



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Oggetto: Richiesta di parere in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56, e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

nello svolgimento dell'attività di competenza dell'Autorità sono emersi dubbi interpretativi in merito all'individuazione della normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali in seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2017 n. 50, come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante il Codice dei contratti pubblici e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 recante il Codice del Terzo settore. In particolare, sono emerse posizioni contrastanti da parte di vari stakeholder e del Ministero del Lavoro che teorizzano l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici di ampi settori di attività affidati agli organismi del terzo settore. Inoltre, è emerso un difetto di coordinamento tra la disciplina recata dal Codice del Terzo settore e la normativa nazionale in materia di trasparenza e di prevenzione della corruzione

La delicatezza della materia, che per alcune tipologie di attività sottende rilevanti interessi economici, suggerisce l'opportunità di un intervento chiarificatore dell'Autorità che potrebbe svolgersi in occasione dell'aggiornamento della delibera n. 32/2014 recante «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali» da anticiparsi, per taluni profili, nell'approfondimento sul tema dell'immigrazione in fase di predisposizione da parte dell'Autorità all'interno del PNA 2018. Tale attività presuppone, però, la preventiva soluzione di alcune questioni preliminari che si ritiene opportuno sottoporre a codesto Consiglio di Stato per acquisirne l'autorevole parere.

Ecc.mo Presidente PAJNO dott. Alessandro
Consiglio di Stato
Presidenza.cds@giustizia-amministrativa.it

I. L'affidamento dei servizi sociali

Il quadro normativo di riferimento

La direttiva 24/2014/UE, al considerando 6, riconosce agli Stati membri la libertà «di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi». Più in generale, il considerando 7 della direttiva, «lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico», riconoscendo alle «autorità nazionali, regionali e locali la facoltà di fornire, fare eseguire e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al TFUE».

Al considerando 114, la direttiva prevede che i contratti per i servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici, di importo superiore alla soglia comunitaria siano improntati alla trasparenza a livello di Unione, specificando che gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo considerato più adeguato e che le norme della direttiva tengono conto di tale imperativo imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e parità di trattamento. Inoltre, è prevista la libertà degli Stati membri di fornire direttamente tali servizi o di organizzare servizi sociali (quindi con riferimento alla fase esecutiva) attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio attraverso il semplice finanziamento di tale servizio o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni stabilite in precedenza dalle amministrazioni.

Il considerando 118 della direttiva stabilisce, infine, che la direttiva medesima dovrebbe prevedere la possibilità di riservare la partecipazione alle procedure di appalto per taluni servizi nei settori dei servizi sanitari, sociali e culturali alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e alle organizzazioni esistenti quali le cooperative.

La trasposizione dei «considerando» sopra esaminati negli articoli 74, 75, 76 e 77 della direttiva 24/2014/UE ha delineato un particolare regime di affidamento, il c.d. «regime alleggerito», applicabile ai servizi sociali e ad altri servizi specifici elencati nell'allegato XIV, riferiti ai settori ordinari, per importi pari o superiori a 750.000 euro. L'allegato citato, nel precisare che i servizi di sicurezza sociale obbligatoria non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva se sono organizzati come servizi non economici di interesse generale, ricorda agli Stati membri, in prospettiva di recepimento, che essi «sono liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali

obbligatoro o di altri servizi in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale».

L'articolo 76 della direttiva stabilisce che gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento e che gli stessi sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili fintantoché tali norme consentono di tener conto delle specificità dei servizi in questione.

La Commissione europea¹ ha avuto occasione di chiarire che i Servizi Sociali di Interesse Generale (SSIG)² possono essere di natura economica o non economica e che, in base alle disposizioni del Trattato relative al mercato interno, qualsiasi prestazione di servizi remunerata deve essere considerata un'attività economica. La Corte di Giustizia Europea ha avuto occasione di precisare che il carattere economico di un'attività non dipende dallo *status* giuridico dell'operatore o dell'organismo che la svolge (che può essere di carattere pubblico o non a scopo di lucro)³, né dalla natura del servizio o dal fatto che il corrispettivo del servizio sia posto a carico di coloro che ne beneficiano⁴. La Corte ha precisato, altresì, che il carattere economico di un'attività non dipende neppure dalla sua qualificazione nel diritto nazionale, né dalla definizione attribuita nel diritto interno, né dal fatto che un'attività sia svolta per uno scopo d'interesse generale.

