

6 GIUGNO 2018

Il sistema delle esternalizzazioni nei
servizi sociali: antiche questioni e
nuove prospettive

di Annalisa Gualdani
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università di Siena



Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive *

di Annalisa Gualdani

Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università di Siena

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il ruolo del terzo settore nel sistema dei servizi sociali. - 3. Gli strumenti di collaborazione pubblico - privato nell'erogazione delle prestazioni socio - assistenziali. - 3.1 La convenzione. - 3.2 Autorizzazione e accreditamento. - 4. La disciplina dei servizi non economici di interesse generale: il caso dei servizi sociali. - 4.1. - I servizi sociali nel contesto europeo. - 5. L'affidamento dei servizi sociali nella legge n. 328/00 e il distinguo con l'acquisto di servizi. - 6. L'affidamento dei servizi socio - assistenziali alla luce del D. lgs. n. 50/2016 e s.m.i. - 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

I sistemi pubblici di *welfare* nell'ultimo ventennio sono entrati in crisi a causa della difficoltà per lo Stato e per gli Enti pubblici di mantenere il ruolo di produttori diretti e di finanziatori di un ammontare crescente di beni e servizi. La necessità di riduzione del livello della spesa pubblica, insieme a quella di accrescere l'efficienza e la qualità dei servizi, ha condotto i soggetti pubblici ad affidare ai soggetti privati l'erogazione dei servizi attraverso il ricorso a nuove formule organizzative.

Progressivamente si è assistito, così, all'abbandono del monopolio pubblico nel sistema di erogazione dei servizi alla persona per abbracciare un sistema misto che vede per lo più coinvolte le organizzazioni senza fini di lucro, maggiormente specializzate nell'erogazione delle prestazioni sociali proprio in quei settori dove maggiormente evidenti sono stati i fallimenti dello Stato e delle istituzioni.¹

Tale tendenza ad esternalizzare le prestazioni socio - assistenziali ha dato origine a quello che viene comunemente definito sistema di *welfare mix* (tra Stato - mercato e terzo settore), all'interno del quale operano contemporaneamente soggetti pubblici e privati *profit* e *non profit*².

Il forte legame che nel corso degli anni, a partire dalla risalente legge sulle Ipab (legge 17 luglio 1890, n. 6972), si è creato tra pubblico e privato, ha trovato la sua massima esplicitazione nella legge n. 8 novembre 2000, n. 328, "*legge quadro per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali*", la quale, pur

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sul punto sia consentito rinviare ad A. Gualdani, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007, p. 102.

² Sul punto cfr. la ricostruzione del tema effettuata anche attraverso il ricorso alle teorie economiche da F. Gaboardi, *Il diritto Amministrativo dei servizi sociali*, Roma, 2004, p. 70.

avendo perso la sua forza cogente, in seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione, ha continuato a rappresentare un modello di riferimento per i singoli legislatori regionali.

Successivamente, la costituzionalizzazione, all'art. 118, comma 4, del principio di sussidiarietà orizzontale - in base al quale lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province e i Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e delle loro formazioni sociali per lo svolgimento di attività di interesse generale - ha ulteriormente avvalorato il ruolo fondamentale degli attori privati nel sistema dei servizi alla persona. Così, il privato sociale che nel passato è stato chiamato a svolgere un ruolo di supplenza del soggetto pubblico e del privato con finalità di lucro³, è venuto ad assumere una veste nuova: quello di protagonista privilegiato nel sistema di erogazione dei servizi, contribuendo alla creazione di "una società di servizi, in luogo di uno Stato di servizi".⁴

Il quadro attuale mostra, infatti, la tendenziale preferenza, da parte degli enti locali, di avvalersi per l'erogazione delle prestazioni sociali dei soggetti del *non profit*, piuttosto che di quelli operanti con fini di lucro sia per questioni di contenimento di costi, sia perché tradizionalmente gli organismi non lucrativi sono maggiormente presenti nell'area dei servizi socio-assistenziali rispetto ai privati *for profit*, più sensibili, invece, a operare in ambiti di rilevanza economica.

Lo stato dell'arte descritto impone la necessità di interrogarsi su quali siano, oggi, gli strumenti impiegati nel nostro ordinamento per procedere all'esternalizzazione dei servizi socio – assistenziali, dove essi rinvengano la loro disciplina e infine come si componga la varietà degli atti normativi italiani. A tali aspetti il presente studio è dedicato.

2. Il ruolo del Terzo settore nel sistema dei servizi sociali

Tracciati a grandi linee i contenuti generali della sussidiarietà orizzontale e in particolare il ruolo di complementarietà da essa svolto tra istituzioni e società civile, occorre soffermarsi sull'incidenza che essa svolge nel rapporto pubblico - privato nell'area dei servizi sociali, avendo preliminarmente cura di chiarire la portata definitoria di quest'ultimo, anche alla luce del recente D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, c.d. Codice del Terzo settore.

Il Terzo settore si connota per una sostanziale disomogeneità, annoverando al suo interno soggetti di natura composita. Se da un lato la legge n. 328/00 ha sottolineato che le istituzioni locali, le Regioni e lo Stato riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi del Terzo settore nell'organizzazione e gestione

³ In tal senso S. La Porta, *Commento all'art. 5 della legge n. 328/00, Ruolo del Terzo settore*, in E. Balboni - B. Baroni - A. Mattioni - G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato di interventi e servizi sociali*, Milano, 2003, p. 135.

⁴ In tal senso, G. Pastori, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. Balboni - B. Baroni - A. Mattioni - G. Pastori (a cura di), cit., 45.

dei servizi sociali, il successivo “*Atto di indirizzo e coordinamento*”, D.p.c.m. 30 marzo 2001, ha invece conferito un contenuto definitorio al Terzo settore, precisando che: “si considerano soggetti del terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato e gli altri soggetti privati non a scopo di lucro” (art. 2), facendo così emergere da un lato la loro natura privatistica, dall’altro l’assenza di scopo di lucro.

In mancanza di una nozione positiva di Terzo settore gli studi giuridici nel tempo hanno cercato di enucleare una sua definizione ⁵, in base alla quale si ritenevano riconducibili al c.d. Terzo settore le organizzazioni non statali e non aventi scopo di lucro che perseguono fini di utilità sociale ⁶, ovvero l’insieme di quelle azioni organizzate di rilevanza sociale con esplicite finalità solidaristiche, terze, rispetto allo Stato (e alle altre istituzioni pubbliche in genere) e al mercato ⁷. In tal senso, peraltro, si era orientato anche il Documento conclusivo dell’indagine conoscitiva, disposta dalla XII Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati, del 14 febbraio 2001, laddove evidenziava che i soggetti del Terzo settore sono: “organizzazioni private che perseguono interessi di natura collettiva in aree di rilievo sociale e con fini solidaristici contraddistinti dall’assenza di uno scopo di lucro che si sostanzia non nella preclusione a svolgere attività imprenditoriali, bensì nel divieto di ridistribuire gli utili tra gli associati”⁸.

L’assenza di una definizione normativa di Terzo settore, come del resto l’individuazione dell’identità e dei confini di esso⁹, ha spinto il legislatore a conferire una delega al Governo, avente ad oggetto la “*Riforma del Terzo settore e del servizio civile*”, al fine di superare le antinomie che una disciplina disorganica aveva nel tempo originato¹⁰. L’intendimento, ben espresso nell’*incipit* della legge delega 6 giugno 2016, n. 106, è quello di sostenere l’autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l’inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di

⁵ Cfr. a riguardo le definizioni elaborate da F. Bassanini - P. Ranci (a cura di), *Non per profitto*, in *Quaderni della fondazione Olivetti*, n. 23, 1990; P. Donati, *Teoria relazionale della società*, Milano 1991; L. Boccacin, *L’azione solidaristica organizzata: il terzo settore in Italia*, in *Agg. Soc.*, n. 1/1994, pp. 25 ss; L. Brusciuglia - E. Rossi, (a cura di), *Terzo settore e nuove discipline giuridiche*, Milano, 2000, pp. 43 ss.

⁶ In tal senso S. Pasquinelli, *Stato Sociale e terzo settore in Italia*, in *Stato e mercato*, 1993, p. 279.

⁷ Quest’ultima definizione è stata elaborata da E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, cit., p. 155.

⁸ L’opportunità di realizzare una riforma del Terzo settore era stata ben evidenziata da E. Rossi, *La necessità di una “revisione organica” della legislazione del Terzo settore: un’opportunità da cogliere, un lavoro da realizzare*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 22. Sul Terzo settore, cfr. E. Rossi - S. Zamagni, *Il Terzo settore nell’Italia unita*, Bologna, 2011 e S. Zamagni, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, p. 15.

⁹ E. Rossi, *Che cos’è il terzo settore? (Prime riflessioni sulla definizione legislativa introdotta dal decreto legislativo 117 del 2017)*, in www.paradoxaforum.it

¹⁰ Cfr. D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 17/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018.

crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

L'art. 1, della legge n. 106/2016, fornisce una compiuta definizione di Terzo settore, quale *“complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale, mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi?”* (art. 1, comma 1)¹¹. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Sono, altresì, escluse dall'applicazione della legge n. 106/2016 e dei suoi decreti attuativi le fondazioni bancarie, le quali, pur essendo enti che concorrono al perseguimento delle finalità in essa contenute sono soggette a una speciale disciplina.

Sulla base della richiamata legge delega sono stati adottati il D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, sulla *“Revisione della disciplina in materia di impresa sociale”* e il D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, c.d. *“Codice del Terzo settore”*¹². Ai sensi dell'art. 4, del Codice, sono enti del Terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti 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 in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.

Dunque, all'interno della macro - categoria del Terzo settore convivono diverse organizzazioni riconducibili sia agli enti di diritto privato, di cui al Libro I del Codice Civile, sia altri soggetti giuridici disciplinati da leggi di settore: gli enti ecclesiastici (legge n. 222/85), le organizzazioni non governative (legge n. 49/87), il volontariato (legge n. 266/91), le cooperative sociali (legge n. 381/91), le associazioni di promozione (legge n. 383/2000) le ONLUS (D.lgs. n. 460/1997).

¹¹ Sulla legge delega cfr. E. Rossi - L. Gori, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 2, p. 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, p. 3, pp. 153-161; S. Benvenuti - S. Martini, *La crisi del “welfare” pubblico e il “nuovo” Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 2, p. 22; G. Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5, pp. 726-728.

