni ed enti di promozione sociale; l'art. 96, co. 1, della l. 21 novembre 2000, n. 342, che prevedeva lo stanziamento di 7,75 milioni di euro per l'acquisto, da parte delle associazioni di volontariato e organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), di autoambulanze e di beni strumentali utilizzati direttamente ed esclusivamente per attività di utilità sociale che per le loro caratteristiche non sono suscettibili di diverse utilizzazioni senza radicali trasformazioni; gli artt. 12 e 13 della l. 7 dicembre 2000, n. 383, disponente lo stanziamento di 7,05 milioni di euro, per il sostegno delle iniziative di formazione e di aggiornamento per lo svolgimento delle attività associative, nonché di progetti di informatizzazione e di banche dati nei settori disciplinati dalla citata legge, nonché relativi a progetti sperimentali elaborati, anche in collaborazione con gli enti locali, dalle associazioni iscritte nei registri disciplinati dalla legge, per far fronte a particolari emergenze sociali e per favorire l'applicazione di metodologie di intervento particolarmente avanzate.

¹⁰ Con riferimento all'art. 72, tuttavia, è prevista anche una previa fase di intesa con la Conferenza Stato-Regioni aggiunta con la già citata (*supra* nt. 5) sentenza Corte cost. n. 185/2018. Tale pronuncia, infatti, contiene una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 72, co. 3 Cost. «nella parte in cui non prevede che l'atto d'indirizzo con cui il Ministro del lavoro e delle politiche sociali determina annualmente «gli obiettivi generali, le aree prioritarie di intervento e le linee di attività finanziabili nei limiti delle ri-

ogni erogazione, gli obiettivi generali; le aree prioritarie di intervento; le linee di attività finanziabili nei limiti delle risorse disponibili¹¹. Superata questa fase di indirizzo, devono poi essere individuati i soggetti beneficiari mediante «procedure poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241»¹². Come emerge anche dalla relazione illustrativa al CTS, ciò implica che in questa fattispecie troverà applicazione l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241¹³.

Pertanto, sul fronte delle misure di agevolazione aventi ad oggetto erogazioni monetarie o dazioni di beni pare che si sia cercato di offrire un modello di incentivazione del settore che mantiene un carattere omogeneo con riferimento ai diversi livelli territoriali e, almeno di regola, alle categorie di beneficiari coinvolti; al tempo stesso, la disciplina codicistica pare assicurare una sufficiente flessibilità.

Sebbene la disciplina nazionale appaia più lineare e sistematica di quella provinciale, già ad un primo raffronto non sembra che sia ad essa integralmente sostituibile. Dal punto di vista dei beneficiari, infatti, la disciplina provinciale sembra meno restrittiva rispetto alle categorie di soggetti individuabili come destinatari delle misure di sostegno. Sul punto, basta riflettere sulla circostanza che l'art. 40 l.p. prevede la messa a disposizione di beni a favore di soggetti che non perseguano uno scopo di lucro, consentendo l'inclusione anche delle imprese sociali¹⁴, a

sorse disponibili sul Fondo medesimo» sia adottato previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano».

¹¹ Tuttavia, per fruire del fondo di cui all'art. 73 è richiesto che il Ministero specifichi anche la destinazione delle risorse nell'ambito di tre finalità predefinite dalla legge, ovvero: *a*) sostegno alle attività delle organizzazioni di volontariato; *b*) sostegno alle attività delle associazioni di promozione sociale; *c*) contributi per l'acquisto di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e beni strumentali.

¹² Così dispongono gli artt. 72, co.4 e 73, co. 3 CTS.

¹³ Cfr. Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'art. 1, co. 2, lett. b), della legge 6 giugno 2016, n. 106", 29-30.

¹⁴ Il menzionato articolo prevede infatti come tratto distintivo delle imprese sociali l'assenza di scopo di lucro, inteso in senso soggettivo: in altri termini, a mente della disciplina delle imprese sociali l'impresa sociale è costitutivamente caratterizzata dal divieto di distribuzione anche indiretta di utili. Sul punto cfr., per tutti, P. CONSORTI,

mente dell'art. 3 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112; mentre le imprese sociali sono espressamente escluse, ad esempio, dall'ambito di applicazione dell'art. 71, co. 2 CTS. Sul piano della procedura applicabile, inoltre, entrambe le discipline, provinciale e nazionale, non danno indicazioni particolarmente puntuali.

Più in generale, dal momento che tanto nella disciplina provinciale quanto in quella nazionale si è fatto a più riprese riferimento alla predefinizione dei criteri e delle modalità di erogazione, si impone un'analisi centrata sull'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che disciplina in via generale tali elementi con riferimento alla predisposizione delle misure di vantaggio economico.

2. *Il regime generale dei vantaggi economici*

Come anticipato, nell'ambito delle misure di vantaggio economico assume rilievo l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Va tuttavia precisato che nell'ambito territoriale afferente alla Provincia di Trento la norma in parola non trova applicazione; sicché, a ben vedere, si dovrebbe fare riferimento all'art. 19 della l.p. 19 luglio 1990, n. 23. Tuttavia, dato che il menzionato art. 19 è di tenore pressoché analogo all'art. 12, si può fare riferimento agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidatisi con riferimento al secondo¹⁵.

Come si è già avuto modo di osservare, questa norma disciplina i provvedimenti attributivi di vantaggi economici. La norma in questione è invero espressiva di numerosi principi, quali il principio di buon an-

L. GORI, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 123; F.M. SALVETTI, *Le modifiche statutarie per le "nuove" imprese sociali*, in *Fisco*, 2018, 2548 e ss.

¹⁵ Rispetto all'ambito di applicazione dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 nei diversi livelli istituzionali va rilevato che la norma in parola non è individuata tra le disposizioni elencate all'art. 29, co. 2 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, funzionali a determinare il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. *m*) Cost. Nondimeno, in dottrina è stato osservato come sia sostenibile l'applicazione generalizzata della norma anche per le regioni e gli enti locali. Sul punto cfr. F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 671.

damento, imparzialità, affidamento e trasparenza¹⁶. Con riguardo al contenuto dell'art. 12, si rileva come esso disponga quattro ordini di doveri in capo all'amministrazione¹⁷, qualora questa intenda procedere all'erogazione di vantaggi economici: in primo luogo, il dovere di adottare un provvedimento che predetermini i criteri e le modalità cui atte-

¹⁶ In A. CIOFFI, *La predeterminazione dei criteri nelle concessioni di vantaggi economici*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2013, 430 si chiarisce come questo sia l'orientamento della giurisprudenza. Significativamente, la giurisprudenza riconosce l'aggancio costituzionale della norma in parola con l'art. 97 Cost.: sul punto cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005, n. 2345. Con riferimento alla dottrina, va segnalato che la norma di cui all'art. 12 è stata oggetto di numerose letture. Parte della dottrina, ad esempio, ha visto nella norma in parola l'estrinsecazione del più generale concetto di autolimita (P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990). La dottrina in parola si pronunciava in tal senso con riferimento all'art. 13 del disegno di legge del 9 marzo 1987, che fu poi sostanzialmente trasfuso nell'odierno art. 12. Pur mostrando adesione all'approvazione della norma in parola, si ravvisava che la stessa soffriva due difetti: il primo, che non fosse applicabile anche ai provvedimenti sfavorevoli; il secondo, che non fosse prevista la possibilità per l'amministrazione, a determinate condizioni, di discostarsi dal proprio autolimita. Cfr. sul punto P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 516-521. Altra parte della dottrina, invece, ha visto nella medesima norma il consolidamento di un processo di progressiva obiettivazione delle cosiddette norme interne, ovvero di riconoscimento in tale categoria di atti di un'efficacia prescrittiva paragonabile a quella delle norme giuridiche in senso stretto. Sul punto cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1996, 221 e ss. Degna di rilievo è anche l'interpretazione in base a cui, nella prospettiva della c.d. coalizione decisionale, l'art. 12 veniva inteso come «un modo di “memorizzare” nella struttura del campo decisionale – in un momento intermedio tra la definizione generale ed astratta dei suoi confini e la precisazione degli stessi nel corso dell'azione concreta – dei criteri di relazione alla cui individuazione le diverse componenti della coalizione decisionale possono riferirsi per rintracciare e riconoscere sempre il “senso” di compatibilità che deve guidarle verso la realizzazione dell'interesse generale». Cfr. sul punto M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 318.

¹⁷ S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, 2011, 2134 ss.

nersi per procedere all'erogazione del vantaggio¹⁸; in secondo luogo, il dovere di pubblicare i suddetti criteri e modalità di erogazione¹⁹; in terzo luogo, il dovere di rispettare i limiti autoimposti; infine, uno specifico dovere di motivazione, dato che la pubblica amministrazione è tenuta a dare atto dell'osservanza dei criteri e delle modalità prescelti nel provvedimento finale che dispone l'erogazione²⁰.

Sul punto è poi opportuno specificare come l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) abbia emanato un atto denominato "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" in cui specifica il contenuto delle procedure svolte *ex art. 12 legge 7 agosto 1990, n. 241*, laddove siano finalizzate ad attribuire vantaggi economici a soggetti del terzo settore²¹.

Quanto alla forma dell'atto di predeterminazione, tale atto deve essere adottato «nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti»: l'ampia

¹⁸ In F. GIGLIONI, *op. cit.*, 674-675 si mette in rilievo il duplice riferimento ai criteri e alle modalità. Mentre il riferimento ai criteri implica la necessità di una previa individuazione dei criteri su cui basare il giudizio finale in ordine all'erogazione del vantaggio, il riferimento alle modalità concerne i profili organizzativo-procedimentali dell'erogazione medesima.

¹⁹ Tale obbligo non è contenuto nell'art. 12, ma si evince dal coordinamento con l'art. 26 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, a mente del quale le pubbliche amministrazioni che intendano procedere alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari sono tenute a pubblicare gli atti con cui si determinano i criteri e le modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.

²⁰ Ciò si desume dall'art. 12, co. 2. Tale espressa previsione di un obbligo di motivazione, a ben vedere, dovrebbe indurre ad evitare di ricorrere ad una motivazione *per relationem*. In argomento, F. GIGLIONI, *op. cit.*, 676.

²¹ Cfr. ANAC delibera del 20 gennaio 2016, n. 32 (la deliberazione può trovarsi nel sito *internet* dell'Autorità nazionale anticorruzione). In particolare, l'ANAC puntualizza come negli atti di predeterminazione debbano essere contenuti i seguenti elementi: ambiti di intervento; gli obiettivi da perseguire; le categorie di beneficiari; la natura e la misura dei contributi o delle sovvenzioni; il procedimento da seguire per il rilascio dei benefici, con indicazione delle modalità e dei termini per la presentazione delle istanze; i criteri di valutazione delle richieste pervenute e di scelta dei beneficiari degli interventi, che devono essere rispettosi dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento; le azioni di controllo finalizzate alla verifica dell'effettivo impiego dei contributi per il perseguimento delle finalità per cui sono stati stanziati, delle modalità di realizzazione degli interventi e del perseguimento degli obiettivi prefissati. Cfr. Anac delibera n. 32/2016, 32-33.

latitudine della formulazione induce a ritenere che non vi sia una determinata tipologia di atto di predeterminazione, ma che, al contrario, la forma dell'atto possa coincidere con quella di un regolamento, di una delibera, di un decreto ministeriale etc.²². Quanto all'ambito di applicazione della norma in parola, è ormai pacifico che l'art. 12 si applica non solo alle erogazioni come le sovvenzioni, i contributi, i sussidi e gli aiuti finanziari²³, ma anche nel caso di attribuzione di vantaggi economici in senso lato, come nel caso di concessione di beni pubblici a canone gratuito o agevolato: in questi casi, infatti, è proprio la gratuità o la riduzione del canone a costituire in sé il vantaggio economico²⁴.

In questa prospettiva, l'art. 12 assume la valenza di un principio avente carattere generale²⁵, perciò anche le misure di agevolazione di-

²² Così I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo. Partecipazione, diritto di accesso, semplificazione dell'azione amministrativa. Commentario alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, Bologna, 1993, 134; in termini, D. PONTE, *Art. 12*, in S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo. La l. 241 del 1990 e successive modificazioni*, Padova, 2007, 493. In una prospettiva più ampia, ossia nel quadro delle numerose forme di predeterminazione conosciute dall'ordinamento, in A. POLICE, *op. cit.*, 239 ss. si ravvisa la sussistenza di un generale principio di libertà delle forme, che costituisce, per certi versi, espressione del principio di informalità che avrebbe dovuto trovare espressione nella legge 7 agosto 1990, n. 241. Come noto, tuttavia, il riferimento al principio di informalità contenuto nel progetto redatto dalla Commissione Nigro fu stralciata dal testo finale. Per maggiori approfondimenti su tale questione, si rinvia alla letteratura richiamata in A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, nt. 191.

²³ È stato correttamente rilevato come tanto il legislatore, quanto la dottrina non adottino una terminologia uniforme in tema di vantaggi economici. Cfr. sul punto R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 855. Una descrizione delle diverse figure richiamate espressamente o implicitamente dalla norma è rinvenibile in D. PONTE, *op. cit.*, 507.

²⁴ Cfr. la giurisprudenza citata in A. CIOFFI, *op. cit.*, 434-435; F. GIGLIONI, *op. cit.*, 673. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914. Ancora in A. CIOFFI, *op. cit.*, 434-435 si osserva anche come la ragione che spinge ad applicare l'art. 12 riposi sulla mancanza di un corrispettivo rispetto all'erogazione del vantaggio.

²⁵ La qualificazione dell'obbligo di predeterminazione dei criteri come principio a portata generale con riferimento alla materia dei contributi pubblici è affermata nella giurisprudenza: cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1552; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6612. In questo senso coglie nel segno la critica contenuta

sciplinate dagli artt. 70 e 71 del CTS, così come dagli artt. 36-*bis*, 37, 38 e 39 della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 dovrebbero ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241²⁶. Tuttavia, a ben vedere, si rende necessaria una analisi più approfondita della disciplina applicabile alle concessioni di beni che, oltre all'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, consideri la portata dei principi di derivazione eurounitaria.

3. *Il regime specifico dei beni*

Lo strumento giuridico principale tramite cui si perviene all'assegnazione delle utilità sottese ai beni pubblici²⁷ ai privati è la concessio-

in A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, 44, a mente della quale la disposizione ha una collocazione impropria, essendo stata inserita nel capo III dedicato alla partecipazione, invece che essere ricompresa tra i principi generali. La dottrina ha peraltro riscontrato come, nel tempo, lo spettro applicativo della norma sia andato a ricomprendere forme di vantaggio che ulteriori rispetto alle sovvenzioni, i sussidi, i contributi e gli ausili finanziari espressamente richiamati dalla norma. In questo senso, oltre alle dazioni di beni, sono state ricomprese nel fenomeno dell'art. 12 anche le agevolazioni fiscali. Cfr. sul punto, F. GIGLIONI, *op. cit.*, 673 e D. VAIANO, *Art. 12. Provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in A. BARTOLINI, G. FERRARI, S. FANTINI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 325-326.

²⁶ Più in generale è il caso di osservare come l'art. 12 non rivesta il ruolo di norma primaria: in altri termini, esso non può rappresentare la fonte di un potere di erogazione di un vantaggio economico a prescindere dall'esistenza di una norma di legge che conferisca tale potere. In passato, si era posto il dubbio se tale norma avesse carattere primario o sussidiario: il dubbio, nondimeno, è stato risolto dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. gen., 28 settembre 1995, n. 95), la quale ha rilevato che l'art. 12 rappresenta una norma sussidiaria, la cui attivazione dipende dal fatto che vi sia una norma (primaria) che disponga l'erogazione di un determinato vantaggio economico.

²⁷ Come noto, la classificazione contenuta nel Codice civile contiene l'individuazione di tre categorie di beni: i beni demaniali, i beni del patrimonio indisponibile e i beni del patrimonio disponibile. I beni immobili possono rientrare astrattamente in ciascuna delle predette categorie: tuttavia, a mente dell'orientamento consolidato della Corte di Cassazione (Cass., III, 19 maggio 2000, n. 6482; Cass., III, 22 giugno 2004, n. 11608; Cass., III, 19 dicembre 2005, n. 27931) solo qualora un immobile appartenga al demanio o al patrimonio indisponibile, l'affidamento a soggetti privati della gestione del

ne²⁸. La invero poco armonica²⁹ disciplina della concessione di beni pubblici – come, più in generale, le procedure di affidamento *tout court* – pur ispirata originariamente a esigenze di ordine contabile è stata fortemente influenzata dall’approccio proconcorrenziale riannodabile al diritto eurounitario³⁰. Il riferimento al profilo sovranazionale risulta

bene – attesa la sua destinazione alla soddisfazione dell’interesse pubblico – deve avvenire mediante lo strumento della concessione. Nel caso di un immobile afferente al patrimonio disponibile, infatti, la pubblica amministrazione interviene nella gestione del bene tramite lo strumento della locazione. Si badi, tuttavia, come secondo M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell’ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 38, i principi dell’evidenza pubblica (come corollario dell’applicazione del regime della concessione) debbano applicarsi anche nel caso di concessione di beni afferenti al patrimonio disponibile.

²⁸ In questo senso si accoglie la nozione di “uso concesso” argomentata in V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 219 ss. In termini, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 3.

²⁹ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 2-3; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 223.

³⁰ Sulla duplice natura, contabile e proconcorrenziale, della disciplina delle procedure di affidamento si vedano, *ex plurimis*, M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l’evoluzione della disciplina dell’evidenza pubblica*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 258; R. DIPACE, *Il danno alla concorrenza tra giudice amministrativo e contabile*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2014, p. 160; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007, 424 ss.; E. PICOZZA, *L’appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 29 ss. Con specifico riferimento alla concessione di beni pubblici, la persistenza di una disciplina anfibia viene evidenziata anche in E. SANTORO, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici (nota a C. conti, sez. contr. St., 13 maggio 2005, n. 5)*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 2388 ss. Recentemente, si è riscontrata una maggiore armonizzazione tra le due “anime” della procedura di affidamento in forza del tenore delle nuove direttive in tema di contratti pubblici: tra gli obiettivi delle direttive, infatti, figura anche l’accrescimento dell’efficienza della spesa pubblica, sintomo di un’attenzione non solo alle esigenze del mercato, ma anche alle esigenze di risparmio delle stazioni

fortemente valorizzato dalla giurisprudenza interna. Sebbene la concessione di beni non sia stata interessata³¹ dal processo di armonizzazione di matrice eurounitaria³², va rilevato come l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa – ispirato alle interpretazioni della Commissione europea³³ e della Corte di Giustizia³⁴ – affermi che la

appaltanti. Sul punto, cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 141.

³¹ L'esclusione della fattispecie delle concessioni di beni dalla disciplina comunitaria concernente i contratti pubblici si ricava dal considerando n. 15 della direttiva 2014/23/UE. Tuttavia, è stato correttamente rilevato che, talvolta, scindere la fattispecie della concessione di beni da quella della concessione di servizi non è agevole: spesso, infatti, è difficile capire se l'oggetto prevalente dell'affidamento al concessionario sia rappresentato dal bene o da un servizio connesso al bene medesimo. Sul punto, cfr. M. CERUTI, *op. cit.*, 4 ss. Da questo punto di vista, si osserva che la giurisprudenza comunitaria ha elaborato alcuni criteri per distinguere le concessioni di servizi da quelle di beni: sul punto cfr. G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, 104-105 e la giurisprudenza ivi citata. Si badi, peraltro, che le concessioni di servizi «aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni» sono comunque escluse dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (art. 17, co. 1, lett. a) Codice dei contratti pubblici).

³² Nella materia dei contratti pubblici il diritto eurounitario ha progressivamente agito quale fattore di torsione della disciplina dei contratti pubblici nei singoli Stati membri, superando le categorizzazioni degli ordinamenti nazionali e comportando un sostanziale ravvicinamento delle diverse legislazioni in materia. Sul punto cfr. J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 293. In termini, si veda anche M. FROMONT, *L'évolution du droit des contrats de l'administration – Différences théoriques et convergences de fait*, in R. NOUGELLOU, U. STELKENS, H. SCHRÖDER (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruxelles, 2010, 263 ss. È ben noto che la disciplina eurounitaria abbia investito più parti della regolazione dei contratti pubblici, ma è significativo che essa abbia avuto un impatto significativo anche sulle categorie di base come la distinzione tra contratti pubblici e contratti privati o la tipologia di contratti (cfr. N. ATHANASIADOU, *Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht*, Tübingen, 2017, 291 ss.). Un caso significativo è quello tedesco dove, di fatto, la teoria dei contratti pubblici di matrice civilistica ha dovuto cedere il passo ad un regime dei contratti pubblici di stampo pubblicistico. In argomento, *ex multis*, si veda P.M. HUBER, *The Europeanization of Public Procurement in Germany*, in *Eur. Publ. law*, 2001, 33 ss.

³³ L'opinione in tal senso si radica sulla ricognizione dei principi desumibili dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comuni-

concessione di un bene rappresentante un'occasione di guadagno per gli operatori del mercato debba necessariamente seguire all'esperimento di una procedura di evidenza pubblica³⁵.

tario del 12 aprile 2000. Cfr. anche le circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie, del 1° marzo 2002, n. 3944 (dedicata alle procedure di affidamento delle concessioni di servizi e lavori) e del 06 giugno 2002, n. 8756 (dedicata alla normativa applicabile agli appalti pubblici “sottosoglia”). La menzionata Comunicazione ha suscitato notevole interesse in dottrina: cfr. *ex multis* A. BARONE, U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi (nota a Commissione Ce 29 aprile 2000)*, in *Foro It.*, 2000, 389 ss.; C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (commento a Commissione delle Comunità Europee, comunicazione interpretativa 12 aprile 2000)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1253 ss.; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, 1071 ss.

³⁴ Si fa riferimento al noto caso *Teleaustria*, Corte di Giustizia CE, V, 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, 1 ss. di poco successivo alla pubblicazione della citata Comunicazione della Commissione. È significativo peraltro che la Corte non faccia riferimento al principio di concorrenza in sé considerato nella sentenza. Sotto tale riguardo, in dottrina è stata enfatizzata la differenza che sussiste tra le procedure concorrenziali e le regole di concorrenza: mentre le prime sono strumentali al controllo sull'imparzialità dell'attività amministrative, le seconde sono predisposte per un corretto funzionamento dei mercati. Ciò evidentemente non preclude un nesso tra le procedure concorrenziali e l'economia di concorrenza. Per maggiori approfondimenti a tale riguardo, si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 730 e ss.

³⁵ Tale principio viene originariamente affermato nelle sentenze Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168. Con particolare riferimento alla portata della seconda sentenza richiamata si vedano R. CARRANTA, *Concessioni di beni e regola della gara (nota a Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168)*, in *Urb. e App.*, 2005, 329 ss.; B. TONOLETTI, *op. cit.*, 413 ss.

Invero, la nozione di evidenza pubblica³⁶ individua³⁷

ogni selezione, più o meno formalizzata, operata da un soggetto pubblico al fine di stipulare un contratto con un soggetto privato, la cui regolazione sia frammista di elementi pubblicistici e di strumenti privatistici, così da realizzare i principi costituzionali dell'imparzialità e della trasparenza.

Sicché essa può avere una portata anche diversa e più ampia rispetto a quella contenuta nelle direttive comunitarie e, di conseguenza, nel

³⁶ La dottrina è concorde nel ricondurre l'elaborazione del concetto di evidenza pubblica a M.S. Giannini: sul punto, C. BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza (nota a Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035)*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 1528, nt. 3 e S. VALAGUZZA, *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione restrittiva della giurisdizione amministrativa negli appalti sotto soglia: alcune perplessità (nota a Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 514, in part. nt. 8. Nella sua definizione di evidenza pubblica, Giannini valorizzava la natura bifasica di tale procedura: la procedura, secondo l'Autore, consta di una fase definita come "procedimento di formazione della volontà contrattuale" disciplinato da norme di diritto privato e un'altra fase individuata come "procedimento amministrativo" dove l'amministrazione spiega le ragioni di diritto pubblico per cui si è risolta a concludere un contratto con un terzo. Questo ulteriore procedimento è sottoposto ad una disciplina a carattere pubblicistico. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 363.

³⁷ C. BENETAZZO, *op. cit.*, 1529. In termini, cfr. S. VALAGUZZA, *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione*, cit., 516, ove si afferma che «l'evidenza pubblica consta di una serie di procedimenti, disciplinati in modo più o meno pregnante dal diritto positivo, a seconda del valore e del tipo del contratto, che, in considerazione della natura pubblica del soggetto contraente, hanno come finalità quella di introdurre delle regole capaci di indirizzare la scelta dell'amministrazione all'attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e trasparenza, consentendo, di conseguenza, il controllo giurisdizionale sulle opzioni effettuate dall'autorità aggiudicataria». Tale prospettiva, invero, trova un aggancio nella teoria di Giannini, nel momento in cui l'Autore rileva che la procedura ad evidenza pubblica ricomprende atti che possono essere considerati omologhi sul piano funzionale, ma possono essere strutturati diversamente dalle varie amministrazioni (M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 365).

Codice dei contratti pubblici³⁸. Evidentemente, ciò non preclude alle amministrazioni la possibilità di autovincolarsi, tramite l'utilizzo delle procedure previste nel Codice dei contratti pubblici³⁹: nondimeno, il diritto eurounitario delinea in queste fattispecie un “diritto di trasparenza”, piuttosto che uno specifico obbligo di gara⁴⁰.

È poi il caso di osservare che l'evidenza pubblica così intesa debba essere necessariamente strumentale a logiche di natura economica, potendo dare spazio alla valorizzazione delle iniziative di cittadini singoli e associati poste nell'interesse generale della collettività in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale⁴¹. In questo modo, dunque, il richiamo all'evidenza pubblica si determina come suscettivo di potenzialità ulteriori e non riducibili alla logica che generalmente governa il Codice dei contratti pubblici⁴².

³⁸ Sul punto, cfr. C. BENETAZZO, *op. cit.*, 1528 ss.; G.F. NICODEMO, *Concessione a favore di terzi: illegittimo l'affidamento di beni pubblici senza gara (Nota a Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914)*, in *Giur. it.*, 2017, 2185 ss.

³⁹ In tal senso depone anche un consolidato orientamento giurisprudenziale: cfr. *ex multis* sul punto Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2016, n. 4129. Evidentemente tuttavia, laddove l'amministrazione si autovincoli ad adottare una determinata procedura, tale vincolo costituirà parametro di legittimità dell'azione amministrativa: sicché, laddove l'amministrazione non applichi in concreto la procedura cui ha deciso di vincolarsi, ciò determinerà l'illegittimità della procedura concretamente adottata.

⁴⁰ C. BENETAZZO, *op. cit.*, 1531.

⁴¹ Sul punto sia consentito rinviare a S. FRANCA, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa: spunti ricostruttivi*, in *Munus*, 2018, 60 ss. Con riferimento al ruolo del principio di sussidiarietà orizzontale con specifico riferimento al fenomeno della gestione dei beni comuni si veda, da ultimo, M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 559 e ss.

⁴² Peraltro, anche nel Codice dei contratti pubblici, in ispecie a seguito del correttivo, è possibile ravvisare la sussistenza di una visione non strettamente economicistica dell'evidenza pubblica. Sul punto si veda A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale attraverso contratto d'appalto*, in *questo Volume*. Un analogo favor nei confronti delle misure di stampo solidaristico sembra emergere anche in una disciplina in più circostanze “tangente” quella dei vantaggi economici, ossia la disciplina degli aiuti di Stato. Sul punto cfr. S. CORNELLA, *Beni comuni e disciplina europea sugli aiuti di Stato*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, 219 ss.

3.1. *Il regime dei beni provinciali*

Nell'ambito della Provincia di Trento, il quadro dei principi dell'evidenza pubblica va opportunamente integrato alla luce della l.p. 19 luglio 1990, n. 23, denominata "Legge sui contratti e sui beni provinciali"⁴³. Tale legge trova applicazione con riferimento all'assegnazione dei beni provinciali.

Per regola generale a mente dell'art. 17 della l.p. 23/1990, la scelta del contraente nell'ambito dei contratti che determinano un'entrata⁴⁴ per l'amministrazione avviene tramite l'asta pubblica, salvo che la Provincia scelga motivatamente di ricorrere ad un'altra modalità di scelta, tra cui la licitazione privata e la trattativa privata. Con specifico riferimento alle concessioni di beni, a mente dell'art. 39 della l.p. 23/1990, l'amministrazione provinciale può concedere in uso beni del patrimonio disponibile previo esperimento di una procedura di asta pubblica, salvo quanto previsto dall'art. 38. Questo articolo prevede che l'amministrazione possa concedere a titolo gratuito i propri beni per motivi di interesse pubblico anche a soggetti privati senza scopo di lucro operanti in provincia di Trento.

