

I CONTRATTI PUBBLICI NEL SETTORE DEI SERVIZI SOCIALI

INDICE

1. **Premessa:** rilevanza del settore economico “servizi sociali” e palese disorganicità del quadro normativo di riferimento.
2. **Quadro normativo:** dal regime dei contratti “esclusi” di cui all’art. 20 del previgente codice degli appalti ai contratti a “regime alleggerito” di cui al Titolo VI del decreto legislativo n. 50/2016.
3. **Quadro normativo:** la legislazione speciale sul terzo settore.
4. **Il ruolo dell’ANAC, quale Autorità di regolazione, nel settore dei servizi sociali:** A) delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali; B) delibera n. 911 del 31 agosto 2016, sulla persistente validità della delibera n. 32 e sugli obblighi di aggregazione e centralizzazione delle committenze; C) comunicato del 14 settembre 2016, indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in materia di affidamento di servizi sociali.
5. **Il tema centrale:** il coordinamento (interno) della disciplina del codice in materia di appalti - *rectius* in materia di contratti (appalti e concessioni) - nei servizi sociali e il coordinamento (esterno) con la copiosa legislazione sul c.d. Terzo Settore.
6. **Le due classificazioni fondamentali:** A) appalti sopra soglia e sotto soglia (art. 35, commi 1 e 2); B) appalti nei settori ordinari (articoli 142-144) e nei settori speciali (articoli 114, 140 e 142-144).
7. **La disciplina degli appalti sotto soglia:** l’applicazione della disciplina codicistica (art. 36, comma 2) al settore degli affidamenti di servizi sociali e le indicazioni della giurisprudenza sul principio di rotazione.
8. **La disciplina degli appalti sopra soglia:** avviso di preinformazione, avviso periodico, manifestazione di interesse degli operatori economici e forme di negoziazione a formazione progressiva.
9. **L’obbligo del ricorso all’offerta economicamente più vantaggiosa.**
10. **Il silenzio del codice sui sistemi di scelta del contraente: il problema del coordinamento con la normativa speciale sul c.d. Terzo Settore.**
11. **Il silenzio del legislatore sulle concessioni di servizi sociali.**
12. **La valutazione dell’anomalia dell’offerta:** le indicazioni della giurisprudenza.
13. **La delibera ANAC n. 911 del 31 agosto 2016:** il tema dell’applicabilità della disciplina in tema di obblighi di aggregazione e centralizzazione delle committenze (art. 37 del codice) al settore degli affidamenti di servizi sociali.
14. **Il comunicato ANAC del 14 settembre 2016:** il tema dei requisiti dei partecipanti e dei criteri di aggiudicazione e la suddivisione dell’appalto in lotti.

15. Gli appalti riservati: A) di cui all'art. 112 (cooperative sociali); B) di cui all'art. 143 (c.d. organismi no profit).

16. I servizi di ristorazione di cui all'art. 144: la difficoltà di inquadramento *tout court* nell'ambito dei servizi sociali.

17. Conclusioni sulla legge n. 106 del 6 giugno 2016: la delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale; un'altra occasione perduta per il riordino della materia?

1. Premessa: rilevanza del settore economico "servizi sociali" e palese disorganicità del quadro normativo di riferimento.

Nel programma del convegno odierno si legge: «*Non meno importante è apparsa la necessità di soffermarsi su un settore poco noto al grosso pubblico e che invece riveste un rilevante interesse pratico: si fa riferimento ai servizi sociali di cui agli artt. 142-144*».

Tale indicazione programmatica impone innanzi tutto di definire, dal punto di vista oggettivo, l'ambito di applicazione della disciplina degli appalti (*rectius* dei contratti) nei "servizi sociali", posta non solo negli articoli 140 e 142-144 del decreto legislativo n. 50/2016, ma anche in altre disposizioni come 95 del medesimo decreto legislativo.