¹² Sul Codice del Terzo settore cfr. M. N. Iannaccone, *Prime considerazioni sul Codice del Terzo settore, Commento al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, in *Cooperative e enti non profit*, 2017, 11-12, pp. 7-14; M.V. De Giorgi, *Terzo settore. Verso la riforma*, in *Studium juris*, 2016, 12, pp. 1446-1450.

Il Codice detta inoltre nuove norme per le fondazioni, per le associazioni riconosciute e non riconosciute e per le reti associative. Resta ferma la disciplina dettata dalla legge n. 3881/1886 per le società di mutuo soccorso, dalla legge n. 381/91 per le cooperative sociali e dal D.lgs. n. 112/2017 per le imprese sociali¹³. Se la individuazione della natura privatistica del *non profit* è facilmente identificabile, salvo precisare che muta la loro disciplina a seconda della tipologia da essi assunta (organismi della cooperazione, cooperative sociali) e della loro forma giuridica (associazioni, fondazioni), ciò su cui occorre soffermarsi è il requisito dell'assenza di finalità lucrative. Infatti, affermare che tali soggetti non perseguono fini di lucro è cosa ben diversa dal sostenere che essi non possono produrre utili. Non a caso si annoverano nel Terzo settore sia il volontariato (connotato per la completa liberalità nelle prestazioni), sia il *non profit* in senso stretto, il quale, pur producendo utili derivanti dall'esercizio della propria attività attraverso un'organizzazione che ricalca il modello dell'azienda, non procede alla loro distribuzione, essendo questi ultimi reinvestiti per lo svolgimento delle attività istituzionali dell'organismo sociale. La finalità che spinge i soggetti del *non profit* ad entrare nel circuito delle erogazioni delle prestazioni socio-assistenziali non è pertanto motivata dal perseguimento di scopi lucrativi, bensì da motivazioni di solidarietà umana, rinvenendo il proprio fondamento nei principi costituzionali personalistico e pluralista, contenuti nell'art. 2, Cost. e nella libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 Cost.

L'art. 5, del D.lgs. n. 117/2017, afferma, poi, che i soggetti del Terzo settore - ad esclusione delle imprese sociali la cui disciplina è dettata nel D.lgs. n. 112/2017 - esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Occorre tuttavia sottolineare che essi possono anche esercitare attività diverse, a condizione che l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano e che siano strumentali rispetto alle attività di interesse generale, secondo i criteri e i limiti che devono essere definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

I soggetti in possesso dei rammentati requisiti e che perseguono le finalità contemplate dal Codice si iscrivono nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore (sostitutivo di quelli previgenti), articolato su base regionale e delle province autonome di Trento e Bolzano (art. 45). L'iscrizione (da almeno sei mesi) al registro unico nazionale è la *condicio sine qua non* per procedere alla stipula di convenzioni tra le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale con le pubbliche amministrazioni (art. 54).

Il Codice prevede poi una precipua disciplina sulla raccolta fondi per finanziare le attività di interesse generale poste in essere dai soggetti del Terzo settore (art. 7) e sulle forme di finanziamento,

¹³ Sul punto cfr. A. Fossati, *Terzo settore e altri soggetti senza scopo di lucro*, in E. Codini - A. Fossati - S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 98.

contemplando all'uopo l'istituzione: di un fondo a sostegno dei progetti e delle attività e di un fondo di garanzia e forme di credito agevolato.

La legge n. 328/00, così come molte leggi regionali che ad essa si sono ispirate, contiene una serie di disposizioni dalle quali traspare la complementarità dei soggetti pubblici e privati nella costruzione del sistema integrato¹⁴. La presenza delle iniziative private a fianco di quelle pubbliche esige però un non facile coordinamento “al fine di assicurare che i servizi siano disponibili per tutti senza limitazioni delle libertà dei produttori privati dei servizi stessi, né delle libertà degli utenti, ma anche senza sprechi di risorse pubbliche”¹⁵.

A tal riguardo l'art. 1, della legge n. 328/00, contiene riferimenti al privato sociale, ma in contesti diversi: nel primo caso (comma 4) nell'ambito dell'enunciazione implicita del principio di sussidiarietà verticale, laddove si afferma che gli enti locali, le regioni e lo Stato, in base alle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo di una serie di soggetti privati; nel secondo caso (comma 5) in riferimento alla sussidiarietà orizzontale, laddove si evidenzia che i soggetti privati partecipano alla progettazione e realizzazione del sistema integrato unitamente agli enti pubblici.

L'integrazione pubblico e privato viene, così, formalmente delineata nell'ottica della realizzazione di un *welfare* sussidiario, che vede il pubblico cedere il passo al privato nell'erogazione dei servizi quando ne risulti palese l'equivalenza e la fungibilità delle prestazioni. Il tutto però sotto l'occhio vigile del soggetto pubblico, indispensabile per la garanzia dei diritti dei destinatari dei servizi alla persona.

3. Gli strumenti di collaborazione pubblico - privato nell'erogazione delle prestazioni socio - assistenziali

Gli strumenti di collaborazione pubblico – privato, utilizzati nell'erogazione delle prestazioni socio - assistenziali, nel tempo hanno assunto diverse forme.

Anteriormente all'emanazione della legge n. 328/00 e in particolare con le riforme degli anni '90, si procedette a regolare e al contempo ad incentivare il ruolo dei soggetti non lucrativi nell'area dei servizi sociali, disciplinando i modelli di erogazione delle prestazioni medesime.

Fu così che accanto all'erogazione diretta di prestazioni da parte dei Comuni si delinearono altri modelli su cui preme soffermare l'attenzione.

¹⁴ 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 sociali*, cit., p. 45.

¹⁵ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2002, p. 126.

3.1. La convenzione

Prima dell'approvazione della legge quadro sul sistema integrato, l'istituto maggiormente utilizzato tra le forme di gestione indiretta per la regolazione dei rapporti di collaborazione tra Pubbliche amministrazioni e organizzazioni del Terzo settore nell'area dei servizi sociali è stata la convenzione. Anche nell'ambito del Sistema sanitario, la legge n. 833/78, prevedeva la possibilità per le Unità sanitarie locali di avvalersi dell'apporto delle associazioni di volontariato o di altre istituzioni private per lo svolgimento di attività di rilevanza sanitaria attraverso la stipula di apposite convenzioni (art. 44 e 45, comma 5)¹⁶, lasciando in seguito spazio al meccanismo dell'accreditamento con il D.lgs. n. 502/92.

La convenzione è stata definita come un atto negoziale, a titolo oneroso, redatto in forma scritta “concordato tra Pubblica Amministrazione e una controparte (pubblica o privata) contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni assunti mediante la comune sottoscrizione”¹⁷. La convenzione si caratterizza per essere contrassegnata dalla non patrimonialità dell'oggetto della prestazione, che la differenzia dal contratto concluso tra Pubblica Amministrazione e privato.

Il dibattito scientifico si è da sempre incentrato sulla natura giuridica dell'istituto. Accanto alla tesi di coloro che hanno ricondotto la convenzione nell'ambito dello schema privatistico del contratto (peraltro prevalente) e alla teoria del contratto di diritto pubblico¹⁸, vi è chi, negando ogni riferimento contrattuale, ha annoverato la figura in esame tra gli atti amministrativi di natura autoritativa¹⁹.

L'utilizzo crescente di questi moduli consensuali tra amministrazioni e privati, unitamente ai problemi di compatibilità con la disciplina europea, hanno condotto il legislatore a dettare norme puntuali che disciplinassero il procedimento per la loro stipulazione. Ciò è accaduto nella legge quadro sul volontariato n. 266/91, dove all'art.7, si affermava che “lo Stato, le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato, purché risultino iscritte nei registri da almeno 6 mesi e purché dimostrino attitudine e capacità operativa”, prevedendo, poi, all'art.10, “i requisiti ed i criteri che danno priorità nella scelta delle organizzazioni con cui stipulare le convenzioni”²⁰. L'iscrizione nei registri si configurava, pertanto, come condizione necessaria per poter accedere al convenzionamento, non conferendo, tuttavia,

¹⁶ R. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990.

¹⁷ G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1; sul punto, cfr. altresì, A. Battistella, *Vademecum sull'utilizzo della convenzione tra enti pubblici e soggetti privati in ambito socio – assistenziale*, in *Pros. Soc. sanit.*, 1998, n. 12-13, pp. 3 ss.

¹⁸ Sul punto cfr. Cass. Civ., S. U., 21 febbraio 1987, n. 1872, dove si afferma riguardo alla materia sanitaria che le convenzioni con strutture private hanno natura di contratti di diritto pubblico e danno vita a rapporti che si inquadrano nelle concessioni amministrative di pubblico servizio.

¹⁹ Cfr. a riguardo G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, pp. 76 ss.

²⁰ Sul punto cfr. A. Azzena, *Il volontariato nella gestione dei servizi sociali pubblici. Spunti per una riflessione sulle soluzioni per l'individuazione del soggetto gestore*, in *Studi in Onore di U. Pototschnig*, vol. I, Milano 2002, pp. 57 ss.

automaticamente il diritto all'ingresso per i soggetti del volontariato al sistema di erogazione del servizio, essendo questo rimesso alla valutazione discrezionale delle amministrazioni, nel rispetto dei criteri di priorità e dei requisiti individuati dal legislatore regionale²¹.

Anche il D.p.c.m 30 marzo 2001, all'art. 3, al fine di valorizzare l'apporto del volontariato nel sistema di interventi e servizi sociali ha previsto una riserva nell'erogazione dei servizi alla persona in favore di quest'ultimo, in considerazione della particolare natura delle prestazioni e delle finalità sociali perseguite con l'affidamento del servizio.

L'uso dello strumento della convenzione è stato confermato nel Codice del Terzo settore, dove all'art. 56, si prevede al comma 1, che le amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

Differentemente dal passato - quando si era in parte legittimata una sorta di elasticità nei sistemi di stipula delle convenzioni, tanto da farne conseguire l'assenza della necessità di ricorrere alle procedure di evidenza pubblica²² - nel Codice del Terzo settore si ribadisce che l'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime, prevedendo inoltre una serie di requisiti che tali soggetti devono possedere. La novità introdotta assume rilevanza nella misura in cui, pur non assoggettando la stipula delle convenzioni alle regole del Codice dei contratti, viene indicata la necessità per le pubbliche amministrazioni di predeterminare e palesare i criteri che esse intendono adottare al fine di procedere all'individuazione dei soggetti con cui stipulare le convenzioni. Non a caso allora il riferimento ai principi sopra richiamati funge da memento per l'amministrazione di informare la scelta dei *partners* ai canoni di correttezza, pari trattamento, pubblicità, trasparenza.²³

²¹ Sul tema delle convenzioni con i soggetti *no profit*, cfr. F. Pellizzer - G. Santi, *La convenzione con gli enti no profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in *Enti no profit e volontariato* (a cura di) F. Carinci, Milano, 1999, pp. 147 ss.

