

GLI AFFIDAMENTI NEI SERVIZI SOCIALI AI SOGGETTI DEL TERZO SETTORE

ANNALISA GUALDANI,

RICERCATRICE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, UNIVERSITÀ DI SIENA

Sono diverse le norme nazionali che disciplinano l'affidamento dei servizi sociali (legge 328/200, Codice contratti pubblici, Codice terzo settore). A queste si aggiungono quelle regionali che hanno potestà esclusiva nella materia dei servizi sociali. Alle amministrazioni che esternalizzano è richiesto di dover procedere ad un loro non facile coordinamento.

PREMESSA

L'evoluzione che ha interessato il sistema di erogazione dei servizi alla persona è stata caratterizzata da un graduale abbandono del monopolio pubblico per avvicinarsi ad un sistema misto che vede sempre più coinvolte le organizzazioni senza fini di lucro.¹

Complici i principi ispiratori contenuti nella legge quadro n. 328/00, avente ad oggetto la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali e l'introduzione nella riforma del titolo V della Costituzione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4), i privati sono divenuti i veri protagonisti del welfare socio-assistenziale nel nostro paese.

La legge n. 328/00, così come molte leggi regionali che ad essa si sono ispirate, contiene una serie di disposizioni dalle quali traspare proprio la complementarietà tra soggetti pubblici e privati nella costruzione del sistema integrato². La presenza delle iniziative private a fianco di quelle pubbliche esige però un non facile coordinamento, dovendo al contempo comporre il diritto di tutti ad accedere ai servizi sociali, la libertà dei soggetti privati erogatori di servizi e infine la questione delle risorse pubbliche³.

La legge n. 328/00 ha recepito l'idea dell'integrazione pubblico e privato 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.

IL RUOLO DEL TERZO SETTORE NEL SISTEMA DEI SERVIZI SOCIALI

Prima di analizzare la tematica concernente l'esternalizzazione dei servizi sociali ai soggetti del Terzo settore occorre brevemente soffermarsi sulla definizione delineata con il D. lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore).

Il nostro ordinamento solo in tempi recenti ha fornito una nozione positivizzata di Terzo settore, definito in passato dalla dottrina come terzo rispetto allo Stato e al mercato. E invero nel 2016 il legislatore conferendo la delega al Governo ha voluto formalmente sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune elevando i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

L'art. 1, della legge n. 106/2016, ha così definito il Terzo settore, quale "complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento senza scopo di lucro, di

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

² 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*, Milano, 2003, 45.

³ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2002, 126.

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)⁴. Sono esclusi dall'essere ricondotti al Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche e le fondazioni bancarie.

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"⁵. 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 perseguitamento, 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).

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 381/91 per le cooperative sociali e dal D.lgs. n. 112/2017 per le imprese sociali⁶.

Il carattere connotante i soggetti del Terzo settore, è sintetizzato nell'art. 5 del Codice, il quale afferma 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 perseguitamento, 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.

LA DISCIPLINA DELLA LEGGE N. 328/00 IN MATERIA DI ESTERNALIZZAZIONI

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. Successivamente si è assistito all'affermarsi dell'affidamento, quale modello preferenziale per procedere all'esternalizzazione dei servizi sociali⁷.

⁴ 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, 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, 3, 153-161; S. Benvenuti - S. Martinis, *La crisi del "welfare" pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 2, 22; G. Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2017, 5, 726-728.

⁵ 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, 7-14; M.V. De Giorgi, *Terzo settore. Verso la riforma*, in *Studium juris*, 2016, 12, 1446-1450.

⁶ Sul punto cfr. A. Fossati, *Terzo settore e altri soggetti senza scopo di lucro*, in E. Codini - A. Fossati - S.A. Fregoli Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, 98.

⁷ Sul punto cfr., R. Bin - D. Donati - G. Pitruzzella, *Lineamenti di diritto pubblico dei servizi sociali*, cit., 301.

L'intento contenuto nella legge n. 328/00 è quello di armonizzare la disciplina delle esternalizzazioni con le indicazioni provenienti dall'Unione europea in tema di concorrenza e altresì di effettuare la scelta del miglior erogatore nella platea dei soggetti accreditati⁸.

Il complesso quadro normativo sull'affidamento ai soggetti erogatori dei servizi socio-assistenziali è stato disciplinato dalla legge n. 328/00 prima e dal successivo la D.p.c.m. 30 marzo 2001. La legge quadro, dopo aver sottolineato, all'art. 1, c. 5, 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", dispone all'art. 5, comma 2, 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". 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 profit⁹.