Per determinare se un dato servizio costituisce un'attività economica disciplinata dalle disposizioni del Trattato relative al mercato interno e, se del caso, dalla direttiva servizi, quindi, è opportuno effettuare un esame caso per caso di tutte le caratteristiche dell'attività in questione, in particolare del modo in cui è effettivamente fornita, organizzata e finanziata nello Stato membro interessato. Sulla base di tali principi, la Commissione ha espressamente affermato che i SSIG di carattere economico sono considerati Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG) e, come tali, sono assoggettati alle norme europee in materia di mercato interno e concorrenza. Ai sensi dell'articolo 106 del TFUE, è prevista una deroga all'applicazione delle regole sulla concorrenza se il rispetto dei principi di mercato rischia di compromettere la missione affidata al gestore (in applicazione del principio di proporzionalità), oppure se le forze di mercato non sono in grado di assicurare un servizio in modo adeguato; in tal caso le autorità pubbliche possono imporre agli operatori obblighi di servizio pubblico e concedere diritti esclusivi o speciali.

Il legislatore nazionale ha dato attuazione a tali previsioni mediante gli articoli 140 e ss. del decreto legislativo 50/2016 come modificati dal decreto legislativo 56/2017, introducendo un regime particolare per gli affidamenti dei servizi sociali. In particolare, nei settori ordinari, per tutti i servizi individuati nell'allegato IX del Codice, è prevista l'applicazione delle disposizioni

¹ 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 – 29/4/2013.

² Il concetto di SSIG non è definito nel TFUE né nel diritto derivato; la comunicazione "Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea» COM (2006) 177 ha individuato due gruppi principali di SSIG: 1) i regimi obbligatori previsti dalla legge e i regimi complementari di protezione sociale, con vari tipi di organizzazioni (mutue o regimi professionali), che coprono i rischi fondamentali dell'esistenza, quali quelli connessi alla salute, alla vecchiaia, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, al pensionamento e alla disabilità; 2) gli altri servizi essenziali prestati direttamente al cittadino. (Per facilitare l'inclusione nella società, garantire il godimento dei diritti fondamentali, per far fronte a difficoltà personali quali indebitamento, disoccupazione, tossicodipendenza, disgregazione del nucleo familiare, alloggi popolari ed altri).

³ Causa C-172/98, Commissione/Belgio; causa C-157/99 Smits e Peerbooms.

⁴ Cfr. cause riunite C-51/96 e C-191/97, Deliège.

dell'articolo 142, commi da 1 a 5, (c.d. regime alleggerito) e, per i soli servizi individuati dal comma 5-bis⁵, l'applicazione dei commi da 5-ter a 5-nonies dell'articolo 142. Tali disposizioni prevedono, tra l'altro, l'applicazione degli articoli 54 e 58, degli articoli da 60 a 65 e degli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95 del Codice dei contratti pubblici e, pertanto, l'assoggettamento alle procedure di affidamento ivi previste per i settori ordinari.

Il Codice introduce, inoltre, due disposizioni derogatorie che si applicano al ricorrere di particolari requisiti soggettivi e con specifiche limitazioni. L'articolo 143 prevede che le stazioni appaltanti possono riservare a specifiche organizzazioni aventi determinate caratteristiche il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per determinate tipologie di servizi indicati nell'allegato IX⁶. I requisiti soggettivi richiesti alle organizzazioni per beneficiare della riserva sono individuati nell'obiettivo statutario di perseguire una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi indicati dalla norma; nel reinvestimento dei profitti al fine di perseguire l'obiettivo dell'organizzazione; nell'azionariato dei dipendenti. Inoltre, è previsto che non possa beneficiare della riserva l'organizzazione che, negli ultimi tre anni, abbia già ottenuto l'affidamento di un appalto con la procedura di cui all'articolo 143 da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Infine, la norma prevede che il contratto affidato all'esito della procedura riservata non possa avere durata superiore a tre anni.

L'articolo 112 del Codice, facendo salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e imprese sociali, prevede la possibilità di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o riservarne l'esecuzione a operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale di persone con disabilità o svantaggiate o la possibilità di riservarne l'esecuzione nell'ambito di programmi di lavoro protetti.

In questo contesto, si inseriscono la legge 106/2016 «Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale» e il relativo decreto attuativo D.lgs. 117/2017 – Codice del Terzo settore. La legge citata, all'articolo 4, comma 1, lettera o), prevede, quale criterio di delega, la valorizzazione del ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e l'individuazione di criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi di interesse generale, improntati al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione e nel rispetto della disciplina europea e nazionale in materia di affidamento dei servizi di interesse generale...».

Il Codice del Terzo settore, all'articolo 5, individua le «attività di interesse generale» che possono essere esercitate dagli enti del terzo settore in via esclusiva o principale individuando lo scopo

⁵ Servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, servizi di prestazioni sociali, altri servizi pubblici sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.