²² S. Cacace, *Associazioni non profit e concessioni di pubblici servizi*, in *Riv. Dir. pubbl. com.*, 1998, p. 688.

²³ In tal senso 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*, 3/2017, p. 190.

3.2. Autorizzazione e accreditamento.

L'art.11, della legge n. 328/00, dedicato agli strumenti attraverso i quali i soggetti privati si inseriscono nell'erogazione delle prestazioni sociali, recepisce, nella legge quadro, due istituti giuridici, l'autorizzazione e l'accreditamento, già utilizzati, in precedenza, in ambito sanitario con il D.lgs. n. 502/92, prima e con il D.lgs. n. 229/99, poi²⁴. L'aver inserito, all'interno del sistema dei servizi alla persona la procedura dell'accreditamento risponde all'esigenza di garantire la qualità delle prestazioni e di assicurare all'utente libertà di scelta tra i diversi soggetti erogatori²⁵.

Per una corretta ricostruzione giuridica delle figure in esame l'analisi deve prendere le mosse dall'accezione con cui esse sono state intese, in sanità, avendo luogo di precisare l'incidenza che sui predetti istituti ha operato il passaggio da un sistema sanitario "aperto", (dal 1992 al 1994) a un sistema sanitario "programmatorio" (dal 1995 ad oggi)²⁶.

Nel sistema aperto, dove era dato riscontrare una certa equiparazione tra soggetti erogatori privati e pubblici, era concesso l'esercizio dell'attività di erogazione privata dei servizi *de quo* a quei gestori che, pur in possesso dell'autorizzazione necessaria (prevista sia per le strutture pubbliche, che per quelle private), avessero ottenuto l'accreditamento. Nel quadro delineato dal D.lgs. n. 502/92, l'accreditamento istituzionale si configurava come "l'atto attraverso il quale, a conclusione di un procedimento valutativo, le strutture autorizzate, pubbliche e private e i professionisti che ne facevano richiesta acquisivano lo *status* di soggetto idoneo ad erogare prestazioni sanitarie e socio – sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale"²⁷. L'accreditamento attestava, pertanto, il possesso di requisiti predeterminati e ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'autorizzazione, "escludendone *a priori* una scelta ampiamente discrezionale"²⁸.

²⁴ Sull'accreditamento in sanità cfr. R. Belma - G. Clerico, *L'accreditamento in sanità*, in G. Fiorentini (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, 2000, p. 307; F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità: autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990; G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 43 ss.; C. Corbetta, *Sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Milano, 2004; M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012.

²⁵ W. Pinna Nossai, *Sistema di accreditamento in ambito sociale*, in www.socialesalute.it, 3 novembre 2011.

²⁶ N. Aicardi, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *San. Pubbl.*, 1999, pp. 221 - 261.

²⁷ A Battistella, *L'accreditamento istituzionale: una sfida difficile*, in *Prosp. soc. san.*, n. 21/2000, pp. 1 ss, il quale ha affermato che: "l'obiettivo dell'accreditamento è quello della regolazione dell'ingresso nel mercato sanitario dei soggetti che intendono erogare prestazioni per conto del Servizio Sanitario Nazionale, con l'obiettivo di migliorare la qualità dei servizi".

²⁸ Sul punto cfr. Corte Cost. 29 luglio 1998, n. 416, punto 6.1 del considerato in diritto, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 2999.

Nel sistema programmatico²⁹, l'accreditamento muta la propria consistenza, venendo a caratterizzarsi per la sua essenza altamente discrezionale, poiché il relativo rilascio veniva rimesso alle scelte della programmazione (e al contempo della politica sanitaria) adottate in ambito nazionale e regionale³⁰.

Il D.lgs. n. 229/99 ha risolto le antinomie esistenti tra i due modelli esaminati: infatti, attraverso l'abrogazione dell'art. 8, c. 5, del D.lgs. n.502/92, ha provveduto a delineare un nuovo meccanismo di integrazione pubblico - privato, dove l'autorizzazione diviene l'atto attraverso il quale la P.A. verifica il possesso nel privato dei requisiti strutturali e organizzativi per l'esercizio dell'attività di erogazione e per l'apertura di strutture, mentre l'accreditamento diviene l'atto con il quale si certifica il possesso, da parte del soggetto privato, di *standard* qualitativi ulteriori, indispensabili al fine di annoverare, quest'ultimo, tra i soggetti erogatori di prestazioni sanitarie per il Servizio sanitario nazionale³¹.

Dopo questo breve *excursus* sull'origine degli istituti dell'autorizzazione e dell'accreditamento, occorre esaminare come essi siano stati recepiti dall'art. 11, della legge n. 328/00, avendo tuttavia cura di precisare che il legislatore della legge quadro, pur avendo assunto a modello le figure dell'autorizzazione e dell'accreditamento previste in sanità, non ha utilizzato la medesima tecnica definitoria, disseminando la disciplina degli istituti in diverse disposizioni.

Nella legge quadro l'accreditamento, viene preceduto dall'autorizzazione all'erogazione di servizi gratuiti o a pagamento e/o alla gestione di strutture a ciclo residenziale o semiresidenziali da parte di soggetti pubblici o privati³². L'autorizzazione nel settore che ci occupa non costituisce una novità propria della legge n. 328/00: tale istituto era infatti già previsto e operante nell'erogazione dei servizi alla persona in diverse leggi regionali, attuative del d.P.R. n. 616/77, con il quale erano state trasferite alle Regioni e agli altri enti locali le funzioni amministrative nel settore organico dei servizi sociali.

La titolarità del potere autorizzatorio nel sistema delineato dalla legge quadro spetta ai comuni che lo esercitano sulla base dei requisiti stabiliti dalla legge regionale (che recepisce e integra le esigenze locali) e sulla base dei requisiti minimi nazionali determinati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti i ministri interessati e la Conferenza unificata.

²⁹ Nel D.p.r. 14 gennaio 1997, recante "Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e province autonome in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio dell'attività sanitaria da parte di strutture pubbliche e private" che testimonia la sovrapposizione tra i due modelli sopra richiamati, si afferma all'art. 2, c. 5 lett. a) che "le Regioni dovranno assicurare che l'accreditamento della singola struttura sia funzionale alle scelte di programmazione regionale nell'ambito delle linee di programmazione annuale".

³⁰ G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali*, in *San. Pubbl.*, 2000, 33; C.E. Gallo, *Pubblico e privato nel servizio sanitario nazionale: i presidi sanitari privati*, in *San. Pubbl.*, 1997, pp. 373 - 385.

³¹ Il Sistema Sanitario Nazionale prevede l'integrazione delle strutture private attraverso tre livelli: autorizzazione, accreditamento ed infine gli accordi contrattuali che consentono la remunerabilità delle prestazioni erogate a carico del Sistema Sanitario Nazionale.

³² R. Bin - D. Donati - G. Pitruzzella, *Diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, 2017, p. 302.

A tal riguardo occorre, tuttavia, rammentare che la riforma del Titolo V Cost., che ha demandato alla potestà legislativa esclusiva delle regioni la materia dell'assistenza, ha reso cedevoli le norme della legge quadro sull'autorizzazione e sull'accreditamento. Vero è però che in considerazione del fatto che alcune leggi regionali hanno preso a modello l'impianto della legge n. 328/00 e che per le Regioni che non si sono dotate di proprie leggi sull'assistenza, la legge quadro continua ad esplicare la sua forza cogente, l'analisi delle disposizioni sui richiamati istituti assume rilevanza.

Lo stato dell'arte relativo alle discipline regionali in materia evidenzia un sistema dicotomico. Ed invero se nella maggior parte delle regioni è riconosciuta ampia autonomia ai Comuni, ai quali è attribuita la potestà di rilasciare l'autorizzazione e di programmare i servizi collegati, in altre si riscontra un sistema accentrato a livello regionale, che prevede l'istituzione di un albo regionale dei soggetti autorizzati (sottoposti a controlli e verifiche periodiche) e che affida ai comuni il compito di determinare le tariffe³³. Occorre, inoltre evidenziare, che in tutte le regioni il sistema autorizzatorio è previsto per tutti i servizi residenziali e semiresidenziali, mentre soltanto in alcune realtà esso è contemplato per i servizi domiciliari e socio - educativi.

Il rilascio dell'autorizzazione è subordinato al possesso di requisiti di onorabilità e di capacità professionale e tecnica e deve avvenire nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza, individuando previamente le procedure e i criteri di valutazione adottati per la selezione dei soggetti (aspetti organizzativi, gestionali e metodologici), nonché le garanzie offerte agli utenti e le qualità dei progetti proposti. La disciplina prevede inoltre un sistema di monitoraggio e di verifica periodico sull'esecuzione del contratto.

I soggetti autorizzati sono poi accreditati dai comuni (art. 6, comma 2, lettera c), i quali corrispondono ai primi le tariffe per le prestazioni erogate nell'ambito della programmazione regionale e locale sulla base delle determinazioni di cui all'articolo 8, comma 3, lettera n). Disposizioni del medesimo tenore si rinvencono nella legislazione regionale posteriore alla riforma costituzionale.

La tipologia di accreditamento accolta dalla legge n. 328/00 e dalle successive leggi regionali è quella istituzionale che si distingue dall'accreditamento c.d. di eccellenza. Il primo è quel provvedimento con cui il comune, senza discrezionalità, accerta attraverso un processo di valutazione sistematico e periodico, il possesso di requisiti di qualità dei soggetti erogatori di servizi pubblico o privato, consentendo loro di essere annoverati tra i fornitori di prestazioni sociali "per conto" e "a carico" del comune³⁴.

³³ In tal senso, Delibera ANAC del 20 gennaio 2016, p. 9.

³⁴ In tal senso Corte Cost. sent. 21 luglio 1995, n. 416.

L'accreditamento istituzionale possiede due anime che gli conferiscono una valenza al contempo certificatoria ed equiparatoria³⁵. Attraverso la prima il comune certifica che una determinata struttura è in possesso di alcune caratteristiche che le consentono di accedere a determinati finanziamenti pubblici diversificati, a seconda del livello di qualità raggiunto; attraverso la seconda si mira a garantire agli utenti dei servizi sociali (in ottemperanza all'art.38, ultimo comma Cost.) una perfetta equiparazione tra soggetti pubblici e privati nell'erogazione dei servizi, mettendoli in condizione di poter effettuare una scelta consapevole.