Emerge dunque dalla disciplina provinciale che le concessioni a titolo oneroso seguono la procedura di asta pubblica, mentre quelle a titolo gratuito seguono una disciplina per certi versi derogatoria. Una simile differenziazione diviene chiara nel momento in cui la disciplina provinciale viene letta alla luce dei principi generali dell'evidenza pubblica menzionati *supra*. In altri termini, dovrebbe essere chiaro che laddove tramite la concessione si dia un'occasione di guadagno ai privati, la concessione debba essere onerosa e la procedura debba essere regolata

⁴³ Più in generale, va aggiunto che le Province autonome e le Regioni speciali conservano spazi di autonomia nella regolazione del fenomeno dei contratti pubblici. Per un'analisi di tali margini di autonomia, negli interstizi della disciplina europea e della disciplina statale, si veda in part. F. GUELLA, *La disciplina sugli appalti e le competenze dell'autonomia speciale, dai lavori ai contratti pubblici*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 279 ss.

⁴⁴ Tra i contratti che determinano un'entrata per l'amministrazione (cd. contratti attivi) rientrano a rigore le concessioni di beni, nella misura in cui si richiede un canone di concessione.

dall'asta pubblica; viceversa, laddove i beni erogati non siano suscettibili di rilievo economico tale da offrire un vantaggio competitivo al concessionario rispetto ad altri potenziali concorrenti, si possa procedere a forme di affidamento meno rigorose, nell'ambito di concessioni a titolo gratuito.

4. Il rilievo economico del bene erogato

Occorre ora approfondire il presupposto di applicazione delle regole di evidenza pubblica secondo il citato orientamento della giurisprudenza amministrativa, ovvero la circostanza che la concessione di un bene rappresenti un'occasione di guadagno per gli operatori del mercato.

L'elemento della rilevanza economica del bene oggetto di affidamento è infatti ampiamente valorizzato nella giurisprudenza⁴⁵. In particolare, occorre precisare che essa enfatizza la sussistenza di un vantaggio competitivo attribuito al concessionario, seppure con formulazioni differenti: ad esempio, rilevando che si fornisce una «occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato»⁴⁶ ovvero che si verte in un caso di «beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico»⁴⁷.

Tale circostanza va interpretata alla luce dell'orientamento generale affermatosi nella giurisprudenza amministrativa, a mente del quale i principi in materia di evidenza pubblica debbono avere una applicazione proporzionata e congrua all'importanza economica della fattispecie⁴⁸. Da un lato, ciò induce a ritenere che la rigidità della procedura

⁴⁵ Cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914; Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016 n. 889; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7616.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914. È rilevante che in tale sentenza si ravvisi che l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 debba fungere da parametro di legittimità della procedura ad evidenza pubblica.

⁴⁸ Tale orientamento si richiama espressamente alla Comunicazione della Commissione del 12 aprile 2000 (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005,

concretamente adottata possa essere diversamente modulata in dipendenza delle potenzialità, dal punto di vista economico, del bene affidato; dall'altro lato, un simile approccio implica che, laddove la suscettibilità di sfruttamento economico del bene concesso sia pressoché inesistente, anche la pregnanza dei principi di evidenza pubblica possa essere conseguentemente contenuta. In altri termini, se la rilevanza economica del bene oggetto di concessione costituisce l'elemento dirimente per l'applicazione delle regole di evidenza pubblica, è legittimo dedurre che, laddove tale rilevanza difetti, l'amministrazione potrebbe affidare un bene anche in assenza di una previa procedura ad evidenza pubblica.

Sembra possibile desumere un simile approccio da parte dalle sentenze di alcuni giudici di prime cure⁴⁹. Significativamente, nelle ipotesi in cui è stata rilevata l'assenza di un'utilità economica riconducibile al bene affidato, non viene ritenuto necessario il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario. In questa giurisprudenza, la deroga all'evidenza pubblica viene usualmente giustificata tramite una consistente valorizzazione delle finalità pubbliche o di interesse generale per cui il bene è assegnato in concreto⁵⁰. Nondimeno, la giurisprudenza più attenta non statuisce un regime di discrezionalità illimitata in simili circostanze, ravvisando che pur in presenza di beni privi di rilevanza economica l'amministrazione sia comunque chiamata a fare applicazione dei principi di pubblicità, imparzialità e buona amministrazione⁵¹.

Invero, a parere di chi scrive, sembrano esserci margini per ritenere che anche nel caso di affidamento di beni non suscettivi di sfruttamento

n. 168; TAR Campania, Napoli, 8 maggio 2015, n. 2571; TAR Lazio, Roma, 23 dicembre 2013, n. 11129; TAR Piemonte, Torino, 23 gennaio 2009, n. 201).

⁴⁹ Cfr. TAR Liguria, Genova, 10 gennaio 2014, n. 67; TAR Marche, Ancona, 13 gennaio 2012, n. 41; TAR Sardegna, Cagliari, 5 febbraio 2010, n. 140.

⁵⁰ Ci si potrebbe chiedere se il fatto che l'affidatario non svolga attività a carattere commerciale possa costituire un elemento che consenta di derogare al dovere di esperire una procedura ad evidenza pubblica. La giurisprudenza sembra dare una risposta negativa al quesito, precisando che, in tale caso, l'obbligo della gara non dipende dal carattere commerciale dell'iniziativa, bensì dal suo carattere intrinsecamente economico e dall'astratta contendibilità delle utilità ritraibili attraverso il suo esercizio. Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5063.

⁵¹ Così TAR Liguria, Genova, 10 gennaio 2014, n. 67.

economico debba trovare applicazione l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Pur se il bene concesso non sia suscettibile di sfruttamento economico da parte dell'affidatario, infatti, non si può negare che il bene affidato sia suscettivo di una valutazione economica potenziale e che, pertanto, tramite la sua attribuzione si conceda comunque un'utilità, sebbene non suscettibile di essere sfruttata economicamente dal concessionario. Peraltro, anche la circostanza che il principio di predeterminazione venga considerato, entro certi limiti, come un principio a carattere generale nell'ambito delle procedure di attribuzione di vantaggi sembra porsi a favore di un'applicazione dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 anche nel caso di concessioni di beni non suscettivi di sfruttamento economico⁵².

Pare poi opportuno precisare che, indipendentemente dalla rilevanza economica del bene oggetto di concessione e in applicazione del già richiamato principio di sussidiarietà orizzontale, sembra che vi siano margini sufficienti affinché l'amministrazione possa procedere all'assegnazione di beni, senza seguire una logica di evidenza pubblica strettamente economicistica, dando rilievo, alle iniziative di interesse generale proposte dai cittadini singoli o associati tramite la gestione dei beni affidati⁵³.

⁵² Sul carattere generale del principio in parola, si veda *supra* par. 2.

⁵³ A questo riguardo può rivelarsi utile riflettere sulla conformazione di una procedura competitiva che coinvolga, quali concorrenti, una società e un'associazione, perciò un ente lucrativo e un ente *non profit*. Una simile situazione ha ingenerato una controversia che è stata decisa dal Consiglio di Stato. Il caso concerneva l'affidamento in concessione di alcuni porti turistici: alla procedura di affidamento concorrevano un'associazione e una società e l'amministrazione, da ultimo, sceglieva come affidatario l'associazione. Il fattore problematico consisteva nel fatto che la procedura si articolava diversamente per i due soggetti. Mentre la società veniva sottoposta a consistenti accertamenti, il bene veniva affidato all'associazione senza svolgere particolari accertamenti. Secondo il Consiglio di Stato, in presenza di più soggetti aspiranti alla assegnazione di beni, aventi diversa natura (essendo perciò improntati a diverse modalità di gestione del bene o del servizio), la procedura può avere luogo e può astrattamente riconoscere l'uno o l'altro soggetto come affidatari. Nondimeno l'amministrazione, nel corso della procedura, deve fare applicazione dei principi generali, in particolare del principio generale della parità di trattamento fra gli aspiranti all'assegnazione del bene o del servizio, non potendo operare un trattamento differenziato solo in ragione della natura dell'ente candidato all'affidamento del bene. Infatti, pur essendo la disciplina costituzionale impron-

Alla luce di quanto sinora esposto, è possibile desumere un regime di massima applicabile alle disposizioni nazionali e provinciali richiamate in tema di misure di agevolazione. Quanto all'art. 40, co. 2 della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 e agli artt. 70, co. 1 e 71, co. 2 CTS, in sede applicativa dovrà necessariamente essere svolta una valutazione preliminare in ordine alla rilevanza economica del bene oggetto di affidamento. In base a tale valutazione, sarà possibile appurare se si verta in un'ipotesi in cui è consentito procedere all'affidamento del bene solo all'esito di una previa procedura a evidenza pubblica o se invece ci si debba muovere nella prospettiva dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Allo stesso tempo, nulla vieta che si faccia ricorso a procedure contenute nel Codice dei contratti pubblici, nel caso in cui si intenda avere una maggiore certezza della conformità della procedura posta in essere ai principi generali in tema di evidenza pubblica.

Quanto all'art. 71, co. 3 CTS, occorre ricordare che esso prevede l'applicazione di una specifica procedura selettiva. Come emerge già dalla Relazione illustrativa al CTS, tramite questa previsione si è voluta disciplinare la fase selettiva preliminare alla concessione di immobili culturali per finalità di restauro e apertura alla pubblica fruizione, prevedendo che a tale fattispecie si applichi la procedura di partenariato di cui all'art. 151, co. 3 del Codice dei contratti pubblici⁵⁴. In ogni caso, all'amministrazione dovrebbe essere consentito valorizzare, in un'ottica conforme al principio di sussidiarietà orizzontale, anche usi del bene

tata a principi personalistici (artt. 2, 3, 32, 41, 42 Cost.) e pur essendo le associazioni una forma organizzativa ispirata a tali principi, non può dirsi che nell'assegnazione dei beni pubblici in linea di massima siano sempre da favorire le istanze presentate da soggetti aventi finalità altruistiche, ben potendo l'interesse pubblico essere efficacemente coniugato con modalità imprenditoriali di gestione. In termini generali, dunque, l'interesse pubblico può essere efficacemente coniugato con (o senza) modalità imprenditoriali di gestione. Ciò significa che, *a priori*, non si determina una preferenza verso una tipologia di ente concessionario, pertanto enti *non profit* e enti *for profit* possono liberamente competere tra loro, in una prospettiva paritaria. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2002, n. 3159.

⁵⁴ Anche dal fatto che il legislatore abbia previsto l'applicazione, in questo caso, di una specifica procedura ad evidenza pubblica (cfr. anche Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, 28-29), sembra potersi ricavare che la norma sia pensata, prevalentemente, per ipotesi di beni suscettivi di sfruttamento economico.

che, sebbene non determinino un arricchimento dell'amministrazione in termini economici, vadano comunque a beneficio della collettività⁵⁵.

5. I riflessi sulla disciplina contabile

La problematica della concessione di vantaggi economici riveste interesse anche ai fini della disciplina contabile. L'eventuale illegittima concessione di un vantaggio economico può infatti determinare l'insorgere di una responsabilità amministrativa dei funzionari che hanno gestito la procedura. Anche con riferimento alla responsabilità contabile conviene operare una distinzione in relazione al tipo di vantaggio economico disposto in concreto, alla luce delle riflessioni sinora svolte.

Nel caso dei beni suscettivi di sfruttamento economico, si è visto che, ai sensi dei principi di evidenza pubblica, il loro affidamento può avvenire solamente all'esito di una procedura competitiva. Di conseguenza, qualora la procedura ad evidenza pubblica non venga svolta – ovvero, pur venendo svolta, presenti profili di illegittimità – può insorgere un duplice ordine di danni erariali. In primo luogo, un danno erariale indiretto. Si pensi al caso in cui non venga svolta (o venga svolta illegittimamente) una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario e un terzo, contestata la procedura, ottenga il risarcimento del danno per essere stato illegittimamente escluso o pretermesso. In tale caso, si verificherà un danno erariale, corrispondente nell'ammontare all'esborso dovuto al terzo a titolo di risarcimento del danno, di cui il funzionario dovrà rispondere, in presenza di tutti gli elementi della fattispecie di responsabilità amministrativa⁵⁶. In secondo

⁵⁵ Si badi peraltro che, nella prospettiva del CTS, la co-progettazione può rivestire un ruolo significativo, potendo avviare una collaborazione tra amministrazione e enti del terzo settore in cui possono trovare spazio anche le misure di agevolazione di cui agli artt. 70-73 CTS. Sul punto cfr. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in questo Volume.

⁵⁶ Il tema del rapporto tra responsabilità civile della pubblica amministrazione e responsabilità amministrativa è oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Su tale questione cfr. *ex multis*, S. CIMINI, *Cattiva amministrazione da attività provvedimentale illegittima e responsabilità amministrativa*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti*

luogo, potrebbe anche configurarsi quello che la giurisprudenza contabile ha definito come danno alla concorrenza. Pur se il danno alla concorrenza è stato oggetto di alternative ricostruzioni, sembra condivisibile l'orientamento a mente del quale esso equivale al risparmio di spesa di cui la pubblica amministrazione non ha potuto giovare, in ragione del mancato ricorso ad una procedura competitiva⁵⁷. L'impiego di questa tipologia di danno si rinviene principalmente nei giudizi contabili vertenti su procedure di appalto, ma è stata invocata anche nel caso di procedure di concessione di beni pubblici⁵⁸. In questo caso, l'ammontare del danno corrisponderà, per esempio, alla differenza tra il canone

dell'incontro preliminare AIPDA, Torino, 2016, 63 ss.; S. CIMINI, *Responsabilità provvedimento della p.a., responsabilità erariale e principio di buon andamento*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1041 ss.; M. RISTUCCIA, *Note sulla responsabilità civile dell'amministrazione e sulla responsabilità verso i terzi e verso l'amministrazione del funzionario pubblico*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 227 e ss. Cfr. inoltre F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 682 ove il risarcimento dei danni da attività illegittima viene qualificato come un "moltiplicatore" dei casi di danno erariale.

⁵⁷ Sussistono tre nozioni di danno alla concorrenza: oltre a quella che si è illustrata nel testo, sussistono altri due orientamenti. Secondo un primo orientamento tale danno equivale al danno dei concorrenti estromessi: il problema di tale concezione del danno alla concorrenza è che, di fatto, individua come danno erariale un danno su cui è competente a pronunciarsi il giudice amministrativo. Alla luce di un ulteriore orientamento il danno alla concorrenza rappresenta un pregiudizio all'imparzialità amministrativa e al funzionamento regolare del mercato: in questo caso, tuttavia, il danno si risolve, al più, nel danno all'immagine. Cfr. sul punto M. CAFAGNO, *Considerazioni sulla funzione deterrente della responsabilità amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018, 29 ss. In generale, sul danno alla concorrenza, si vedano M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 251 ss.; A. CORSETTI, *Il danno alla concorrenza giudicato dalla Corte dei conti (nota a C. conti, sez. giur. - Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447)*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 2735 ss.; R. DIPACE, *op. cit.*, 159 ss. È stato tuttavia notato come si stia affermando un orientamento nella giurisprudenza contabile, volto a risolvere il danno alla concorrenza nella figura di danno da tangente (cfr. sul punto, R. DIPACE, *op. cit.*, 171). In base a quanto sinora rilevato e a quanto si rileverà in tema di quantificazione del danno alla concorrenza (cfr. *infra* nt. 60) tale riconduzione del danno alla concorrenza nella figura del danno da tangente non sembra condivisibile.

⁵⁸ Cfr. Corte conti, sez. giur. - Abruzzo, 24 gennaio 2012, n. 27; Corte conti, sez. giur. - Lazio, 8 giugno 2011, n. 883.

che l'amministrazione avrebbe potuto richiedere in presenza di un mercato concorrenziale e il canone che in concreto ha ricevuto⁵⁹. La stessa soluzione dovrebbe invero applicarsi anche nell'ipotesi di attribuzione di vantaggi economici *ex art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, sebbene permangano profili di criticità circa la determinazione del *quantum*, in assenza di un canone che possa fungere da parametro di determinazione del danno⁶⁰.

Con riferimento invece ai beni non suscettivi di sfruttamento economico, in linea con la giurisprudenza amministrativa già richiamata⁶¹, l'assegnazione di tali beni può essere disposta sulla base di interessi a carattere generale, che prescindono dalle esigenze di concorrenza⁶². Sicché un danno alla concorrenza difficilmente potrebbe realizzarsi in queste fattispecie. Tuttavia, nel caso in cui la selezione del beneficiario avvenga in difformità dai principi che regolano l'attività amministrativa, potrà comunque determinarsi un danno che l'amministrazione si veda costretta a risarcire. Con la conseguenza che, anche in questo ca-

⁵⁹ Anche la soluzione qui prospettata in tema di quantificazione del danno non è unanimemente condivisa nella giurisprudenza contabile. La dottrina ha infatti rilevato la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali che concepiscono il danno alla concorrenza come danno *in re ipsa*. Sembra tuttavia di condividere la prospettiva di chi – unitamente al giudice contabile di secondo grado (cfr. Corte conti, sez. III - app., 20 dicembre 2012, n. 830) – osserva come il danno alla concorrenza vada concepito come danno da differenza; ragionando altrimenti, il danno alla concorrenza non solo si risolverebbe in una superfetazione concettuale, ma anche in ulteriore fattore di accrescimento del timore dei funzionari nell'adempimento delle proprie mansioni. Sul punto cfr. M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 254. Si tenga conto, comunque, che potrebbe comunque applicarsi la disciplina dei vantaggi compensativi: sul punto cfr. *infra* nt. 64.

⁶⁰ Giova osservare, inoltre, come non si rinvercano orientamenti giurisprudenziali che facciano applicazione dell'ipotesi di danno alla concorrenza nel contesto delle controversie relative ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

⁶¹ Cfr. *supra* par. 4.

⁶² D'altronde la mancanza di una rilevanza economica del bene posto in concessione induce a ritenere che per l'*id quod plerumque accidit*, l'amministrazione non dovrebbe trovarsi nella condizione di ritrarre un'utilità dall'assegnazione del bene medesimo ai privati. In questo caso, dunque, il danno alla concorrenza parrebbe essere ontologicamente non verificabile.

so, i funzionari potrebbero essere responsabili per la causazione di un danno erariale indiretto.

È appena il caso di osservare, tuttavia, che sussiste un orientamento della Corte dei conti⁶³, propugnato tanto dalle sezioni consultive, quanto dalle sezioni giurisdizionali, il quale guarda con particolare favore alle ipotesi di concessione di beni a canone agevolato o gratuito, riconoscendo che tramite esse possa essere perseguito un interesse pubblico equivalente o addirittura superiore rispetto a quello che si potrebbe raggiungere mediante lo sfruttamento economico di un dato bene. Ciò sull'assunto che gli enti territoriali si qualificano come enti a fini generali, orientati cioè, attraverso la propria azione, allo sviluppo della comunità amministrata e non solo al perseguimento di logiche meramente economiche. Secondo questo orientamento, dunque, l'utilità sociale riconducibile all'attività svolta dal concessionario può essere valorizzata come elemento di esclusione della responsabilità contabile⁶⁴.

Tutti gli orientamenti del giudice contabile sinora richiamati sono chiaramente estensibili anche alle ipotesi delle misure contenute agli artt. 36-*bis*, 37, 38, 39 e 40 della l.p. 27 luglio 2007, n. 13, nonché agli artt. 70, 71, 72 e 73 CTS. Di conseguenza, qualora l'erogazione delle misure sopra analizzate non avvenga tramite le procedure imposte dai principi di evidenza pubblica e dall'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i funzionari potranno incorrere nelle sopraelencate ipotesi di responsabilità amministrativa. Inoltre, si può ipotizzare che in considerazione degli orientamenti premiali sanciti dal giudice contabile, da un lato, e della disponibilità di plurime basi giuridiche a livello provinciale e nazionale, dall'altro, l'amministrazione possa avvantaggiarsi di un ampio margine di manovra, sempre nel perimetro della legalità.

⁶³ Corte conti, sez. contr. - Molise, 15 gennaio 2015, n. 1; Corte conti, sez. contr. - Lombardia, 6 maggio 2014, n. 172; Corte conti, sez. giur. - Sardegna, 16 settembre 2013, n. 234.

⁶⁴ Appare rilevante anche sottolineare come, indipendentemente dal rilievo economico dei beni, si dovrebbe tener conto anche dei c.d. vantaggi compensativi, così come disciplinati dal tuttora vigente art. 1, co. 1 *bis* della l. 15 gennaio 1994, n. 20. Secondo tale norma, infatti, nell'accertamento del danno deve tenersi conto non solo degli effetti lesivi della condotta oggetto del giudizio contabile, ma anche degli eventuali vantaggi che essa possa aver arrecato.

6. Alcuni spunti conclusivi

Alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi è possibile sviluppare alcune brevi riflessioni conclusive.

La legislazione nazionale e provinciale costruisce un quadro piuttosto articolato di misure che differiscono non solo per l'appartenenza a diversi livelli istituzionali, ma anche per i presupposti e per le procedure che governano la loro erogazione.

In particolare, è emerso come il riferimento alla disciplina dei vantaggi economici e ai principi dell'evidenza pubblica, oltretutto delle specifiche disposizioni di livello provinciale, permetta di plasmare procedure di tipo differente, in ragione della diversa rilevanza economica dell'utilità messa a disposizione come forma di sostegno pubblico.

Ne emerge un quadro piuttosto incerto, dove non è sempre facile distinguere i casi in cui all'amministrazione è consentito fare ricorso ad un determinato tipo di procedura o ad un'altra.

Al fine di semplificare la scelta tra le diverse procedure, l'amministrazione potrebbe, come si è già accennato, autovincolarsi ad impiegare le procedure di evidenza pubblica previste nel codice dei contratti pubblici, in particolare quelle più rigorose sul piano della trasparenza, come le procedure aperte. In tal modo, e cioè garantendo la massima apertura della procedura, l'amministrazione si dovrebbe porre generalmente al riparo da possibili contestazioni.

Una simile opzione parrebbe tuttavia non esattamente in linea con i principi europei che governano gli affidamenti sulla base di più circostanze.

In primo luogo, il rigore delle procedure e, in particolare, la loro iper-regolamentazione possono comportare una riduzione della concorrenzialità del mercato⁶⁵.

In secondo luogo, si può quantomeno porre in dubbio che la predisposizione indiscriminata di procedure rigide e caratterizzate da una consistente dispendiosità⁶⁶, come le procedure aperte, sia sempre con-

⁶⁵ S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 103.

⁶⁶ Dal secondo dopoguerra, i costi e il formalismo della procedura di asta pubblica (prototipo dell'attuale procedura aperta) hanno spinto l'amministrazione a preferire procedure come la licitazione privata o la trattativa privata (cfr. A. CARULLO, voce *Appalti*

forme ai principi di buon andamento ed economicità sanciti all'art. 97 Cost.⁶⁷.

In terzo luogo, la dottrina ha posto in luce che le procedure caratterizzate da un eccessivo formalismo possono sollevare anche altre criticità: in particolare, esse sembrano essere uno dei fattori scatenanti del fenomeno dell'amministrazione difensiva⁶⁸. In altri termini, si ritiene che il funzionario – posto dinanzi al rischio che il ricorso a procedure eccessivamente articolate lo possa condurre a commettere degli errori che gli potrebbero essere poi opposti in sede di responsabilità contabile – potrebbe essere indotto ad un atteggiamento “difensivo” inerte, *i.e.* potrebbe preferire l'inazione rispetto al rischio di commettere un'azione illegittima.

Sembra dunque che la risposta apparentemente più semplice, consistente nell'applicazione indiscriminata delle procedure previste nel codice dei contratti pubblici, sia in grado di determinare alcune problematiche.

Al contrario, sembra che per discernere la difficoltà delle misure di erogazione il funzionario debba accogliere una prospettiva differente, recuperando il senso più proprio dell'evidenza pubblica. Solo in questo

pubblici, in *Enc. dir.*, V, 2001, 104; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Le procedure di scelta del contraente*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al codice 2016*, Torino, 2017, 77). Peraltro, nell'evoluzione successiva, anche con riferimento alla licitazione privata (antenata della procedura ristretta) si è riscontrato un progressivo aumento del formalismo della procedura (cfr. C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in ID. (a cura di), *Autorità e consenso*, cit., 5 ss.).

⁶⁷ Si tenga conto in particolare di quanto si rinviene in M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 81 ss. dove nell'art. 97 Cost. si rinviene la previsione di un principio di elasticità o puntualità dell'azione amministrativa: tale principio dovrebbe enfatizzare «l'apporto creativo (creativo giuridicamente) dell'amministrazione nel processo di decisione», trovando applicazione tanto con riferimento al contenuto dell'attività amministrativa, quanto al suo modo di esplicarsi. Sul punto cfr. anche M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1996, 42 ss.

⁶⁸ Per alcuni riferimenti con riguardo al tema dell'amministrazione difensiva, si vedano in particolare S. BATTINI, S. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 625 ss.

modo, cioè conformandosi ai principi generali e soprattutto agli obiettivi dell'attività amministrativa, e non limitandosi ad una pedissequa esecuzione di una procedura sclerotizzata in un testo normativo, è possibile valorizzare appieno le peculiarità di ciascuna forma di sostegno disponibile, nell'ottica di un più proficuo rapporto tra operatori del terzo settore e pubblica amministrazione⁶⁹.

In una simile prospettiva, anche il principio di sussidiarietà orizzontale può essere opportunamente valorizzato, come fattore di inclusione di tutti gli interessi rilevanti nella procedura di evidenza pubblica e, conseguentemente, di maggiore tenuta della procedura medesima⁷⁰.

È peraltro emerso nel corso della trattazione come anche la Corte dei conti abbia dato supporto a simili prospettazioni, nella misura in cui ha valorizzato le ipotesi di concessioni gratuite o agevolate come strumentali rispetto al perseguimento dei fini generali attribuiti agli enti.

Accogliendo questa impostazione, anche l'articolazione in due livelli di disciplina, provinciale e nazionale, non si rivela un limite, ma piuttosto un'occasione aggiuntiva per realizzare in modo più pieno la soddisfazione dei bisogni della comunità di riferimento.

⁶⁹ In questo senso, suscitano particolare interesse le proposte dettate in generale per il mercato dei contratti pubblici in S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 134 ss.

⁷⁰ Sul punto cfr. F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, 97 e ss., in part. 105.

SERVIZI SOCIALI E DISCIPLINA EUROPEA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Samuel Cornella

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Cenni essenziali sulla disciplina UE in materia di aiuti di Stato. 3. La nozione di impresa ai fini applicativi dell'art. 107 TFUE. 3.1. Nozione di impresa nel diritto della concorrenza e imprese no profit. 3.2. Nozione di impresa e caratterizzazione della sua attività come economica. 4. Il forte impatto sui servizi sociali della disciplina in materia di aiuti di Stato. 5. I SIEG nel diritto positivo europeo. 5.1. L'incerta definizione di SIEG e il ruolo delle amministrazioni nazionali. 5.2. I SIEG e l'applicabilità di regole sugli aiuti di Stato premiali per tale settore. 6. Obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato: la sentenza Altmark. 6.1. La difficile applicazione della sentenza Altmark e la sua relativa portata nel campo dei servizi sociali. 7. Servizi sociali e loro riconducibilità all'ambito dei SIEG. 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente contributo si propone di indagare se e in quali termini la disciplina di derivazione eurolunitaria sugli aiuti di Stato possa avere un impatto significativo nel campo dei servizi sociali, costituendo un limite regolatorio che le amministrazioni locali devono tenere in considerazione nei loro rapporti con i fornitori delle prestazioni, anche se appartenenti al Terzo settore.

In prima battuta, si indagherà se il campo dei servizi sociali e delle imprese no profit sia assoggettabile appieno alle regole europee in materia di concorrenza e aiuti di Stato.

In secondo luogo, si osserverà come i servizi sociali consistenti in un'attività economica possano essere qualificati, al ricorrere di determinate condizioni, quali servizi di interesse economico generale ("SIEG") da parte delle amministrazioni nazionali e locali, che godono di un ampio potere discrezionale nell'esercizio della propria potestà qualificatoria.

Infine, si cercherà di argomentare che i servizi sociali consistenti in un'attività economica, se ricondotti all'ambito dei SIEG, possono essere più liberamente sostenuti e finanziati dalle amministrazioni locali in conformità con il diritto eurounitario, a condizione che vengano rispettate le condizioni e formalità desumibili dalla disciplina europea sugli *State aids* nel settore dei SIEG approvata nel 2012.