⁶ Servizi di fornitura del personale domestico, infermieristico e medico (che rientrano nell'ambito dei servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi assoggettati alle procedure di evidenza pubblica); servizi di pubblica amministrazione e difesa e di previdenza sociale e i servizi di istruzione e formazione (che rientrano tra i servizi esclusi dall'applicazione dei commi 5-ter e ss. dell'articolo 142) e di altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche (anch'essi esclusi dall'applicazione dei commi 5-ter e ss dell'articolo 142).

dell'attività che deve riguardare il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

L'articolo 55 del Codice del Terzo settore prevede che le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori individuati all'articolo 5 del Codice medesimo assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento. La norma stabilisce che l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato per la co-progettazione avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento.

L'articolo 56 del Codice del Terzo settore prevede che le amministrazioni pubbliche possano sottoscrivere convenzioni con le organizzazioni di volontariato o con le associazioni di promozione sociale, finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, a patto che tale modalità sia più favorevole rispetto al ricorso al mercato. La norma precisa che l'individuazione dell'organismo con cui sottoscrivere la convenzione avviene mediante procedure comparative riservate ai soggetti summenzionati.

L'articolo 57 del Codice del Terzo settore prevede l'affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, a determinate condizioni.

Aspetti problematici del coordinamento tra le disposizioni del Codice dei contratti pubblici e quelle del Codice del Terzo settore

Dalla lettura delle disposizioni richiamate emerge come, nonostante la specifica previsione della legge delega, il Codice del Terzo settore non abbia provveduto all'individuazione dei criteri e delle modalità «per l'affidamento agli enti dei servizi di interesse generale» e non faccia alcun riferimento alla normativa comunitaria e nazionale in materia di procedure di affidamento nella definizione dei rapporti tra tali organismi con gli «enti pubblici». Sul punto, la Commissione speciale operante presso codesto Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di decreto recante il Codice del Terzo settore, aveva suggerito l'opportunità di «considerare con più attenzione la necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato». Inoltre, il parere aveva evidenziato che il comma 4 dell'articolo 55, pur essendo mosso dalla condivisibile finalità di garantire la scelta imparziale e trasparente degli enti partner nell'attività di co-progettazione, reca solo principi di carattere generale che andrebbero meglio specificati dalla legge, non essendo all'uopo sufficiente il richiamo operato dal comma 1 al rispetto della legge n. 241 del 1990. A tal fine aveva suggerito di prevedere espressamente che, nel rispetto delle norme contenute all'articolo 55, «spetti a ciascuna amministrazione adottare bandi che specificino meglio le regole per la selezione degli enti partner». Con riferimento all'articolo 56, era stata evidenziata la necessità di «stabilire idonee regole di pubblicità preventiva e successiva rispettivamente dell'intenzione delle amministrazioni di stipulare le convenzioni in questione e degli esiti delle procedure comparative», ritenendo che ciò rispondesse «meglio ai principi di "trasparenza totale" introdotti nel nostro ordinamento dalla legge n. 190 del 2012 e attualmente regolati dal d. lgs. n. 33 del 2013». Infine, la Commissione aveva segnalato l'opportunità di introdurre un meccanismo di verifica della convenienza economica della convenzione rispetto al ricorso al mercato; suggerimento accolto con

l'inserimento della limitazione della possibilità di ricorrere alle convenzioni soltanto nel caso in cui ciò comporti un risultato di maggior favore rispetto al ricorso al mercato.

In presenza di norme concorrenti, emerge la necessità di chiarire l'ambito di applicazione delle stesse agli affidamenti di servizi sociali, tentando il coordinamento delle varie disposizioni nel rispetto dei principi di concorrenza e di solidarietà.