Nella disciplina della legge n. 328/00 l'accreditamento diviene, pertanto, la condizione necessaria affinché i soggetti previamente autorizzati, sia essi pubblici o privati, possano erogare servizi e prestazioni ammesse al finanziamento pubblico, entrando, così, a far parte del servizio pubblico.³⁶

L'accreditamento per eccellenza³⁷, invece, può essere definito come quell'attività di valutazione tra pari, sistematica e periodica, a carattere volontario, gestita direttamente dai professionisti di un servizio, volto ad incentivare gli operatori ad erogare servizi di qualità attraverso un continuo confronto³⁸.

L'accreditamento per eccellenza, si connota, cioè, per la sua funzione di mera autovalutazione e di stimolo ed è privo di alcuna valenza certificatoria.

La selezione dei soggetti accreditati a cui affidare l'erogazione dei servizi socio - assistenziali (come traspare dalle leggi regionali Emilia Romagna L.R. 2/2003; Basilicata L.R. n. 4/2007; Umbria L.R. 11/2015) può avvenire tramite procedura ad evidenza pubblica, oppure attraverso l'individuazione "di tetti di attività", definiti con convenzioni (con soggetti del Terzo settore) o con accordi contrattuali³⁹. In questo caso si parla di accreditamento misto, che è quello a cui pare essersi ispirato l'art. 11, della legge

³⁵ A. Battistella, op. ult. cit., pp. 1 ss.

³⁶ In materia di accreditamento cfr., Corte Cost. sent. n. 416 del 28 luglio 1985, in <http://www.giurcost.org>: "L'accreditamento è un'operazione da parte di un'autorità o di un'istituzione (nella specie la regione) con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti e si risolve in un'iscrizione in un elenco da cui possono attingere per l'utilizzazione altri soggetti (assistiti o utenti) delle prestazioni sanitarie"; Cons. Stato, sez. IV 13 luglio 2000, n. 3910: "Il D.lgs. n. 502/92 ha profondamente innovato il sistema delle prestazioni sanitarie introducendo un modello di assistenza che si caratterizza per la sostanziale parità tra strutture pubbliche e strutture private nell'erogazione competitiva delle prestazioni degli assistiti, per l'incondizionata libertà di scelta riservata ai pazienti di rivolgersi alla struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza e per il sistema di remunerazione delle prestazioni erogate, basata sulle tariffe predeterminate dalla regione"; Corte Cass. S. U. 12 dicembre 2001, n. 15717, ha ribadito che: "a seguito della sostituzione con il sistema dell'accreditamento del previgente regime di convenzionamento con strutture private operanti nell'ambito del servizio sanitario nazionale è stato introdotto il principio che fermo restando che l'erogazione delle prestazioni è subordinata ad apposita prescrizione è libera la scelta della struttura sanitaria accreditata cui rivolgersi sicché il privato assistito ottenuta la necessaria prescrizione, ha un vero e proprio diritto soggettivo alla libertà di scelta".

³⁷ dal quale ha avuto origine l'accreditamento istituzionale.

³⁸ Tale definizione è di M. C. Setti Bassanini, *L'accreditamento per eccellenza*, in E. Ranci Ortigosa (a cura di), *La valutazione di qualità nei servizi sanitari*, Milano, 2000, p. 53.

³⁹ In tal senso S. A. Frego Luppi, *Il rapporto pubblico privato e la libertà di scelta dell'utente*, in E. Codini - A. Fossati - S. A. Frego Luppi, *Manuale dei servizi sociali*, cit., p. 114.

328/00. Qui gli operatori accreditati erogano le prestazioni nel limite programmato a livello regionale e di zona, sulla base dei bisogni complessivi rilevati e delle risorse disponibili per remunerare i servizi forniti. All'accreditamento misto si contrappone quello puro, nel quale il comune rimette alla libera volontà del destinatario la scelta del soggetto erogatore al quale rivolgersi per ottenere (acquistare) prestazioni. E' il caso dei c.d. *voucher* (art. 17 legge n. 328/00), che possono essere concessi dai comuni su richiesta dell'interessato, per l'acquisto di servizi sociali dai soggetti accreditati del sistema integrato di interventi e servizi sociali ovvero come sostitutivi delle prestazioni economiche diverse da quelle correlate al minimo vitale previste dall'articolo 24, comma 1, lettera a), numeri 1) e 2), della presente legge, nonché dalle pensioni sociali di cui all'articolo 26 della legge 30 aprile 1969, n. 153, e successive modificazioni, e dagli assegni erogati ai sensi dell'articolo 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335.

Il Codice del Terzo settore, al Titolo VII, rubricato “*Dei rapporti con gli enti pubblici*” disciplina l'accreditamento, laddove afferma che: “*l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner*” (art. 55, comma 4).

Sotto questo profilo il D.lgs. n. 117/2017, conferma l'intento contenuto nella legge n. 328/00, quello cioè di tracciare un *welfare* socio - assistenziale competitivo che consente ai destinatari del sistema integrato di accedere ai servizi erogati dai soggetti accreditati tramite l'utilizzo dei titoli per l'acquisto dei servizi sociali (art. 17), in ossequio al principio di libertà di scelta dell'utente.

4. La disciplina dei servizi non economici di interesse generale: il caso dei servizi sociali

Il diritto Europeo non utilizza l'espressione “servizio pubblico”. Invero in considerazione della diversità con cui tale accezione è stata impiegata negli stati nazionali e al fine di non ingenerare confusioni l'ordinamento europeo ha preferito adottare una formulazione “neutra”: quella di servizi di interesse economico generale (art. 14 e 106, par 2, TFU)⁴⁰.

A partire dalla Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale del 1996⁴¹ (seguita poi sia dalla prassi, che dalla legislazione) si sono distinti i servizi di interesse economico generale dai servizi di interesse non economico generale, riconducendoli, peraltro, nella categoria unitaria dei servizi di

⁴⁰ Cfr. F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 644.

⁴¹ In GCUE C/281 del 26 settembre 1996. Tale comunicazione sottraeva all'applicazione dell'art. 90 del Trattato le attività non economiche tra cui annoverava la previdenza sociale e la scuola dell'obbligo.

interesse generale. Il documento richiamato sottrae poi espressamente dall'ambito di applicazione dell'art. 90, del Trattato, le attività non economiche⁴².

Così come per i servizi di interesse economico generale, il riconoscimento dell'interesse generale per i servizi non economici avviene nel momento in cui il soggetto pubblico assume tali attività come proprie prerogative, sottoponendole ad obblighi di servizio pubblico.

Il *discrimen* tra le due figure sembrerebbe *prima facie* di agevole individuazione, identificabile nella tipologia di attività svolta: quella economica si sostanzia nell'offerta "di beni e servizi in un determinato mercato", quella non economica nello svolgimento di "attività che si pone fuori dal mercato"⁴³. A ben vedere, però, le difficoltà sorgono nel momento in cui ci si interroga sulle caratteristiche relative alle attività non economiche. Non è un caso allora che tale bipartizione abbia catalizzato l'attenzione sia del dibattito scientifico, che dell'elaborazione pretoria, da sempre impegnati ad individuarne gli elementi di distinguo. Un dato incontrovertibile è rappresentato dal fatto che la delimitazione del perimetro dei servizi di interesse non economico generale è avvenuta, per lo più, in negativo. Si è così affermata la loro non soggezione a quanto stabilito all'art. 106, del TFE⁴⁴ e la non sottoposizione alle norme in tema di concorrenza e di mercato interno⁴⁵, nonché di aiuti di Stato (art. 107 TFE)⁴⁶. Con riguardo alla prima delle disposizioni richiamate (art. 106 TFE) la Corte di Giustizia è intervenuta con diverse pronunce ad affermarne l'applicabilità limitatamente alle attività di natura economica.

La stessa Commissione ha evidenziato, inoltre, le difficoltà insite nel creare parametri aprioristici di differenziazione tra le due tipologie di servizi, atteso che tale distinzione "ha carattere dinamico ed evolutivo, di modo che non è possibile, da un lato darne una definizione esaustiva e dall'altro, fissare un elenco tassativo di tali servizi"⁴⁷. Inoltre essa non sarebbe neppure auspicabile, atteso che ad eccezione "delle attività relative all'esercizio dei pubblici poteri (...) la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata attività economica"⁴⁸.

Al fine di sopperire a tale lacuna la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha cercato, nel tempo, di individuare alcuni criteri indicizzanti per l'individuazione del *discrimen* tra servizi economici e non⁴⁹. Il primo è rappresentato dall'irrilevanza della veste giuridica che l'impresa assume nell'ordinamento

⁴² Si enumeravano, tra l'altro tra le attività non economiche i sistemi della scuola dell'obbligo o della previdenza sociale.

⁴³ Corte Giust. 12 settembre 2000, C-18 e 184/98, *Pavlov*.

⁴⁴ In tal senso Comunicazione della Commissione del 1996, 18 e Comunicazione della Commissione del 2000, p. 28.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione del 2000, p. 29.

⁴⁶ Libro verde, 44.

⁴⁷ Commissione, Libro verde.

⁴⁸ Sul punto cfr. G. Scialoja, *Servizi non economici di interesse generale: il caso dei servizi culturali*, in *Ridiam*, dicembre 2016.

⁴⁹ In tal senso G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 420.

nazionale, atteso che la definizione comunitaria di quest'ultima va ritenuta comprensiva di qualsiasi attività di produzione di beni e servizi suscettibili di essere collocati sul mercato⁵⁰. In sostanza per stabilire la natura dell'attività svolta occorre indagare l'esistenza o meno di un mercato, atteso che: "ogni attività che implica beni o servizi su un dato mercato è attività economica"⁵¹.

Ulteriori criteri, alternativi e non cumulativi, sono stati individuati nella natura non lucrativa dell'attività svolta, nel suo collegamento con obblighi di solidarietà o nell'essere riconducibile alle prerogative proprie dei pubblici poteri (è il caso della previdenza e dell'istruzione obbligatorie⁵², o del controllo sullo spazio aereo)⁵³.