2. Cenni essenziali sulla disciplina UE in materia di aiuti di Stato

Ai sensi dell'articolo 107 TFUE, che è direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, gli aiuti di Stato alle imprese sono generalmente in contrasto con il mercato comune (“principio di incompatibilità”).

Tale articolo dispone infatti che

sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi fra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza¹.

Il divieto di aiuti di Stato distorsivi della concorrenza si applica innanzitutto alle misure concesse in favore delle “imprese”.

Il concetto d'impresa è molto ampio e comprende ogni entità impegnata in un'attività economica consistente nello scambio di beni e servizi su un dato mercato, indipendentemente dal suo *status* giuridico o dal fatto che l'operatore economico persegua, o meno, un fine lucrativo (sul punto, cfr. *infra*).

Per essere considerate “aiuti” ai sensi dell'art. 107 TFUE, le misure statali che si pongano all'analisi dell'interprete devono soddisfare quattro condizioni cumulative, individuate ed elaborate nel corso del tempo

¹ L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P.J. SLOT, *EU State Aids*, London, 2012; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, London, 2009; L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid. WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford, 2009.

dalla prassi applicativa della Commissione europea e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia².

In primo luogo, gli aiuti di Stato devono comportare un “trasferimento di risorse di provenienza statale”, considerandosi tali anche le risorse appartenenti a organismi regionali e locali, ad autorità indipendenti e ad imprese pubbliche³.

In secondo luogo, l’aiuto di Stato deve implicare la concessione di uno specifico “vantaggio economico” per il beneficiario, tale da mitigare i normali oneri a carico del bilancio d’impresa.

La terza condizione si riferisce invece all’equilibrio tra i beneficiari della misura di aiuto e i loro concorrenti, sulla base di quello che viene definito il requisito della “selettività”. In altre parole, gli aiuti di Stato sono considerati tali se determinano una distorsione della concorrenza, favorendo “in modo selettivo” determinati beneficiari in luogo di altri.

A tale proposito, né l’ampio numero di società ammesse ad un dato aiuto, né la diversità e la dimensione delle parti interessate dalla misura medesima, possono fornire motivi per considerare che un’iniziativa statale sia una “misura generale” non rientrante nella nozione di aiuto, se sussistono comunque elementi di selettività.

Infine, come quarta e ultima condizione cumulativa, un aiuto di Stato deve determinare un “pregiudizio al commercio intracomunitario”.

La soddisfazione di tale condizione è relativamente agevole, poiché la giurisprudenza e la prassi della Commissione ritengono che gli effetti sul commercio siano effettivamente dimostrabili nel caso in cui un determinato mercato sia aperto alla concorrenza tra Stati, anche qualora il concreto beneficiario della misura non svolga un’attività transfrontaliera. Pertanto, tale condizione viene esclusa solo per attività molto locali e in casi limitati⁴.

² Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all’articolo 107, paragrafo 1 TFUE (2016/C 262/01).

³ CGUE, C-482/99, *France v. Commission «Stardust»*; TUE, T-358/94, *Air France v. Commission*; CGUE, C-248/84, *Germany v. Commission «North-Rhine Westphalia»*. CGUE, C-379/98, *Preussen Elektra*; CGUE, C-482/99, *France v. Commission*; TUE, T-358/94, *Air France v. Commission*.

⁴ *Ibidem*, T-358/94, par. 46.

Alla luce dei principi esposti, la nozione di aiuto di Stato assume una portata amplissima e trasversale ed è idonea ad includere le molteplici e diverse ipotesi di vantaggio selettivo distorsivo della concorrenza di cui possa beneficiare una data impresa.

Sono quindi aiuti di Stato ex art. 107 TFUE non solo i sussidi concessi in via diretta ad una data impresa nella forma di un contributo, ma anche per esempio le esenzioni o riduzioni di oneri finanziari che gravano sui bilanci della generalità degli operatori economici⁵.

Ne consegue che saranno considerati aiuti di Stato gli sconti fiscali selettivi riservati a determinate imprese, i prestiti di provenienza statale a condizioni particolarmente vantaggiose, le garanzie su crediti a condizioni di favore o le partecipazioni statali nel capitale di un dato operatore economico non in linea con una logica di mercato.

Parimenti, l'art. 107 TFUE potrà applicarsi all'acquisto di un'azienda o all'affitto di un terreno di proprietà pubblica, da parte di una data impresa o gruppo di imprese, ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato o, ancora, alla situazione opposta in cui una società venda o conceda in locazione beni allo Stato ottenendo un prezzo superiore a quello di mercato. Alla stessa stregua, potrà essere ricondotto all'art. 107 TFUE anche l'accesso privilegiato e selettivo a determinate infrastrutture pubbliche⁶.

⁵ K. BACON, *State aids and general measures*, in *Yearbook of European Law*, 1997, 269.

⁶ A. BIONDI, *State Aid is Falling Down, Falling Down: an analysis of the Case Law on the Notion of Aid*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1719.

CGUE, C-173/73, *Italy v. Commission*; CGUE, C-279/08, *Commission v. Netherlands*; CGUE, C-462/99, *Connect Austria*; CGUE, C-200/97, *Ecotrader*; CGUE, C-78/76, *Steinike & Weinlig*.

Si veda anche CGUE, C-345/02, *Pearle*; CGUE, C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. High Authority*; CGUE, cause riunite C-71/09, C-73/09 e C-76/09, *Comitato "Venezia vuole vivere" a.o. v. Commission*; CGUE, C-126/01, *GEMO*, p. 30; CGUE, C-39/94, *SFEI*.

3. La nozione di impresa ai fini applicativi dell'art. 107 TFUE

Sin dalle origini, i Trattati ed il diritto comunitario derivato non hanno fornito una generale ed astratta definizione di “impresa” ai fini applicativi della disciplina in materia di concorrenza e aiuti di Stato, giacché risultava difficile individuare una nozione unitaria che costituisse sintesi efficace di quelle presenti nei diversi sistemi giuridici nazionali.

Tale “vuoto normativo” ha richiesto alla Corte di giustizia di esercitare una funzione pretoria, per cui i giudici del Lussemburgo hanno individuato la nozione di impresa rilevante ai fini di applicazione delle regole in materia di concorrenza e aiuti di Stato sulla base di un approccio casistico e funzionale.

La prima nozione giurisprudenziale d'impresa a livello comunitario risale al caso *Mannesman*, ove la Corte di giustizia ha ritenuto impresa “il complesso di elementi personali, materiali e immateriali facenti capo ad un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di uno scopo economico”⁷.

Poste tali premesse, i giudici del Lussemburgo hanno precisato che rientra nella nozione di impresa “qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo status giuridico e dalla sua modalità di finanziamento”.

L'orientamento ermeneutico in parola costituisce il principio di un ampio ed oggi ben consolidato filone giurisprudenziale per cui gli elementi individuativi della sussistenza di un'impresa in relazione all'applicabilità della normativa in materia di concorrenza e aiuti di Stato sono: i) l'esercizio di un'attività economica sul mercato da parte di un determinato soggetto, a prescindere dalla sua forma giuridica; ii) l'indipendenza del soggetto che svolge tale attività.

Diviene quindi dirimente, ai nostri fini, determinare in che cosa consista l'esercizio di un'attività economica d'impresa.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha precisato che integra l'esercizio di un'attività economicamente rilevante “qualsiasi forma di partecipa-

⁷ CGUE, C-19/61, *Mannesman*.

zione agli scambi economici di beni e servizi, anche a prescindere dal perseguimento di uno scopo di lucro”.

In applicazione di tali principi e sull’assunto dell’irrelevanza della forma giuridica del soggetto esercente l’attività di rilevanza economica, sono state ritenute imprese pienamente soggette all’applicazione delle regole antitrust non solo le società di persone e capitali, ma anche le cooperative commerciali e agricole, i consorzi con attività interna ed esterna e persino gli enti di natura contrattuale senza personalità giuridica che svolgano attività di impresa per conto di società controllanti. Ancora, a determinate condizioni possono rientrare nella nozione comunitaria di impresa gli enti no profit, le società calcistiche, i comitati e persino le pubbliche amministrazioni organizzate in forma imprenditoriale⁸.

Tali principi sulla nozione di impresa sono stati stabiliti da una ricca giurisprudenza della Corte di giustizia prevalentemente riferita agli articoli 101 (*accordi anticoncorrenziali*) e 102 (*abuso di posizione dominante*) TFUE, ma applicabile, senza distinguo di sorta, anche alla disciplina dei Trattati in materia di aiuti di Stato⁹.

⁸ CGUE, C-57/69, *Materie coloranti*; CGUE, C-15/74, *Centrafarm Stering Drug*; CGUE, C-61/80, *Cooperatieve Stremselen Kleurselafabriek*; CGUE, C-118/85, *Commission/Italy*; CGUE, C-250/92, *Gottrup-Klim C. Dansk Landbruggs*; CGUE, C-41/90, *Höfner e Elser*; CGUE, C-35/96, *Commission/Italy*; CGUE, C-67/96, *Albany*; CGUE, C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*; CGUE, C-198/01, *Consorzio industrie fiammiferi v. AGCM*; CGUE, cause riunite C-204/00 P C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *A-alborg Portland*; ECJ, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*; GC, T-314/01, *Kooperatieve Verkoop*. Si vedano, inoltre, Decisione Commissione UE, 29 novembre 1985, *Stichting Certificatie Kraan* e Decisione Commissione UE, 17 dicembre 1980, *Vetro greggio Italia*.

⁹ TUE, T-433/08, *Freistaat Sachsen*, ove i giudici del Lussemburgo hanno precisato che «le nozioni di impresa ed attività economica sono identiche in tutti i settori del diritto della concorrenza, che si tratti di disposizioni rivolte alle imprese o agli Stati membri, dato che tutte tali disposizioni concorrono alla realizzazione di un solo obiettivo, cioè a quello di cui all’art. 3 lett. g) TCE consistente nella realizzazione di un regime che assicuri che la concorrenza non sia falsata sul mercato interno».

Con specifico riferimento agli aiuti di Stato, la Corte di giustizia ha inoltre precisato che

nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento. Costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato. A tal riguardo, da un lato, le modalità di finanziamento non sono rilevanti per stabilire se un soggetto eserciti un'attività economica e, dall'altro, la circostanza che ad un soggetto siano attribuiti taluni compiti di interesse generale non può impedire che le attività di cui trattasi siano considerate attività economiche¹⁰.

In definitiva, un'analisi della giurisprudenza in materia di concorrenza ed aiuti di Stato evidenzia il sussistere di una nozione "eurolunitaria" di impresa dotata di una propria autonomia concettuale e sistematica rispetto alle omologhe definizioni statali.

La definizione di impresa rilevante ai fini della normativa sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato è ben più ampia di quelle presenti negli Stati membri e risulta difficilmente riconducibile alle categorie ordinarie dei sistemi giuridici nazionali.

Ne consegue una nozione di tipo funzionale, finalizzata a garantire la più ampia ed effettiva applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, in linea con quello che in dottrina è stato definito il *multilateral approach* alla disciplina antitrust, per cui la stessa è stata, soprattutto in passato, applicata come strumento di supporto alla costruzione del mercato unico comunitario.

Giova infine annotare che le regole di concorrenza si estendono, per consolidata giurisprudenza, anche alle imprese pubbliche, intendendosi per tali

quelle imprese nei confronti delle quali i poteri pubblici possano esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante per ragioni

¹⁰ CGUE, C-17 e 20/61, *Kleochner-Werke AG Hoesch AG*; CGUE, C-41/1990, *Hoefner ed Elser*.

di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che le disciplina¹¹.

3.1. Nozione di impresa nel diritto della concorrenza e imprese no profit

Come si è avuto modo di precisare, la nozione di impresa rilevante ai fini dell'applicabilità degli artt. 101, 102 e 107 TFUE in materia di concorrenza e aiuti di Stato è una nozione che si estende anche ai soggetti *no profit*, che svolgano un'attività di impresa.

Nella prassi, tuttavia, gli operatori del Terzo settore argomentano spesso la necessità di non applicare il diritto della concorrenza e sugli aiuti di Stato ad enti che non perseguano fini di lucro, come se la specifica finalità d'impresa potesse in qualche misura esentare dalla portata precettiva della disciplina concorrenziale.

Quello che è un forte argomento di carattere sindacale e di senso comune non è, tuttavia, destinato a trovare accoglimento da parte della giurisprudenza comunitaria, della Commissione europea e delle autorità antitrust nazionali.

Argomentando sull'applicabilità della disciplina in materia di intese ad un ente *no profit*, la Corte di giustizia ha infatti osservato che

il solo fatto che la ricorrente non persegua un fine di lucro non priva l'attività che essa svolge della sua natura economica, poiché questa può dar luogo a comportamenti che le norme sulla concorrenza intendono reprimere¹².

Poste tali premesse, la Corte ha considerato come impresa un soggetto giuridico che gestiva un regime di assicurazione per la vecchiaia,

¹¹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017.

¹² CGUE, C-174/97, *FFSA*, par. 21, secondo cui «il solo fatto che la CCMSA non persegua un fine di lucro non priva l'attività che essa svolge della sua natura economica, poiché (...) questa può dar luogo a comportamenti che le norme sulla concorrenza intendono reprimere». Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs relative alla causa C-218/00, *Cisal* (sentenza 22 gennaio 2002, Racc. pag. I-691), al cui par. 71 si precisa che «la questione basilare è se l'ente si trovi in una posizione tale da generare gli effetti che le norme sulla concorrenza cercano di impedire».

facoltativo ed integrativo rispetto ad un connesso regime obbligatorio, sulla base del principio di capitalizzazione (e quindi impostando il regime previdenziale sulla base dei contributi raccolti dagli aderenti al regime medesimo).

Sul punto, è interessante fare riferimento alla nuova formulazione dell'articolo 3 del Trattato di Lisbona per cui, tra gli obiettivi dell'UE, vi è quello di adoperarsi

per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente.

Tale formulazione degli obiettivi generali dell'Unione è stata ritenuta utile per argomentare un'applicazione alleggerita della disciplina di concorrenza agli enti del Terzo settore, nella misura in cui, per la prima volta dai trattati fondativi, non si menziona la concorrenza tra gli obiettivi dell'Unione europea.

Il riferimento alla *free competition* è infatti stato sostituito con quello, di alto valore ideale, “ad un'economia sociale di mercato”, portando taluni ad argomentare un affievolimento della centralità del principio di concorrenza nell'ordinamento europeo.

Al proposito, è tuttavia necessario annotare che la concorrenza viene indicata, al medesimo art. 3 TUE, fra le competenze esclusive dell'UE.

In aggiunta, l'art. 119 TFUE richiede una politica economica dell'Unione che sia condotta conformemente ad “un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”, mentre il protocollo 27 del Trattato dispone che il mercato interno comprende un sistema volto ad assicurare che “la concorrenza non sia falsata”, aggiungendo che l'UE si impegna ad adottare tutte le misure necessarie a tal fine.

Peraltro, il dibattito circa gli obiettivi dell'Unione che – nella fase di redazione del Trattato di Lisbona – ha visto contrapporsi i fautori di un'Europa (più) sociale rispetto ai promotori di un'Europa (più) liberista, non sembra destinato ad avere riscontri operativi e pratici rispetto all'applicazione delle regole in materia di concorrenza e aiuti di Stato.

La Corte di giustizia ha infatti precisato con chiarezza che la nuova formulazione dell'art. 3 e la diversa collocazione dei riferimenti alla concorrenza nell'ambito del Trattato di Lisbona non ne alterano la piena (e per certi versi pervasiva) valenza sistematica all'interno dell'ordinamento giuridico eurounitario¹³.

Nello stesso senso appare particolarmente esplicativo il caso *Commissione c. Italia*, ove la Corte ha ricordato

il carattere fondamentale delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza, e in particolare di quelle relative agli aiuti di Stato, che sono espressione di uno dei compiti fondamentali affidati all'Unione europea. [...] A tale proposito, il recupero di aiuti incompatibili con il mercato comune è diretto a eliminare la distorsione di concorrenza provocata dal vantaggio concorrenziale di cui il beneficiario di tale aiuto gode sul mercato rispetto ai suoi concorrenti, ripristinando così la situazione anteriore al versamento di detto aiuto¹⁴.

3.2. *Nozione di impresa e caratterizzazione della sua attività come economica*

La disciplina sugli aiuti di Stato, come si è visto, viene in rilievo solo qualora si verta di un'"impresa beneficiaria" che svolga un'attività di carattere economico.

Per chiarire la distinzione tra attività economiche e non economiche, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi su un dato mercato costituisce, in linea di principio, un'attività economica.

La questione se esista o meno un mercato per determinati servizi può dipendere dal modo in cui gli stessi sono organizzati nello Stato membro interessato e può quindi variare a livello nazionale.

La qualificazione di una determinata attività può inoltre mutare nel tempo, in funzione di scelte politiche o di sviluppi economici: quella che oggi non è un'attività economica può diventarlo in futuro e viceversa.

¹³ CGUE, C-52/09, *Telia Sonera*.

¹⁴ CGUE, C-348/93, *Commissione/Italia*, par. 27.

La giurisprudenza ha inoltre precisato che la decisione di un'autorità pubblica di non permettere a terzi di svolgere un determinato servizio (ad esempio perché desidera prestare il servizio in proprio), non esclude l'esistenza di un'attività economica.

Infatti, indipendentemente da un ipotetico intervento regolatorio di chiusura del mercato, un'attività economica può ben esistere se uno o più operatori siano disposti a fornire il servizio nel mercato interessato e risultino in grado di prestare l'attività.

Alla stessa stregua, in linea generale, il fatto che un particolare servizio sia prestato in proprio dalle autorità pubbliche non incide sulla natura economica dell'attività.

Poiché, come accennato, la distinzione tra attività economiche e non economiche dipende in una certa misura dalle scelte politiche e dagli sviluppi economici dei singoli Stati membri, che sono fortemente variabili e condizionati dai diversi contesti locali, non è possibile redigere in questa sede un elenco esaustivo di attività che a priori non presentano mai carattere economico.

Tanto premesso, l'art. 107, par. 1, del Trattato non si applica se lo Stato agisce «esercitando il potere d'imperio» o se gli enti pubblici agiscono «in veste di pubblica autorità».

A tale riguardo, si considera che un soggetto agisca esercitando un potere d'imperio qualora l'attività in questione rientri nelle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme specifiche alle quali è soggetta.

In linea di principio, quindi, le attività che fanno intrinsecamente parte delle prerogative dei pubblici poteri¹⁵ e che sono svolte dallo Stato non costituiscono attività economiche, a meno che lo Stato membro interessato abbia deciso di introdurre meccanismi di mercato¹⁶.

¹⁵ Trattasi, ad esempio, delle forze armate o di pubblica sicurezza; della sicurezza e del controllo della navigazione aerea e del traffico marittimo; della sorveglianza contro l'inquinamento; dell'organizzazione, finanziamento e esecuzione delle sentenze di reclusione; della valorizzazione e del rilancio di terreni pubblici da parte delle pubbliche autorità; della raccolta di dati da utilizzare a fini pubblici basata su un obbligo legale di dichiarazione imposto alle imprese interessate.

¹⁶ Decisione della Commissione, 7 dicembre 2011, SA.32820 (2011/NN), *Forensic Science Services* CGUE, C-364/92, *SAT/Eurocontrol*; CGUE, C-113/07, *Selex Sistemi*

Ferma restando l'esclusione delle funzioni di imperio dal novero delle attività economiche, residuano altre attività, come per esempio quelle culturali e sanitarie o i regimi di sicurezza e previdenza sociale, che possono assumere la connotazione di attività economica o meno a seconda dei casi e che dovranno pertanto essere valutate dall'interprete di volta in volta.

L'assunzione del rilievo economico varia, infatti, sulla base di come una data attività sia concretamente organizzata, operi e venga finanziata.

Il distinguo tra attività economica e non economica non è, chiaramente, di poco momento.

È infatti evidente che, nel caso in cui si verta di un'attività economica, il soggetto esercente tale attività sarà assoggettato alla disciplina in materia di concorrenza e aiuti di Stato, così come alla disciplina in materia di mercato interno e appalti pubblici.

Per contro, nel caso in cui l'attività non sia a carattere economico, l'ente che la esercita sfuggirà all'applicazione del plesso normativo che i Trattati hanno predisposto in materia di concorrenza e aiuti di Stato.

Per limitarci ad un solo esempio pratico, i regimi di sicurezza sociale possono essere considerati come attività di natura economica o meno, a seconda di come gli stessi vengano strutturati sotto il profilo organizzativo e operativo¹⁷.

Nella sostanza, la giurisprudenza distingue infatti tra regimi basati sul principio di solidarietà e regimi basati sul principio di capitalizzazione.

I regimi di sicurezza sociale basati sul principio di solidarietà, che non comportano un'attività economica, prevedono di solito l'iscrizione

Integrati/Commissione. Decisione della Commissione, 16 ottobre 2002, *Belgio – Sovvenzioni alle amministrazioni portuali*; CGUE, C-343/95, *Calì & Figli*. Decisione della Commissione, 19 luglio 2006, *Lituania: Assegnazione di sovvenzioni alle imprese di Stato responsabili dei penitenzieri*, punto 12. Decisione della Commissione, 27 marzo 2014, relativa all'aiuto di Stato SA.36346 - *Germania* - GRW CGUE, C-138/11, *Compass-Datenbank*, punto 40.

¹⁷ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, TFUE (2016/C 262/01), 19.

obbligatoria al regime e il fine esclusivamente sociale perseguito dallo stesso.

Coerentemente, il regime non ha per solito scopo di lucro e le corrispondenti prestazioni risultano autonome rispetto agli effettivi contributi versati dagli utenti.

Per contro, i regimi di sicurezza sociale che implicano un'attività economica si contraddistinguono per l'iscrizione facoltativa e per il loro funzionamento sulla base del principio di capitalizzazione.

In altri termini, le prestazioni dovute e invocabili nell'ambito del regime dipendono dall'ammontare degli effettivi contributi versati e dai risultati finanziari dello stesso, che persegue, in questo modo, uno scopo di lucro¹⁸.

Ulteriormente, i regimi a struttura economica sono solitamente dei regimi facoltativi che si aggiungono, in funzione integrativa, a regimi a obbligatori.

4. Il forte impatto sui servizi sociali della disciplina in materia di aiuti di Stato

L'amplessima nozione di impresa maturata nell'ambito della *competition law* europea e la portata pervasiva del concetto di attività economica come tratto distintivo per invocare l'applicabilità delle regole in materia di appalti, concorrenza e aiuti di Stato riguarda in modo rilevante anche il settore dei servizi sociali.

Salvo caso isolati, tali servizi sono infatti destinati ad assumere natura economica, con la conseguenza che i soggetti chiamati a fornirli saranno assoggettati alle regole di concorrenza e mercato interno.

¹⁸ CGUE, C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*; CGUE, C-218/00, *Cisal e INAIL*; CGUE, C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*; CGUE, C-244/94, *FFSA e altri*; CGUE, C-67/96, *Albany*; CGUE, da C-115/97 a C-117/97, *Brentjens*; CGUE, C-219/97, *Drijvende Bokken*; CGUE, C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e altri*; CGUE, C-115/97 a C-117/97, *Brentjens*.

Come ha osservato di recente il Consiglio di Stato¹⁹, infatti,

ai fini del diritto euro-unitario l'impresa è un concetto non normativo ma, per così dire, naturalistico, attenendo ad ogni fenomeno oggettivamente economico [...]. L'ascrizione, ai fini euro-unitari, della natura imprenditoriale ad ogni attività di intrinseco rilievo economico incontra le sole esclusioni esplicitamente previste dallo stesso diritto euro-unitario, che, concretando disposizioni eccezionali, sono da interpretarsi in forma tassativa [...]²⁰.

Tale attrazione dei servizi sociali nell'ambito delle attività economiche soggette alla disciplina in materia di appalti e concorrenza, è stato osservato, trova una solida base normativa nelle nuove Direttive sui contratti pubblici approvate nel 2014²¹.

Infatti, mentre le previgenti direttive n. 17 e 18/2004 escludevano in via quasi totalitaria i servizi sociali dal proprio ambito applicativo, le nuove direttive del 2014 sono considerate applicabili anche all'ambito dei "servizi sociali"²², sebbene il legislatore europeo abbia riconosciuto il carattere peculiare di tali servizi, per un verso individuando una soglia di rilevanza comunitaria innalzata e specifica e, per altro verso, introducendo in materia un apposito regime alleggerito²³.

¹⁹ Cons. Stato, parere 20 agosto 2018, n. 2052.

²⁰ È il caso, ad esempio, del servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, che l'art. 17, lett. h), del Codice dei contratti pubblici (in aderenza al considerando n. 28 della direttiva 2014/24/UE) esclude dall'applicazione delle disposizioni in esso dettate: tale tipologia di servizio, pertanto, è liberamente articolabile in sede nazionale (cfr. in proposito, l'art. 57 del Codice del terzo settore), fermo il rispetto dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici.

²¹ S. ARROWSMITH, *The New EU Procurement Directives: Part I*, in *Public Procurement Law Review*, 3, 2014 e, per ulteriori riferimenti bibliografici, A. MAGLIARI, in *questo Volume*.

²² In termini generali, si veda il seppur risalente contributo di S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009.

²³ S. SMITH, *Articles 74 to 77 of the 2014 Public Procurement Directive: The New "Light Regime" for Social, Health and Other Services and a New Category of Reserved Contracts for Certain Social, Health and Cultural Services Contracts*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 159.

Tanto premesso, è comunque chiaro che si è passati da un regime di sostanziale esclusione ad uno di inclusione, seppure alleggerito, con tutte le conseguenze del caso.

Come è stato osservato, si è in tal modo palesata

la sottesa *mens legis* tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello *de quo*, prima lasciato ai decisori nazionali.

Di regola, dunque, l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario²⁴.

La progressiva attrazione dei servizi sociali nel campo applicativo della disciplina di mercato, combinata con l'ampiezza e pervasività delle connesse nozioni di impresa ed attività economica, da un lato, e con la sempre più estesa nozione di aiuto di Stato, dall'altro, ci portano ad osservare che le regole derivanti dall'art. 107 TFUE e dalla relativa disciplina di attuazione sono straordinariamente impattanti rispetto al settore dei servizi sociali.

Nel momento in cui tali servizi sono infatti considerati come svolti da un'impresa impegnata nell'esercizio di un'attività economica, il prestatore di servizi non potrà ricevere aiuti di Stato distorsivi della concorrenza, a meno che gli stessi: i) non siano espressamente autorizzati dalla Commissione europea secondo il disposto dell'art. 109 TFUE; ii) non rientrino nello spettro applicativo del Regolamento *de minimis*; iii) non siano coperti dal Regolamento generale di esenzione rispetto all'art. 107 TFUE.

Le menzionate "valvole di sfogo" non sono spesso però sufficienti a garantire un adeguato supporto pubblicistico rispetto al settore dei servizi sociali.

Ciò risulta particolarmente evidente con riferimento alla disciplina sugli aiuti *de minimis* che, sintetizzando qui un discorso che meriterebbe ben altra trattazione, permette la concessione di aiuti alle imprese senza l'obbligo di notifica degli stessi alla Commissione quando l'im-

²⁴ CDS, parere 20 agosto 2018, n. 2052.

porto dell'aiuto – o il cosiddetto equivalente sovvenzione lordo – non ecceda l'ammontare massimo di 200.000 euro su tre esercizi finanziari.

Al di sotto di tale ammontare, infatti, il legislatore europeo ritiene che il riverbero degli aiuti sulle dinamiche di mercato interno sia così fievole da non causare un effettivo impedimento alle dinamiche del commercio transfrontaliero.

Come osservano tuttavia gli operatori di settore, e di sovente le stesse amministrazioni concedenti le misure di aiuto, il massimale *de minimis* ordinario risulta spesso di modestissima entità rispetto alle necessità finanziarie e di supporto in cui incorrono le imprese chiamate a rendere un servizio sociale.

Sotto diverso profilo, anche il Regolamento generale di esenzione appare poco confacente rispetto alla necessità di permettere un effettivo supporto pubblico rispetto alle attività riconducibili al novero dei servizi sociali.

Il Regolamento generale di esenzione prevede infatti che specifiche e determinate misure di aiuto siano esentate dall'obbligo di notifica alla Commissione, e quindi concedibili, se rientranti nella lista delle misure esentate e se rispondenti a determinate intensità massime di aiuto (da esprimersi in una percentuale rispetto a specifici costi ammissibili regolati dal Regolamento generale di esenzione) entro importi massimi concedibili.