Partendo dal presupposto che il Codice dei contratti pubblici e, quindi, il regime delineato agli articoli 140 e ss., si applica agli affidamenti qualificabili come appalti o concessioni e, quindi, caratterizzati dalla natura onerosa della prestazione, ne discenderebbe l'individuazione di un'area residuale di contratti non onerosi che sarebbe sottratta all'applicazione della disciplina sulla contrattualistica pubblica. I servizi a titolo oneroso individuati dal comma 5-bis dell'articolo 142 del Codice dei contratti pubblici sarebbero, quindi, assoggettati al regime individuato ai commi da 5-ter a 5-novies del citato articolo 142, con conseguente applicazione, tra l'altro, delle procedure di affidamento previste dal Codice dei contratti pubblici. Gli altri servizi a titolo oneroso previsti dall'allegato IX, ma non ricompresi nell'articolo 142, comma 5-bis, sarebbero assoggettati all'articolo 142, commi da 1 a 5. Nei casi particolari individuati dagli articoli 112 e 143 del Codice dei contratti pubblici sarebbe previsto l'affidamento secondo le procedure previste dei settori ordinari, con la possibilità di riservare la partecipazione agli organismi individuati dalle singole disposizioni. Per i servizi sociali organizzati come SIEG, invece, ferma restando l'applicazione della normativa in materia di affidamenti pubblici, la disciplina europea prevede la possibilità, per il legislatore nazionale, di introdurre deroghe alla normativa sugli affidamenti. Proprio in applicazione di tale principio di deroga, il Codice dei contratti pubblici ha introdotto gli articoli 112 e 143, cui si aggiunge la possibilità prevista dal Codice del terzo Settore di stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, se tale scelta è più favorevole rispetto al ricorso al mercato.

I servizi sociali obbligatori organizzati come servizi non economici di interesse generale (es. previdenza, assistenza, prestazioni sanitarie), ai sensi dell'allegato IX del Codice dei contratti pubblici, sarebbero esclusi dall'applicazione del Codice.

Il Codice del Terzo settore non abroga la disciplina previgente in materia di servizi sociali che prevede tutta una serie di istituti, quali l'autorizzazione, l'accreditamento, la co-programmazione e la co-progettazione, attraverso cui l'amministrazione instaura dei rapporti con determinati organismi che possono anche comportare scelte selettive. Tale possibilità, alla luce della nuova configurazione dei servizi sociali offerta dal decreto legislativo n. 50/2016, pone dubbi di compatibilità con la normativa vigente in materia di contrattualistica pubblica. Con specifico riferimento all'istituto della co-progettazione, il Codice del Terzo settore innova la fattispecie, senza abrogare la normativa in essere che, peraltro, delinea l'istituto in maniera più restrittiva sia in termini soggettivi che oggettivi. In particolare, l'articolo 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2001, introducendo una deroga alla regola generale dell'affidamento mediante il ricorso a procedure di comparazione⁷, prevede che: «Al fine di

⁷ L'articolo 6 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 31/3/2001 prevede che l'affidamento dei servizi alla persona debba avvenire tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione e che sono da privilegiare le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate, specificando che, nell'ambito di interesse, le procedure ristrette permettono di valutare e valorizzare diversi elementi di qualità che il comune intende ottenere dal servizio appaltato.

affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i Comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le Regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno». 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 Comuni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale.

L'Autorità, nella determinazione n. 32/2014 adottata in vigore del vecchio Codice, ha fornito indicazioni ai Comuni al fine di garantire la correttezza e la legalità dell'azione amministrativa e assicurare la massima partecipazione dei soggetti privati alle procedure di co-progettazione, invitando le amministrazioni a mantenere in capo a se stesse la titolarità delle scelte, predeterminando gli obiettivi generali e specifici degli interventi, le aree di intervento, la durata del progetto e le caratteristiche essenziali, attraverso la redazione di un progetto di massima che serve anche a orientare le imprese del terzo settore nella predisposizione della proposta progettuale. In, particolare, prendendo spunto dai modelli già sperimentati in diverse realtà territoriali, è stato suggerito un percorso di co-progettazione articolato nelle seguenti fasi:

- a) pubblicazione di un avviso di interesse con cui si rende nota la volontà di procedere alla co-progettazione. Nell'avviso sono indicati un progetto di massima, nonché i criteri e le modalità che saranno utilizzati per l'individuazione del progetto o dei progetti definitivi;
- b) individuazione del soggetto o dei soggetti partner dell'ente mediante una selezione volta a valutare i seguenti aspetti:
 - possesso dei requisiti di ordine generale (al riguardo sembra opportuno adottare i criteri previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006, oggi riprodotti nell'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici), tecnici, professionali e sociali (tra cui l'esperienza maturata);
 - caratteristiche della proposta progettuale;
 - costi del progetto;
- c) avvio dell'attività vera e propria di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato per la selezione degli offerenti.
- d) stipula della convenzione⁸.

⁸ Si evidenzia che la stipula di una convenzione per la gestione del servizio era consentita all'esito della procedura di co-progettazione in vigore di un ordinamento che prevedeva gli affidamenti dei servizi sociali come fattispecie escluse dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici. In vigore del decreto legislativo n. 50/2016 se, come avviene normalmente, l'esito della co-progettazione è l'affidamento della gestione del servizio co-progettato dietro corrispettivo, si ritiene che la scelta del partner debba avvenire nel rispetto del Codice dei contratti pubblici.