Vero è, però, che se per i servizi c.d. a rete (telecomunicazioni, gas, trasporti, servizi postali ed elettricità) non sorge dubbio alcuno sulla loro natura economica, più complesso è il caso dei servizi sociali, sanitari, culturali e dell'istruzione. In realtà vi fu un tentativo da parte della Commissione di fare chiarezza sul punto nella Comunicazione del 2006 "*Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale nell'Unione Europea*", i cui risultati, se pur non risolutivi, condussero, tuttavia, a ritenere possibile il configurarsi di servizi sociali dotati di rilevanza economica⁵⁴.

In tempi più recenti la Comunicazione della Commissione C 262, del 19 luglio 2016, sulla nozione di aiuti di Stato, riprendendo la posizione espressa nei precedenti atti, ha ribadito la difficoltà di individuare un *discrimen* tra attività economiche e non, dipendendo essa "in una certa misura dalle scelte politiche e dagli sviluppi economici dei singoli Stati membri".

La questione definitoria, però, non ha solo una valenza dogmatica, ma va ad incidere direttamente sul regime giuridico da applicare.

4.1. I servizi sociali nel contesto europeo.

L'ordinamento interno e quello dell'Unione Europea hanno manifestato un approccio diverso rispetto ai servizi sociali e alla loro nozione. Il nostro ordinamento è pervenuto ad elaborare un'autonoma definizione di servizi sociali soltanto a partire dall'art. 128, comma 2, del D.lgs. 31 marzo, 1998, n. 112, (poi recepito, all'art. 1 della legge n. 328/00), in base al quale per servizi sociali si intendono "*tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi gratuiti ed a pagamento di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nell'arco della sua vita, escluse soltanto*

⁵⁰ Corte di Giust. 11 dicembre 1997, Causa C-55/1996 *Job center* e 19 febbraio 2002, causa C-309/99.

⁵¹ Corte di Giust. C-180 e 184/98.

⁵² Corte di Giust., 22 gennaio 2002, Causa C-218/00

⁵³ Corte di Giust. 19 gennaio 1994, Causa C-364/92, SAT Eurocontrol

⁵⁴ In tal senso 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*, n. 3/2017, p. 184 e in spec. nota 22.

*quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate dal sistema di amministrazione della giustizia”.*⁵⁵

Se si sposta l'angolo visuale dal piano nazionale a quello dell'Unione europea si osserva l'assenza di una definizione autonoma di servizi sociali. Ciò è da imputarsi non solo “alla tradizionale riserva statale in materia di politiche sociali delineata dal Trattato di Roma” e all'iniziale disinteresse delle istituzioni comunitarie nel delineare regole comuni “a tutela dei diritti individuali (in particolare sociali), diversi da quelli concentrati sulle libertà economiche”⁵⁶, ma anche in ragione del fatto che si ritenevano tali servizi essere irrilevanti per il processo di integrazione economica, con conseguente esclusione dall'ambito di applicazione del Trattato⁵⁷.

A livello europeo l'espressione “servizi sociali” compare per la prima volta - peraltro non con valenza definitoria - nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza, laddove, all'art. 34, si afferma che: *“l'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltreché di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali”.*

Negli anni seguenti i riferimenti alla materia dei servizi sociali si sono moltiplicati. Così, nel 2001 la Commissione Europea, incentrando la propria attenzione sul ruolo dell'Unione nella definizione degli obiettivi di interesse generale perseguiti dai servizi in esame⁵⁸, ebbe ad affermare che “nell'ambito dei servizi di interesse generale vi sono una serie di attività che si caratterizzano per la loro funzione sociale, che sono prive di rilevanza economica, per le quali non occorre applicare le regole a tutela della concorrenza e del mercato”⁵⁹. Le ragioni di tale esclusione venivano individuate in due ordini di fattori: il primo di carattere oggettivo e cioè la qualificazione come non economica dell'attività stessa che implica il venir meno di qualsivoglia collegamento con il mercato unico europeo; il secondo rappresentato dalla natura dei soggetti che sono soliti operare nell'erogazione dei servizi sociali, mossi per lo più da finalità solidaristiche, etiche e mutualistiche⁶⁰.

⁵⁵ E. Ferrari, *Commento all'art. 128 del D.lgs. n. 112/98*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Bologna, 1998, p. 342.

⁵⁶ Così, A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in Riv. Trim. dir. pubbl., n. 1/2015, p. 104.

⁵⁷ E. Caruso, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 5, 2017, pp. 115 ss.

⁵⁸ pur non trattando espressamente la questione dei servizi sociali.

⁵⁹ In GCUE 19 dicembre 2001, punti 27-31. Sul punto cfr. F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017.

⁶⁰ Sul punto per un'ampia trattazione del tema cfr. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 293.

La tensione esistente tra i principi di solidarietà e concorrenza ha dato adito al formarsi di un acceso dibattito tra Corte di Giustizia e giudici nazionali in relazione alle modalità di affidamento dei servizi sociali, anche in ragione della contraddittorietà esistente nella normativa europea primaria e di *soft law*. Invero se da una parte la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 c.d. “*Bolkenstein*”, ha escluso dal proprio ambito di applicazione i servizi sociali e sanitari, sull’assunto che essa non concerne (art. 2) né “i servizi non economici d’interesse generale” (lett. a), né “i servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l’assistenza all’infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato o da associazioni caritative come tali riconosciute dallo Stato” (lett. f), sottolineando peraltro l’opportunità di non incidere “su tali servizi, in quanto essi sono essenziali per garantire i diritti fondamentali alla dignità e all’integrità umana, costituendo una manifestazione dei principi di coesione e di solidarietà sociale” (considerato in diritto n. 27)⁶¹, ben diversa è stata la posizione della Commissione nella Comunicazione del 2006, “*Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale nell’Unione Europea*”. Quest’ultima, pur evidenziando che i servizi sociali poggiano sui principi di sussidiarietà e solidarietà, ha sottolineato come non sia escluso che anche i servizi sociali possano essere dotati di rilevanza economica, lasciando intendere che non vi sia identificazione fra i servizi sociali e i servizi privi di rilevanza economica.

Nella discrasia riscontrata nelle fonti normative si è inserita la giurisprudenza, chiamata a far luce sulle modalità di affidamento diretto o tramite gara dei servizi sociali, con precipuo riguardo ai soggetti del Terzo settore. E così la Corte di Giustizia, fondandosi su dato oggettivo, ha qualificato come economica quell’attività, che, a prescindere dal fine sociale perseguito, si sostanzia nella produzione o offerta (anche solo potenziale) di beni e servizi su un dato mercato⁶², precisando che in tal caso non rilevi la natura *non profit* del soggetto che eroga il servizio⁶³. E infatti il mancato perseguimento di uno scopo di lucro non esclude, quando l’attività possiede le caratteristiche rammentate, di qualificare il soggetto erogatore come impresa. Su tali presupposti la Corte di Giustizia ha assoggettato alle regole della concorrenza il servizio di trasporto di ammalati, avendo qualificato quest’ultimo come attività economica e i soggetti *non profit* incaricati di svolgere il servizio come imprese⁶⁴. Un orientamento più recente si è spinto, poi, ad affermare

⁶¹ La direttiva non opera per “i servizi sociali nel settore degli alloggi, dell’assistenza all’infanzia e del sostegno alle famiglie e alle persone bisognose, forniti dallo Stato a livello nazionale, regionale o locale da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato per sostenere persone che si trovano in condizione di particolare bisogno a titolo permanente o temporaneo, perché hanno un reddito familiare insufficiente, o sono totalmente o parzialmente dipendenti e rischiano di essere emarginate”.

⁶² D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2010, p. 331.

⁶³ Corte di Giustizia 18 dicembre 2007, C-532/03, Commissione c. Irlanda; 10 marzo 2011, C-274/09.

⁶⁴ Corte di Giust. 25 ottobre 2001, C-47599, Ambulanz Glockner;

che la mancanza di un corrispettivo che remunerer il servizio non esime dall'applicazione delle regole sugli appalti⁶⁵, considerando così “il mero rimborso delle spese sostenute condizione necessaria, ma non sufficiente ad escludere che le convenzioni fra soggetti *non profit* e pubbliche amministrazioni possano essere considerate appalti”⁶⁶.

Nello scenario descritto si è inserita la disciplina europea in tema di affidamenti, contenuta in tre distinte direttive: la 24/2014/UE (appalti nei settori ordinari), la 25/2014UE (appalti nei settori speciali: acqua, energia, trasporti e servizi postali) e la 23/2014 UE (concessioni). La direttiva appalti, sposa una concezione di servizi sociali aperta al mercato e alla libera circolazione; ciò nonostante essa effettua un contemperamento tra il principio di concorrenza e le esigenze di cura a cui i servizi alla persona sono preordinati⁶⁷. Relativamente agli affidamenti diretti dei servizi sociali ai soggetti *non profit* essa esclude dal proprio ambito di applicazione i (soli) servizi di trasporto sanitario di emergenza, “*se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare, qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario*”⁶⁸. Vengono invece sottoposti, alla disciplina del regime “attenuato” o “alleggerito”, gli altri servizi sociali, tra cui il trasporto di *non* urgenza. La direttiva prevede, poi, ulteriori disposizioni a favore delle organizzazioni di volontariato: l’art. 77, comma 1, recita infatti che: “*gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare ad organizzazioni (i cui presupposti sono espressi nel comma 2) il diritto di partecipare alle procedure per l’aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali*”, con ciò valorizzando la natura e le finalità perseguite dai soggetti senza scopo di lucro.

Interessante è analizzare l’evoluzione che ha compiuto la giurisprudenza in sede di applicazione della rammentata direttiva, laddove con precipuo riferimento al trasporto sanitario è giunta ad affermare la possibilità di affidare direttamente un servizio alle organizzazioni di volontariato e dunque di derogare alle norme europee a tutela della concorrenza, quando: “l’ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisce effettivamente alla finalità sociale e al

⁶⁵ Corte di Giustizia 19 dicembre 2012 C-159/11, Ordine degli Ingegneri di Lecce e altri.

⁶⁶ In tal senso A. Albanese, ult.op.cit., p. 180.

⁶⁷ Sul punto cfr. L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9/2016, pp. 1001 ss.

⁶⁸ In tal senso il Considerando 28 della direttiva aggiunge altresì che: “si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi”. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 (servizi di trasporto terrestre) del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici (“regime alleggerito”). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”.

perseguimento degli obiettivi di solidarietà sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio”⁶⁹. Occorre tuttavia sottolineare un altro passaggio chiave della decisione rammentata, nella parte in cui si spinge a valorizzare le finalità sociali perseguite dalla legislazione interna, nonché a ritenere prevalenti i principi costituzionali di solidarietà e sussidiarietà, rispetto a quello di concorrenza⁷⁰.