Una definizione generale della materia dei servizi sociali è contenuta nell'art. 128 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (recante il "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59"). In particolare il secondo comma dell'art. 128 dispone che "*Ai sensi del presente decreto legislativo, per "servizi sociali" si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia*".

Ai fini del presente intervento, giova rammentare innanzi tutto che il decreto legislativo n. 50/2016 all'art. 1, comma 8, dispone che "*I riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio*". Pertanto il nuovo codice richiama in toto la classificazione di cui al previgente decreto legislativo n. 163/2006 (cfr. l'art. 3, comma 49, secondo il quale "*Il «Vocabolario comune per gli appalti», in appresso CPV («Common Procurement Vocabulary»), designa la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici adottata dal regolamento (CE) n. 2195/2002, assicurando nel contempo la corrispondenza con le altre nomenclature esistenti*").

Ciò premesso, si deve evidenziare che il decreto legislativo n. 50/2016 contiene l'apposito allegato IX, dedicato ai Servizi di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144 (Allegato XIV - art. 74 della direttiva 2014/24/UE; Allegato XVII - art. 91 della direttiva 2014/25/UE; Allegato IV - art. 19 della direttiva 2014/23/UE). Alla luce di tale allegato, i "servizi sociali" ai quali si applicano le disposizioni contenute negli artt. 140 e 142-144 sono i seguenti: Servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; Servizi amministrativi in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura; Servizi di sicurezza sociale obbligatoria; Servizi di prestazioni sociali; Altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti

da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative; Servizi religiosi; Servizi alberghieri e di ristorazione; Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. d); Altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche; Servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività; Servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. h); Servizi investigativi e di sicurezza; Servizi postali.

L'importanza del settore dei "servizi sociali" è ampiamente posta in rilievo a pag. 2 della AIR relativa alla delibera dell'ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, recante le "linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", ove si legge quanto segue: *«Il terzo settore rappresenta attualmente in Italia un'importante realtà, sia sotto il profilo sociale, per la natura dei servizi svolti, che sotto il profilo occupazionale. Il panorama dei soggetti che operano in tale ambito è molto variegato, l'ISTAT, infatti, ha censito nel corso del 2011 oltre 300.000 organizzazioni no-profit, che ricorrono alle prestazioni di 4,7 milioni di volontari, 681 mila dipendenti, 271 mila lavoratori esterni e 5 mila lavoratori temporanei. L'89% delle istituzioni no-profit è costituita in forma di associazione (201 mila associazioni non riconosciute e 68 mila riconosciute, ossia dotate di personalità giuridica); le cooperative sociali sono circa 11 mila (il 3,7%), le fondazioni 6 mila (il 2,1%) e le altre forme giuridiche circa 14 mila (il 4,8%), rappresentate principalmente da enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, comitati, società di mutuo soccorso, istituzioni sanitarie o educative. I soggetti operanti nel terzo settore si trovano frequentemente ad operare come erogatori di servizi pubblici in favore della collettività. Spesso, infatti, le amministrazioni pubbliche ricorrono agli enti no-profit per l'acquisto o l'affidamento di servizi alla persona. Tale scelta organizzativa ha il vantaggio di promuovere un modello economico socialmente responsabile in grado di conciliare la crescita economica con il raggiungimento di specifici obiettivi sociali, quali, ad esempio, l'incremento occupazionale e l'inclusione ed integrazione sociale».*

Alla rilevanza del settore fa però da contraltare la vistosa disorganicità del relativo quadro normativo, anch'essa posta in rilievo nella predetta AIR, ove si legge che: *«Nonostante il notevole impatto della spesa per i servizi sociali sulla finanza pubblica, si registra da un lato la mancanza di una disciplina organica concernente l'affidamento di contratti pubblici ai soggetti operanti nel terzo settore e, dall'altro, il mancato coordinamento delle disposizioni relative ai servizi sociali con quelle contenute nel d.lgs. 163/2006. L'occasione per rimediare a tali carenze potrebbe essere rappresentata dall'approvazione del disegno di legge governativo recante le linee guida per una revisione organica della disciplina riguardante il terzo settore (d.d.l. n.1870 approvato alla Camera dei deputati il 9.4.2015)».*