Lo schema proposto è stato seguito, ad esempio, dalla Regione Lazio che, con Deliberazione 326 del 13/6/2017 (quindi in vigore del decreto correttivo che ha introdotto l'articolo 142, comma 5-bis, del Codice), ha adottato le linee guida sulla co-progettazione tenendo in considerazione esclusivamente la normativa di settore e omettendo di considerare la tipologia di servizio da affidare a valle. In particolare ha previsto l'avvio della procedura di co-progettazione mediante avviso di manifestazione di interesse riservato agli organismi del terzo settore e l'individuazione del soggetto partner sulla base di un'istruttoria pubblica che garantisca imparzialità, trasparenza e pari trattamento attraverso un'adeguata pubblicità. Le linee guida prevedono, inoltre, la stipula di un accordo di collaborazione in forma di convenzione che

Con riferimento all'istituto dell'accreditamento, invece, nella delibera richiamata è stata chiarita la natura di atto di abilitazione che non riveste una funzione accertativa del possesso di requisiti qualificanti, quanto piuttosto una funzione collaborativa e promozionale, essendo volto ad instaurare un rapporto tra accreditato e accreditante, ispirato ad una logica di sussidiarietà. Gli enti accreditati, infatti, sono inseriti nella rete dei servizi sociali e possono ricevere contributi e sovvenzioni per lo svolgimento di attività rivolte al pubblico. In particolare, l'amministrazione può concedere *voucher* o assegni di cura ai cittadini da spendere presso le strutture accreditate per l'acquisto di prestazioni.

Le Regioni, in virtù della propria autonomia, hanno allargato il campo di applicazione dell'istituto dell'accreditamento anche ad altri servizi, attribuendo allo stesso diverse finalità:

1. regolazione dell'ingresso nel mercato di soggetti che intendono erogare servizi per conto del pubblico. In tal caso, l'accreditamento serve per accedere alle procedure di selezione operate dall'amministrazione. Il sistema prevede la definizione delle tariffe da corrispondere ai soggetti accreditati per l'erogazione di prestazioni attraverso il sistema dei voucher/buoni di servizio, ciò che consente agli utenti l'acquisto diretto delle prestazioni dagli enti accreditati (pubblici e privati), che quindi sono posti in concorrenza tra di loro, con conseguente stimolazione del confronto competitivo tra le strutture accreditate;
2. promozione e miglioramento della qualità dei servizi: gli operatori sono obbligati a garantire livelli strutturali e organizzativi predeterminati, pertanto, l'accreditamento diventa strumento di selezione dei soggetti erogatori e di monitoraggio e verifica delle prestazioni.

In ogni caso, l'accreditamento non comporta la scelta in via esclusiva di un soggetto cui affidare l'erogazione di un servizio.

In merito, si evidenzia che la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea⁹ ha espresso il principio secondo cui la mancata designazione di un operatore economico a cui sia accordata l'esclusività su un appalto fa sì che non sussista la necessità d'inquadrare l'azione dell'amministrazione aggiudicatrice come appalto ai sensi delle norme comunitarie. Tuttavia, nei limiti in cui il contratto presenti un interesse transfrontaliero deve essere garantito il rispetto delle norme fondamentali del Trattato UE, in particolare i principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

Sulla base delle considerazioni svolte, soltanto quando l'accreditamento non postuli la scelta di un operatore cui affidare lo svolgimento del contratto, oppure quando la gestione avviene a titolo gratuito, sarebbe possibile sostenere l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, ferma restando l'applicazione dell'articolo 4. Analogamente, nel caso in cui l'operazione di accreditamento miri, invece, a individuare un partner che, oltre a fornire un contributo in fase progettuale, sia poi chiamato a gestire il servizio dietro corrispettivo, la scelta dell'operatore chiamato a svolgere i servizi previsti dall'articolo 142, comma 5-bis, del Codice dei contratti pubblici dovrebbe essere effettuata nel rispetto delle procedure previste al comma 5-sexies del medesimo articolo.

Negli altri casi, varrebbero le indicazioni contenute nell'articolo 55 del Codice del Terzo settore che prevede la possibilità del ricorso all'accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza,

regola i rapporti tra la P.A. e l'organismo del terzo settore come partner nella gestione del servizio che avviene dietro corrispettivo.

⁹ Causa C-414/14.

imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte dell'amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner. In tali casi, si ritiene che possano essere confermate le indicazioni già fornite con la determinazione n. 32/2016 in merito alla necessità di suddividere la co-progettazione in fasi (pubblicazione dell'avviso, individuazione del soggetto partner e avvio dell'attività di progettazione) garantendo la selezione di soggetti in possesso di adeguati requisiti morali e professionali mediante procedure che assicurino il rispetto del principio di concorrenza.