Ai medesimi principi già espressi nel 2014 per giustificare l’affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato, si è altresì richiamata la successiva pronuncia avente sempre ad oggetto il trasporto sanitario⁷¹. Essa ha, altresì, precisato che, qualora uno Stato membro che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti di carattere sociale, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetti a tale Stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte. Detti limiti devono, tuttavia, garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali, rispetto all’insieme delle attività di tali associazioni e siano di sostegno all’attività di volontariato di queste ultime, in modo che le suddette associazioni perseguano effettivamente finalità sociali e di solidarietà.

Agli orientamenti richiamati si è conformato anche il Consiglio di Stato⁷², che, nel tempo, aveva sollevato perplessità in merito alla prassi, tutta italiana, di affidare direttamente l’erogazione dei servizi sociali ai soggetti del volontariato⁷³. Il Supremo organo della giustizia amministrativa, in tempi più recenti, si è spinto addirittura oltre, laddove ha affermato che “anche il trasporto sanitario ordinario, al pari del trasporto d’urgenza, resta connotato da un’inscindibile strumentalità a una gestione efficiente e pienamente soddisfacente dei servizi sanitari”, obbedendo alle medesime esigenze di “tutela equilibrata e proporzionata della salute della collettività, della solidarietà sociale e dell’efficienza di bilancio”; di qui la possibilità anche per il trasporto ordinario di derogare, al pari del trasporto di urgenza, alla disciplina dell’affidamento degli appalti pubblici⁷⁴.

⁶⁹ Corte di Giustizia 11 dicembre 2014, C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 Spezzino; sul punto cfr. A. Albanese, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, nota a CGUE sez. V 11 dicembre 2014 (Causa C-113/13), in *il Foro italiano*, 2015, fasc. 3, pt.4, pp. 151-157; 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 *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 3, pp. 822-843; D. Russo, *Nuove tendenze nell’affidamento dei servizi di trasporto sanitario ad organizzazioni del terzo settore: nota a sentenza della Corte di Giustizia 11 dicembre 2014 (causa C-113/13)*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2015, 3, pp. 681-700.

⁷⁰ In tal senso F. Sanchini, cit., p. 26.

⁷¹ Corte di Giustizia UE sez. V, 28 gennaio 2016, C-50/2014, pubblicata in *Foro amm. CDS*, 2016, 1, p. 4 (s.m.)

⁷² Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208

⁷³ Cons. Stato, sez. III, Ordinanza del 25 gennaio 2013, n. 1195.

⁷⁴ Cons. Stato, 10 agosto 2016, n. 3651.

Volendo delineare un quadro di sintesi è possibile evidenziare come nel corso degli anni la giurisprudenza europea abbia fornito un'interpretazione estensiva del concetto di attività economica e parimenti sia pervenuta a qualificare come imprese i soggetti del Terzo settore che svolgono attività economiche, assoggettandoli così alle regole europee in tema di concorrenza. Tale impostazione subisce tuttavia un temperamento, consentendo di procedere all'affidamento diretto (senza gara) dei servizi sociali alle organizzazioni del volontariato quando il ricorso a tali soggetti “apporti un effettivo contributo alle finalità sociali perseguite dal servizio e all'efficienza di bilancio”⁷⁵ e quando - in ragione della tipologia del servizio (sociale) erogato, volto a valorizzare le finalità sociali perseguite dalla legislazione interna - si ritengano prevalenti i principi costituzionali di solidarietà e sussidiarietà, rispetto a quello di concorrenza. Il Codice del Terzo settore, ha dimostrato di aver fatto propri gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sent. 11 dicembre 2014 causa C - 133/2013 e 28 gennaio 2016 Causa C-50/2014), nell'art. 57, laddove afferma che i servizi sanitari di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, (iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente), nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

5. L'affidamento dei servizi sociali nella legge n. 328/00 e il distinguo con l'acquisto di servizi

Se anteriormente all'emanazione della legge quadro la forma di gestione indiretta maggiormente utilizzata era la convenzione - la quale, oltre sottrarre determinati rapporti alla disciplina dell'evidenza pubblica, poteva beneficiare della flessibilità dell'accordo che veniva strutturato in base alle diverse esigenze - in seguito si è assistito all'affermarsi dell'affidamento, quale modello preferenziale per procedere all'*outsourcing* dei servizi sociali⁷⁶.

L'intento contenuto nella legge n. 328/00 e nel successivo *Atto di indirizzo e coordinamento*, adottato con D.p.c.m. 30 marzo 2001, è stato quello di armonizzare la disciplina delle esternalizzazioni alle indicazioni provenienti dall'Unione europea in tema di concorrenza, nonché di effettuare la scelta del miglior erogatore nella platea dei soggetti accreditati⁷⁷.

⁷⁵ A. Albanese, ult. op. cit., p. 185.

⁷⁶ Sul punto cfr., R. Bin - D. Donati - G. Pitruzzella, *Lineamenti di diritto pubblico dei servizi sociali*, cit., p. 301.

⁷⁷ P. De Angelis, *L'affidamento dei servizi sanitari e socio - sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna, 2013.

La legge quadro, dopo aver sottolineato che: *“alla gestione ed all’offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici nonché, in qualità di soggetti attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato e altri soggetti privati”* (art.1, c. 5), dispone che per l’affidamento dei servizi ai soggetti del Terzo settore, gli enti pubblici - fermo restando quanto stabilito dall’art.11, in tema di autorizzazione e accreditamento - devono ricorrere *“a forme di aggiudicazione o negoziali che consentono ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità”* (all’art. 5, comma 2)⁷⁸. La predetta disposizione ha poi demandato alle regioni, previa adozione di un atto di indirizzo del Governo, *“l’adozione di specifici indirizzi per regolamentare il sistema di affidamento dei servizi alla persona”* agli operatori del *non profit*⁷⁹. Il D.p.c.m. 30 marzo 2001, dal canto suo ha distinto due ipotesi: quella dell’acquisto di servizi, contemplata dall’art. 5, che prevede che i Comuni stipulino convenzioni con i fornitori di servizi autorizzati e accreditati ai sensi dell’art. 11, della legge n. 328/00 e quella relativa all’affidamento all’esterno della gestione dei servizi di cui all’art. 6.

La lacunosità di entrambe le disposizioni ha indotto la dottrina ad elaborare la seguente interpretazione delle medesime. Mentre nel caso dell’affidamento non dovrebbero sussistere dubbi sul fatto che il legislatore abbia fatto riferimento al caso in cui l’ente pubblico affidi (tramite gara) ad un soggetto privato la gestione del servizio sociale da erogare, nell’altra ipotesi, contemplata all’art. 5, è dato ritenere che il legislatore abbia voluto riferirsi all’acquisto, da parte dell’ente locale, di servizi erogati da soggetti del terzo settore (iscritti in un apposito elenco), dietro corresponsione di una tariffa⁸⁰.

Emerge allora chiaro il legame tra acquisto e accreditamento. Il comune acquista il servizio dagli operatori del terzo settore che abbiano ottenuto l’accredimento e procede a regolare i reciproci rapporti attraverso lo strumento della convenzione, nella quale vengono stabiliti l’entità delle prestazioni da somministrare e le tariffe che il soggetto pubblico si impegna a corrispondere al privato. Tale formula consente cioè alle amministrazioni di continuare ad esercitare in via diretta la funzione connessa all’erogazione dei servizi

⁷⁸ 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. Brusciuglia - E. Rossi (a cura di), *Il Volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, cit., pp. 391-411.

⁷⁹ G. F. Cartei, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 3 - 4, p. 627.

⁸⁰ S.A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., p. 180, rileva come nel caso di cui all’art. 5 del D.p.c.m. l’ente pubblico acquisisce un servizio già esistente al di fuori del circuito del servizio pubblico, scegliendo (se del caso previa selezione) tra più fornitori iscritti in un apposito elenco quello con cui stipulare apposite convenzioni, che possono al loro interno prevedere anche la possibilità di erogare i servizi ai possessori dei c.d. *voucher*. Mentre nell’ipotesi disciplinata dall’art. 6 relativa all’affidamento del servizio mediante contratto il legislatore (pur non dicendolo espressamente) sembrerebbe far riferimento all’ipotesi in cui l’amministrazione decide di dare in appalto a terzi il servizio non ritenendo opportuno gestirlo direttamente. Nello stesso senso anche E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali*, cit., p. 208.

sociali, acquistando all'esterno i servizi strumentali di cui necessita, senza delegarne la gestione⁸¹. In merito all'acquisto di servizi la Corte dei Conti, sez. reg. contr. Basilicata, con deliberazione n. 57/2015/PAR, del 30 luglio 2015, ha avuto modo di sottolineare che “la possibilità di acquistare sul mercato servizi, originariamente prodotti al proprio interno, da soggetti del Terzo settore è giustificata soltanto quando sia necessaria per garantire i livelli essenziali dei servizi medesimi e a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione, ciò anche nel rispetto delle previsioni dell'art. 29 della legge n. 448/2000. Ne deriva allora che le amministrazioni possono procedere in tal senso soltanto previa valutazione della ricorrenza di entrambi i presupposti indicati, di cui deve fornire idonea motivazione”.

Relativamente all'affidamento dei servizi il D.p.c.m. 30 marzo 2001 prevede che le regioni adottino specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra i comuni e soggetti del Terzo settore, tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie in materia, sull'assunto che anche nell'area dei servizi sociali debbano applicarsi i criteri sull'affidamento previsti dalla procedura ad evidenza pubblica. Il decreto infatti, dopo aver affermato che l'aggiudicazione dei servizi deve avvenire in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, escludendo il metodo del massimo ribasso, afferma che l'aggiudicazione stessa deve avvenire *“tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della P.A.”*, (art. 6, c.1) e che in pieno ossequio dei principi di pubblicità e trasparenza e delle regole sulla concorrenza *“sono da privilegiare le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate. In tale ambito le procedure ristrette permettono di valutare e valorizzare diversi elementi di qualità che il comune intende ottenere dal servizio appaltato”*. In sostanza per tale tipologia di affidamenti è prevista una riserva in favore dei soggetti del Terzo settore, con l'obbligo del rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti per quanto concerne le procedure di scelta dei contraenti, ribadita anche dalla direttiva 2014/24/UE.