Al riguardo, giova osservare che il Regolamento generale di esenzione ha segnato un vero e proprio salto di qualità rispetto all'originaria disciplina sugli aiuti, giacché con l'approvazione dei primi regolamenti di esenzione si è progressivamente passati da una legislazione sugli aiuti di Stato *per divieti* ad una legislazione *che seleziona determinate misure e ne autorizza la concessione* al ricorrere di determinate *condizioni*.

In altri termini, come ha osservato la miglior dottrina, il legislatore europeo passa dal precludere determinate misure di supporto al tratteggiare veri e propri "accenni di politica industriale", che si sostanziano nel permettere la concessione di determinati aiuti a livello statale in deroga al generale divieto ex art. 107 TFUE²⁵.

²⁵ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017.

Un'analisi del testo del Regolamento generale di esenzione dimostra tuttavia, a parere di chi scrive, come le esenzioni connesse siano improntate ad una logica di politica industriale e di incentivo a specifiche condotte di impresa, che mal si concilia con la logica di politica sociale a forte caratterizzazione locale che connota invece i servizi sociali (riconosciuta *expressis verbis* anche dalla Commissione)²⁶.

Ecco allora che il settore dei servizi sociali, per sfuggire alle strette maglie delle regole ordinarie sugli aiuti di Stato, dovrebbe a nostro parere essere ricondotto, ove possibile e nei limiti di cui si dirà nel prosieguo, al settore dei servizi di interesse economico generale, che prevede una disciplina sugli aiuti di Stato premiale rispetto alle regole stringenti descritte sino ad ora.

5. I SIEG nel diritto positivo europeo

I servizi di interesse economico generale (d'ora in poi "SIEG") sono uno dei temi più dibattuti del diritto europeo, tanto che il concetto di SIEG, inizialmente utilizzato dall'art. 86 del TCE, risulta oggi centrale anche a livello nazionale accostandosi alla tradizionale nozione nazionale di servizio pubblico²⁷.

²⁶ Sul punto si veda il Considerando n. 114 della Direttiva n. 24/2014, per cui "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".

²⁷ Per una rapida ed esaustiva esposizione delle diverse posizioni emerse in dottrina in tema di servizi pubblici – in particolare con riferimento al fronteggiarsi di una concezione soggettiva e di una concezione oggettiva di servizio pubblico – si rinvia a R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 967.

La ragione dell'interesse per i SIEG risiede nella necessità di raggiungere, in questo campo, un delicato equilibrio di regole e principi che contemperino le esigenze pubblicistiche di universalità, qualità e controllo dei costi del servizio, da un lato, e l'applicazione delle regole di concorrenza e sugli aiuti di Stato, dall'altro.

I molteplici interessi che accompagnano l'inquadramento normativo dei SIEG sono riscontrabili nel disposto del Trattato di Lisbona, che si propone di fornire un primo assetto regolatorio della materia attraverso previsioni generali la cui declinazione concreta viene rimessa all'interprete.

L'art. 14 TFUE qualifica i SIEG come valori comuni dell'Unione volti alla promozione della coesione sociale e territoriale, richiedendo agli Stati membri di provvedere affinché i gestori di tali servizi operino in condizioni che permettano loro di compiere la propria missione.

Per altro verso, l'art. 106 TFUE dispone che al settore dei SIEG si applicano le norme comunitarie in materia di concorrenza, pur nei limiti in cui tale applicazione non osti all'adempimento della specifica missione ad essi affidata.

Inoltre, i SIEG sono oggi espressamente richiamati anche dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – dotata, come noto, di valore giuridico pari a quello dei Trattati – che ne riconosce la valenza ed il ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale all'interno dell'UE²⁸.

Le disposizioni del Trattato si propongono di individuare un compromesso tra la libertà degli Stati membri di perseguire fondamentali obiettivi di interesse pubblico correlati ai SIEG ed il rischio che l'azione statale alteri la concorrenza sul mercato interno.

Si perviene così ad un assetto che è stato definito di “concorrenza contingentata”, in cui l'azione imprenditoriale del gestore dei SIEG non è determinata solo dalle dinamiche di mercato, ma rimane almeno in

²⁸ E. SZYSZCZAK, *Article 36: Access to Services of General Economic Interest*, in C.H. BECK (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford, 2014, 969.

parte collegata e funzionalmente vincolata alla disciplina propria del servizio pubblico²⁹.

Ne consegue il posizionamento dei SIEG su un ideale crocevia tra regole finalizzate a rimediare i fallimenti del mercato a beneficio del singolo e regole volte a garantire che tale settore non sia assoggettato, di converso, ai fallimenti dello Stato conseguenti alla concessione di aiuti distorsivi della concorrenza³⁰.

Tanto premesso, è agevole comprendere come la legislazione in materia di SIEG sia considerata un banco di prova per determinare nel concreto le diverse sfere di azione dello Stato e del mercato, con i due ambiti che, a seconda delle differenti fasi storiche e dei diversi contesti di riferimento, ampliano o riducono la propria sfera d'influenza reciproca in un quadro mutevole.

5.1. L'incerta definizione di SIEG e il ruolo delle amministrazioni nazionali

Nell'ordinamento europeo, si ritrovano diversi riferimenti a quelli che nell'ordinamento interno sono tradizionalmente definiti "servizi pubblici" e "servizi pubblici locali".

Tra questi, i passaggi più significativi riguardano i servizi di interesse generale ("SIG"), i servizi di interesse economico generale ("SIEG") e i servizi sociali di interesse generale ("SSIG").

²⁹ In tal senso, F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, 11, 2012.

³⁰ F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Unione europea*, 2006, 453 ss., per cui «è innegabile che vi sia una tendenza a comprimere le libertà economiche nel settore dei SIEG».

Sul punto, cfr. anche G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflesso dogmatico e regole del mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219, per cui «la mancanza di una formula prescrittiva che ne tracci la disciplina contribuisce a consegnare l'esistenza della categoria dei servizi di interesse economico generale ad una dimensione fluttuante, sospesa a metà tra le scelte della politica e le dinamiche del mercato». In argomento, anche G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 40 ss.

I SIG si qualificano come la categoria più ampia e generale, che include le altre due (SIEG e SSIG) secondo uno schema che può essere efficacemente descritto come composto di tre cerchi: il primo, più grande, contiene gli altri due, concentrici e di minori dimensioni.

I due cerchi più piccoli restano in larga parte distinti, ma presentano una residuale area di intersezione, giacché molti servizi sociali possono avere un contenuto economico e quindi rientrare anche nell'ambito dei SIEG.

Pur interamente dedicato ai SIG, il protocollo n. 26 del TFUE non ne fornisce una definizione, che risulta assente anche nel disposto ordinario del medesimo Trattato e nel diritto europeo derivato.

I profili ricostruttivi dell'istituto sono stati quindi tratteggiati dalla giurisprudenza e dalla Commissione europea, che ne hanno guidato lo sviluppo per approssimazioni successive, precisando innanzitutto che si tratta di servizi considerati di interesse generale dalle autorità statali – a livello centrale o locale – ed assoggettati ad obblighi di servizio pubblico³¹.

La richiamata dimensione sia statale che locale dei SIG ne riconosce la pluralità di livelli di organizzazione e gestione posto che, come noto, questi possono essere istituiti e resi ai diversi livelli di *governance* territoriale in cui gli Stati membri si articolano.

L'ampia nozione di SIG include, come detto, sia servizi privi di contenuto economico, che quella parte di servizi consistente in attività economiche.

I primi non sono soggetti ad una specifica disciplina europea, né alle norme del trattato riguardanti il mercato interno e la concorrenza, ancorché taluni loro aspetti organizzativi possano essere assoggettati ad

³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa», 2011. Sulla distinzione fra le diverse tipologie di servizi di interesse generale, si rinvia al *Documento di lavoro dei servizi della Commissione*, «Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno», Bruxelles, 24 aprile 2013.

altre più generali norme del TFUE, come quelle che fondano il principio di non discriminazione su base statale.

Di converso, ai servizi di interesse generale con contenuto economico (e quindi SIEG) si applicano le regole poste a tutela del mercato interno e la disciplina in materia di concorrenza, pur con i limiti di cui all'art. 106 TFUE.

Muovendo dal disposto degli artt. 14 e 106 TFUE, la giurisprudenza ha precisato che i SIEG sono attività economiche funzionali all'interesse pubblico, che non sarebbero svolte in assenza di un intervento statale o che sarebbero svolte a condizioni meno favorevoli in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento e accesso universale³².

Caratteristica fondamentale e distintiva dei SIEG è quella per cui sui fornitori di tali servizi incombono specifici obblighi di servizio pubblico ("OSP"), che i meccanismi di mercato potrebbero non garantire in quanto non redditizi.

In altri termini, come osserva la migliore dottrina, l'imposizione di OSP al soggetto incaricato surroga l'intervento diretto della mano pubblica in settori che, per la loro importanza strategica e i plurimi interessi in gioco, non possono essere completamente lasciati all'affermarsi delle forze di mercato³³.

Sotto il profilo funzionale, la Corte di giustizia ha ulteriormente qualificato i SIEG come servizi che presentano caratteri specifici e di pubblica rilevanza rispetto alle altre attività economiche.

La relazione di funzionalità diretta dei SIEG rispetto a un più ampio novero di diverse attività economiche è ben sintetizzata dalla sentenza

³² CGUE, C-179/9, *Merci convenzionali porto di Genova*. CGUE, C-266/96, *Corsica Ferries France Sa*. È stato ritenuto un SIEG anche il servizio reso da un'impresa che gestisce il più importante sbocco fluviale dello Stato a cui appartiene (CGUE, C-10/71, *Muller*).

Si consideri che la Corte di giustizia ha incluso nella categoria dei SIEG anche il servizio nautico di vigilanza ambientale con costi a carico dei vettori marini (CGUE, C-343/95, *Diego Cali e figli*). Molto più intuitivamente sono stati ricondotti all'ambito dei SIEG i servizi riguardanti la salute e l'attività sanitaria (TUE, T-289/03, *BUPA*).

³³ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi servizi pubblici"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 945.

*Corsica Ferries*³⁴, ove l'opera degli ormeggiatori portuali è stata ascritta all'ambito dei SIEG in quanto gli stessi sono vincolati a prestare, in ogni momento e a qualsiasi utente, un servizio universale correlato ad esigenze di sicurezza delle acque.

Poste tali premesse generali, che mettono a fuoco almeno i tratti salienti dei SIEG, è necessario ribadire che è difficile individuarne una definizione univoca e precisa dacché la stessa, per sua natura elastica, può variare a seconda del contesto specifico, degli sviluppi tecnologici e, più in generale, dell'assetto dei rapporti fra Stato e mercato.

Per tutte queste ragioni, le amministrazioni statali godono di una considerevole discrezionalità nella definizione dei SIEG, fatti salvi i limiti espressamente posti dalla legislazione comunitaria in determinati settori.

Peraltro, anche l'intervento della legislazione europea in materia non è a propria volta del tutto libero, ma dovrà tenere conto delle competenze specificamente devolute dai Trattati all'intervento delle istituzioni europee e dei canoni di proporzionalità e sussidiarietà³⁵.

Quest'ultimo principio, in particolare, sembra *prima facie* destinato a giocare un ruolo di "filtro" rispetto all'influenza comunitaria in un settore fortemente soggetto alle scelte della politica nazionale e alla disponibilità di risorse finanziarie statali.

Una funzione di garanzia, quella richiamata, che si sostanzia nel controllo riservato alla Commissione e alla Corte di giustizia su eventuali errori manifesti delle autorità statali nella qualificazione di una data attività come SIEG³⁶.

³⁴ CGUE, C-266/96, *Corsica Ferries France Sa*.

³⁵ Nei settori armonizzati a livello europeo quali telecomunicazioni, poste ed energia, si ritiene che gli interessi generali siano già stati presi in considerazione dal legislatore dell'Unione.

In questi ambiti, il margine di manovra degli Stati membri risulta quindi ridotto e non può contrastare con le regole di armonizzazione europee. Cfr. anche B. SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcun fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 577.

³⁶ Si vedano al riguardo TUE, T-17/02, *Fred Olsen* e TUE, T-289/03, *BUPA*. Quanto al test sull'errore manifesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia e la prassi della Commissione hanno fornito alcune indicazioni. Per esempio, è stato ritenuto errore manifesto qualificare come SIEG le operazioni portuali di imbarco, sbarco e in

5.2. I SIEG e l'applicabilità di regole sugli aiuti di Stato premiali per tale settore

Differentemente da quanto accade per le attività non economiche rientranti nell'ampio ambito dei SIG, il settore dei SIEG è assoggettato alle regole in materia di concorrenza e aiuti di Stato (artt. 101, 102 e 107 TFUE) in quanto le corrispondenti attività sono svolte da imprese che scambiano beni e servizi sul mercato.

Come abbiamo visto, le regole sugli aiuti di Stato in materia di SIEG possono riguardare da vicino anche il settore dei servizi sociali giacché, per un verso, le attività corrispondenti hanno di sovente natura economica e, per altro verso, le amministrazioni locali hanno facoltà di qualificare i servizi sociali come SIEG al ricorrere di determinate condizioni.

Al fine di trovare un adeguato compromesso fra logica di mercato e intervento pubblico in economia, la disciplina sugli aiuti di Stato applicabile ai SIEG prevede alcune specifiche deroghe rispetto al quadro normativo preordinato all'attuazione delle regole sugli aiuti di Stato nei "settori ordinari".

Tali deroghe trovano la propria ragione giustificativa nell'interesse pubblico legato al settore dei servizi di interesse economico generale, che ammette incentivi statali maggiori rispetto a quelli concessi in altri comparti, e nella connessa esigenza di garantire che gli OSP assunti dal gestore siano sì compensati, ma nel rispetto di canoni di necessità e proporzionalità.

Una compensazione eccessiva potrebbe infatti distorcere le dinamiche di mercato, favorendo indebitamente il gestore incaricato, con pregiudizio sia dei concorrenti già presenti sul mercato che di quelli potenzialmente entranti.

genere di movimentazione di merci in quanto prive del carattere di servizi dotati di un interesse economico generale con caratteri specifici diversi rispetto ad altre attività. Parimenti, costituisce errore manifesto inserire attività di pubblicità, commercio elettronico e utilizzo di numeri speciali in giochi a premi nella categoria dei SIEG relativi al servizio pubblico audiovisivo. Ancora, non sono SIEG i servizi a banda larga dedicati soltanto a parchi di imprese di cui non beneficiano tutta la popolazione.

La Commissione ha disciplinato il tema degli aiuti di Stato ai gestori di SIEG nel 2012 attraverso un pacchetto di quattro atti, che ha sostituito il precedente quadro di riferimento (risalente al 2005), perseguendo obiettivi di chiarificazione della disciplina, cristallizzazione della giurisprudenza della Corte di giustizia e semplificazione degli oneri amministrativi legati all'*enforcement* per gli aiuti di importanza minore (*de minimis*)³⁷.

E proprio con riferimento al nuovo Regolamento *de minimis* n. 360 del 2012, è possibile trovare un primo e concreto riscontro rispetto alla precedente affermazione circa il maggior *favor* che il diritto europeo mostra per la predisposizione di incentivi statali nel settore dei SIEG, rispetto ai settori ordinari.

Più in particolare, il Regolamento n. 360/2012 ritiene non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE – e quindi non soggetti all'obbligo di notifica alla Commissione – gli aiuti concessi ad imprese per la fornitura di servizi di interesse economico generale che non superino l'importo di 500.000 euro su tre esercizi finanziari.

Il massimale *de minimis* nell'ambito dei SIEG risulta quindi più che raddoppiato rispetto al massimale di cui alla disciplina generale, che è come noto pari a 200.000 euro da rendersi parimenti in tre esercizi finanziari.

Nel caso in cui l'aiuto non sia concesso attraverso una sovvenzione in denaro, sarà necessario convertire i benefici conseguenti dalle misure

³⁷ Il c.d. pacchetto *Almunia* si compone dei seguenti atti: i) Regolamento UE della Commissione, 25 aprile 2012, n. 360, relativo all'«applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore (“*de minimis*”) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale»; ii) Decisione della Commissione del 20 dicembre 2011 riguardante «l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» (2012/21/UE); iii) Comunicazione della Commissione sull'«applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale» (2012/C 8/02); iv) Comunicazione della Commissione sull'«applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale».

di aiuto in “equivalente sovvenzione lordo”, attualizzando gli aiuti resi in più quote al loro valore nel momento della concessione.

La scelta di politica legislativa che esclude dalla nozione di aiuto gli importi non superiori a 500.000 euro resi ai gestori di SIEG si basa, per un verso, sulla considerazione che le imprese attive in tali settori incorrono in costi aggiuntivi connessi alle finalità pubblicistiche perseguite a tutela del singolo in un’ottica solidaristica.

Per altro verso, essa trova giustificazione nella constatazione che la prestazione di tali servizi ha solitamente una portata territoriale limitata, incidendo in maniera ridotta sulle dinamiche del mercato interno ed esulando quindi della nozione di aiuto di Stato ex art. 107 TFUE.

Tanto premesso al fine di fondare l’assunto per cui le regole degli aiuti di Stato trovano un’applicazione peculiare e dedicata nel campo dei SIEG, nel prosieguo ci si concentrerà sul tema di maggiore interesse ai fini della presente trattazione, ovvero quello della compensazione degli obblighi di servizio pubblico.

Tale tematica risulta di primaria importanza sia sotto il profilo scientifico che dal punto di vista pratico, posto che la compensazione degli OSP costituisce un utile ambito di riscontro per verificare quali sono i limiti che il diritto europeo impone all’intervento degli Stati membri in settori strategici sia in una prospettiva di sviluppo economico, che in un’ottica di tutela dei bisogni del singolo.

6. Obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato: la sentenza Altmark

Come si è precisato, la qualificazione di una determinata attività quale SIEG comporta l’imposizione di specifici obblighi di servizio pubblico (“OSP”) a carico dell’impresa incaricata e chiamata a rendere prestazioni che non verrebbero spontaneamente rese dal mercato o che verrebbero fornite a costi eccessivi e a condizioni troppo gravose.

Tali prestazioni possono essere compensate dallo Stato in quanto rese secondo criteri antieconomici, ma la compensazione deve rispettare i limiti e le condizioni posti dalla disciplina europea sugli aiuti di Stato qui rilevante, almeno a parere di chi scrive, più come legislazione a tu-

tela del mercato interno e della sua omogeneità, che come “disciplina di concorrenza applicabile agli Stati membri”.

In merito alla qualificazione giuridica delle compensazioni per OSP, in dottrina e giurisprudenza si sono inizialmente contrapposti due diversi approcci.

Un primo orientamento qualifica aprioristicamente le misure compensatorie come aiuti di Stato riconducibili alla disciplina di cui agli artt. 107 e ss. TFUE (criterio dell’aiuto di Stato)³⁸.

Un secondo e diverso approccio ermeneutico muove invece dalla premessa per cui si è in presenza di un aiuto di Stato soltanto laddove un’impresa privata consegua dalla compensazione un vantaggio di derivazione pubblicistica rispetto alle altre imprese (criterio della compensazione)³⁹.

³⁸ TUE, T-106/95, *FFSA*, 1007; TUE, T-46/97, *Sociedade Independente de Comunicacao*, 2000; CGUE, C-332/98, *Celf*, 2000. Nel medesimo senso di ritenere necessaria la notifica alla Commissione, si veda CGUE, C-295/97, *Banca Exterior de Espana*.

³⁹ Il c.d. *State Aid Approach* è stato in prima battuta adottato anche dalla Commissione europea nella Comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa del 19 gennaio 2002. Si vedano anche Decisione, 12 maggio 1998, *Credit Mutuel* e Decisione, 21 agosto 1999, *Kinderkanal Phoenix*.

In tal senso, anche le conclusioni dell’allora Avvocato generale Tizzano nel caso *Ferring*, per cui «l’esigenza di compensare extraoneri di servizio pubblico non si limita a rappresentare la causa o lo scopo delle misure in esame, ma si riflette necessariamente anche sugli effetti delle stesse, dato che rende economicamente neutro l’intervento pubblico ed evita che questo possa produrre ingiustificate distorsioni di concorrenza». Si veda, in argomento, anche il punto 32 della sentenza *Ferring*, per cui una compensazione finanziaria non sarebbe aiuto di Stato al ricorrere di due condizioni: se gli OSP determinano dei costi aggiuntivi per l’impresa incaricata e se vi sia equivalenza fra l’ammontare della compensazione e gli extra costi sostenuti.

CGUE, C-53/2000, *Ferring*, con nota di M. MEROLA, C. MEDINA, *De l’arrêt Ferring à l’arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l’approche du financement des services publics*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, 639 ss. Sul punto, si veda anche P. NICOLAIDES, *Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?*, in *European Competition Law Review*, 2003, 561 ss. In senso conforme, cfr. anche la precedente CGUE, C-240/83, *Adbhu*. In quest’ultima sentenza, le indennità percepite da imprese impegnate nel servizio universale di smaltimento degli olii usati sono state ritenute come una semplice contropartita di prestazioni antieconomiche effettuate.

Conseguentemente, non costituirebbe aiuto la sovvenzione non eccedente una remunerazione adeguata per i servizi prestati e per i costi aggiuntivi sostenuti, giacché il vantaggio necessario perché venga in rilievo l'art. 107 TFUE ricorre solo in caso di una sovra-compensazione eccedente la copertura dei costi.

La distinzione fra i due orientamenti è rilevante sia sotto il profilo teorico che pratico.

Dal punto di vista teorico, è infatti chiaro che la più ridotta o ampia qualificazione delle compensazioni per OSP come “aiuti di Stato” è strettamente connessa allo *scope of application* degli artt. 107 e 106 TFUE, riverberandosi sull'interpretazione di tali disposizioni e, di conseguenza, sul più ampio campo dei rapporti fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali.

Sotto diverso profilo, come diretto corollario pratico e procedurale, la qualificazione delle misure compensatorie degli OSP secondo il criterio dell'aiuto di Stato implica la necessità di adempiere agli oneri procedurali che si accompagnano all'applicazione della disciplina sugli *State aids*, primo fra tutti quello di notifica preventiva dell'aiuto alla Commissione europea.

Di converso, qualora si segua il criterio della compensazione, gli adempimenti preliminari di notifica sarebbero rimossi, con la sola possibilità di un controllo *ex post* da parte della Commissione.

L'incertezza creata dal fronteggiarsi di due orientamenti contrapposti e, come visto, con implicazioni molto diverse fra loro ha portato la Corte di giustizia a fare chiarezza sul punto nella sentenza *Altmark*, che costituisce il *leading case* in materia ed una sorta di compromesso virtuoso fra i due orientamenti emersi in precedenza.

I giudici del Lussemburgo hanno infatti osservato che, nella misura in cui si limita a remunerare un OSP, la compensazione non costituisce un aiuto ai sensi del Trattato, mancando il conferimento di un sostanziale vantaggio per l'impresa beneficiaria, che non risulterà quindi favorita rispetto ai propri concorrenti.

Tuttavia, perché possa essere effettivamente esclusa l'applicabilità della disciplina sugli aiuti di Stato ed evitato l'adempimento dell'onere di notifica alla Commissione, sarà necessario accertare quattro specifiche condizioni cumulative: i) l'impresa beneficiaria deve essere esplici-

tamente incaricata di obblighi di servizio pubblico ben definiti; ii) i parametri per il calcolo delle compensazioni andranno determinati in via preventiva secondo metodi trasparenti ed obiettivi; iii) la compensazione non potrà eccedere quanto necessario per compensare gli oneri di servizio pubblico, tenendo conto dei possibili introiti, così come di un ragionevole margine di utile; iv) nel caso in cui l'impresa incaricata non sia selezionata sulla base delle regole in materia di appalti – che si presume garantiscano la fornitura del servizio al costo minore per la collettività – l'ammontare della compensazione dovrà essere determinato sulla base dei costi di un'impresa media gestita in modo efficiente e dotata di mezzi adeguati (anche in questo caso computando eventuali introiti e un margine di utile ragionevole)⁴⁰.

La chiarezza esplicativa ed il rigore metodologico della sentenza *Altmark* si sono tuttavia dovuti scontrare con le difficoltà nell'applicare i criteri ivi contenuti rispetto ai diversi casi riscontrabili nella prassi⁴¹.

È quindi risultato necessario un intervento chiarificatore della Commissione, che ha cristallizzato gli approdi della sentenza *Altmark* in una apposita Comunicazione, cercando di chiarirne i profili applicativi principali e di più difficile declinazione.

6.1. La difficile applicazione della sentenza Altmark e la sua relativa portata nel campo dei servizi sociali

Il fondamentale disposto della sentenza *Altmark* è stato meglio precisato dalla Commissione in un'apposita Comunicazione volta a defini-

⁴⁰ CGUE, C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft*, con nota di A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, 351 ss.; J.M. THOUËIN, *The Altmark Case and its Consequences*, in M. KRAJEWSKI (ed.), *The Changing Legal Framework for Services of general Economic Interest in Europe*, The Hague, 2009.

⁴¹ In tal senso si vedano CGUE, C-34/01, *Enirisorse contro Ministero delle Finanze*; CGUE, C-126/01, *Gemo SA*. Tra le decisioni della Commissione, si rinvia *ex pluribus* a Decisione, 20 aprile 2005, *Canone di abbonamento RAI*; Decisione, 6 maggio 2005, *France/Redevance radiodiffusion*; Decisione, 7 febbraio 2004, *Danske Busvognmænd contro Commissione*; Decisione, 7 febbraio 2004, *Ireland public service Obligation*.

re i concetti di cui alle quattro condizioni cumulative necessarie per soddisfare il test sviluppato della Corte di giustizia⁴².

Con riferimento all'atto di incarico a beneficio dell'impresa chiamata a gestire un determinato SIEG, si prevede che questo possa avere indifferentemente contenuto legislativo, regolamentare o pattizio.

Tale atto deve precisare l'oggetto e la durata degli obblighi di servizio pubblico, così come l'impresa incaricata del servizio ed i territori interessati. Si dovrà altresì dare conto della natura di eventuali diritti esclusivi o speciali accordati all'impresa incaricata, congiuntamente ai parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione.

È quindi evidente che gli obblighi di servizio pubblico, per essere ritenuti tali, devono non solo conseguire a valutazioni di interesse generale, ma anche essere cristallizzati in un formale atto d'incarico finalizzato a segnare la distinzione fra un servizio destinato al mercato, ma gravato da una missione di interesse pubblico, ed un servizio esclusivamente dedicato al mercato ed improntato in toto alle dinamiche conseguenti⁴³.

I parametri da utilizzare come base di calcolo per la compensazione devono essere definiti preventivamente e con metodo trasparente, affinché sia chiaro fin dall'inizio come sarà determinato il ristoro finanziario per evitare sovra-compensazioni che, derogando alla mera copertura dei costi connessi agli OSP, costituiscono aiuto di Stato.

A tale proposito la compensazione non può eccedere la copertura totale o parziale dei costi originati dall'adempimento degli OSP, tenendo in debito conto gli introiti corrispondenti, nonché un margine di utile ragionevole a beneficio del gestore del servizio.

Ed è proprio il concetto di margine di utile ragionevole che ha creato talune incertezze operative nella prassi, tanto che questo viene oggi definito in termini espliciti dalla Commissione come

⁴² Comunicazione della Commissione sull'«applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale» (2012/C 8/02).

⁴³ F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063 ss.

il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno un dato servizio di interesse economico generale per l'intera durata dell'incarico, tenendo conto del livello di rischio.

Il tasso di remunerazione va determinato, ove possibile, in relazione al tasso di rendimento del capitale realizzato con contratti simili aggiudicati in condizioni di concorrenza, per esempio a seguito di una procedura di evidenza pubblica.

In assenza di tali termini di raffronto, sarà possibile fare riferimento ad imprese simili poste in altri Stati membri o a imprese di altri comparti, salva ovviamente la necessità di considerare le caratteristiche specifiche del settore in esame e le sue peculiarità nazionali.

Emerge quindi con chiarezza l'intento della Commissione di aumentare efficienza e competitività nel settore dei SIEG attraverso strumenti contabili adeguati e rigorosi, che scongiurino sovra-compensazioni e incoraggino gestioni efficienti e trasparenti volte al contenimento degli oneri finanziari pubblici.

La quarta e forse più complessa condizione della sentenza *Altmark* prevede, nella sua prima parte, che la selezione del contraente tramite una procedura di evidenza pubblica aperta, trasparente e non discriminatoria è generalmente sufficiente per escludere la presenza di una sovra-compensazione per gli OSP.

Si determina così un punto di intersezione fra la disciplina sugli aiuti di Stato e quella sui contratti pubblici, che diventa una sorta di canone interpretativo delle regole di cui agli artt. 107 e ss. TFUE.