Le interlocuzioni che l'ANAC ha avuto con il Ministero del Lavoro e alcune associazioni rappresentative del Terzo settore sul tema qui affrontato, nell'ambito del Tavolo tecnico per la predisposizione dell'approfondimento sulla gestione dei servizi per l'accoglienza degli immigrati all'interno del PNA 2018, hanno portato l'emersione di posizioni contrastanti.

Il Ministero del lavoro ha espresso la considerazione secondo cui i servizi afferenti ai settori di attività di interesse generale non necessariamente devono essere affidati mediante i tradizionali istituti dell'appalto e della concessione, ma sono riconosciuti come afferenti a una programmazione e progettazione costruita su basi di conoscenza e di opzioni operative condivise e coordinate in un disegno armonico di intervento, del quale la P.A. è, al contempo, promotrice e garante. Il Ministero ritiene quindi che, ai fini del soddisfacimento dei bisogni emergenti dalle aree di attività di interesse generale, l'ordinamento giuridico mette a disposizione della P.A. procedente due differenti linee d'approccio. Nella prima, la P.A. fornisce direttamente o indirettamente i servizi e le prestazioni, attraverso un soggetto individuato secondo la procedura di gara, di natura competitiva, disciplinata dalle norme del Codice dei contratti pubblici. Nella seconda, la P.A. opera attraverso strumenti di natura collaborativa e sinergica, sviluppando una procedura di evidenza pubblica rispettosa delle regole procedurali della legge n. 241/90.

Anche l'ANCI ha sviluppato un punto di vista che non contempla in numerose fattispecie l'applicazione del Codice dei contratti pubblici alla co-progettazione. In un documento di approfondimento sulla co-progettazione e il Codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali, individua la normativa applicabile distinguendo diverse fattispecie:

- in caso di co-progettazione del progetto e della gestione inferiore alle soglie comunitarie, con compartecipazione economica del privato, ritiene che la procedura per la scelta del partner per la progettazione e gestione del servizio sia svincolata dal Codice dei contratti pubblici e che la procedura di selezione del partner per la progettazione e gestione del servizio debba essere individuata nella legge n. 328/2000, nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2001 e nelle leggi regionali.
- in caso di co-progettazione del solo progetto pari o superiore alle soglie comunitarie con compartecipazione economica del privato, ritiene che la procedura per la scelta del partner per la progettazione sia svincolata dal Codice dei contratti pubblici ma debba rispettare i principi generali della legge comunitaria ovvero pubblicità, concorrenza, trasparenza, evidenza pubblica e comunicazioni. La procedura di selezione del partner per la progettazione sarebbe quella individuata dalla legge n. 328/2000, dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2001 e dalle leggi regionali ma nel rispetto dei principi generali della legge comunitaria ovvero pubblicità, concorrenza, trasparenza, evidenza pubblica e comunicazioni finalizzata ad ottenere un progetto da porre a base di gara ai sensi

del Codice degli appalti per l'individuazione dell'ente gestore.

- in caso di co-progettazione del progetto e della gestione pari o superiore alle soglie comunitarie con compartecipazione economica del privato, ritiene che la procedura per la scelta del partner per la progettazione e gestione del servizio sia svincolata dal Codice dei contratti pubblici ma debba rispettare i principi generali della legge comunitaria ovvero pubblicità, concorrenza, trasparenza, evidenza pubblica e comunicazioni e che la procedura di selezione del partner per la progettazione e gestione del servizio sia quella delineata dalla legge n. 328/2000, dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2001 e dalle leggi regionali ma nel rispetto dei principi generali della legge comunitaria ovvero pubblicità, concorrenza, trasparenza, evidenza pubblica e comunicazioni.
- In caso di affidamento del servizio di progettazione e/o della gestione verso un corrispettivo, ritiene che la procedura per la scelta del partner per la progettazione e/o gestione del servizio sia vincolata al rispetto del Codice dei contratti pubblici. A seconda del valore posto a base di gara si potrà scegliere una delle procedure indicate all'articolo 36 comma 2 del Codice dei contratti pubblici: in caso di importi inferiori alla soglia comunitaria (€ 221.000 per appalti di beni e servizi e € 750.000 per appalti di servizi sociali o di altri servizi specifici elencati all'allegato IX). Per importi di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 50/2016 e ss.m.i si dovrà procedere con procedura aperta o procedura ristretta o altre forme di scelta del contraente previste agli articolo 59 e ss del Codice.