Occorre sul punto rammentare che la forza cogente del D.p.c.m. 30 marzo 2001 era stata messa in discussione dal nuovo Titolo V Cost. e in particolare dalla Legge La Loggia n. 131/2003, la quale si era premurata di specificare che i criteri sull'affidamento dei servizi *de quo* sarebbe transitata nell'ambito della competenza delle singole regioni. A ben vedere però, tale provvedimento normativo pare possa considerarsi espressione della potestà legislativa esclusiva statale relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), e pertanto vincolante per le regioni.

L'esame delle leggi regionali adottate dopo la novella costituzionale ha dimostrato una certa qual omogeneità rispetto a quanto stabilito sia dalla legge quadro, sia dai provvedimenti attuativi della stessa. Così, la L. R. dell'Emilia Romagna del 12 marzo 2003, n. 2, riprende espressamente, all'art. 41, quanto

⁸¹ In tal senso Delibera ANAC 20 gennaio 2016, p. 13.

contemplato nell D.p.c.m. 31 marzo 2001 in materia di affidamento dei servizi sociali, prevedendo il ricorso a procedure ristrette o negoziate, ma tacendo in merito ai casi in cui ricorrere a questo o a quel metodo. Appena più puntuale il disposto dell'art. 14, c. 3, della L. R. Calabria del 5 dicembre 2003, n. 23, il quale, nel favorire, alla lett. c), forme di aggiudicazione ristrette o negoziate, specifica la necessità che le stesse consentano la piena espressione della capacità progettuale e organizzativa dei soggetti del Terzo settore. Infine, tra le nuove leggi regionali sull'assistenza, spicca, riguardo al tema trattato, la L. R. Puglia del 25 agosto 2003, n. 17, la quale, oltre a prevedere, all'art. 16, un puntuale regime dei meccanismi di stipula delle convenzioni con le organizzazioni di volontariato, detta una disciplina improntata al rispetto del principio di concorsualità (art. 34). Infine la legge regionale toscana del 24 febbraio 2005, n. 41, all'art. 19, disciplinando l'affidamento dei servizi, afferma genericamente, al primo comma, che: *“per procedere all'affidamento dei servizi l'ente pubblico procede secondo modalità tali da permettere il confronto tra più soggetti”*, ponendo tuttavia l'accento sulla qualità dell'offerta e sulla previsione di specifici *standards* di efficacia. Relativamente all'affidamento dei servizi alla persona ai soggetti del Terzo settore la legge toscana chiude laconicamente con un mero rinvio alle disposizioni del D.p.c.m. 31 marzo 2001⁸².

6. L'affidamento dei servizi socio - assistenziali alla luce del D. lgs. n. 50/2016 e s.m.i.

L'*excursus* che precede consente ora di delineare un quadro complessivo sul tema degli affidamenti dei servizi socio – assistenziali, anche in ragione della disciplina introdotta dal D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici). E invero quest'ultima ha recepito *in toto* i contenuti della direttiva 2014/24/UE, sebbene la normativa europea avesse riconosciuto ampia discrezionalità agli Stati membri nell'individuare i fornitori di servizi sociali⁸³. Soltanto con il correttivo al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), il legislatore ha armonizzato la disciplina relativa ai servizi sociali con le disposizioni generali in tema di affidamenti⁸⁴.

Occorre tuttavia sottolineare che la nuova disciplina codicistica non ha abrogato le precedenti normative di settore, pertanto, (così come rilevato dall'ANAC nella delibera n. 32, del 2016): “l'erogazione dei servizi alla persona può avvenire mediante diversi strumenti, rimessi alla scelta discrezionale, ma motivata, dell'amministrazione: a) autorizzazione e accreditamento (art. 11, legge n. 328/2000); b) convenzione con le organizzazioni di volontariato, di cui alla legge n. 266/1991 (art. 3, d.p.c.m. 30 marzo 2001); c) acquisto

⁸² F. Biondi Dal Monte - V. Casamassima, *Le Regioni e i servizi sociali a tredici anni dalla riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2014, 5-6, pp. 1065-1109.

⁸³ In tal senso, 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, p. 18.

⁸⁴ C. Polidori, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 2017.

di servizi e prestazioni (art. 5, d.p.c.m. 30 marzo 2001); d) affidamento ai soggetti del terzo settore (art. 6, d.p.c.m. 30 marzo 2001)⁸⁵.

Attraverso l'autorizzazione e l'accreditamento vengono individuati gli operatori economici (appartenenti al Terzo settore) che possono erogare il servizio, mentre è l'utente finale che sceglie la struttura a cui rivolgersi, sulla base della qualità del servizio offerto (concorrenza nel mercato), anche attraverso i titoli per l'acquisto delle prestazioni socio - assistenziali. Per le altre tre tipologie di affidamento, in deroga al Codice dei Contratti, l'amministrazione deve selezionare, sulla base del progetto presentato, l'operatore economico che eroga il servizio e la concorrenza si svolge per entrare nel mercato.

Quanto affermato ha trovato per altro conferma nella delibera dell'ANAC, del 31 agosto 2016, n. 911, recante chiarimenti sulla persistente validità della delibera n. 32 e sugli obblighi di aggregazione e centralizzazione delle committenze, la quale ha precisato che: *“i principi affermati dall'Autorità nella delibera 32/2016, recante le linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, possono ritenersi validi anche in vigore del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del D.lgs. 163/2006⁸⁶”*.

Analizzando il dettato, di cui al D.lgs. n. 50/2016, ciò che emerge, però, è l'assenza di coordinamento tra le richiamate leggi di settore e la disciplina codicistica; di qui, pertanto, la necessità di ricostruire il quadro con l'ausilio dell'ermeneutica⁸⁷.

Il D.lgs. n. 50/2016, distingue a seconda che si verta nell'ambito di settori ordinari (art. 142 – 143) o speciali (art. 140), invocando, comunque, il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e parità di trattamento tra operatori economici⁸⁸. A ben vedere, però, sarebbe stato più corretto se il legislatore avesse rubricato la disposizione in esame “affidamenti di servizi sociali”, anziché “appalti nei servizi sociali”, atteso che, pur non rinvenendosi nel Codice alcun riferimento alla concessione di servizi sociali, è da ritenersi pacifica l'applicazione della relativa disciplina anche ai contratti di concessioni di servizi sociali⁸⁹, in virtù della riproduzione dell'art. 19, della Direttiva 2014/23/UE, rubricato: *“Servizi sociali e altri servizi specifici”*⁹⁰.

⁸⁵ S. Agostini, *Linee Guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e cooperative sociali, Commento a delibera ANAC 20 gennaio 2016, n. 32*, in *Cooperative e enti non profit*, 2016, 4, pp. 28-32; A. Monea, *Affidamenti di servizi a Terzo settore e coop sociali: le linee guida ANAC*, in *Cooperative e enti non profit*, 2015, 10, pp. 28-38.

⁸⁶ Sul punto cfr. S. Picone, *Appalti nei servizi sociali*, in R. Garofoli - G. Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti*, Roma, 2016, pp. 2237 ss.

⁸⁷ Sul punto cfr. L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - “alleggerito” frutto di una complicata semplificazione*, cit., p. 1002.

⁸⁸ In tal senso L. Mazzeo, ult. op. cit., p. 1004.

⁸⁹ In tal senso infatti depongono sia i Considerando 36, 53 e 54, sia l'art. 19, della Direttiva 23/2014/UE.

⁹⁰ L'art. 19, della Direttiva 2014/23/UE, recita: “Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'art. 31, paragrafo 3 e dagli articoli 32, 46 e 47”.

Il *discrimen* della disciplina applicabile è determinata dagli importi degli affidamenti. E invero, in armonia a quanto disposto dalla direttiva 24/2014/UE, il Codice dei contratti distingue tra: a) i servizi sociali, sotto soglia, il cui importo ammonta sino a € 749.999; b) i servizi sociali sopra soglia di valore pari o superiore a € 750.000, nei settori ordinari “con regime speciale di procedura”; c) i servizi sociali, sopra soglia, di valore pari o superiore a 1.000.000 euro nei settori speciali, “con regime speciale di procedura”. Con riguardo agli affidamenti il cui importo risulti inferiore alla soglia di € 749.999 (ove la gara non sia riservata ai soggetti del Terzo settore), il Codice indica due modalità di affidamento: la gara e la procedura negoziata, preceduta “*dalla consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*” (art. 36, comma 2, lett. b).

Relativamente agli affidamenti ai soggetti del Terzo settore, per importi inferiori alla soglia comunitaria, si applica la disciplina contenuta nell’art. 5, della legge n. 328/00 (che come in precedenza evidenziato prevede forme di aggiudicazione sia tramite gara ad essi riservata, che tramite forme negoziate sempre riservate) e nel d.p.c.m. 30 marzo 2011 ⁹¹.

Nel caso di importi pari o superiori alla soglia di € 750.000 (anche nel caso di gare riservate ai soggetti del Terzo settore) trova applicazione la disciplina comunitaria e quella interna di recepimento (art. 35, comma 1, lett. d).

A tal proposito occorre puntualizzare che il Codice dei contratti, in armonia con la Direttiva 2014/24/UE e con la legislazione precedente che ha sempre riservato un trattamento di favore al Terzo settore, ha disposto per gli enti *no profit* in possesso dei presupposti, indicati all’art. 143, comma 2⁹², la possibilità di partecipare a gare riservate, prevedendo inoltre una durata massima del contratto non superiore ai tre anni. Ciò, peraltro, dando seguito a quanto stabilito dall’art. 3, del D.p.c.m. 30 marzo 2001, il quale, in considerazione della particolare natura delle prestazioni e delle finalità sociali perseguite con l’affidamento del servizio (solidarietà sociale, accessibilità diffusa del servizio, equilibrio economico, garanzia del mantenimento dei livelli essenziali), ha previsto una riserva a favore delle organizzazioni di volontariato per l’erogazione delle prestazioni socio - assistenziali.

⁹¹ In tal senso A. Fossati, *L'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in E. Codini - A. Fossati - S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, cit., p. 121. Sugli appalti riservati ai soggetti che non perseguono fini di lucro cfr. L. Olivieri, *Appalti aperti alla partecipazione dei soggetti che non perseguono scopo di lucro*, in *lexitalia*, n. 12/2009.

⁹² a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o ridistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.

Non è un caso allora che l'ANAC, nella delibera del 20 gennaio 2016, n. 32, abbia evidenziato che: *“la deroga all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica può essere giustificata soltanto allorquando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza e adeguatezza economica”*.

Medesimo trattamento preferenziale è previsto dal Codice, per le gare riservate alle cooperative sociali e ai loro consorzi, il cui scopo principale sia *“l'integrazione sociale professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità e da lavoratori svantaggiati”* (art. 112).