È necessario precisare che la prassi ritiene adeguato a tale fine l'esperimento tanto di una procedura aperta, quanto di una procedura ristretta. Per contro, il ricorso al dialogo competitivo o alla procedura negoziata con pubblicazione del bando potranno essere sufficienti a far presumere la non sussistenza di un aiuto di Stato soltanto in casi eccezionali⁴⁴.

⁴⁴ C.H. BOVIS, *Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?*, in *European Law Journal*, 2005, 79.

Quanto ai criteri di selezione dell'offerta, quello del prezzo più basso viene ritenuto pacificamente funzionale ad escludere sovra-compensazioni, al pari del canone dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a condizione che i diversi elementi considerati in quest'ultima ipotesi siano adeguatamente collegati con l'oggetto del contratto⁴⁵.

Resta salvo il principio, ispirato all'approccio marcatamente sostanzialista che contraddistingue il giudice europeo, per cui l'esperimento formale delle procedure di evidenza pubblica previste dalla disciplina sugli appalti pubblici non garantisce il rispetto della quarta condizione di cui alla sentenza *Altmark*, allorché la procedura non generi un adeguato livello di confronto concorrenziale⁴⁶.

Ciò può per esempio accadere per le particolarità del servizio in oggetto, per l'esistenza di peculiari diritti di proprietà intellettuale, qualora un *player* di mercato detenga un'infrastruttura strategica, oppure nel caso in cui vi sia una sola offerta presentata nell'ambito della procedura.

Deve quindi considerarsi che possono ricorrere ipotesi in cui l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica non è possibile o, anche se astrattamente esperibile, può dare adito ad un confronto privo del necessario grado di concorrenzialità.

In assenza di un reale confronto di mercato, diviene necessario sviluppare dei parametri che, ancorché ipotetici, risultino allo stesso tempo affidabili per remunerare gli OSP attraverso risorse pubbliche senza sconfinare nel conferimento di un indebito vantaggio lesivo della concorrenza.

La prima e più semplice ipotesi metodologica per sviluppare un parametro di individuazione dei costi per gli OSP destinati alla compensazione pubblica, potrebbe essere quella di fare riferimento ad una remunerazione di mercato generalmente accettata, anche se un simile *benchmark* di riferimento non è sempre riscontrabile.

⁴⁵ P. NICOLAIDES, *State Aid, Advantage and Competitive Selection: What is a Normal Market Transaction?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2010, 69.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione, punti 62-68 e TUE, T-268/08 and T-281/08, *Land Burgenland and Austria v. Commission*, 2012, con nota di B. HASLINGER, *Tender Procedures in State Aid Law: The Bank Burgenland Case Before the General Court*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2013, 595.

In mancanza di tali riferimenti, la seconda parte della quarta condizione sviluppata dalla Corte di giustizia in *Altmark* prevede che l'importo della compensazione per gli OSP "deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi [...] avrebbe dovuto sostenere per adempiere a tali obblighi".

È evidente che l'obiettivo ultimo di tale parametro risulta quello di scongiurare una sovra-compensazione tramite il riferimento ai *costi eccessivi* di un'impresa non efficiente.

Tuttavia, è allo stesso tempo chiaro che il determinare nei fatti "se" e "a quali condizioni" una data impresa possa considerarsi "efficiente" risulta difficile e il concetto non è stato chiarito a sufficienza dalla Commissione, che richiama genericamente la necessità di applicare "criteri oggettivi ed economicamente riconosciuti come rappresentativi di una gestione efficiente"⁴⁷.

Le difficoltà nello sviluppare parametri di riferimento adeguati ed affidabili è emersa con particolare evidenza nella sentenza *Chronopost*, su cui si è pronunciata la Camera grande della Corte di giustizia, che riguardava il rapporto fra un'azienda incaricata di una missione di servizio pubblico ed una sua sussidiaria attiva invece su un mercato concorrenziale.

La difficoltà nell'applicare la quarta condizione della sentenza *Altmark* emerge con evidenza laddove il servizio reso è complesso e vi sono diversi standard di qualità intermedi tra quello di mercato e quello improntato ai canoni del servizio pubblico, il che lascia un ampio margine di discrezionalità alla Commissione, spesso soggetto ad un *judicial review* limitato.

Dal canto proprio, la prassi decisionale della Commissione evidenzia che non è dato presumersi il sussistere di una gestione efficiente qualora i gestori di SIEG siano in utile, giacché i risultati finanziari di

⁴⁷ In particolare, l'applicazione del criterio si rivela molto difficoltosa con riferimento alle industrie a rete, ove ricorrono mercati che hanno avviato, a partire dagli anni Novanta, processi di liberalizzazione lunghi e non sempre lineari. Tali sviluppi hanno determinato assetti di mercato con pochi *players* dotati di dimensioni e strutture dei costi molto diverse fra loro, che conseguono direttamente alle differenti quote di mercato di cui gode ciascun operatore economico.

questi ultimi sono spesso influenzati dal potere di mercato e dalla regolazione di settore. Si esclude quindi, per questa via, la possibilità di ricorrere a presunzioni esemplificatorie nel caso in cui la gestione del SIEG copra i costi di esercizio, generando un utile supplementare⁴⁸.

Al riguardo, la Commissione prevede la possibilità di fare riferimento ai costi di un'impresa media del settore gestita in modo efficiente nello stesso Stato di quella presa concretamente in esame o, in mancanza di riferimenti affidabili, in altri Stati membri.

È tuttavia evidente che l'esercizio non risulta semplice, in quanto le strutture dei costi d'impresa sono spesso molto diverse anche in ambiti geografici coincidenti, sicché il pur possibile raffronto con Stati differenti rischia di avere una portata euristica limitata, anche in ragione dei diversi ed asimmetrici assetti regolatori vigenti a livello nazionale⁴⁹.

In conclusione, è possibile osservare che la verifica circa il rispetto della quarta condizione di cui alla sentenza *Altmark* costituisce un'attività complessa e circondata da notevoli margini di incertezza, che deve essere svolta caso per caso.

Ciò, combinando ad un tempo interpretazione giuridica e consulenza gestionale/contabile nell'ambito di una valutazione composita e caratterizzata da ampi tratti di discrezionalità tecnica, rispetto alla quale il giudice europeo ha sino ad oggi adottato un approccio particolarmente rigoroso e restrittivo.

7. Servizi sociali e loro riconducibilità all'ambito dei SIEG

Quanto osservato nel paragrafo precedente dimostra come l'applicazione concreta dei parametri di cui alla sentenza *Altmark* sia difficoltosa nella prassi e rispetto al caso concreto. Questa difficoltà si rivela ancora maggiore e rilevante con riferimento al settore dei servizi sociali.

La necessaria applicazione della disciplina europea sugli appalti come *condicio sine qua non* del test di *Altmark* esclude infatti la com-

⁴⁸ P. NICOLAIDES, *Economic Activities and Compensation for Public Service Obligations*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, 601.

⁴⁹ P. NICOLAIDES, *Compensation for the Net Extra Costs of Public Service Organizations: Complexity and Pitfalls*, in *European Competition Law Review*, 2014, 525 ss.

patibilità automatica con la disciplina sugli aiuti di Stato di quelle compensazioni che vengano rese ad un'impresa attiva nell'ambito dei servizi sociali, se questa non è stata selezionata tramite l'applicazione rigorosa della disciplina sugli appalti.

Ciò porta a non ritenere applicabile la dottrina *Altmark* laddove si faccia per esempio ricorso alla forma dell'accreditamento con funzione di selezione del contraente o con riferimento ai nuovi strumenti di cui al Codice del Terzo settore, primo fra tutti quello della co-progettazione⁵⁰.

Ed invero, la rigorosa prassi decisionale della Commissione europea ritiene soddisfatta la quarta condizione di *Altmark* soltanto laddove, nell'applicare la normativa in materia di appalti, si faccia ricorso alle procedure aperte o ristrette.

Per contro, si esclude la riconducibilità alla sentenza *Altmark* delle procedure negoziate senza pubblicazione del bando, mentre si rinvia ad un'analisi in concreto e caso per caso per le ipotesi di procedura negoziata con pubblicazione del bando (l'analisi dovrà riguardare l'effettivo grado di concorrenzialità della procedura selettiva).

La relativa, e per molti versi limitata, portata della sentenza *Altmark* rispetto al campo dei servizi sociali impone di guardare ad un altro atto contenuto nella riforma della disciplina sugli aiuti di Stato nel settore dei SIEG risalente al 2012.

È infatti interessante osservare che, nell'ambito del c.d. "pacchetto *Almunia*", la Commissione europea ha emanato la Decisione 2012/21/UE volta ad esentare dal vaglio preventivo della Commissione stessa talune compensazioni di OSP, che si ritiene abbiano limitati effetti avversi sul mercato interno.

La misura sostituisce un omologo provvedimento del 2005 e si propone di raggiungere finalità di economia procedimentale e semplificazione degli oneri amministrativi legati alla valutazione, da parte della Commissione, delle singole compensazioni di OSP concesse dalle autorità nazionali⁵¹.

⁵⁰ In tema si rinvia al contributo di S. PELLIZZARI, in *questo Volume*.

⁵¹ Il precedente regime in materia di aiuti di Stato ai SIEG, noto anche come "pacchetto *Altmark*" o "pacchetto Monti-Kroes" includeva i seguenti atti: i) Decisione 2005/842/CE della Commissione, del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensa-

Ed è proprio la Decisione 2012/21/UE che sembra segnare un'inversione di tendenza rispetto al passato, individuando un regime speciale e derogatorio per le compensazioni di OSP accordate rispetto ad attività rientranti nel novero dei servizi sociali.

Al riguardo è innanzitutto interessante notare che, riconoscendo le peculiarità intrinseche dei servizi di assistenza sanitaria e ospedaliera e di assistenza di lungo corso alla persona, la Decisione 2012/21/UE esenta dall'obbligo di notifica le corrispondenti compensazioni di OSP senza limiti di importo, precisando che l'investimento di risorse statali in questi settori implica ridotti rischi di distorsione della concorrenza.

L'articolo 3 della Decisione menziona inoltre come riconducibili al novero dei SIEG

le compensazioni per la prestazione di servizi di interesse economico generale rispondenti ad esigenze sociali in materia di servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili.

I benefici che il precedente regime del 2005 riconosceva ai soli ambiti degli ospedali e dell'edilizia sociale agevolata sono stati quindi estesi ad un settore ben più ampio ed articolato, che gioca un ruolo fondamentale per lo sviluppo territoriale e per la garanzia di servizi essenziali su scala locale, che risulta oggi in buona misura delegato alla libera azione delle amministrazioni nazionali.

Sul punto, appare significativo quanto dispone il considerando n. 11 della Decisione n. 21/2012, per cui

zione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (GU L 312 del 29.11.2005, pag. 67); ii) Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (GU C 297 del 29.11.2005, pag. 4); iii) Direttiva 2005/81/CE della Commissione, del 28 novembre 2005, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese ora codificata come direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (GU L 318 del 17.11.2006, pag.17).

va preso in considerazione il fatto che, nelle attuali condizioni economiche e nella fase attuale di sviluppo del mercato interno, i servizi sociali possono necessitare, per compensare i costi dei servizi pubblici, un importo di aiuto che eccede la soglia stabilita nella presente Decisione. Un importo compensativo più elevato per i servizi sociali non determina quindi necessariamente un rischio maggiore di distorsione della concorrenza.

L'esenzione ampia e generalizzata rispetto all'obbligo di notifica per i servizi sociali si pone in controtendenza rispetto a quanto dispone la stessa Decisione 2012/21/UE con riferimento ad altri comparti del settore dei SIEG⁵².

Riprendendo l'approccio analitico della sentenza *Altmark*, la Decisione n. 21/2012 prevede inoltre che, al fine di evitare sovra-compensazioni distorsive della concorrenza,

l'importo della compensazione (resa per l'adempimento del servizio e dei corrispondenti obblighi di servizio pubblico) non può eccedere quanto necessario per coprire il costo netto determinato dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, nonché un margine di utile ragionevole.

Sempre riecheggiando l'iter argomentativo sviluppato in *Altmark* si dispone che la gestione del servizio di interesse economico generale viene affidata a una determinata impresa tramite uno o più atti di incarico, che dovranno indicare: i) l'oggetto e la durata degli obblighi di servizio pubblico; ii) l'impresa e, se del caso, il territorio interessati;

⁵² Tale Decisione assoggetta infatti allo scrutinio della Commissione un'articolata serie di casi precedentemente esentati ed oggi invece sottoposti ad un attento sindacato preventivo dell'esecutivo europeo che ha, tra le altre cose, ridotto le soglie minime di notifica legate al valore della compensazione di OPS e le soglie legate al fatturato dell'impresa beneficiaria. Si intensifica così il potere di controllo della Commissione rispetto ad alcuni settori strategici in una fase di innegabile difficoltà per la *governance* economica dell'Unione. In conclusione, se le regole sugli *State Aids* appaiono per un verso molto rigorose nel non esentare attività no profit e sociali dall'applicazione della disciplina di concorrenza se queste sono svolte da "imprese" ed hanno pertanto "contenuto economico", per altro verso la disciplina di settore evidenzia delle significative eccezioni ed un regime maggiormente flessibile per gli aiuti destinati a servizi con forte contenuto sociale.

iii) la natura dei diritti esclusivi o speciali eventualmente conferiti all'impresa dall'autorità che assegna l'incarico; iv) la descrizione del sistema di compensazione e i parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione; v) le disposizioni intese a prevenire ed eventualmente recuperare le sovra-compensazioni; vi) un riferimento alla decisione stessa.

8. Conclusioni

Dall'analisi condotta nel presente contributo, emerge che la disciplina europea sugli aiuti di Stato viene in rilievo ogni qual volta si verta di un'attività economica consistente nello scambio di beni e servizi su un determinato mercato e ciò accade, nella maggioranza dei casi, anche nel settore dei servizi sociali.

A parere di chi scrive, la rilevanza pratica delle regole europee sugli *State Aids*, sia a livello generale che con specifico riferimento all'ambito dei servizi sociali, è destinata ad aumentare nei prossimi anni in ragione degli obblighi legati al registro nazionale degli aiuti, che chiamerà i funzionari pubblici a doversi vieppiù relazionare con l'art. 107 TFUE e i corrispondenti regolamenti attuativi.

I limiti posti dal principio europeo per cui gli aiuti di Stato sono in linea di massima incompatibili con il mercato interno vengono temperati dalla vigenza del regolamento *de minimis* e del regolamento generale di esenzione.

Tali strumenti non sembrano tuttavia risolutivi con riferimento alle specifiche esigenze legate ai servizi sociali, giacché risultano, per un verso, di entità estremamente limitata e, per altro verso, improntati a una logica di politica industriale che mal si concilia con l'ambito dei *social services*.

Dati gli oggettivi e stringenti limiti della disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato, potrebbe essere utile ricondurre l'ambito dei servizi sociali al campo dei servizi di interesse economico generale (SIEG) e alla

corrispondente disciplina derogatoria relativa agli aiuti di Stato approvata nel 2012 (c.d. “pacchetto *Almunia*”)⁵³.

La qualificazione di un determinato servizio sociale come SIEG spetta alle amministrazioni nazionali, che godono di un considerevole potere discrezionale a questo riguardo, salvo il sindacato della Commissione europea e della Corte di giustizia in caso di un errore manifesto di qualificazione.

Ne consegue che le amministrazioni nazionali sono per un verso largamente “libere” e, per altro verso, molto responsabilizzate nel dare attuazione diretta a concetti di diritto europeo di non semplice declinazione.

Con riferimento alla compensazione degli OSP, la sentenza *Altmark* ha indicato le condizioni per ritenere la compensazione di un OSP un “non aiuto” che sfugge all’applicazione dell’art. 107 TFUE, anche se in questo caso l’applicazione delle regole europee sugli appalti risulta decisiva.

La quarta condizione richiesta dalla sentenza *Altmark* non può infatti prescindere dalla disciplina sui contratti pubblici e, nella versione alternativa rispetto al ricorso ad appalti pubblici ampiamente concorrenziali, richiede di comparare i costi del servizio con quelli di un’impresa efficiente e ben gestita (test difficilmente applicabile e che ha ricevuto scarso utilizzo nella prassi proprio per la sua difficoltosa declinazione).

Pertanto, la sentenza *Altmark* è di fatto inapplicabile non solo in tutti i casi in cui la scelta del prestatore di servizi non avvenga tramite gara d’appalto, ma anche laddove si utilizzino procedure selettive ritenute non adeguatamente concorrenziali dalla giurisprudenza e dalla prassi della Commissione.

Ciò accade per esempio nell’ipotesi di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, mentre la procedura negoziata con pubblica-

⁵³ Si vedano, sul punto, L. IDOT, *Du paquet “Monti-Kroes” ou “post-Altmark” au paquet “Almunia”*, in *Europe*, 2011, 58, e G. KAFLECHE, J.G. SORBARA, *Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté*, *ibid.*, 2012, 4. E. SZYSZCZAK, J.W. VAN DE GRONDEN, *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization*, Berlin, 2013.

zione del bando deve essere valutata di volta in volta con riferimento alla sua effettiva portata concorrenziale.

Il problema si pone a maggior ragione laddove il prestatore di servizi venga selezionato tramite accreditamento o facendo riferimento allo strumento della co-progettazione prevista dal Codice del Terzo settore, due ipotesi non remote a livello locale che la Commissione non ritiene tuttavia escludenti la presenza di un possibile aiuto di Stato sotto forma di sovra-compensazione di OSP.

Ciò premesso, nei paragrafi precedenti si è argomentato che il finanziamento dei servizi sociali potrebbe avvenire in piena conformità al diritto europolitano, facendo riferimento alla Decisione di esenzione della Commissione n. 21/2012, che all'articolo 3 menziona esplicitamente come riconducibili al novero dei SIEG

le compensazioni per la prestazione di servizi di interesse economico generale rispondenti ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lunga durata, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili.

È necessario precisare che, all'apparenza e sotto il profilo pratico, l'applicazione di tale decisione potrà legittimare la compensazione in via diretta e senza obblighi di notifica preventiva di determinati OSP come nel caso in cui si ritengano soddisfatte le condizioni della sentenza *Altmark*.

Tuttavia, sotto il profilo teorico e interpretativo, applicare la Decisione di esenzione costituisce un'opzione del tutto diversa rispetto alla sentenza *Altmark*, giacché la decisione di esenzione riconosce la natura di aiuto della compensazione ma, a determinate condizioni, la esenta dall'obbligo di notifica alla Commissione europea, mentre il (non semplice) soddisfacimento dei criteri di *Altmark* permette di decretare la natura di "non aiuto" della compensazione.

Per beneficiare dell'esenzione prevista dalla Decisione, sarà necessario rispettare le condizioni ivi previste e menzionate in precedenza, rispetto alle quali assume importanza decisiva lo sviluppo di un appropriato atto di incarico di durata non eccedente i 10 anni.

Tale atto di incarico dovrà individuare nel dettaglio gli obblighi di servizio pubblico, determinando criteri adeguati per compensare tali obblighi, prevedendo, se del caso, appositi strumenti di recupero di compensazioni eccessive.

L'elaborazione dell'atto di incarico spetta alle amministrazioni locali e richiede di combinare fra loro in modo adeguato concetti di diritto europeo, profili organizzativi relativi alle concrete modalità di erogazione dei servizi e padronanza di profili contabili al fine di garantire che la compensazione dei servizi non ecceda la copertura dei costi effettivi degli stessi, con l'eventuale aggiunta di un margine di utile ragionevole.

Ergo, l'elaborazione dell'atto di incarico si risolverà in un'attività composita richiesta all'apparato amministrativo che certo non si qualifica come facile da condurre ma che, se svolta correttamente e con metodo, può riservare significative soddisfazioni ai funzionari pubblici incaricati, agli operatori di settore attivi sul territorio e, cosa più importante, agli utenti finali dei servizi sociali.

DISCUTONO SUL TEMA

DISCUSSIONE SUL TEMA

Carlo Borzaga

*Professore ordinario di Politica economica
presso l'Università degli Studi di Trento
e Presidente di Euricse*

L'obiettivo di questo mio intervento è quello di analizzare la normativa contenuta nel Codice del Terzo settore, in particolare all'art. 55 e seguenti, dal punto di vista dell'economista e, in particolare, di un economista che si è occupato per molti anni di cooperazione sociale e Terzo settore e che è sempre più preoccupato per le conseguenze dell'applicazione spinta nel settore dei servizi sociali e alla persona del principio di concorrenza e della sua frequente riduzione al solo meccanismo dell'appalto, con o senza l'assurdo principio della rotazione. È un punto di vista che fino ad oggi è stato largamente assente nel dibattito sia nazionale che europeo, come dimostra il fatto che raramente – in Italia praticamente mai – i vari interventi delle autorità preposte, in particolare il recente parere del Consiglio di Stato, hanno dimostrato di tenere in conto le conseguenze del ricorso alle gare di appalto o a forme spinte di confronto concorrenziale sul benessere degli utenti e sulle condizioni di lavoro. Tre sono invece gli ordini di conseguenze di cui – al di là delle considerazioni di carattere più strettamente giuridico – si dovrebbe tenere conto. Si vuole fare riferimento alle ricadute dei sistemi spiccatamente competitivi i) sulla qualità dei servizi e sulle condizioni di lavoro, ii) sulla natura e il funzionamento delle organizzazioni di Terzo settore e iii) sull'ammontare delle risorse impiegate nella produzione dei servizi oggetto delle procedure di affidamento.

Gli effetti sulla qualità dei servizi e sulle condizioni di lavoro sono quelli più noti e più spesso segnalati sia dagli operatori che dagli studiosi più attenti. Nonostante tutti i correttivi che si è cercato di introdurre, anche dopo la revisione della normativa europea, i problemi indotti dalla peculiare natura di questi servizi e, in particolare, la difficoltà di

verificare *ex ante* e di controllare *ex post* la qualità dell'offerta restano di difficile superamento. Se a ciò si aggiunge la ricerca sempre più spinta di risparmi di spesa da parte delle amministrazioni, la scelta finisce spesso per ricadere non sull'offerta economicamente più vantaggiosa – come peraltro sarebbe richiesto – ma su quella che propone il prezzo più basso. Poiché si tratta in genere di attività ad alta intensità di lavoro difficilmente il minor costo è associato a maggiore efficienza: in genere è ottenuto riducendo i livelli salariali e/o aumentando i carichi di lavoro, a tutto discapito anche della qualità dei servizi. Non credo che sia un vantaggio per nessuno – neppure delle amministrazioni interessate – che, grazie ad anni di applicazione di procedure sempre più concorrenziali, i lavoratori dei servizi sociali ed educativi siano oggi in Italia tra quelli con le remunerazioni, sia orarie che mensili, più contenute.

Diversi, e certamente non positivi, sono però anche gli effetti sulla natura e sulle modalità di gestione di organizzazioni che, come quelle di Terzo settore, sono costituite ed esistono per erogare determinati servizi e non perché questi rappresentano uno dei tanti mercati da cui ricavare un profitto da distribuire tra i proprietari. Il loro coinvolgimento attraverso procedure competitive e per periodi limitati – in particolare quando, come in Italia, si richiede alle amministrazioni la rotazione dei soggetti di offerta – finisce inevitabilmente per scoraggiare gli investimenti nelle relazioni con gli utenti e sul capitale umano, cioè proprio gli investimenti da cui dipendono la qualità e l'efficacia dei servizi. Inoltre, le procedure concorrenziali finiscono sempre più spesso per favorire le imprese commerciali (ma anche sociali) di medio-grandi dimensioni a svantaggio di quelle più piccole, spesso meglio in grado di cogliere i bisogni e dare risposte mirate, e sono all'origine di processi di standardizzazione dell'offerta sui modelli gestionali tipici delle amministrazioni pubbliche, a discapito degli spazi di innovazione sociale. Questo è quanto emerge non solo dall'analisi del caso italiano, ma dal lavoro dei ricercatori di diversi paesi europei che hanno collaborato al processo di mappatura dell'impresa sociale che stiamo coordinando come Euricse.

Tutto questo – ed è il terzo ordine di conseguenze da considerare – senza che la rigida applicazione di queste procedure garantisca una riduzione certa di spesa pubblica a parità di servizi erogati: innanzitutto perché l'organizzazione e l'espletamento delle gare – con i relativi ri-

corsi e controricorsi – comporta costi di transazione spesso elevati e in gran parte a carico delle amministrazioni che però non li conteggiano come tali e, in secondo luogo, perché si riduce l’apporto di risorse, sia economiche che umane, come sono quelle dei volontari, da parte delle organizzazioni incaricate dell’organizzazione dell’offerta.

Non meraviglia quindi che l’approvazione dell’articolo 55 – dove, ricordo, non si parla mai di concorrenza, ma di cooperazione e di sussidiarietà – e, in subordine perché più specifici, degli articoli 56 e 57 del Codice del Terzo Settore sia stato accolto con grande soddisfazione dalle organizzazioni di Terzo settore e da diverse pubbliche amministrazioni. Esse hanno visto in questi articoli l’occasione per modificare da subito – come dimostra l’avvio di diverse sperimentazioni – pratiche di affidamento insoddisfacenti da più punti di vista a favore di forme di co-programmazione e di co-progettazione per tutti i tipi di servizi sociali educativi e di interesse generale, e non solo per quelli innovativi, senza venire meno agli obblighi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione e, quindi, nel pieno rispetto del diritto dell’Unione europea.

Meraviglia invece l’economista la reazione preoccupata dell’Anac e ancor più il parere del Consiglio di Stato che, oltre ad essere discutibile dal punto di vista giuridico, si dimostra del tutto o quasi indifferente ai problemi che ho ricordato. Quest’ultimo arriva, quasi, ad assumere la veste di tutore dell’apertura del settore alle imprese a carattere speculativo quando afferma che

in ossequio ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, pertanto, l’Amministrazione dovrà puntualmente indicare e documentare la ricorrenza, nella concreta vicenda, degli specifici profili che sostengono, motivano e giustificano il ricorso a procedure che tagliano fuori *ex ante* gli operatori economici tesi a perseguire un profitto.

A fronte di questa evidente diversità di vedute non solo con riguardo all’interpretazione di una normativa certamente complessa, ma anche, e soprattutto, con riferimento al significato e al valore del principio di concorrenza e alla sua reale utilità in settori sensibili, quali quelli sociali e assistenziali, sono possibili due diverse reazioni. La prima è quella più tradizionale, intorno a cui ci si è concentrati in questi anni nella ri-

cerca di soluzioni interne alla normativa, mentre la seconda, più radicale, mette in discussione i principi su cui si basa la stessa normativa europea, in particolare quelli di non discriminazione e di parità di trattamento a prescindere dalla natura delle organizzazioni coinvolte. Quest'ultima sembra meglio in grado di tenere conto delle riflessioni di tipo economico (che dovrebbero essere quelle più rilevanti quando si ragiona di concorrenza) e di valorizzare le innovazioni introdotte con il Codice del Terzo settore.

L'approccio tradizionale ha portato avanti in questi anni soprattutto la riflessione su come sia possibile conciliare il principio di concorrenza con la particolare natura dei servizi sociali e con le caratteristiche degli utenti di questi servizi. Esso ha sostenuto anche con successo – portando nel 2014 ad una parziale revisione della normativa euro-unitaria proprio con riferimento a questi servizi e a quelli di inserimento lavorativo – che senza negare il principio di concorrenza si possono innanzitutto individuare forme di affidamento diverse dall'appalto. È il caso ad esempio dei voucher spendibili presso organizzazioni accreditate, molto praticato in Germania, Belgio e Francia o della possibilità di indire gare riservate per sole imprese con una forza lavoro composta per almeno il 30% da lavoratori svantaggiati adottate praticamente in tutti i paesi europei, o ancora della possibilità di affidamenti diretti per servizi innovativi. Sempre secondo questo approccio è inoltre possibile introdurre criteri nella gestione degli appalti che tengano conto non solo e non tanto del prezzo richiesto dal fornitore, ma anche o soprattutto della qualità dei servizi offerti secondo la logica dell'“offerta economicamente più vantaggiosa”.