Purtroppo, come evidenziato dai primi commentatori, il recepimento delle nuove direttive comunitarie non ha affatto agevolato l'attività dell'interprete. Difatti, come evidenziato dalla dottrina ⁽¹⁾, *«Il recepimento della direttiva 2014/24/UE, nella quale gli appalti di servizi sociali sono soggetti ad una disciplina derogatoria improntata all'innalzamento della soglia comunitaria ed alla semplificazione, poteva costituire l'occasione per una risistemazione organica della legislazione interna, in parte formata prima dell'avvento dei principi concorrenziali del diritto europeo, in altra parte invece costruita su esplicite deroghe alla regole del mercato e dell'evidenza pubblica. L'occasione è stata persa. Il legislatore delegato si è limitato a riprodurre le (poche) disposizioni precettive della direttiva per i settori ordinari, senza abrogare, neppure parzialmente, le numerose leggi vigenti in materia di affidamento dei servizi sociali» ⁽²⁾.*

¹ Savio Picone, *Appalti nei servizi sociali*, contributo al volume di Roberto Garofoli e Giulia Ferrari *La nuova disciplina degli appalti pubblici?*, 809.

² Negli stessi termini Luca Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito frutto di una complicata semplificazione*, Urbanistica e Appalti, 8-9/2016, 1002, ove viene posto in rilievo che, nonostante il rilevante impatto della spesa per i servizi sociali sulla finanza pubblica, *«per un verso non vi è una normativa organica in materia di affidamenti di contratti pubblici ai soggetti operanti nel Terzo Settore, invece disciplinati da un frastagliato insieme di norme e, per altro verso, si registra il mancato coordinamento di dette norme con la disciplina in materia di contratti pubblici».*

Ne consegue che persistono tuttora vistosi problemi in materia di definizione del quadro normativo relativo agli affidamenti dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali, in considerazione: A) sia delle difficoltà di lettura della nuova disciplina posta dagli articoli 140 e 142-144 del decreto legislativo n. 50/2016; B) sia della persistente mancanza di coordinamento con la normativa speciale del settore, compendiata nella suddetta delibera n. 32 del 2016. Non stupiscono, quindi, le dure considerazioni di uno dei primi commentatori ⁽³⁾, secondo il quale: *«Ad eccezione della stampa generalista impegnata nell'osannare la riforma e qualificarla come semplificatrice, qualsiasi osservatore ed operatore concreto ha ormai preso atto che il d.lgs 50/2016 tutto fa, tranne semplificare. Un esempio perfetto di disciplina omissiva, parziale e laconica è dato dall'insieme sfaccettato ed estremamente scoordinato delle norme concernenti i servizi sociali».*

In attesa delle auspicabili indicazioni che potrebbero intervenire in sede di attuazione della legge delega n. 106 del 6 giugno 2016, recante la “delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale”, in questa sede si cercherà di fare il punto sulla disciplina relativa agli affidamenti dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali - con particolare riferimento alla disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 50/2016 - specie alla luce delle prime indicazioni dell’ANAC, cui l’art. 213 del decreto legislativo n. 50/2016 affida espressamente il ruolo di Autorità di regolazione del settore dei contratti pubblici, e della giurisprudenza.

2. Quadro normativo: dal regime dei contratti “esclusi” di cui all’art. 20 del previgente codice degli appalti ai contratti a “regime alleggerito” di cui al Titolo VI del decreto legislativo n. 50/2016.