Dal punto di vista delle conseguenze pratiche dell'applicazione dell'uno o dell'altro regime ad affidamenti specifici, si evidenziano le criticità emerse nell'esercizio dell'attività istituzionale di vigilanza, laddove sono stati esaminati affidamenti di importo considerevole in materia di servizi di accoglienza di richiedenti asilo effettuati in regime di co-progettazione, attraverso procedure caratterizzate dalla violazione delle disposizioni sulla centralizzazione delle committenze, da inadeguata pubblicità e mancato rispetto dei termini per la presentazione delle offerte, con la giustificazione dell'applicazione della legge n. 328/2000, dell'articolo 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30.3.2001, della Delibera Anac n. 32/2016 e delle Linee Guida ANCI di maggio 2017. Inoltre, è emerso che tali procedure, nella prassi, vengono totalmente sottratte agli obblighi di tracciabilità, nonostante le indicazioni in tal senso offerte dall'Autorità con la citata delibera n. 32/2014 e con la delibera Anac n. 556 del 31/5/2017. In particolare, l'Autorità ha chiarito che le prestazioni in esame devono essere tracciate qualora siano erogate mediante appalti o concessioni soggetti all'articolo 3 della legge n. 136/2010 e che la disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applica anche agli acquisti e agli affidamenti di servizi sociali, nonché agli affidamenti alle cooperative sociali di tipo B ex articolo 5 legge 381/19991. Con riferimento alle convenzioni stipulate con associazioni di volontariato, è stato affermato che le stesse rientrano nella disciplina di cui alla legge n. 136/2010, nel caso in cui rivestano carattere oneroso per l'amministrazione procedente. Le suddette convenzioni, invece, non rientrano nella disciplina di cui alla legge n. 136/2010, nel caso in cui rivestano carattere non oneroso per l'amministrazione procedente e prevedano il riconoscimento di un rimborso spese non forfettario.

Quale ulteriore criticità si segnala che, nel caso in cui si condividesse la ricostruzione interpretativa che individua l'elemento dirimente per la scelta del regime applicabile nell'onerosità della

prestazione, si incorrerebbe nella difficoltà di differenziare in concreto le due fattispecie, soprattutto nel caso in cui il servizio sia eseguito dietro rimborso delle spese. Detta modalità si presta, infatti, a possibili tentativi elusivi in tutti quei casi in cui il rimborso, per le modalità in cui è disciplinato, cela in realtà la corresponsione di un prezzo. Inoltre, si richiama l'attenzione sulla possibilità che un determinato servizio offerto sul mercato possa rivelarsi, di fatto, più vantaggioso rispetto all'affidamento dietro rimborso a un organismo del terzo settore: l'impresa *profit*, infatti, potrebbe beneficiare di economie di scala che portano alla riduzione dei costi sostenuti per la prestazione del servizio e, quindi, essere più competitiva dell'impresa *no-profit*. La valutazione comparativa di convenienza rispetto al mercato è richiesta espressamente dal Codice del Terzo settore soltanto per gli affidamenti diretti in convenzione agli organismi di volontariato e alle associazioni di promozione sociale, con la conseguenza che, in astratto, la stazione appaltante potrebbe decidere per l'affidamento a un'associazione *no-profit* con previsione del solo rimborso delle spese anche nel caso in cui tale scelta sia meno conveniente rispetto al ricorso al mercato.

II. Le problematiche in materia di trasparenza

Dalle opzioni interpretative sul regime applicabile agli istituti disciplinati dagli articoli 55 e 56 discendono anche conseguenze applicative in ordine alla disciplina sulla trasparenza ai sensi del decreto legislativo n. 33/2013 come modificato dal decreto legislativo n. 97/2016.

È noto che, secondo i principi di cui al decreto legislativo n. 33/2013, le p.a. e i soggetti di cui all'articolo 2-bis del medesimo decreto sono tenuti a pubblicare i dati e le informazioni specificamente previsti dalle norme del decreto legislativo n. 33/2013. Particolari cautele sono imposte alle amministrazioni nel caso in cui, sia pur legittimata dalle norme, la pubblicazione riguardi dati personali e poi, in particolare, i dati sensibili e giudiziari. L'articolo 7 bis, comma 4 del decreto legislativo n. 33/2013 prevede, infatti che *“Nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione.”* Laddove le amministrazioni intendano rendere trasparenti anche i dati che non hanno l'obbligo di pubblicare, cd. ulteriori, tali dati e informazioni possono certamente essere inseriti *on line* sui siti (cd. Trasparenza proattiva) avendo l'accortezza di espungere i dati personali per il rispetto della normativa sulla riservatezza. Tale principio è previsto nell'articolo 7-bis, comma 3 del decreto legislativo n. 33/2013 secondo cui *“Le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare ai sensi del presente decreto o sulla base di specifica previsione di legge o regolamento, nel rispetto dei limiti indicati dall'articolo 5-bis, procedendo alla indicazione in forma anonima dei dati personali eventualmente presenti”*.