Pur importante, questo approccio non risolve però la maggior parte dei problemi soprarichiamati. Li attenua, ma non li supera. I voucher, ad esempio, comportando comunque una scelta da parte dell'utente non risultano efficaci per i servizi caratterizzati da problemi di asimmetria informativa. In questi casi o l'organizzazione che presta il servizio è spontaneamente attenta più alla qualità del servizio che al profitto, o si finisce per prevedere figure come il “case manager” che, in Inghilterra, ha portato a un aumento esponenziale dei costi dei servizi. Anche il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa risulta nei fatti difficile da applicare e facilmente soggetto a ricorsi da parte degli

esclusi, al punto che nonostante molti capitolati ne prevedano l'applicazione, alla fine a contare maggiormente nella decisione finale è ancora il prezzo. Anche le gare riservate alle sole imprese di inserimento lavorativo, quando sono aperte – come vorrebbe il rispetto del principio di concorrenza – a tutte le tipologie di impresa, incluse quella a scopo di lucro, hanno dato luogo a diversi abusi: gli impegni assunti in sede di gara non vengono poi rispettati accampando motivazioni diverse o mettendo gli stessi lavoratori nelle condizioni di rinunciare all'impiego. Basti dire che questo è quello che è successo proprio in una delle direzioni della stessa Commissione europea che ha indetto una gara con l'obbligo di assunzione di un certo numero di lavoratori svantaggiati!

Il limite principale dell'approccio tradizionale è che esso si muove all'interno di una logica che non considera in nessun modo le differenze tra organizzazioni di offerta e, in particolare, quelle che riguardano gli obiettivi, le strutture proprietarie e le modalità di *governance* e i vincoli che ne derivano. A giustificazione di questa mancata considerazione si riporta generalmente l'impostazione sostenuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui un'organizzazione che produce beni e servizi su un determinato mercato va qualificata come *impresa*, indipendente dalla sua natura *for profit* o *non profit*. Ce lo ricorda, nel citato parere, anche il Consiglio di Stato secondo cui

la Corte di giustizia è costante nell'adottare una nozione funzionale di impresa, incentrata sullo svolgimento di attività economica, anziché sulle caratteristiche dell'operatore professionale: per "impresa" deve intendersi l'organismo che esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento.

Stando a questa impostazione della Corte – o meglio stando all'interpretazione corrente della sentenza della Corte da cui è derivata – le caratteristiche peculiari e le specificità degli enti di Terzo settore non avrebbero nessuna rilevanza e quindi l'art. 55 sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione europea. In particolare perché la sua applicazione non è limitata ai soli servizi sociali o solo a quelli caratterizzati da asimmetria informativa o da altri fallimenti del mercato, ma estesa a

tutte le oltre venti attività che possono essere svolte da organizzazioni di Terzo settore e in particolare da imprese sociali.

Ma proprio nel mettere in discussione questa interpretazione della sentenza della Corte di giustizia sta la radicalità dell'articolo 55 del Codice del Terzo settore. Infatti, credo si possa sostenere che l'affermazione del giudice comunitario secondo cui l'impresa *non profit*, dal momento che esercita un'attività economica offrendo beni e servizi, va considerata a tutti gli effetti un'impresa come le altre, non implica anche che essa sia uguale a tutte le altre e in particolare a quelle *for profit*. La Corte di Giustizia, infatti, si limita ad affermare che, se un soggetto è produttivo, esso è impresa indipendentemente dalla forma giuridica che assume, ma non esclude che vi siano imprese diverse e quindi non esclude neppure che si possano trattare in modo diverso le varie forme di impresa, se ve ne è ragione. Anzi. La stessa Corte di Giustizia, con una sentenza dell'8 settembre 2011, che ha chiuso di fatto la procedura di infrazione aperta nei confronti dei benefici fiscali offerti alle cooperative dalla normativa italiana, pur riconoscendo che le agevolazioni fiscali hanno sempre natura di aiuti di stato, ha escluso che nel caso delle cooperative essi siano aiuti vietati e perciò incompatibili con il diritto comunitario perché giustificati da una diversità strutturale tra l'impresa cooperativa e le altre forme di impresa in quanto la prima persegue finalità mutualistiche e non speculative. Questa sola diversità giustifica e rende legittimo, secondo la Corte europea, un trattamento differenziato e più favorevole delle cooperative rispetto alle imprese che perseguono finalità lucrative. Credo che sia possibile sostenere che la stessa logica dovrebbe valere anche con riferimento ad altri ambiti di applicazione del principio di concorrenza, come appunto quello delle modalità con cui vengono stipulati i contratti pubblici per l'affidamento di servizi. In particolare, essa dovrebbe consentire di limitare la partecipazione a imprese e organizzazioni chiaramente distinguibili per obiettivi perseguiti, forme di *governance* e vincoli (in particolare quello sulla distribuibilità degli utili) se si può dimostrare che le loro caratteristiche garantiscono meglio di quanto non possa fare la generalità delle altre imprese i risultati attesi dalle amministrazioni interessate. Che è proprio quello che ha fatto il legislatore italiano con il Codice del Terzo settore.

Il Codice infatti non si limita a razionalizzare la normativa precedente relativa alle varie forme organizzative che compongono il settore, ma istituzionalizza quest'ultimo nel suo complesso, riconoscendolo come un settore specifico, composto di organizzazioni e imprese private con caratteristiche ben precise che, a differenza delle altre forme imprenditoriali, si pongono obiettivi di interesse generale.

Il Codice è quindi molto più di una semplice riforma. Innanzitutto, all'art. 4 individua in modo preciso come enti del Terzo settore le organizzazioni e le imprese costituite 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. Questa formulazione esclude in particolare il potere decisionale dei proprietari sull'utile e sul patrimonio e impone che gli investimenti fatti impiegando gli utili restino destinati al perseguimento dell'interesse generale anche nel caso di cessione dell'impresa (o di un suo ramo) o del suo scioglimento.

L'assenza di scopo di lucro, in altre parole, va a identificare in modo molto preciso e inconfondibile un diverso modo di fare impresa che esclude finalità mercantili. Si configura così un settore diverso che porta a prevedere in modo definitivo l'esistenza di due tipologie di *privato*: *il privato a scopo di lucro* e *il privato non a scopo di lucro*.

Non solo: il Codice è ancora più incisivo nel delineare i confini di questo settore quando precisa che vi sono organizzazioni che, pur essendo senza scopo di lucro, non sono considerate di Terzo settore perché perseguono interessi essenzialmente privatistici, come nel caso dei sindacati, delle associazioni imprenditoriali e degli ordini professionali. Il legislatore del Codice, quindi, si è preoccupato non solo di includere, ma anche di escludere alcuni soggetti, al fine di dare al settore una fisionomia il più possibile precisa, obbligando inoltre le organizzazioni che ne fanno parte a dimostrare l'effettivo svolgimento di attività di interesse generale attraverso modalità di gestione basate su finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Se l'interpretazione che ho proposto è corretta, appare del tutto chiaro che gli artt. 55 e ss. non costituiscono, come vorrebbe il Consiglio di Stato, una violazione del diritto eurounitario e del principio di concorrenza, ma ne propongono una diversa applicazione.

Mi rendo conto che se questa interpretazione è corretta saremmo di fronte a una svolta importante sul piano normativo perché nulla esclude che *de iure condendo* sia possibile ipotizzare che nell'ambito dei servizi sociali e di interesse generale si possa avere una preferenza da parte delle pubbliche amministrazioni per gli enti che si iscriveranno al Registro nazionale del Terzo settore, senza che tale operato sia ritenuto discriminatorio, in quanto compiuto sulla base di precise caratteristiche di queste organizzazioni. E che non trovi quindi applicazione esclusivamente il principio di concorrenza per il mercato, in quanto il soggetto pubblico e l'ente del Terzo settore sono caratterizzati dalle medesime finalità e dovrebbero, quindi, tendere a una proficua cooperazione e collaborazione. Con il vantaggio che, pur senza la presunzione di risolverli alla radice, gli accordi sottoscritti secondo i principi e le modalità previste dall'articolo 55 garantirebbero un ridimensionamento significativo di molti dei problemi sollevati all'inizio di questo mio intervento.

Anche se alcune norme già in essere, in particolare il riconoscimento da parte della Commissione europea dell'impresa sociale e la possibilità di promuovere gare riservate a favore di imprese sociali di inserimento lavorativo, vanno nella direzione qui indicata, è chiaro che questo approccio impone di mettere in discussione l'impostazione complessivamente seguita dal legislatore europeo. Anche perché, oltre all'Italia, altri paesi membri dell'Unione hanno riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio settore privato senza finalità speculative: la Francia, ad esempio, ha adottato una normativa sull'economia sociale e solidale che di fatto disciplina in maniera unitaria organizzazioni *non profit* di diversi tipi e le cooperative.

La riflessione va quindi spostata a livello comunitario come è stato fatto negli anni scorsi quando tra il 2001 e il 2014 si è riusciti a fare modificare la direttiva sui contratti pubblici. L'insediamento della nuova Commissione, da una parte, e l'applicazione in Italia degli articoli 55 e seguenti del codice del Terzo settore, insieme con i risultati che stanno emergendo dal lavoro di mappatura dell'impresa sociale in Europa, dall'altra, potrebbero costituire l'occasione giusta per riaprire questa riflessione.

DISCUSSIONE SUL TEMA

Giuseppe Guerini
Presidente di Cecop-Cicopa Europe
e Consigliere del Comitato economico e sociale europeo

Cercherò di portare in questo contributo una riflessione che si alimenta di due punti di vista che, a partire dal piano operativo concreto, si riconducono a livello territoriale a quello della rappresentanza, e a livello europeo a quello delle relazioni istituzionali.

Coniugare la dimensione legislativa europea e nazionale con la quotidianità è un esercizio che dovremmo abituarci a svolgere abitualmente. Dovremmo farlo a partire da dati ed esperienze concrete e non accettare le semplificazioni e banalizzazioni che con troppa disinvoltura i media e i politici italiani generalmente fanno descrivendo, scorrettamente, l'Europa comunitaria come organismo sede di una burocrazia ottusa impegnata a produrre regole e vincoli scollegati dalla realtà.

In questi anni ho svolto la mia attività di cooperatore sociale come presidente di una cooperativa sociale di inserimento lavorativo che opera nel settore dell'igiene urbana, trovando le modalità per far sì che la cooperativa di inserimento lavorativo potesse esercitare pienamente la propria funzione sociale, creare occasioni di lavoro per persone svantaggiare, abbandonando già dal 2010 il terreno delle Convenzioni *ex* articolo 5 della legge n. 381/1991 – rese di difficile applicazione nel settore dei servizi pubblici locali per effetto di una sentenza del Consiglio di Stato emessa nel maggio 2010¹.

A seguito di quel pronunciamento, nella cooperativa Ecosviluppo decidemmo di lavorare quasi esclusivamente a seguito della partecipazione a gare d'appalto, rinunciando – via via che scadevano – agli affidamenti in convenzione ai sensi dell'art. 5 della legge n. 381/1991, in-

¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 11/5/2010 n. 2829 sull'illegittimità dell'affidamento diretto a cooperative del servizio di igiene urbana ai sensi dell'art. 5 l. n. 381/1991.

dividendo nella normativa europea, che aveva iniziato ad introdurre clausole sociali come requisiti qualificanti per la configurazione dei bandi di gara per gli acquisti della pubblica amministrazione, lo strumento più interessante su cui sviluppare le modalità per valorizzare, a fianco della competitività sul piano tecnico, la funzione sociale dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Nella stessa stagione, ho avuto il privilegio di poter lavorare come rappresentante delle imprese cooperative a livello europeo, ruolo che attualmente ricopro sia come presidente della Confederazione Europea delle Cooperative di lavoro, sociali e industriali (Cecop-Ciopa Europa), sia come consigliere del Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE), dove dal 2010 rappresento Confcooperative.

Lo svolgimento di questi incarichi mi ha consentito di individuare nelle istituzioni dell'Unione europea più disponibilità all'ascolto e alla individuazione di soluzioni per migliorare l'accessibilità delle imprese ai mercati pubblici, di quanto ci si potrebbe aspettare limitandosi a leggere le descrizioni che delle istituzioni di Bruxelles fanno giornali e mezzi di informazione italiani.

Farò quindi ora una rapida ricostruzione di alcuni passaggi che ci consentono di ristabilire il valore e l'importanza che le politiche dell'Unione europea hanno sui temi di cui ci occupiamo in questa occasione. Si vuole fare riferimento agli strumenti legislativi che possono favorire una buona e costruttiva relazione tra le imprese dell'economia sociale, il terzo settore e la pubblica amministrazione, in particolare in materia di affidamento di lavori e servizi, orientati al raggiungimento di obiettivi di interesse comune e al benessere dei cittadini, nella convinzione che i "mercati pubblici" possono essere una leva per lo sviluppo locale, la promozione della coesione sociale, la creazione di un sistema di welfare sussidiario e inclusivo e la promozione di occasioni di lavoro per favorire l'occupazione di lavoratori svantaggiati.

Si tratta di un passaggio culturale e di orientamento politico importante, poiché il "mercato unico europeo" non è più soltanto un contesto di regole e condizioni volte a favorire la diffusione di beni e servizi in un regime di concorrenza perfetto, ma diventa uno spazio in cui veicolare, finalmente, anche altri valori come appunto quelli della coesione

sociale, dello sviluppo locale e della sostenibilità ambientale e dell'innovazione sociale.

Prendendo in considerazione solo l'ultimo decennio, vorrei richiamare qui in particolare due provvedimenti che hanno saputo interpretare questo spirito innovativo: la Comunicazione sull'Imprenditoria sociale del 25 ottobre 2011 e le Direttive appalti e concessioni del 2014, che oggi ci riguardano in modo particolare. Va da sé che non sono gli unici due provvedimenti, ve ne sono moltissimi altri che si potrebbero richiamare, ma questi due sono utili per tracciare un percorso rappresentativo che ci aiuta a comprendere il mutamento degli orientamenti e della cultura che informa una nuova stagione del mercato unico europeo.

Il richiamo a queste date non è semplice memoria, ma serve a focalizzare meglio il contesto in cui questi provvedimenti sono maturati e quali azioni come organizzazioni dell'economia sociale europea abbiamo svolto per ottenere questo risultato.

Siamo nella stagione del secondo mandato della Commissione presieduta da José Manuel Barroso, nel pieno periodo della crisi finanziaria che sta mettendo a dura prova l'economia europea. La Commissione e le principali istituzioni economiche europee sono ancora fortemente orientate dalle scuole di pensiero economico *mainstream*: l'austerità è un paradigma di riferimento, la concorrenza è la principale linea guida per la regolazione del mercato unico. In questo contesto tuttavia si riscopre il valore delle imprese dell'economia sociale come attori capaci di fare innovazione sociale, di creare occupazione e di contribuire a mantenere la coesione sociale anche in contesti di difficoltà e crisi.

Le imprese dell'economia sociale e le realtà del terzo settore inoltre dispongono ancora di una buona reputazione e alimentano quella fiducia tra le persone che invece le istituzioni, soprattutto quelle economiche e politiche, vedono continuamente diminuire.

In questo contesto, sollecitato dalle organizzazioni dell'economia sociale e da alcuni pareri del CESE², il Parlamento Europeo nel febbraio 2009 adotta una risoluzione sull'Economia Sociale come leva per correggere le distorsioni di un modello economico responsabile della crisi finanziaria (PE 2008/2250 INI). A questa risoluzione, seguì il 13 ottobre 2010, una Conferenza organizzata dall'Intergruppo Parlamentare dell'economia sociale, dove si presentò ai commissari europei Michel Barnier, Antonio Tajani e Lazlo Andor l'appello: "From Words to Action: European Scholars in Support of Social Economy Enterprises", sottoscritto da 400 docenti di università europee per richiedere alla Commissione di farsi carico di una azione concreta a sostegno dell'economia sociale.

La sfida viene raccolta e prenderà la forma della Comunicazione sull'Imprenditoria sociale che tra le 11 azioni chiave prevede l'introduzione, nella normativa europea e in quella degli Stati membri, di misure rivolte a favorire l'accesso delle imprese sociali ai mercati pubblici e agli appalti.

Si fa strada così nella politica europea l'idea che esistono diversi modi di fare economia ed impresa, che è possibile azionare le leve delle politiche pubbliche, anche come strumenti per orientare una politica per lo sviluppo inclusivo, e che pertanto la concorrenza non è un dogma ma può essere orientata da una responsabilità sociale o ambientale.

La successiva traduzione di questa nuova consapevolezza troverà spazio nelle nuove Direttive appalti e concessioni, note come pacchetto "Public procurement", varate dalla Commissione europea nel dicembre 2011 e adottate in via definitiva nel febbraio 2014. Qui troveranno spazio ampie aperture al tema delle clausole sociali e ambientali, il richiamo alla necessità di favorire la partecipazione delle PMI, ma soprattutto una nuova versione delle gare riservate per imprese che si occupano di inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Anche sulla regolazione europea dei mercati pubblici vale la pena una breve contestualizzazione che ci faccia inquadrare lo scenario in cui si inserisce la nuova direttiva, che naturalmente non si muove solo per l'istanza della responsabilità sociale. Il principale motivo di revi-

² Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 31.07.2012 - C229/44.

sione della direttiva prende spunto dalla necessità di proseguire il cammino per la strutturazione del mercato unico europeo che, a partire dal 1992, si è continuamente esteso ed ha visto il suo fulcro proprio nella politica europea della concorrenza, concentrata sulla riduzione di tutti i possibili ostacoli o vincoli ad un mercato transfrontaliero con regole comuni e nessun limite alla circolazione dei fattori produttivi (in particolare merci e persone).

Sono gli anni in cui l'economia di mercato guida l'espansione ad est dell'Unione Europea. Si persegue il disegno di un grande mercato che sia guidato da grandi imprese che facciano circolare liberamente merci e persone. Gli appalti pubblici traducono questa visione politica che va nella direzione di grandi concentrazioni di appalti, grandi commesse per grandi imprese o per imprese che comunque devono essere portate alla crescita dimensionale.

Dopo la crisi, con un'Unione europea a 28 Stati e un'economia completamente cambiata serve cambiare anche la politica dei mercati e iniziare a lavorare sul mercato unico dei servizi: non solo merci e persone che si muovono nel mercato unitario, ma anche servizi e beni immateriali.

Gli acquisti pubblici sono quindi una leva per una nuova politica industriale europea che scopre di avere bisogno di responsabilità sociale, di coesione, di sostenibilità ambientale e di implementare una maggiore propensione all'imprenditoria che non si può perseguire soltanto con la strategia della crescita dimensionale delle imprese, occorrendo altresì sostenere e valorizzare il tessuto prezioso di PMI che popolano il mercato e l'economia degli Stati membri dell'Unione europea.

Queste nuove politiche di orientamento si riflettono così nella nuova Direttiva appalti e si possono schematizzare rapidamente, per evidenziare come non siano frutto di una semplice operazione di riforma della precedente normativa, ma contengano davvero una importante apertura verso l'innovazione sociale, dimostrando anche la capacità di ascolto, che a dispetto dei detrattori, le istituzioni europee hanno effettivamente adottato in questa occasione. Possibilità di suddivisione in lotti per favorire PMI, clausole sociali, appalti riservati, regime speciale per servizi sociali di interesse generale sono le quattro principali espressioni di questa nuova tendenza che merita di essere ripercorsa brevemente.

L'introduzione della possibilità di suddivisione di grandi affidamenti in lotti nasce per favorire la partecipazione delle PMI e aumentare la concorrenza, non solo come grande competizione tra aggregazioni, ma anche competizione fra forme di impresa diverse che per taluni aspetti potrebbero persino rivelarsi più adeguate a rispondere ai bisogni di cittadini e comunità locali.

Anche il principio di rotazione viene introdotto con l'obiettivo di favorire la partecipazione delle PMI, per questo, come vedremo dopo, la sua applicazione nell'ambito dei servizi sociali, come parrebbe sostenere la legge di recepimento italiana, è a mio parere del tutto fuori luogo poiché un conto è favorire la rotazione in un mercato di fornitura di beni o di servizi ad alta standardizzazione (manutenzioni, pulizie, custodia o sorveglianza), altro conto è, ad esempio, sviluppare un'alleanza con una pluralità di enti della società civile per promuovere servizi di assistenza e promozione sociale. Nel primo caso si tratta di comprare prestazioni di lavoro, nel secondo di promuovere partecipazione e responsabilizzazione dei cittadini per il perseguimento di obiettivi sociali, assistenziali, culturali o educativi che non si possono esaurire in prestazioni di ore-lavoro.

Le clausole sociali e ambientali rispondono evidentemente alla necessità di orientare il mercato ad una maggiore sostenibilità e alla responsabilità sociale, in particolare per sostenere l'occupazione a favore di persone o di territori svantaggiati.

L'importante innovazione introdotta con gli appalti e le concessioni riservate ad imprese di inserimento lavorativo di persone svantaggiate, rappresenta la soluzione più interessante e potenzialmente di maggiore impatto, poiché orienta la concorrenza in relazione alla creazione di effettive condizioni di parità tra i competitori, non tanto in relazione alla mera esecuzione del servizio o del lavoro, ma in relazione ad obiettivi di interesse generale. D'altro canto, consente di aprire finalmente ad una vera concorrenza qualitativa il recinto in cui, per certi versi, l'apparente condizione di maggior favore creata dalle Convenzioni sotto soglia rischiava di rinchiudere le cooperative sociali di inserimento lavorativo.

È importante a questo proposito ricordare che proprio grazie ai dati e alle tante esperienze positive realizzate dalle cooperative sociali di inserimento lavorativo italiane abbiamo potuto dimostrare, con la forza dei numeri e delle esperienze imprenditoriali di successo, la particolare efficacia che si ottiene con una percentuale di lavoratori svantaggiati che adotti come soglia minima il 30% e non il 50% (come prevedeva invece la precedente direttiva appalti 2004/18/CE); così come era importante dimostrare che le imprese di inserimento lavorativo si occupassero di diverse categorie di lavoratori svantaggiati e non solo persone con disabilità (come prevedeva la direttiva preesistente). In questo modo le imprese di inserimento lavorativo, che si intendevano sostenere con le gare riservate, avrebbero potuto essere più competitive e più inclusive al tempo stesso.

Ora è a queste nuove disposizioni che devono riferirsi con attenzione le cooperative sociali di inserimento lavorativo. Serve cioè promuovere sempre più il ricorso alle gare riservate, abbandonando la nostalgia e i rimpianti per i tempi in cui tutto era facilmente regolabile con le convenzioni ex articolo 5 della legge 381/1991. È tempo di affermare con convinzione che, da qui in avanti, la crescita delle cooperative sociali di inserimento lavorativo deve arrivare dalla capacità di giocare all'interno di un mercato che è competitivo, sapendo essere concorrenziali ed efficienti sia sul piano dell'esecuzione delle attività imprenditoriali sia nella capacità di innovare l'inserimento lavorativo.

Occorre anche che ci diciamo che la peggiore interpretazione dell'art. 5 della legge 381 che hanno fatto alcuni operatori è stata quella di confondere convenzioni con affidamenti diretti fuori da procedure di comparazione e competizione. Questo non significa che vada abbandonata la possibilità, tutt'ora vigente e valida, di ricorrere alle convenzioni ai sensi dell'art. 5 della legge 381/91, ma che questa, essendo rivolta ad affidamenti sotto soglia, va usata comunque con forme di applicazione che siano trasparenti, con evidenza pubblica e comparazione tra diverse offerte e comunque per affidamenti di piccole dimensioni. Mentre per perseguire obiettivi più ambiziosi, sia sul piano dei risultati perseguiti dalle Amministrazioni Pubbliche, sia per perseguire obiettivi di crescita e qualificazione delle cooperative sociali di inserimento lavorativo, lo

strumento più interessante e rappresentato oggi da gare e concessioni riservate.

La direttiva del 2014 inoltre riconosce e conferma il regime speciale per i servizi sociali e i servizi di interesse generale: sia perché i servizi sociali assistenziali ed educativi rispondono a logiche di radicamento territoriale e prossimità di realizzazione che non possono avere impatti distorsivi della concorrenza europea, sia perché tali servizi si svolgono in un contesto di “quasi-mercato” nel quale più che la concorrenza pura sono le strategie di collaborazione e partnership a garantire i migliori risultati per conseguire gli obiettivi di benessere per i cittadini e di tutela dell’interesse generale delle comunità locali.

L’ambito dei servizi sociali e assistenziali quindi avrebbe potuto essere il terreno su cui con maggiore libertà, in fase di recepimento della direttiva, il legislatore italiano avrebbe potuto introdurre elementi innovativi, sviluppare uno specifico codice dei contratti per il settore dei servizi socioassistenziali ed educativi e magari, approfittando del quasi parallelo percorso di riforma del terzo settore, introdurre davvero elementi di forte innovazione. Al contrario, invece, rinunciando proprio a quella maggiore autonomia legislativa concessa dalla direttiva europea, si sono sostanzialmente appesantite le norme sull’affidamento anche dei servizi in questo comparto, che poi nel concreto stanno determinando quella particolare criticità generata dal parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato sul Codice del Terzo settore.

Alla luce di queste considerazioni appare quindi evidente che l’Unione europea con la direttiva appalti, ma poi con altri interventi più recenti, dimostra di comprendere l’esigenza di bilanciare le forze tra concorrenza e interesse generale, e dimostra anche di saper cogliere il ruolo e l’apporto che le imprese dell’economia sociale possono portare per un modello di sviluppo più sostenibile ed inclusivo.

Rimane invece aperta per noi la domanda che vorrei rilanciare in occasione di questo convegno, proprio ai ricercatori in campo giuridico oggi presenti: “Cosa è la concorrenza? A cosa serve oggi la concorren-

za oggi, sia nei mercati sia in particolare come criterio selettivo per la pubblica amministrazione?”.

Inizio dicendo, per sgombrare il campo da equivoci, che noi delle Cooperative Sociali accettiamo la sfida della concorrenza e ovviamente ci definiamo imprese che vivono di mercato e nel mercato.

Tuttavia, mi piacerebbe che provassimo a orientare con maggiore forza la concorrenza verso l’obiettivo di creare e generare valore, mentre al contrario oggi sembrerebbe che le regole di concorrenza finiscano per premiare i meccanismi e i comportamenti che estraggono valore dal lavoro e dai territori, anziché chi il valore lo alimenta e promuove.

Faccio un esempio: se si affida la gestione di un servizio di assistenza domiciliare per gli anziani col criterio della concorrenza, misurata solo su valori economici, anche quando si utilizzasse il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ma senza chiedere null’altro che l’erogazione di prestazioni, si finirà sempre per favorire le imprese più capaci di ottimizzare la riduzione del costo del lavoro, rispetto a chi promuove una partecipazione della comunità locale, difficile da misurare se non attraverso uno sforzo ideativo e di valutazione che non è semplice incorporare in una procedura di gara tradizionale.

Il più delle volte le imprese che “ottimizzano” le prestazioni lo fanno attraverso economie di scala e spesso si tratta di grandi imprese che lavorano su grandi numeri ed alta standardizzazione. Il risultato finale sarà che tutto il servizio, al netto delle prestazioni erogate e dei lavoratori impegnati nei servizi, sarà orientato ad estrarre valore dal territorio e dalle persone servite. Questo non solo perché magari la sede della cooperativa che realizza questo servizio è dislocata in un’altra regione, paga stipendi compressi al “minimo sindacale” a lavoratori che “appartengono” all’appalto più che alla cooperativa, e quindi spesso i soli a pagare il prezzo dei frequenti cambi di gestione, ma anche perché la vera estrazione di valore si realizza nel depauperamento del capitale sociale e della capacità di coinvolgimento di una pluralità di attori nella realizzazione dei servizi, poiché il criterio di valutazione è vincolato alla prestazione, e non alla creazione di valore sociale condiviso.

Diverso è invece il caso delle esperienze di co-progettazione che in molti territori si sono realizzate, dove sostanzialmente le procedure di selezione, sempre ad evidenza pubblica, sempre comparative e traspa-

renti, hanno cercato di premiare e riconoscere non tanto la concorrenza sulle prestazioni, ma la capacità di promuovere e attivare diverse risorse collaborative, nella realizzazione di servizi che contengono prestazioni di cura e assistenza ma che si arricchiscono di una funzione di promozione sociale e di partecipazione che genera valori nuovi e non estrae semplicemente economia dal lavoro di cura.

Riuscire a rilanciare questa visione della concorrenza, come capacità di misurare il valore sociale generato, è la sfida che deve essere raccolta sia dalla cooperazione sociale e dagli enti di terzo settore, sia dalle amministrazioni pubbliche che davvero abbiano a cuore il benessere delle loro comunità e la cura dell'interesse generale.