Occorre tuttavia evidenziare che l'art. 143, laddove prevede la possibilità di appalti riservati al Terzo settore non effettua un'individuazione dei soggetti ad esso riconducibili, limitandosi genericamente ad affermare che: a) l'organizzazione abbia come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; b) i profitti dell'organizzazione siano reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o ridistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto siano basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedano la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non abbia aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.

Un chiarimento in tal senso non è pervenuto neppure dal D.lgs. n. 117/2017, il quale si mostra lacunoso sia con riguardo alle modalità di selezione dei soggetti del Terzo settore, sia in relazione al coordinamento con la disciplina delle gare riservate previste dal Codice dei Contratti, di cui risulta mancante⁹³. Un dato però risulta incontrovertibile: il Codice del Terzo settore nel trattare il tema del partenariato pubblico - privato disciplina un sistema competitivo tra pari, in ossequio ai principi di imparzialità, trasparenza, parità di trattamento.

Gli artt. 140 e 142, del D.lgs. n. 50/2016, dettano poi la disciplina della pubblicazione degli avvisi e dei bandi, disponendo che gli enti che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto di servizi sociali rendono nota tale intenzione: a) mediante un avviso di gara; b) mediante un avviso periodico indicativo, che viene pubblicato in maniera continuativa. L'avviso periodico indicativo si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno

⁹³ D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, cit., p. 20. In tal senso anche A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazione di promozione sociale nel codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, cit., p. 195, la quale evidenzia come il rapporto fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici sia un problema lasciato irrisolto dal D.lgs. n. 117/2017, in considerazione del dualismo del regime in cui possono trovarsi le organizzazioni di volontariato in relazione all'affidamento di servizi sociali.

aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto; c) mediante un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione che viene pubblicato in maniera continuativa.

Il Codice tace sulle modalità di scelta del contraente. Ciò ha tuttavia indotto a ritenere che sia nei settori ordinari, sia in quelli speciali, le amministrazioni possano selezionare gli operatori a cui affidare gli appalti di servizi sociali sulla base dei tradizionali sistemi di selezione: procedura aperta, ristretta, negoziata senza pubblicazione di bando, dialogo competitivo⁹⁴.

Relativamente al criterio di aggiudicazione, l'art. 95, comma 3, lett. a) - recependo quanto affermato dall'art. 76, della Direttiva 2014/24/UE⁹⁵ - afferma che gli appalti di servizi sociali *“sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”*. L'art. 142, comma 5 *ter*, indica inoltre i parametri sulla base dei quali deve essere valutata l'offerta, laddove sottolinea che l'affidamento: *“deve garantire la qualità, la continuità, l’accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti”*.

Il collegamento con quanto disposto nel D.P.C.M. 30 marzo 2001 appare evidente. E invero l'art. 4, comma 2, afferma che *“I comuni procedono all’aggiudicazione dei servizi di cui al comma 1 sulla base dell’offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare dei seguenti elementi qualitativi: 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”*, mentre l'art. 6, comma 2, dispone che *“I comuni, nell’affidamento per la gestione dei servizi, utilizzano il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”*.

7. Considerazioni conclusive

Lo scenario descritto in tema di affidamenti nell'area dei servizi socio - assistenziali disvela uno stato dell'arte alquanto complesso, connotato dalla coesistenza di una pluralità di fonti normative: la legge n. 328/00, il d.p.c.m. 30 marzo 2001 (artt. 3-5-6), il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore, laddove invece si sarebbe auspicata, da parte del legislatore, una *reductio ad unitatem* della normativa sulle esternalizzazioni.

⁹⁴ In tal senso L. Mazzeo, ult. op. cit., p. 1005.

⁹⁵ *“Gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell’offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali”*

Occorre altresì evidenziare che al quadro legislativo nazionale, si è nel tempo sovrapposto quello delineato dalle regioni, che negli anni, facendo leva sulla loro potestà legislativa esclusiva nel settore in esame, hanno disciplinato in modo “elastico” il sistema dell'*outsourcing*.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento: il trattamento preferenziale che da sempre i legislatori: nazionale e regionale hanno dedicato al Terzo settore in tema di affidamenti, tanto da condurre alla previsione della possibilità per le amministrazioni di indire gare riservate a quest'ultimo e a consentire il ricorso ad affidamenti diretti alle associazioni di volontariato, in presenza delle condizioni in precedenza richiamate. Una forte incidenza, a tal riguardo, è stata esercitata dai recenti orientamenti provenienti della Corte di Giustizia, la quale, nella dialettica tensione tra concorrenza e solidarietà, ha giustificato l'affidamento diretto, quando esso sia “obiettivamente motivato dall'applicazione dei principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza”, nonché dai principi costituzionali e dalla normativa interna a sostegno del volontariato⁹⁶. La Corte ha infatti affermato che: “il principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118 Cost., nonché quello di solidarietà, sottesi alla legislazione che disciplina la partecipazione delle organizzazioni di volontariato all'erogazione dei servizi *de quo*, mirano a realizzare finalità sociali e il perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio, tali da giustificare che uno Stato membro possa procedere ad affidamenti diretti ad associazioni di volontariato”⁹⁷.

Sul punto l'Autorità Nazionale anticorruzione ha avuto modo di ribadire che: “l'affidamento dei servizi sociali costituisce una disciplina speciale che consente di ricorrere a strumenti giuridici diversi dalla gara che consentono di operare in un'ottica di apertura alla concorrenza a di *favor participationis*, assicurando il

⁹⁶ Corte di Giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, n. Causa C – 113/13, con nota di A. Albanese, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto di servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro it.* 2015, 3, IV, p. 145.

⁹⁷ Corte di Giustizia UE, sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50, Le autorità locali di uno Stato membro possono procedere ad attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di pubblicità, ad associazioni di volontariato, a condizione che le associazioni non abbiano fini di lucro, abbiano una finalità sociale e lo Stato persegua un obiettivo di solidarietà, come la tutela della salute della collettività e ragioni di efficienza di bilancio. Le autorità di uno Stato membro che intendano ricorrere direttamente alle associazioni di volontariato non sono tenute a effettuare una previa comparazione delle proposte delle varie associazioni. Queste ultime possono svolgere anche alcune limitate attività commerciali, ma solo a condizione che siano marginali e servano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato, in *Guida al diritto*, 2016, 9, p. 104. Nel medesimo senso Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016 n. 3615, in : “Gli artt. 49 e 56 Trattato UE non ostano ad una normativa nazionale che preveda che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario, di urgenza ed emergenza, sia attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale, in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola, contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata; di conseguenza sono legittimi gli atti con i quali una ASL, sulla base di un Accordo quadro regionale per la regolamentazione dei rapporti tra aziende sanitarie ed ospedaliere e associazioni di volontariato, sottoscrive convenzioni con esse per i trasporti sanitari di urgenza ed emergenza e nel medesimo senso Cons. Stato, sez. III, sent. 21 novembre 2016, n. 4902.

pieno soddisfacimento dell'interesse sociale perseguito"⁹⁸. Ci si riferisce in particolare agli istituti dell'accreditamento (art. 11 legge n. 328/00) e della convenzione con le organizzazioni di volontariato, legge n. 266/1991) per i quali, con le Linee guida per l'affidamento di servizi ai soggetti del Terzo settore e alle cooperative sociali (delibera n. 32/2016), sono state fornite indicazioni volte ad assicurare l'affidabilità morale e professionale degli operatori, il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione ed economicità, la qualità delle prestazioni e la migliore soddisfazione dei bisogni dell'utenza.

Un altro aspetto che involge la materia che ci occupa concerne il rapporto tra Codice dei Contratti e Codice del Terzo settore. Preme a tal riguardo nuovamente rammentare che la direttiva appalti (2014/24/UE), contenente la nuova disciplina in materia di affidamento dei servizi sociali, ha fornito un'indicazione di rilievo, laddove, nel considerando n. 114, ha demandato alla discrezionalità legislativa degli Stati membri la disciplina dell'organizzazione (*latu sensu*) dei servizi sociali.

Il nostro ordinamento ha dunque affidato la disciplina della materia in esame (oltreché alla legge n. 328/00 e al d.p.c.m 30 marzo 2001) ai richiamati testi normativi: Codice dei Contratti e Codice del Terzo settore, dei quali non può che esserne acclarata la coesistenza⁹⁹. E invero l'affidamento dei servizi sociali si inserisce "nell'intersezione" fra queste due discipline, rendendo così necessario un loro coordinamento

¹⁰⁰.

⁹⁸ Comunicato del 14 settembre 2016, "Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in materia di affidamento di servizi sociali"

⁹⁹ L. Gallo, *L'affidamento dei servizi sociali, Formazione IFEL per i comuni*, in www.fondazioneifel.it

¹⁰⁰ A tal riguardo appare emblematica una sentenza del Tar Puglia Lecce del 12 gennaio 2018, n. 32, la quale, nell'accogliere il ricorso promosso da alcune associazioni di volontariato avverso un bando con cui era stata indetta una gara, ai sensi dell'art. 17 del Codice dei Contratti, per l'affidamento del servizio annuale di trasporto infermi in emergenza delle postazioni di ambulanza e di automedica, ha sottolineato che la direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 in materia di appalti pubblici - che ha dato origine al nuovo codice degli appalti - ha posto espressamente al di fuori del proprio ambito applicativo i servizi di emergenza, nelle ipotesi in cui questi vengano erogati da enti senza scopo di lucro¹⁰⁰. Ripercorrendo l'esame della giurisprudenza sia interna (Cons. Stato sentenza 3208/2015¹⁰⁰) che comunitaria (Corte di Giustizia, sez. V, 25 gennaio 2016, C-50/2014¹⁰⁰) sulla possibilità di un affidamento diretto e in via prioritaria del servizio di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, già contemplata dalla normativa nazionale e dalla normativa europea, il Tar Lecce, richiamando l'art. 57 del Codice del Terzo settore - in base al quale "*I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato*" - ha risolto il problema del coordinamento optando per l'applicabilità di quest'ultimo. Il giudice amministrativo ha infatti affermato che l'amministrazione, nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, può procedere mediante affidamento diretto in convenzione alle organizzazioni di volontariato, valutando che il raggiungimento di finalità sociali sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche e costituisca una scelta a tutela dell'economicità dell'azione amministrativa, senza alcun obbligo di affidare il servizio con gara ai sensi del Codice dei contratti.