Per quel che concerne la trasparenza, gli articoli 55 e 56 del Codice del terzo settore si limitano ad un rinvio ai principi generali di trasparenza sull'azione amministrativa ma non prevedono alcun tipo di pubblicazione di dati.

Giova sottolineare, in proposito, che già codesto Consiglio nel parere reso sullo schema di decreto legislativo aveva avuto modo di evidenziare, a proposito dell'articolo 56 sulle convenzioni che *“occorre necessariamente stabilire regole di pubblicità preventiva e successiva rispettivamente dell'intenzione dell'amministrazione di stipulare le convenzioni in questione e degli esiti delle procedure comparative. Ciò, peraltro risponde meglio ai principi di “trasparenza totale” introdotti nel nostro ordinamento nella legge n. 190/2012 e attualmente regolati nel decreto legislativo 33/2013”*.

Diversamente, invece, per i contratti pubblici, il legislatore ha previsto specifici obblighi di pubblicazione all'articolo 37 del decreto legislativo n. 33/2013 e all'articolo 1, comma 32 della legge n. 190/2012 anche attraverso un rinvio all'articolo 29 del decreto legislativo n. 50/2016. La delibera ANAC n. 1310/2016, nell'allegato 1, ha iniziato a declinare i principali atti e dati anche oggetto di pubblicazione obbligatoria anche in materia di contratti. In una logica di semplificazione degli adempimenti, il decreto legislativo n. 97/2016 ha, inoltre, introdotto una disposizione che consente alle amministrazioni di poter assolvere agli obblighi di pubblicazione attraverso link a determinate banche dati e, per quel che concerne i contratti, alle banche dati dell'ANAC e del MEF che, a tal fine, necessitano di opportuni adeguamenti come anche indicato dall'Autorità nell'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 6 del 20/12/2017 recante la disciplina concernente il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, contenuta nel decreto legislativo n. 33/2013 come modificato dal decreto legislativo n. 97/2016.

Tenuto conto dell'assenza di alcuna indicazione normativa esplicita nel Codice del terzo settore, discende che il corretto inquadramento della natura degli istituti di cui agli articoli 55 e 56 e la loro riconduzione o meno al regime o ai principi sui contratti sia determinante per stabilire quali dati le amministrazioni che ricorrono a tali istituti debbano obbligatoriamente rendere pubblici *on line*, fermo restando, comunque, l'accessibilità dei documenti e dei dati ai sensi dell'accesso civico generalizzato ex articolo 5 del decreto legislativo n. 33/2013. Ed è, altresì, determinante anche per gli adeguamenti necessari delle banche dati a cui le amministrazioni potrebbero fare riferimento ai sensi dell'articolo 9 bis del decreto legislativo 33/2013.

Ad avviso dell'Autorità, invece, poiché i servizi sociali rientrano fra le attività di pubblico interesse, gli enti del terzo settore cui essi sono affidati e che presentino i requisiti di cui all'articolo 2-bis, comma 3 del decreto legislativo 33/2013 sono tenuti al rispetto della normativa sulla trasparenza limitatamente all'attività svolta come chiarito dall'Autorità nella determinazione n. 1134/2017 (§ 3.4).

In proposito, vale anche ricordare che al fine di ridurre oneri amministrativi nei confronti di determinati soggetti o in alcuni settori, l'Autorità nel PNA può individuare in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte modalità semplificate di pubblicazione (articolo 3 comma 1-ter del decreto legislativo n. 33/2013), e, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, anche prevedere che la pubblicazione di dati documenti e informazioni avvenga in forma riassuntiva per aggregazione (articolo 3, comma 1-bis).

III. Formulazione del quesito

Per tutto quanto esposto, attesa la necessità di operare il necessario coordinamento tra la disciplina del Terzo settore e le disposizioni vigenti in materia di contrattualistica pubblica, di anticorruzione e di trasparenza, l'Autorità chiede chiarimenti in ordine alla definizione degli ambiti di applicazione, rispettivamente, delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e della normativa speciale del Terzo settore in caso di affidamenti agli organismi del Terzo settore delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5 del decreto legislativo n. 117/2017 anche ai fini dell'applicazione della disciplina sulla trasparenza di cui alla legge n. 190/2012 e al decreto legislativo n. 33/2013.

Con i sensi della mia più alta considerazione

Raffaele Cantone