Nella previgente disciplina la base giuridica degli appalti pubblici nell’Unione europea era fornita dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Quest’ultima, in particolare, escludeva dalla sua piena applicazione i servizi elencati nell’allegato II B, tra i quali figuravano anche i servizi sociali e sanitari, prevedendo all’art. 20 che l’affidamento di questi ultimi fosse regolato esclusivamente dagli articoli 23 (specifiche tecniche) e 35, paragrafo 4 (avvisi sui risultati della procedura di aggiudicazione). In attuazione di tale disciplina, nel previgente codice degli appalti gli appalti di servizi sociali erano inseriti tra i contratti in parte esclusi dall’ambito di applicazione del codice. Difatti, ai sensi dell’art. 20 del decreto legislativo n. 163/2006, all’aggiudicazione degli appalti aventi a oggetto alcuni servizi, ossia quelli elencati nell’Allegato II/B - tra cui i servizi sanitari e sociali - si applicavano soltanto l’art. 68 (Specifiche tecniche), l’art. 65 (Avviso sui risultati delle procedure di affidamento) e l’art. 225 (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

Come evidenziato a pag. 4 della suddetta AIR relativa alla Delibera ANAC n. 32 del 2016, *«L'impostazione seguita dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE è stata rivista dalle nuove direttive in materia di contratti pubblici 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE La direttiva 2014/24/UE disciplina, infatti, i servizi sociali in un apposito capo (Capo I, Titolo III, artt. da 74 a 77), dettando per l'aggiudicazione dei relativi appalti di importo pari o superiore a 750.000 euro un regime «alleggerito». In particolare, l'art. 74 indica i servizi che rientrano in tale regime, facendo riferimento ai servizi sociali e agli altri servizi specifici indicati nell'allegato XIV. Nell'elenco di tale allegato figurano, tra l'altro, i servizi sanitari, i servizi sociali e i servizi connessi, l'assistenza sanitaria e culturale, i servizi di sicurezza sociale obbligatoria, i servizi di prestazioni sociali e gli altri servizi pubblici, sociali e personali. La ratio della previsione del regime alleggerito risiede nella constatazione della non significativa dimensione transfrontaliera di tali servizi che, generalmente, vengono prestati in ambiti territorialmente limitati in quanto connotati da particolari caratteristiche socio-culturali legate alla tradizione storica propria di ciascuna realtà.*

Per l'aggiudicazione di tali servizi, l'art. 76 della Direttiva chiarisce che gli Stati Membri, nell'introduzione di norme a livello nazionale devono assicurare il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli

³ Luigi Oliveri, *Appalti di servizi sociali, un complicato mosaico.*

operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, pur essendo liberi di determinare le norme procedurali applicabili, gli stessi devono assicurare che le disposizioni introdotte consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione e garantiscano la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione. Infine, la norma stabilisce che 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. In tal modo viene riconosciuta agli Stati membri la facoltà di valorizzare i criteri di valutazione qualitativi e di sostenibilità sociale, adattandoli agli specifici obiettivi che si intende perseguire.

L'art. 77 della nuova direttiva prevede la facoltà, per gli Stati Membri e per le amministrazioni aggiudicatrici, di introdurre una riserva di partecipazione, aggiuntiva rispetto a quella prevista dall'art. 20, in favore dei lavoratori protetti, individuata con riferimento ad un preciso ambito oggettivo e soggettivo, già descritto nelle linee guida».

In estrema sintesi, il decreto legislativo n. 50/2016, nel recepire le Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, innova rispetto alla precedente impostazione in quanto: A) dal punto di vista sistematico, esclude i contratti relativi ai servizi sociali da quelli (in parte) esclusi, collocando la relativa disciplina (se si tratta di contratti di valore superiore alle soglie di rilevanza comunitaria fissate dall'art. 35) tra i “particolari regimi di appalto” di cui al Titolo VI della Parte II; B) sotto il profilo della disciplina applicabile, assoggetta tali contratti ad un “regime alleggerito”, diversificato (per lo meno in parte) a seconda che il contratto ricada nei settori ordinari (Capo II - articoli 142 e 143) o in quelli speciali (Capo I - articolo 140, che richiama gli articoli 142 e 143), ma, comunque, ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

3. Quadro normativo: la legislazione speciale.

La complessità del quadro normativo in materia di affidamento dei contratti relativi ai servizi sociali è determinata, come già accennato, anche da una copiosa legislazione speciale, sulla quale si è ampiamente soffermata l'ANAC nella delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, recante le “linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali”.