Un possibile alleato in questa sfida potrebbe essere individuato tra quanti hanno un interesse autentico e reale al tema degli investimenti ad impatto sociale. Si tratta di un argomento molto attuale, in cui non mancano anche approcci speculativi od opportunistici o più banalmente dettati dal desiderio di essere alla moda, ma che se affrontato con la giusta considerazione potrebbe portare effetti importanti. Basta considerare ad esempio il fatto che nella programmazione dei Fondi Strutturali Europei per il settennio 2021-2027 le risorse si orienteranno ai programmi di finanziamento con la formula dell'investimento e sempre meno con quella del contributo. Anche in ambito sociale peraltro sono previste importanti dotazioni nell'ambito del programma *InvestEU* destinate al potenziamento delle "infrastrutture sociali". Va da sé quindi che anche per gli investimenti sociali, come per tutti gli altri investimenti, diventa importante saper utilizzare criteri e strumenti di valutazione e misurazione degli impatti proprio perché la competizione potrebbe sempre più spostarsi dal piano della valutazione a priori dei requisiti e delle modalità di erogazione, alla valutazione dei risultati e dei valori creati.

Se ragioniamo in termini di investimenti ad impatto sociale, possiamo affermare che la prima forma di "social impact investing" è il mercato pubblico. La direttiva appalti lo conferma quando sostiene che il mercato pubblico è una leva di sviluppo locale e deve servire anche a produrre responsabilità sociale, orientare scelte di sostenibilità ed inclusione sociale. Nell'intervento di Samuel Cornella si legge chiaramente

che si possono (e debbono) fare politiche industriali con la gestione delle regole dei mercati pubblici.

Appartiene quindi a noi, non alla mano invisibile del mercato, la responsabilità di orientare e selezionare il “genere” di attori economici di cui vogliamo sia popolato il mercato dei servizi pubblici. Si può cioè scegliere, ed è una responsabilità di amministratori e dirigenti della pubblica amministrazione, se preferire gli erogatori di prestazioni che estraggono valore dai servizi a cittadini ed utenti, oppure se valorizzare i partner con i quali rispondere collaborativamente e pluralmente ai bisogni di protezione sociale, di cura e assistenza e di promozione del benessere nelle comunità locali.

Serve cioè scegliere se rispondere ad una domanda di servizi assistenziali per erogare prestazioni o rispondere alla domanda più complessa del prendersi cura della qualità della vita, prendendosi in carico persone e comunità per generare risposte collettive di creazione di valore.

Ecco quindi che per svolgere correttamente le selezioni e orientare le scelte serve migliorare significativamente la capacità di fare valutazione. Sul tema della valutazione c'è moltissimo da fare sia da parte delle cooperative sociali, sia da parte della Pubblica Amministrazione.

Oggi partecipiamo alle gare d'appalto o accediamo ai sistemi di accreditamento quasi esclusivamente mediante procedure in cui si valutano e misurano criteri di accesso, requisiti professionali o strutturali e si valutano “promesse” e dichiarazioni d'impegno, chiamati generalmente progetti. Soglie e criteri di valutazione che, essendo preliminari all'esecuzione dei servizi, poco o nulla dicono e rilevano circa il raggiungimento dei risultati. Questo per altro è un limite diffuso in molti comparti della amministrazione italiana, con regole draconiane in ingresso e scarsa valutazione dei risultati. Coerente del resto con una interpretazione della concorrenza come soglia di accesso e non come misura del valore prodotto.

Questo spiega anche i motivi di una scarsa diffusione della cultura della valutazione soprattutto nel settore delle politiche sociali. Su questo fronte serve uno sforzo importante per recuperare terreno poiché, senza valutazione e senza capacità di misurare il valore sociale generato con metodologie fondate e collaudate, sarà difficile riuscire ad alimen-

tare consenso ed interesse verso la spesa sociale, sia essa originata da politiche pubbliche o da investimenti privati.

Sulla misurazione dei valori che si creano grazie alle imprese dell'economia sociale, insisto circa la necessità di sviluppare una nostra teoria della concorrenza come strumento per incentivare, in un'economia di mercato, la creazione di valore, che va misurata con indicatori e parametri che non siano soltanto quelli che misurano flussi monetari, ma che mettano in evidenza il valore di indicatori di coesione sociale, partecipazione dei cittadini alla produzione di beni comuni, condivisione delle conoscenze, riconoscimento del valore della solidarietà e del reciproco aiuto come beni irrinunciabili.

Portare questi elementi di valutazione nel contesto del "mercato pubblico" potrebbe essere di grande utilità anche per superare la visione della concorrenza generale nei mercati, dominata dalla visione finanziaria dell'economia che da 30 anni sta continuando ad alimentare una crescita enorme delle diseguglianze.

Se continueremo a lasciare che la concorrenza si giochi prevalentemente sulla competizione tra chi è più abile, generalmente sfruttando una posizione di rendita, nell'estrarre valore dal mercato anziché premiare chi compete o collabora per generare valore condiviso non potremo più pensare che l'amministrazione pubblica e gli Stati siano strumento per assicurare progresso e benessere alle persone.

Se portiamo questa riflessione sul territorio dobbiamo fare in modo che le regole per selezionare i migliori fornitori di servizi di welfare siano orientate alla scelta dei partner che meglio possono assicurare la creazione di valore nelle comunità locali premiando chi crea valore in un determinato territorio.

Infatti, se consideriamo che i fattori produttivi di un servizio di welfare sono gli utenti, le loro famiglie, la comunità locale è a questi che spesso occorre chiedere di partecipare alla realizzazione dei servizi, poiché sappiamo bene che non esiste quasi nessun servizio sociale che non coinvolga le famiglie, i volontari e le associazioni.

Quindi anche quando si fa un appalto in un certo senso si impegna tutta una comunità a produrre servizi che non si realizzano in altro luogo che non sia quello, poiché non possiamo delocalizzare un paese o un quartiere né gli utenti che vi abitano.

Ne consegue che, poiché non si possono portare altrove i “fattori produttivi” per consentire l'estrazione di valore dai servizi di welfare locale, chi brandisce l'arma della concorrenza come regolatore razionale e apparentemente neutrale troverà ovvio proporre la rotazione degli enti chiamati a svolgere il servizio. Ma questo è funzionale a consentire a diversi attori economici, di depredare i territori e le comunità locali facendo un'estrazione di valore dalla realizzazione di prestazioni sociali, ma non aggiunge nulla al benessere delle persone o all'interesse generale di quella comunità locale.

Se invece si vuole perseguire l'obiettivo di una concorrenza collaborativa, che crei valore quando realizza servizi, serve creare delle condizioni perché il valore che si crea su quel territorio rimanga ad alimentare la comunità locale che lo abita.

Credo che possiamo condividere il fatto che non vogliamo trasformare i servizi sociali, gli utenti e le persone in fattori di produzione e utilizzare il sistema di welfare locale per sviluppare imprese che praticano su questo l'estrazione di valore. Se lo condividiamo, allora, occorre ridare vigore e sostanza alla funzione delle cooperative sociali, delle imprese sociali e degli enti del terzo settore in reale e autentica coerenza con l'articolo 1 della legge di riforma del terzo settore, che esprime lo stesso concetto del primo articolo della legge sulle cooperative sociali. Sono cioè enti che manifestano una forma organizzativa della comunità locale che risponde ai bisogni della propria cittadinanza, perseguendo finalità di interesse generale.

È chiaro che se si scelgono i prestatori che erogano delle prestazioni quantificate, che sia appalto a ore o a corpo, ma non si considera la possibilità di costruire una diversa alleanza tra soggetti che condividono lo stesso obiettivo dell'interesse generale si orientano i comportamenti degli operatori economici verso una cultura prestazionale e di mero adempimento, e non verso quella di una alleanza per generare coesione sociale e partecipazione dei cittadini. Scelta che invece si trova nella filosofia e impostazione che ha ispirato la riforma del terzo settore, che riconosce gli enti del terzo settore come espressione delle comunità che si organizzano e perseguono obiettivi di interesse generale.

In questo senso troviamo una continuità con la riforma della Costituzione del 2001 che riconosce il principio di sussidiarietà e il ruolo

delle formazioni sociali, che nel caso del terzo settore, perseguendo finalità di interesse generale, assumono una funzione di utilità pubblica e pertanto una dignità che andrebbe valorizzata da forme di collaborazione e cooperazione, più che da procedure di concorrenza competitiva.

Vi sarebbero spazi ampi di innovazione legislativa se non fosse che la legislazione italiana continua ad essere spesso contraddittoria e raramente si fanno azioni coordinate tra diversi provvedimenti di riforma, come appunto è stato nel caso di recepimento della direttiva appalti e riforma del terzo settore.

La pratica amministrativa invece è assai prudente, quando in realtà ci sarebbero sfide interessantissime da esplorare sul piano delle innovazioni sociali che una normativa più attenta ai valori e agli obiettivi, e meno alle procedure, potrebbe portare se si facesse uno sforzo maggiore di connessione tra le finalità e gli obiettivi di una riforma e i provvedimenti che si adottano per implementarle.

Interpreto così il già richiamato parere del Consiglio di Stato dell'estate 2018, ineccepibile dal punto di vista del merito nella lettura delle singole norme (Codice del terzo settore e Codice dei contratti pubblici), ma apparentemente disinteressato a cogliere il contesto nel quale i due provvedimenti si inseriscono, e che nemmeno sembra rilevare quel cambiamento che la Commissione Europea ha saputo interpretare creando una connessione diretta tra la comunicazione sull'Imprenditoria Sociale e la direttiva appalti. Altro che *euroburocrati*! A Bruxelles si sono dimostrati assai più innovativi e capaci di ascoltare e recepire le innovazioni sociali di quanto in troppi continuano a sostenere.

Per certi aspetti, le modalità con cui si stanno applicando Codice del terzo settore e Codice dei contratti pubblici fanno tornare alla mente la vicenda del cosiddetto "Red flag Act" col quale, nell'Inghilterra del 1865, il governo, interessato a difendere le proprie ferrovie dalla concorrenza delle automobili, introdusse il limite di velocità di 10 km/h per le auto (i treni già viaggiano fino a 50 Km/h) e, "alleato" con cocchieri e vetturini che temevano di perdere lavoro, disponeva che ogni auto che entrava in un centro abitato dovesse essere preceduta da due uomini a piedi che agitando delle bandiere rosse avvertissero del pericoloso arrivo di un'automobile. Questo provvedimento rimase in vigore per quasi 30 anni e poi naturalmente venne superato dalle innovazioni e dal desi-

derio di autonomia e libertà delle persone che volevano muoversi in automobile.

Occorre evitare quindi che le imprese dell'economia sociale e il terzo settore, col loro potenziale innovativo, vengano ostacolate dal timore che la concorrenza orientata alla promozione di valore sociale, anziché all'estrazione di valore economico, possa minacciare le rendite di posizione consolidate.

Il parere del Consiglio di Stato assomiglia molto al "Red flag Act", tenta di interpretare con regole consolidate un mondo in forte evoluzione, ma anche molti comportamenti di cooperative sociali e amministrazioni locali sembrano iscriversi in quel solco di conservazione dello "status quo" che si manifesta ogni volta che pronunciamo la frase: *ma noi abbiamo sempre fatto così!*

Ma se non sapremo comprendere il potenziale innovativo che sta arrivando dall'economia sociale, dalle trasformazioni in corso nel terzo settore, dalla possibilità di un ripensamento delle funzioni pubbliche orientate veramente alla promozione dell'interesse generale delle comunità finiremo col ritardare di anni l'avvio delle innovazioni sociali di cui abbiamo urgente necessità se vogliamo assicurare sostenibilità e universalità al nostro sistema di welfare locale.

DISCUSSIONE SUL TEMA

Fabrizio Ernesto Pregliasco
Presidente Nazionale di ANPAS
-Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze-

Il diritto derivato dell'Unione europea e le iniziative della Commissione riconoscono lo status speciale e il valore aggiunto delle organizzazioni senza fini di lucro, ma non hanno ancora colto in modo esplicito la specificità del ruolo del volontariato e delle sue organizzazioni nell'ambito dei servizi alla persona.

Ciò determina da tempo una situazione di incertezza e costringe tutt'ora le nostre organizzazioni a pesanti contenziosi dall'esito incerto.

Non mancano tuttavia le premesse per il riconoscimento normativo del ruolo peculiare svolto dalle Organizzazioni di volontariato (ODV), grazie ad alcune fondamentali pronunce della Corte di giustizia in contenziosi che hanno visto protagonista proprio ANPAS (causa C-113/2013 "Spezzino" e causa C-50/2014 "CASTA").

Tali sentenze hanno riconosciuto la compatibilità con il diritto dell'Unione europea dell'affidamento in via prioritaria alle ODV del trasporto sanitario d'urgenza e di quello qualificato, e l'esclusione degli accordi conclusi dal regime degli appalti.

Tali principi, enunciati sulla base delle norme dei trattati, stentano, però, ad affermarsi nell'ordinamento interno e in quello degli altri Stati membri e tale incertezza permane con l'entrata in vigore della direttiva n. 24/2014 (Direttiva appalti) che, pur riconoscendo la specificità delle organizzazioni senza fini di lucro, non mette del tutto a fuoco le peculiarità connesse alla figura delle ODV.

Sarebbe importante, dunque, in prospettiva, una revisione della Direttiva 2014/24/UE che, all'art. 10, lett. h), stabilisce che i servizi specifici forniti dalle organizzazioni no-profit o associazioni dedite alla difesa civile, alla protezione civile, e alla prevenzione delle emergenze sono esclusi dal suo ambito di applicazione. Questo significa che le am-

ministrazioni possono incaricare direttamente tali organizzazioni per i servizi suddetti, senza svolgimento di una procedura di appalto ordinaria.

Ad avviso di chi scrive, i servizi di soccorso in ambulanza e il trasporto di emergenza dei pazienti dovrebbero ricadere nell'ambito di questa eccezione senza dubbio alcuno.

Tuttavia, i margini di interpretazione della disposizione richiamata hanno reso inevitabile l'avvio di controversie che hanno portato la giurisprudenza ad esprimersi sul punto.

In particolare, due rinvii pregiudiziali sono stati portati davanti la Corte di giustizia dell'Unione europea (casi C-465/17 e C-424/18). Il primo caso, deciso nel marzo scorso, sembra aprire la strada a una differenziazione del regime giuridico all'interno della categoria delle organizzazioni senza fini di lucro sebbene permanga, anche dopo tale sentenza, un livello di incertezza interpretativa dannosa, demoralizzante e pregiudizievole nei confronti dell'obiettivo reale: l'offerta sostenibile di servizi di alta qualità per i cittadini.

Anche da qui la convinzione che sarebbe ormai necessaria una definizione dello status di Associazione di Volontariato e un riconoscimento formale del valore aggiunto dato da queste organizzazioni da parte del diritto dell'Unione in modo da valorizzare e non pregiudicare la loro natura di formazioni sociali, quale espressione della libera iniziativa dei cittadini che si associano in vista del soddisfacimento di interessi comuni.

Sul piano del diritto nazionale, l'introduzione nel Codice del terzo settore di una più ampia gamma di strumenti per coprogettare, coprogrammare e gestire in convenzionamento servizi di interesse generale, applicando con coerenza il principio di sussidiarietà, ci ha entusiasmato.

Il parere del Consiglio di Stato n. 2052, del 20 agosto 2018 è, invece, stata una "doccia fredda" rispetto alla possibilità di attuare una nuova stagione di collaborazione fra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore. Indicando in molte situazioni come unica possibilità la via

della gara d'appalto, rimane allora solo la specificità espressa dall'art. 57 CTS per quanto riguarda i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza normati esplicitamente, il quale prevede l'affidamento diretto alle sole ODV appartenenti a Reti nazionali.

In questo modo si perde di vista la relazione che c'è tra l'identità delle organizzazioni e gli affidamenti dei servizi ed è questo l'aspetto che interessa la maggior parte delle nostre associate.

Le organizzazioni di volontariato sono, infatti, destinatarie di norme specifiche in materia di rapporti con gli enti pubblici. Tra queste, particolare rilievo hanno le norme sull'affidamento di servizi che contribuiscono a configurare un sistema in cui le ODV costituiscono il partner "fiduciario" della pubblica amministrazione nella gestione e fornitura di servizi alla persona, inclusi i servizi sanitari.

Al riguardo, il termine "affidamento" di servizi non è casuale, bensì sintomatico di una relazione speciale che si caratterizza per il comune obiettivo di ente affidante (la PA) ed ente affidatario (le ODV).

Il sistema degli affidamenti diretti e prioritari alle ODV nell'ambito dei servizi sanitari, che trova numerose giustificazioni teoriche di natura diversa, ha ricevuto, sul versante giuridico, riconoscimento nel d.lgs. n. 117/2017, e in alcune pronunce della Corte di Cassazione e della Corte di giustizia dell'Unione europea (in particolare, in sentenze del 2014, del 2016 e in una recente pronuncia del 2019), sebbene vi siano ancora delle controversie in corso, direttamente sollecitate dalla nostra iniziativa.

Il diritto europeo e le iniziative della Commissione europea infatti conoscono e riconoscono in diverse occasioni lo status speciale e il valore aggiunto delle organizzazioni di volontariato, come ad esempio nella citata direttiva sugli appalti pubblici. Tuttavia, tale riconoscimento e, di fatto, l'esatta definizione di cosa debba essere riconosciuto porta ancora ad una situazione di incertezza giuridica che andrebbe evitata, soprattutto nei casi in cui lo spirito della legge possa essere chiaramente interpretato a favore delle organizzazioni di volontariato. Dovremo, pertanto, svolgere un'attività di lobby a livello europeo.

Considerato il quadro complessivo di cui si è dato conto, risulta necessaria, a questo punto, una correzione delle incongruenze e delle mancanze espresse dalla giustizia amministrativa.

L'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), inoltre, potrebbe aggiornare le proprie Linee Guida, così come noi di ANPAS, della Confraternita delle Misericordie e Croce Rossa Italiana abbiamo chiesto per omogeneizzare le modalità di rendicontazione delle spese, unico modo previsto dal CTS per le ODV per svolgere attività di interesse generale, quali appunto le attività socio-sanitarie tipicamente svolte dalle nostre organizzazioni nel campo dell'emergenza/urgenza in sanità e della protezione civile. Infatti, il meccanismo del rimborso spese e delle rendicontazioni è molto eterogeneo, e diverso da regione a regione.

Sull'affidamento dei servizi al volontariato stiamo già lavorando con Misericordie e Croce Rossa ad uno studio scientifico di valutazione dei costi e delle modalità di affidamento con la Fiaso (Federazione Italiana Aziende Sanitarie e Ospedaliere) considerato che la situazione attuale è aggravata dai tagli alle risorse adottati negli ultimi anni e dalla difficoltà emersa da parte dei funzionari della pubblica amministrazione (Comuni, Aziende Sanitarie) di interpretare la normativa europea, nazionale e regionale.

A rendere ulteriormente complessa la situazione vi sono le numerose, e talvolta contraddittorie, sentenze emanate in materia a vari livelli della giustizia amministrativa, spesso a seguito di ricorsi presentati da soggetti privati che contestano l'apporto del volontariato in ambito socio-sanitario.

In generale, l'affermata preminenza del diritto europolitano sul diritto interno appare particolarmente problematica perché ancorata a una visione mercantilistica, basata sul principio di tutela della concorrenza. Come si è detto, in questo modo non si considera un altro principio comunitario, quello solidaristico, previsto nella direttiva n. 24/2014, così come recepita con il d.lgs. n. 50/2016. L'ordinamento UE, infatti, non impone alcun obbligo agli Stati membri di adottare misure concorrenziali in tutti i settori, privando la possibilità di conseguire risparmi di spesa derivanti dall'apporto materiale di enti come le ODV con conseguente lesione di un altro principio di rilevanza europea, rappresentato

dalla tutela degli equilibri di bilancio, recepito negli articoli 81, 97 e 119 della Costituzione.

L'affidamento di servizi alla persona tramite gare ha un senso laddove la società civile non riesca ancora ad esprimere soggetti locali radicati e competenti; ma dove esistono da anni, talora da sempre, associazioni riconosciute da tutti per il loro impegno in ambito sociale e sanitario occorre privilegiare il mantenimento e lo sviluppo di queste esperienze che operano non per lucro, ma per vero interesse al bene comune, promuovendo anche la sensibilizzazione, la prevenzione e la promozione della salute e del benessere dei cittadini. Ciò vale soprattutto negli ambiti in cui è fondamentale "fare sistema" tra pubblico e privato sociale.

Si tratta di considerazioni che evidenziano la necessità di distinguere fra l'evidenza pubblica propria delle procedure disciplinate dal Codice dei contratti pubblici e l'evidenza pubblica propria dell'affidamento dei servizi secondo modalità diverse dall'appalto e dalla concessione, ma comunque rispettose dei principi di trasparenza, pubblicità e di parità di trattamento.

In caso contrario le le pubbliche amministrazioni saranno portate a privilegiare sempre l'affidamento dei servizi tramite gara d'appalto, considerata (erroneamente) come unica garanzia di trasparenza ed economicità.

Con la coprogettazione, invece, non c'è una gara fra contendenti, da una parte, e stazione appaltante, dall'altra, bensì l'attivazione trasparente di un partenariato collaborativo tra soggetti con obiettivi simili, in cui tutti apportano proprie risorse per attuare una o più attività di interesse generale, quindi non lucrative. Si tratta, di istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, distinti da quelli previsti dal Codice dei contratti pubblici.

Cruciale per le realtà come ANPAS sarà portare avanti un confronto con le istituzioni per garantire la sostenibilità economica e l'autofinanziamento delle attività delle proprie associate. Dobbiamo però continuare a incidere sui Decreti Ministeriali che devono ancora essere adottati in attuazione della Riforma per riuscire a difendere la nostra storia. Ma anche un'azione a livello europeo, come sopra descritto, sarà determi-

nate per continuare ad offrire alla comunità il capitale sociale rappresentato dal volontariato in Italia.

CONSIDERAZIONI DI SINTESI

ALCUNE CONSIDERAZIONI DI SINTESI SUL RAPPORTO TRA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E TERZO SETTORE

Marco Bombardelli

Per delineare un quadro di sintesi rispetto al tema oggetto dell'incontro non si può nemmeno tentare di riassumere i contenuti emersi, troppo numerosi e rilevanti per poter essere considerati esaustivamente nel breve spazio di queste conclusioni. Mi soffermerò quindi su uno dei temi maggiormente richiamati nel corso della giornata, che può essere considerato il comun denominatore sia delle relazioni del mattino che degli interventi del pomeriggio. Si tratta, come affermato da Andrea Magliari, della ricerca di un punto di equilibrio fra, da un lato, il riconoscimento delle specificità della natura sociale delle attività svolte dal terzo settore (la sfera della solidarietà) e, dall'altro, il rispetto dei principi pro concorrenziali nell'affidamento dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni (la sfera della concorrenza).

È emerso chiaramente, a tale riguardo, che anche l'attività di natura sociale si può configurare, a certe condizioni, come attività di fornitura di beni e servizi da parte di un'impresa nei confronti di una pubblica amministrazione. Come tale, essa assume una specifica rilevanza economica, in quanto relativa alla prestazione di servizi astrattamente contendibili sul mercato e potenzialmente realizzabili da più operatori. Nonostante la sua natura e le finalità altruistiche che attraverso di essa vengono perseguite, quindi, non può di per sé essere escluso che anche l'attività degli enti del terzo settore sia sottoposta – secondo quanto hanno chiarito bene Andrea Magliari e Samuel Cornella – da un lato alle regole pro concorrenziali che oggi disciplinano l'esternalizzazione dei servizi pubblici, dall'altro a quelle in materia di divieto di aiuti di Stato, sempre più rilevanti rispetto alle diverse forme di finanziamento pubblico alle imprese.

Nell'inquadramento del fenomeno sotto il profilo giuridico rileva il fatto che l'impresa sociale si vede affidare dall'amministrazione, ed accetta, l'incarico di effettuare delle prestazioni di natura sociale, strumentali all'erogazione di un servizio alla persona, dietro il pagamento di un corrispettivo. Il fatto che l'utente non acquisisca la prestazione del servizio a condizioni di mercato e non ne paghi, in tutto o in parte, il relativo costo, non significa che non esista un mercato rilevante per queste prestazioni, che è quello in cui le imprese sociali contrattano con l'ente pubblico per farsi attribuire il compito di fornire il servizio. Anche se le attività sociali sono erogate gratuitamente o a condizioni agevolate nei confronti dell'utente, il servizio viene pagato al prestatore del servizio dall'amministrazione ed è eventualmente soltanto a quest'ultima che è riferibile il rapporto di gratuità o di accesso agevolato a favore dell'utente. L'ente gestore, invece, instaura con l'amministrazione affidante un rapporto in cui sussistono sia la patrimonialità del corrispettivo che la sinallagmaticità fra questo e la prestazione fornita. L'atto che regola questo rapporto ha chiaramente natura contrattuale e in presenza di queste condizioni l'amministrazione affidante deve procedere, sia pure con modalità specifiche, attraverso il confronto competitivo richiesto dalle regole nazionali ed europee sui contratti pubblici, specie dopo le modifiche normative a cui molte delle relazioni di oggi hanno fatto riferimento.

Rispetto al quadro che ho ora richiamato, però, occorre chiarire quale sia il contesto in cui l'affermazione del principio di concorrenza assume rilievo anche in riferimento all'attività del terzo settore, perché altrimenti la prospettiva rischia di venire distorta a favore della dimensione economica e a scapito di quella sociale, come in effetti sembra accadere con le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 2018, che sono state efficacemente riassunte da Andrea Magliari e poi riprese, anche in senso critico, da altri relatori.

Va tenuto presente, in particolare, che l'attività rispetto a cui viene a stabilirsi il rapporto fra amministrazioni pubbliche ed enti del terzo settore è per definizione un'attività di servizio pubblico, riconosciuta co-

me necessaria dall'ordinamento per dare soddisfazione ai diritti sociali e che quindi deve necessariamente essere erogata dall'amministrazione. Non avendo però questa attività natura autoritativa, e potendo quindi essere svolta anche attraverso la libera iniziativa dei privati, l'amministrazione può decidere di adempiere al suo dovere di cura dei suddetti diritti non attraverso la gestione diretta del servizio, ma tramite l'affidamento dello stesso a soggetti privati idonei a svolgerlo. Il primo presupposto è che il servizio da affidare sia un'attività chiaramente definibile *ex ante* e che quindi possa essere esattamente specificata nelle sue modalità di erogazione, in modo da consentire l'esatta individuazione della prestazione oggetto di "acquisto" da parte dell'amministrazione. Il secondo è che il privato disponga di una idonea "capacità tecnica" e possa erogare l'attività richiesta sulla base di elementi misurabili e valutabili dall'amministrazione, nel confronto con altri privati, in riferimento a criteri definiti, nell'ambito di una procedura di affidamento.

In questo contesto il privato sociale appare come fornitore di servizi a cui l'amministrazione si rivolge ora per diminuire i costi dell'erogazione del servizio, ora per dotarsi di professionalità specifiche di cui non dispone al proprio interno, nell'ambito di un disegno di esternalizzazione dei servizi, secondo la logica dell'esternalizzazione e del *contracting out*. La relazione che si instaura fra amministrazione e privato riguarda dunque un'attività che quest'ultimo svolge perché l'amministrazione gli chiede di farlo in vece sua, che si connota come prestazione di servizi "acquistata" dalla pubblica amministrazione e viene dunque inserita in un rapporto di natura sinallagmatica in cui il privato si assume precisi obblighi e responsabilità nel fornire il servizio, a fronte di un corrispettivo che gli viene corrisposto da parte dell'amministrazione, secondo una dinamica che trova la sua regolazione più adeguata in un contratto di appalto. Le peculiari qualità del privato sociale e dell'attività, di natura altruistica, che esso svolge, non rilevano di per sé, quali astratti indici di "meritevolezza", che giustificano un "riconoscimento" e un "sostegno" da parte dell'amministrazione, ma in quanto capacità tecniche che qualificano il soggetto privato, che l'amministrazione deve considerare e valutare quando opera la selezione tra i possibili fornitori, perché determinanti rispetto alla soddisfazione dei bisogni dell'utente, a cui essa deve porre attenzione in via prioritaria. Anche se

l'attività dell'impresa sociale è finalizzata al perseguimento dell'interesse generale, il contratto che essa stipula con l'amministrazione per l'affidamento del servizio non riguarda direttamente la realizzazione di questa finalità, di cui formalmente resta responsabile l'amministrazione affidante, ma la prestazione dell'impresa, strumentale rispetto al suo raggiungimento.