Il successivo Atto di indirizzo e coordinamento, D.p.c.m. 30 marzo 2001, ha distinto due ipotesi: quella dell'acquisto di servizi 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 (art. 5) e quella relativa all'affidamento all'esterno della gestione dei servizi (art. 6).

E' dato ritenere che mentre nel secondo caso si sia voluta descrivere l'ipotesi in cui

l'ente pubblico (tramite gara) affidi ad un soggetto privato la gestione del servizio sociale da erogare, nel primo caso si sia, invece, voluto indicare l'acquisto, da parte del comune, di servizi erogati da soggetti del Terzo settore, previamente accreditati, dietro corresponsione di una tariffa¹⁰.

Con riguardo 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, dovendosi applicare anche nel settore dei servizi socio – assistenziali le regole della procedura ad evidenza pubblica. E infatti l'aggiudicazione 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) – secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Evidenzia inoltre il richiamato decreto 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", atteso che in tale ambito le procedure ristrette permettono di valutare e valorizzare diversi elementi di qualità che il comune intende ottenere dal servizio appaltato. Viene, così, prevista una riserva in favore dei soggetti del Terzo settore.

L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIALI ALLA LUCE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Sulla nostra materia va poi ad incidere la disciplina introdotta dal D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), che ha recepito i contenuti della direttiva 2014/24/UE¹¹. A ben vedere però 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 affidamenti¹².

⁸ P. De Angelis, *L'affidamento dei servizi sanitari e socio - sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna, 2013.

⁹ G. F. Cartei, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2007, 3 - 4, 627.

¹⁰ S.A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004, 180.

¹¹ In tal senso, D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governante della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018, 18.

¹² C. Polidori, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 2017.

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 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)"¹³.

Attraverso l'autorizzazione e l'accreditamento vengono individuati i soggetti del Terzo settore che possono erogare il servizio, mentre spetterà al destinatario della prestazione la libertà di scegliere la struttura a cui rivolgersi per l'erogazione del servizio medesimo anche tramite l'utilizzo di 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.

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. Si impone pertanto la necessità di ricostruirne un quadro di sintesi¹⁴.

Il Codice dei Contratti distingue a seconda che si verta nell'ambito di settori ordinari (art. 142 – 143) o speciali (art. 140)¹⁵. La disciplina applicabile viene determinata dagli importi degli affidamenti, distinguendo tra: a) i servizi sociali, sotto soglia, il cui importo ammonta sino a Euro 749.999; b) i

servizi sociali sopra soglia di valore pari o superiore a Euro 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 Euro 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 invece 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 2011¹⁶.

Nel caso di importi pari o superiori alla soglia di Euro 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).

Il Codice dei contratti, in armonia con la legislazione precedente (art. 3 del D.p.c.m. 30 marzo 2001) e con la Direttiva 2014/24/UE, ha disposto in favore dei soggetti del Terzo settore (in possesso dei presupposti, indicati all'art. 143, comma 2) e delle cooperative sociali e i loro consorzi, il cui scopo principale sia "l'integrazione sociale professionale delle persone con disabilità o svantaggiate" (art. 112), la possibilità di partecipare a gare riservate, prevedendo

¹³ 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, 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, 28-38.

¹⁴ Sul punto cfr. L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una complicata semplificazione*, cit., 1002.

¹⁵ In tal senso L. Mazzeo, ult. op. cit., 1004.

¹⁶ 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., 121. Sugli appalti riservati ai soggetti che non persegono fini di lucro cfr. L. Olivieri, *Appalti aperti alla partecipazione dei soggetti che non persegono scopo di lucro*, in *lexitalia*, n. 12/2009.

una durata massima del contratto non superiore ai tre anni.

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 Codice del Terzo settore, 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 mancante¹⁷.

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 competitivo¹⁸, mentre il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 3), così come disposto anche dal D.P.C.M. 30 marzo 2001 (art. 4, comma 2).

Volendo tracciare un quadro di sintesi non si può che constatare come il sistema degli affidamenti nel settore che ci occupa sia connotato dalla coesistenza di una pluralità di fonti normative: la disciplina della legge n. 328/00, quella dettata dal d.p.c.m. 30 marzo 2001 (artt. 3-5-6), dal novellato Codice dei contratti pubblici e dal Codice del Terzo settore. Alle fonti nazionali si sovrappongono le normative dettate dalle singole regioni, sulla base della potestà legislativa esclusiva ad esse riconosciuta dalla riforma del Titolo V Cost., nella materia servizi sociali. Pertanto alla luce del quadro normativo tracciato non può che acclararsi la coesistenza delle richiamate discipline con l'imprescindibilità da parte delle amministrazioni che esternalizzano i servizi sociali di dover procedere ad un loro non facile coordinamento.



¹⁷ D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, cit., 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., 195.