L'attuale panorama normativo riguardante il c.d. Terzo Settore è costituito, in estrema sintesi, dai seguenti atti normativi:

- legge 8 novembre 2000, n. 328, sul sistema integrato di servizi sociali, e relativo decreto attuativo, D.P.C.M. 30 marzo 2001;
- legge quadro sul volontariato 11 agosto 1991, n. 266;
- legge 8 novembre 1991, n. 381, in materia di cooperative sociali di tipo B);
- legge 30 dicembre 1995, n. 563, e relativo regolamento attuativo, D.M. 233 del 2 gennaio 1996, in materia di accoglienza degli immigrati irregolari;
- decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e legge 30 giugno 2002, n. 189, in materia di accoglienza degli stranieri regolarmente soggiornanti;
- legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 e dalla legge 22 giugno 2000, n. 1938 in materia di recupero dei soggetti detenuti.

Si pone, quindi, il problema di verificare quale incidenza abbia avuto l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50/2016 su tale quadro normativo. Del resto proprio l'esistenza di tale legislazione di settore aveva indotto l'ANAC ad operare un tentativo di riordino della materia con la predetta delibera n. 32 del 2016, evidenziando (a pag. 1), che: «Le disposizioni di settore in materia di servizi sociali summenzionate, prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all'applicazione del Codice dei Contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del

privato sociale la piena espressione della propria progettualità» ⁽⁴⁾, ma precisando nel contempo che: «*Trattandosi di previsioni derogatorie, le stesse possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive*».

Al riguardo giova evidenziare sin d'ora che i primi commentatori si sono espressi nel senso che il decreto legislativo n. 50/2016 non abbia abrogato la previgente legislazione di settore ⁽⁵⁾. Si pone quindi il problema di coordinare la disciplina generale sull'affidamento dei contratti introdotta in sede di recepimento delle nuove direttive europee con gli ulteriori strumenti previsti dalla legislazione di settore. Difatti - come ben evidenziato dall'ANAC proprio nella predetta delibera n. 32 del 2016 (a pag. 11) - «*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, l. 328/2000); b) convenzione con le organizzazioni di volontariato di cui alla l. 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). 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 cui rivolgersi, sulla base della qualità del servizio offerto (concorrenza nel mercato). 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*».

Peraltro in questa sede non rileva tanto il tema della “concorrenza nel mercato”, quanto piuttosto il tema delle deroghe previste dalla legislazione di settore alla “concorrenza per il mercato”, con il connesso tema dell'incidenza della nuova disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 50/2016 su tali deroghe.

4. Il ruolo dell'ANAC, quale Autorità di regolazione, nel settore dei servizi sociali: A) delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali; B) delibera n. 911 del 31 agosto 2016, sulla persistente validità della delibera n. 32 e sugli obblighi di aggregazione e centralizzazione delle committenze; C) comunicato del 14 settembre 2016, indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in materia di affidamento di servizi sociali.

L'art. 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 dispone che “*L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*”.

A tal riguardo chi scrive in una recente occasione (Convegno organizzato per il trentennale dell'istituzione del T.R.G.A. di Trento) ha posto in rilievo come - alla luce degli autorevoli pareri del Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855 (sullo schema di decreto legislativo recante il “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11) e 2 agosto 2016, n. 1767 (sulle Linee guida dell'ANAC relative a Responsabile unico del procedimento, Offerta economicamente più vantaggiosa - Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria) - si possa oggi parlare, mutuando una locuzione già utilizzata da Rodolfo Sacco, di una vera e propria “evoluzione dei formanti” dell'attività delle stazioni appaltanti. Difatti - definito il

⁴ L'art. 2 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 dispone che “*Ai fini del presente atto 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, altri soggetti privati non a scopo di lucro*”.