Lo schema è assai noto, poiché rientra nell'ampio capitolo dell'acquisto di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, che è tipico anche dei servizi economici. L'amministrazione resta titolare del servizio e l'ente del terzo settore opera a suo favore, come fornitore di quel servizio. Il rapporto che si instaura mantiene un carattere di netta distinzione tra le due parti, perché non conduce a una integrazione fra l'intervento pubblico e quello privato, ma fa sì che il secondo si sostituisca al primo in modo strumentale, in virtù della capacità "tecnica" che gli deriva dalla capacità "sociale" di agire nel perseguimento dell'interesse generale. La relazione giuridica che si instaura non è quella della collaborazione in vista del perseguimento dell'interesse generale, sulla base di una comune assunzione di responsabilità, ma si inserisce nella logica tipicamente sinallagmatica dello scambio fra l'impresa, che si impegna a erogare delle prestazioni di natura sociale, e la pubblica amministrazione, che si impegna retribuire le prestazioni fornite.

È in questo scenario che si colloca l'affermazione del principio di concorrenza ed è in riferimento ad esso che può essere correttamente valutato il suo impatto sulle relazioni tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore. Si tratta solo di uno dei possibili scenari in cui queste relazioni possono trovare collocazione. Molte volte, però, esso viene considerato come l'unico, o comunque non viene distinto dagli altri scenari possibili, creando una confusione da cui sorgono molte delle preoccupazioni del mondo del terzo settore nei confronti del principio di concorrenza, come quelle che ci sono state ricordate ad esempio da Carlo Borzaga e da Giuseppe Guerini.

Questa confusione è alimentata dal fatto che nella prima fase del processo di esternalizzazione dei servizi sociali le pubbliche amministrazioni hanno spesso seguito la prassi di affidare il servizio ai soggetti del terzo settore, ivi compresi quelli ora rientranti nella definizione di impresa sociale, sulla base di convenzioni stipulate direttamente, in vir-

tù di rapporti puramente fiduciari e senza il previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica, data la presunta irrilevanza economica dell'attività e la particolare natura *non profit* del soggetto chiamato ad erogare il servizio. L'affidamento del servizio attraverso forme di convenzionamento diretto ha spesso avuto un'origine comune con l'intervento di sostegno, nel senso che nell'affidare il servizio ad un ente del terzo settore la pubblica amministrazione non ha perseguito solo la finalità di esternalizzazione del servizio, ma anche, più o meno esplicitamente, quella di incoraggiare e sostenere questo tipo di ente. Questo ha finito per confondere le acque e per creare una contraddizione di fondo nella configurazione del rapporto. Esiste infatti una profonda differenza fra gli interventi a sostegno delle organizzazioni del privato sociale, in cui sono queste ultime a costituire i destinatari dell'attività amministrativa, e il ricorso da parte dell'amministrazione a competenze esterne per l'erogazione di un servizio che essa è tenuta ad erogare a favore di utenti che restano "terzi" rispetto al suo rapporto con l'ente del terzo settore e che sono i veri destinatari del suo intervento.

L'affermazione del principio di concorrenza viene a dirci proprio questo: che se ci si trova nello scenario in cui si realizza una esternalizzazione di servizi sociali da parte dell'amministrazione, questa deve operare a tutela degli utenti, ricercando la massima qualità del servizio attraverso il confronto competitivo tra potenziali fornitori. Rispetto a questo né la natura dell'affidatario, né quella dell'attività svolta sembrano essere di per sé idonee a giustificare l'intervento dell'amministrazione a favore di una impresa sociale attraverso l'affidamento diretto. In nessun caso, infatti, un determinato affidatario può essere considerato di per sé e a priori come il solo ente del terzo settore potenzialmente individuabile, in possesso delle caratteristiche "tecniche" richieste dall'amministrazione e necessarie per fornire un certo servizio con la qualità adeguata alla più alta possibile soddisfazione dell'utente. A tal fine il suddetto affidatario deve quantomeno essere confrontato con gli altri soggetti del terzo settore che operano nello stesso ambito: e ciò è fondamentale per garantire anche il dinamismo e l'innovazione all'interno del mondo del *non profit*.

Il rischio infatti – come bene ha evidenziato Giuseppe Guerini – è che senza un adeguato confronto e una effettiva possibilità di ricambio

fra i diversi operatori del terzo settore possano ingenerarsi dei fenomeni controproducenti e negativi per lo stesso mondo del privato sociale. In primo luogo, quelli evidenziati da Silvia Frego Luppi nella sua introduzione come possibili fenomeni di clientelismo, talora accompagnati anche da corrispondenti atteggiamenti di opportunismo nella scelta della forma dell'impresa sociale, motivata più dall'obiettivo di procurarsi i vantaggi connessi al rapporto con l'amministrazione che non da un'effettiva volontà di operare per la cura di interessi generali. Ma anche senza arrivare a questi estremi negativi, il mancato confronto può determinare il formarsi ingiustificato di posizioni dominanti da parte dei soggetti che riescono a ottenere il convenzionamento e la proroga automatica dello stesso, con effetti sfavorevoli sul pluralismo e sul dinamismo all'interno del terzo settore che, come ha evidenziato Guerini, può adagiarsi sulle posizioni acquisite e perdere la propria capacità di innovazione. Il rischio, allora, è di vedere riprodursi negli enti del privato sociale gli stessi difetti tradizionalmente contestati alle burocrazie pubbliche, come la scarsa capacità di cogliere bisogni nuovi, di adottare tecniche innovative per affrontare i bisogni e in definitiva di costare troppo, quasi trasformandosi in enti "parapubblici" e riproponendo i rischi di irrigidimento e di inefficienza tipici dell'erogazione pubblica del servizio.

Nel contrasto di questi fenomeni, quindi, il confronto competitivo e concorrenziale per l'affidamento dei servizi pubblici può diventare utile e assumere una connotazione positiva. Certo, nell'applicazione delle regole sulla concorrenza va tenuto conto che quella svolta dagli enti del terzo settore è un'attività che per la sua natura sociale ha delle caratteristiche peculiari. Questo richiede che il confronto competitivo e l'utilizzo di criteri pro concorrenziali avvengano con modalità particolari. Ma questo già può avvenire in base alla normativa vigente, sia in riferimento al regime dei contratti pubblici che a quello degli aiuti di stato, come dimostrato da Andrea Magliari e Samuel Cornella. Quando le attività di rilevanza economica sono svolte dai soggetti del terzo settore, nell'applicazione delle regole pro concorrenziali l'ordinamento ammette delle

semplificazioni e delle deroghe, che per le amministrazioni, ma anche ovviamente per i soggetti del terzo settore, diventa fondamentale conoscere e saper gestire in modo ottimale.

Molto spesso, quindi, piuttosto che arroccarsi su posizioni tradizionali a difesa delle pratiche del convenzionamento diretto o del contributo a fondo perduto, chiedendo alle amministrazioni – che non possono più farlo – di “bypassare” le regole in materia di procedure di gara o di aiuti pubblici alle imprese, per l’impresa sociale diventa fondamentale saper cogliere la sfida della concorrenza. Per farlo essa deve ottenere che questa sfida si svolga nel rispetto della specificità del settore dei servizi sociali, che è molto diverso da quello dei servizi a carattere economico-industriale sia per quanto riguarda la natura di chi eroga il servizio, sia per quanto riguarda i bisogni che vengono soddisfatti. In particolare, è importante che vengano sfruttati quei margini di flessibilità e di adattabilità delle procedure a evidenza pubblica rispetto alle peculiarità del settore analizzati da Andrea Magliari e che si eviti di impostare il confronto concorrenziale sulla base di criteri puramente economico-finanziari, che possono determinare l’aggiudicazione a favore di chi offre il prezzo più basso, magari a scapito della qualità del servizio erogato. Sono quindi da considerare con particolare attenzione correttivi come la possibilità di restringere il confronto ai soggetti che appartengono al terzo settore e hanno natura *non profit*, o come l’imposizione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa nell’aggiudicazione del servizio – al fine di tener conto ad esempio della capacità del gestore di elaborare progetti complessivi di intervento, di realizzare un rapporto personalizzato con l’utenza o di instaurare proficue relazioni con il territorio – o altre previsioni come l’adozione di clausole sociali, l’indicazione di un *favor* per la capacità di fare rete sui territori o per l’esperienza acquisita in ambiti specifici, che fuori dal settore dei servizi sociali finirebbero invece per essere considerate anticoncorrenziali.

Se si imposta la relazione fra ente del terzo settore e pubblica amministrazione nello scenario dell’affidamento del servizio questo percorso

pare essere obbligato: nel momento in cui l'intervento di tale ente viene considerato come fornitura di servizi, non è agevole – né opportuno, per quanto si è detto poco fa – uscire dalle regole pro concorrenziali previste per quest'ultima, pur con tutti i correttivi indicati. Come si diceva prima, però, bisogna porre attenzione allo scenario in cui ci si colloca nel considerare le relazioni tra privato sociale e pubblica amministrazione. Occorre tenere presente, in particolare, che quello della fornitura di servizi non è l'unico scenario possibile e che al di fuori di esso non è detto che tali relazioni debbano ispirarsi comunque alla logica del mercato e del confronto concorrenziale, né che le stesse possano essere regolate solo attraverso atti riconducibili allo schema del contratto di appalto, come invece sembra sostenere il Consiglio di Stato nel suo parere n. 2052 del 2018. Come bene ha messo in luce Carlo Borzaga, il tema del rapporto fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore non può essere considerato solo dal punto di vista del mercato, dello svolgimento di attività economicamente rilevanti da parte di tali enti e della conseguente esigenza di determinare con quale ampiezza il principio di concorrenza debba ispirare la selezione dei potenziali fornitori da parte dell'amministrazione e il corrispondente confronto competitivo fra gli stessi.

Questo punto di vista diventa obbligato solo se ci si colloca all'interno del modello tradizionale, nel quale il rapporto fra amministrazione pubblica e privato sociale continua ad essere impostato secondo uno schema tipicamente "bipolare", in cui – secondo la definizione proposta da Sabino Cassese e poi ripresa anche da Gregorio Arena – il ruolo e le finalità dei soggetti che entrano in relazione sono distinti e profondamente differenziati, in un contesto ove la cura dell'interesse generale spetta solo all'amministrazione e gli interessi curati dai privati, anche quando assumono una connotazione altruistica, rilevano solo nella loro dimensione individuale. Nel suo intervento Carlo Borzaga ha però giustamente sostenuto che occorre modificare questo punto di vista e prendere atto che il Codice del terzo settore ha riconosciuto espressamente agli enti del privato sociale l'attitudine ad operare direttamente per la cura di interessi generali, rendendo quindi necessario un cambiamento anche nel modo di intendere il loro rapporto con la pubblica amministrazione e in quello di configurare gli strumenti giuridici idonei a rego-

lare questo rapporto. Un cambiamento che peraltro è perfettamente coerente con le trasformazioni che negli ultimi trent'anni, sia pure in modo non sempre continuo e coerente, hanno interessato la pubblica amministrazione, che oggi assume una connotazione di tipo "obiettivato" e non si configura solo come insieme di soggettività pubbliche, ma anche e soprattutto come organizzazione che assicura sul piano obiettivo il dovere di amministrare, aprendosi anche alla presenza di figure private, o comunque diverse dagli apparati amministrativi tradizionali, secondo l'impostazione introdotta più di mezzo secolo fa con gli studi di Feliciano Benvenuti e richiamata anche da Silvia Frego Luppi.

In virtù di queste modifiche e di queste trasformazioni, occorre essere consapevoli che l'ambito formale dei servizi sociali gestiti dalle pubbliche amministrazioni, dove i soggetti del terzo settore possono operare come fornitori di servizi, è solo una parte del quadro complessivo degli interventi nel sociale riconosciuti dall'ordinamento. Accanto allo scenario tradizionale circoscritto dal suddetto ambito si apre infatti uno scenario nuovo e ulteriore, in cui gli interventi di cura dell'interesse generale nell'ambito della sfera sociale – anche in base al principio di sussidiarietà orizzontale riconosciuto dall'art. 118, comma 4 della Costituzione e secondo il modello del sistema integrato di erogazione dei servizi, introdotto dalla l. n. 328/2000, oggi più volte richiamati – non è più solo prerogativa del soggetto pubblico, ma rientra tra le funzioni di interesse generale che i privati possono svolgere e che la pubblica amministrazione è tenuta a favorire. Protagonisti di tali interventi possono dunque essere sia le diverse figure soggettive in cui si articola l'amministrazione, per le quali agire in vista del perseguimento dell'interesse generale è un dovere istituzionale, sia quei soggetti privati – come appunto gli enti del terzo settore – che scelgono di perseguire l'interesse generale sulla base della propria autonomia privata, individuandolo come finalità da raggiungere all'interno dei propri statuti. Di conseguenza, la relazione tra la pubblica amministrazione e i soggetti del privato sociale non si configura più soltanto in senso puntuale e appunto "bipolare", come insieme di rapporti fra entità contrapposte, ma anche in senso "multipolare", come relazione fra i nodi di una rete in cui il privato non ha necessariamente un ruolo strumentale, quale mero fornitore di un servizio, ma assume una posizione di protagonista perché

opera nell'interesse generale e si inserisce di conseguenza con un ruolo significativo nell'organizzazione amministrativa, nella sua dimensione obbiettiva.

In questa nuova prospettiva cambiano sia il modo di essere dell'amministrazione pubblica che la tipologia dei rapporti che essa può instaurare con il privato. L'amministrazione continua a vedersi affidato istituzionalmente un insieme di attività di prestazione, caratterizzate dal fatto di essere rivolte alla cura di bisogni altrui e soprattutto di essere erogate doverosamente, come servizio pubblico, con i caratteri di necessità e di continuità che sono tipici di quest'ultimo. Ma accanto allo svolgimento di queste attività "istituzionali" essa si trova a dover favorire e coordinare l'azione svolta nell'interesse generale da privati che, come in particolare gli enti del terzo settore, decidono per propria scelta, come espressione della propria autonomia privata e sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, di assumersi anche la responsabilità di agire in maniera doverosa ed in un'ottica di continuità per il raggiungimento del benessere comune, e di inserirsi quindi in una dimensione di cooperazione con gli altri soggetti privati che hanno fatto la stessa scelta e con i soggetti pubblici che perseguono tale obiettivo per dovere istituzionale.

Questo costringe ad andare oltre gli schemi tradizionali su cui viene impostata, anche sul piano giuridico, l'analisi del rapporto fra pubblico e privato e ricercare nuovi schemi, capaci di valorizzare, da un lato, la capacità del pubblico di fornire il supporto organizzativo necessario al coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti nel perseguimento dell'interesse generale e, dall'altro, l'attitudine del privato a "fare sistema" e a interagire in una logica di rete con altri soggetti pubblici e privati nel perseguimento dell'interesse generale. Nel delineare le modalità di gestione di un servizio sociale non si tratta quindi semplicemente di definire se un ambito di intervento deve essere mantenuto in capo al soggetto pubblico o deve essere trasferito al privato e di precisare poi quali sono le modalità per operare questo trasferimento di compiti: occorre disciplinare, anche a mezzo di appositi strumenti formali, le modalità con cui pubblico e privato possono interagire e coordinarsi per individuare, progettare, gestire e valutare in modo integrato i propri interventi nel sociale, in vista di una convergenza nel perseguimento dell'interesse generale.

L'esigenza non è più semplicemente quella di disciplinare il rapporto puntuale, tipico della struttura di mercato, fra chi acquista un servizio e chi lo vende, di cui basta regolare in modo sinallagmatico l'erogazione della prestazione dell'impresa e la corresponsione del corrispettivo da parte dell'amministrazione. Gli strumenti utili a questo fine, come il contratto di appalto, configurati per definire pretese e obblighi reciproci di soggetti tra loro alternativi nella gestione del servizio e "contrapposti" dal punto di vista degli interessi regolati sul piano giuridico, possono invece rivelarsi inadeguati se diventa necessario regolare una relazione giuridica diversa, improntata alla logica della collaborazione. Per questo diventa necessario trovare strumenti giuridici alternativi, idonei a definire le condizioni secondo cui i diversi soggetti che operano nel sociale, in coerenza con i rispettivi ruoli, possono raccordarsi ed interagire fra loro per rispondere in modo efficace alla domanda di prestazioni che – come ci hanno ricordato ad esempio Silvia Frego Luppi e Giuseppe Guerini – emerge oggi dalla società in modo crescente, tumultuoso e mutevole. Si tratta di un compito non semplice, che a sua volta richiede il coinvolgimento sia dei soggetti pubblici, sia dei soggetti privati che ad esso sono interessati, come sottolineato da Fabrizio Pregliasco.

L'amministrazione deve considerare il privato non solo come destinatario di risorse o fornitore di servizi, ma come termine di riferimento importante per assicurare la convergenza pluralistica delle diverse potenzialità presenti nella società verso obiettivi condivisi di interesse generale. Il privato deve proporsi, prima che come soggetto che aspira ad ottenere risorse, come risorsa esso stesso, utile al migliore soddisfacimento dei bisogni della comunità. Questo richiede l'ampliamento della prospettiva entro cui considerare il rapporto tra pubblico e privato, la quale deve infatti trascendere il momento puntuale dell'elargizione del contributo o dell'aggiudicazione del contratto di appalto ed estendersi in modo circolare prima e dopo di esso, arrivando a comprendere la presenza del privato sociale in tutte le diverse fasi della proposta, della programmazione, dell'attuazione concordata e della valutazione degli interventi. Nello specifico, diventa quindi necessario pensare a nuove

modalità di incontro e di confronto, di tipo partecipativo, meno condizionate dall'impostazione "competitiva" delle procedure pubbliche di gara e connotate invece da una impostazione di tipo collaborativo, da seguire sia in sede di programmazione che di realizzazione concreta degli interventi.

Diventa fondamentale, allora, l'utilizzo di accordi di tipo "strategico", aventi come fine quello dell'adesione di soggetti diversi alla comune finalità di dare soddisfazione ai bisogni emergenti nella società. Accordi capaci di definire l'apporto del privato nel quadro di una dinamica di tipo collaborativo e non competitivo, nei quali possano essere coinvolti tutti i soggetti potenzialmente interessati all'erogazione del servizio, o almeno quelli che soddisfano determinati *standards*, così da ampliare il più possibile l'estensione della rete organizzativa ad essa preposta e da realizzare per questa via le esigenze di confronto e di pari trattamento fra tutti i soggetti idonei. Accordi da connotare come strumenti consensuali e "dinamici", in grado di dare al rapporto una regolazione non puntuale ma "di durata", in cui la causa, anziché il tipico sinallagma tra prestazione e corrispettivo, diventa direttamente la definizione di modalità convergenti per il perseguimento di un interesse comune e generale, consistente nella soddisfazione di bisogni della persona. Essi possono riguardare sia la costruzione di assetti organizzativi che la definizione concordata di specifiche modalità di intervento: ciò che li accomuna è però il fatto di non limitarsi a regolare le prestazioni corrispettive fra i contraenti, ma di disciplinare più ampiamente le modalità attraverso cui gli stessi si assumono ed esercitano una responsabilità condivisa per il perseguimento dell'interesse generale.

Assume così un'importanza particolare lo strumento della co-progettazione previsto dall'art. 55 del Codice del terzo settore, analizzato da Silvia Pellizzari, che bene ha messo in luce come per comprendere la natura e il funzionamento di questo strumento non ci si possa adagiare sul modello del contratto di appalto, come invece ha fatto il Consiglio di Stato nel suo parere n. 2052 del 2018. In questo senso la co-progettazione dovrebbe essere intesa in una logica di collaborazione tra amministrazioni pubbliche e soggetti del privato sociale, considerati insieme, su un piano di equiordinazione, come entità a cui con modalità diverse l'ordinamento attribuisce direttamente ed espressamente compi-

ti di cura dell'interesse generale. La co-progettazione si distingue dal contratto perché non trova la sua causa nel sinallagma tra la prestazione del privato e il corrispettivo corrisposto dalla pubblica amministrazione, bensì nell'esigenza di definire un accordo fra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore sulle modalità di perseguimento dell'interesse generale. Essa mira cioè ad estendere le potenzialità del sistema nella cura dei bisogni, attraverso l'attivazione di sinergie fra soggetti diversi considerati però tutti, in modo paritario, secondo l'efficace espressione usata da Silvia Pellizzari, come "motore di sviluppo della comunità". La co-progettazione deve quindi essere orientata alla definizione delle condizioni della messa in comune di mezzi e risorse in vista del raggiungimento di risultati migliori, nella consapevolezza che agli enti del privato sociale spetta un ruolo attivo non solo nell'apporto di idee, ma anche in quello di risorse umane, organizzative e finanziarie. Va quindi compreso che le procedure volte a definire gli accordi di co-progettazione sono qualcosa di diverso rispetto alle procedure di gara perché perseguono finalità differenti: non pongono su piani diversi amministrazione pubblica ed enti del terzo settore e, ciò che più conta, mirano a coinvolgere più che a selezionare questi ultimi. Ben lungi dal costituire una modalità di elusione delle regole concorrenziali, esse vanno considerate e gestite in una logica diversa dalle procedure di gara, in cui non rileva tanto il principio di concorrenza, quanto piuttosto il rispetto delle regole del procedimento (partecipazione, non discriminazione, parità di trattamento, imparzialità, pubblicità, trasparenza) e quello dell'equilibrio di bilancio.

La definizione di un accordo fra soggetti pubblici ed enti del terzo settore, finalizzata alla elaborazione di un progetto comune e condiviso per la realizzazione di interventi nel sociale, può diventare anche una cornice generale di riferimento, nel cui ambito trovano una collocazione non più episodica e contingente, ma coerente con una strategia complessiva, anche strumenti più tradizionali, che nel quadro dell'accordo diventano funzionali alla realizzazione del modello multipolare. Fra questi sono da segnalare in particolare gli interventi di sostegno erogati dalle amministrazioni pubbliche a favore degli enti del terzo settore, su cui si è soffermato in modo specifico Simone Franca. In particolare, deve essere richiamato l'accento che è stato posto sulle nuove potenzia-

lità che gli interventi incentivanti assumono a seguito del riordino operato dal Codice del terzo settore, che ha cercato di superare la situazione precedente di frammentarietà degli interventi e di eterogeneità dei loro beneficiari. Nel nuovo disegno gli interventi di sostegno vengono collegati a specifiche finalità, nel quadro di una strategia ben definita e rivolta non tanto agli enti del terzo settore come beneficiari degli interventi, nella logica tradizionale che li considera destinatari passivi dell'intervento amministrativo, quanto piuttosto alla maggior tutela degli utenti, perseguita indirizzando gli incentivi al miglioramento dell'efficiacia del sistema di erogazione dei servizi alla persona, allo sviluppo dell'innovazione e alla ottimizzazione della rete di erogazione del servizio.

Riguardo agli interventi di sostegno, la previa definizione di una strategia comune attraverso un accordo fra la pubblica amministrazione e i soggetti del privato sociale diventa fondamentale, in quanto consente da un lato di inserire l'erogazione dell'incentivo in un quadro più ampio di azioni tutte coerentemente intrecciate in vista del perseguimento di risultati di utilità sociale e dall'altro di responsabilizzare il destinatario dell'incentivo e di scoraggiare quindi l'adozione da parte sua di comportamenti opportunistici, come ad esempio la scelta di adottare la forma dell'organizzazione *non profit* solo per ottenere l'incentivo. Può così diventare ammissibile, se inserita all'interno di progetti specifici in cui il soggetto del privato sociale si assume un ruolo attivo e co-responsabile nella erogazione delle politiche sociali, anche l'erogazione nei suoi confronti di incentivi senza corrispettivo, quindi esclusi dalle dinamiche concorrenziali, ovviamente nel rispetto dei criteri generali di pubblicità e imparzialità stabiliti dall'art. 12 della l. n. 241/90. Rispetto a tali interventi, infatti, l'ente del terzo settore non si presenta più come il destinatario passivo delle risorse pubbliche, ma come una risorsa esso stesso, che l'incentivo pubblico serve solo ad attivare, in una prospettiva di co-progettazione e cofinanziamento. Se cioè non si usa l'incentivo in modo indiscriminato, con riferimento all'astratta meritevolezza della natura *non profit* del beneficiario, ma in modo mirato, per favorire l'emersione delle risorse di tipo organizzativo, operativo e anche finanziario che i privati possono mettere autonomamente a disposizione nella realizzazione delle politiche sociali, anziché un costo esso può diventa-

re una sorta di investimento che l'amministrazione fa allo scopo di "moltiplicare" le risorse disponibili per l'erogazione di un servizio.

Le caratteristiche del modello multipolare – ed in particolare la presenza di un'organizzazione reticolare e dinamica che si occupa dell'erogazione dei servizi alla persona in luogo di un unico centro, pubblico o privato, a ciò competente – sono valorizzate anche dall'utilizzo di un altro degli strumenti utilizzati nel rapporto fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, vale a dire l'accreditamento di questi ultimi. Come bene è stato messo in luce da Leonardo Parona, l'accreditamento è uno strumento utilizzato in modo polivalente, che però trova la sua efficacia maggiore nell'utilizzo ai fini dello sviluppo di una logica collaborativa tra soggetti pubblici e soggetti privati in vista della garanzia agli utenti di livelli adeguati di assistenza e di soddisfazione di bisogni, nel quadro di un sistema integrato di erogazione dei servizi sociali. La relazione tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore su cui si basa l'utilizzo di questo tipo di strumento si connota in termini ampi, non riducendosi al momento del rilascio dell'accreditamento, ma estendendosi al complesso dei rapporti che l'amministrazione ed i soggetti accreditati vengono ad intessere nello svolgimento dell'attività che ognuno di essi esercita per il raggiungimento delle finalità sociali da tutti perseguite.

Con l'accreditamento dell'impresa sociale la pubblica amministrazione riconosce che la stessa è in possesso non soltanto dei requisiti minimi di affidabilità e di competenza per poter svolgere gli interventi di utilità sociale che ha scelto come oggetto della propria attività, ma anche e soprattutto dell'idoneità ad operare in modo doveroso nell'ambito di un sistema pubblico di erogazione dei servizi alla persona, con l'assunzione degli obblighi di servizio pubblico e delle responsabilità per il perseguimento dell'interesse generale che ciò comporta. L'accreditamento non dimostra cioè soltanto l'attitudine del privato a non ledere gli interessi altrui nello svolgimento della propria attività, per la quale basta l'autorizzazione, ma anche quella a operare doverosamente a favore della collettività, assumendosi degli specifici obblighi al riguardo. Esso rappresenta dunque un atto autorizzatorio di tipo rinforzato, con il quale l'amministrazione riconosce l'impresa sociale come nodo integrante di una rete organizzativa che nel suo insieme, sulla ba-

se di una serie di interdipendenze dinamiche, opera in modo integrato per l'erogazione del servizio.

In conclusione, dunque, sembra importante sottolineare come oggi il rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore possa essere regolato da molti strumenti, diversi tra loro non solo per la disciplina giuridica che li riguarda, ma anche e soprattutto per la logica che li contraddistingue. Nel ricorso ad essi è quindi importante soffermarsi non solo sugli aspetti tecnici relativi alle modalità del loro utilizzo, ma anche, innanzitutto, sulla individuazione dello scenario in cui ci si pone quando si ricorre ad essi. Come si è visto, infatti, molti dei problemi concreti che emergono nelle relazioni tra pubblica amministrazione e terzo settore – e fra questi in primo luogo le tensioni derivanti dall'applicazione del principio di concorrenza nell'ambito dei servizi sociali – derivano dal tentativo di utilizzare gli strumenti propri del modello tradizionale all'interno del nuovo modello integrato e multipolare di erogazione dei servizi sociali, o, per converso, da quello di applicare le logiche di quest'ultimo per individuare delle eccezioni nelle modalità di utilizzo dei primi. Per risolvere questi problemi, quindi, il primo passo da fare è proprio quello di trovare la giusta corrispondenza tra, da un lato, lo scenario in cui si colloca il rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione e, dall'altro, lo strumento utilizzato per dare ad esso una regolazione giuridica.

GLI AUTORI

Silvia A. Frego Luppi, Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università Carlo Cattaneo-LIUC, Castellanza (VA) e Professoressa incaricata di Scienze dell'amministrazione presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Andrea Magliari, Ricercatore (TD A) di Diritto amministrativo presso la Scuola IMT Alti Studi di Lucca

Leonardo Parona, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università Luigi Bocconi di Milano

Silvia Pellizzari, Ricercatrice (TD B) di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trento

Simone Franca, Dottorando di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento

Samuel Cornella, Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento, ha conseguito un Master LL.M. in Competition Law and Economics presso la Brussels School of Competition

Carlo Borzaga, Professore ordinario di Politica economica presso l'Università degli Studi di Trento e Presidente di Euricse

Giuseppe Guerini, Presidente di Cecop-Cicopa Europe e Consigliere del Comitato economico e sociale europeo

Fabrizio Pregliasco, Presidente Nazionale di ANPAS - Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze

Marco Bombardelli, Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trento

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale anti-trust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)