⁵ In tal senso Savio Picone, *op. cit.*, 801 e 809, ove viene posto in rilievo come, quantomeno in via di principio, «*tutte le previgenti discipline di settore continuano ad essere legittimamente utilizzabili dalle amministrazioni aggiudicatrici*».

“formante” come «la base giuridica sulla quale si sviluppa l’ordinamento giuridico di una società» ed escluso che gli “*strumenti di regolazione flessibile*” adottati dall’ANAC, ai quali si riferisce l’art. 213, comma 2, vadano ad inserirsi nel sistema delle fonti del diritto (a differenza delle c.d. “linee guida ministeriali”, da qualificare come veri e propri regolamenti ministeriali”) - vi è motivo di ritenere che il legislatore, attraverso la previsione di tali atti abbia configurato un nuovo “formante” per l’attività delle stazioni appaltanti, ossia una nuova fonte degli obblighi delle stazioni appaltanti.

In materia di affidamento dei contratti relativi ai servizi sociali tale funzione di regolazione si è finora tradotta essenzialmente nell’adozione di tre importanti atti: A) la già citata delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, recante linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali; B) la delibera n. 911 del 31 agosto 2016, recante chiarimenti sulla persistente validità della delibera n. 32 e sugli obblighi di aggregazione e centralizzazione delle committenze; C) il comunicato del 14 settembre 2016, recante indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in materia di affidamento di servizi sociali.

Ciò posto - pur non essendo questa la sede per prendere posizione sul delicato tema delle natura delle linee guida dell’ANAC (e sulla più ampia questione dell’inquadramento della c.d. *soft law* nel sistema delle fonti) - non può farsi a meno di richiamare l’attenzione sulla crescente importanza dei contributi interpretativi dell’ANAC, specie alla luce della funzione di regolazione che ad essa risulta oggi espressamente affidato ⁽⁶⁾.

Pertanto - sebbene l’ANAC a pag. 11 della suddetta AIR relativa alla delibera n. 32 del 2016 abbia evidenziato che «*le linee guida non hanno valore vincolante al pari dei bandi-tipo, ma forniscono indicazioni operative volte ad orientare i comportamenti delle stazioni appaltanti, favorendo la standardizzazione dei comportamenti e l’adozione di best practices*» ⁽⁷⁾ - particolare rilievo assumono in questa sede i suddetti tre atti, ai quali sarà attribuito il necessario rilievo in questa sede, anche perché nella delibera n. 911 del 2016 è stato chiarito che i principi affermati nella delibera 32 del 2016 «*possono ritenersi validi anche in vigore del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006*».

5. Il tema centrale: il coordinamento (interno) della disciplina del codice in materia di appalti - *rectius* in materia di contratti (appalti e concessioni) - nei servizi sociali e il coordinamento (esterno) con la copiosa legislazione sul c.d. Terzo Settore.

Come già accennato, i servizi sociali sono passati dall’essere “contratti esclusi” all’essere “contratti a regime alleggerito”. Si pone quindi il problema di stabilire in cosa consista tale regime alleggerito, posto dagli articoli 140 e 142.

Innanzitutto dalla rubrica dell’art. 140 del decreto legislativo n. 50/2016 - “*Norme applicabili ai servizi sociali dei settori speciali*” - si desume che tale articolo non è dedicato ai servizi sociali in quanto tali, bensì ad una specie del genere, ossia i servizi sociali “dei settori speciali”, particolare categoria di servizi sociali che appartiene ai settori speciali. Deve allora ritenersi che, mentre tutti i contratti relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica sono

⁶ Sul tema sia consentito rinviare a Carlo Polidori, *L’ANAC*, contributo al volume di Roberto Garofoli e Giulia Ferrari *La nuova disciplina degli appalti pubblici?*, pagine 101 e ss..

⁷ L’ANAC nella delibera n. 911 del 2016 ha ribadito che - anche alla luce delle considerazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere n. 1767 del 2 agosto 2016 - che la Delibera n. 32 del 2016 «*non ha efficacia vincolante, costituendo un atto interpretativo e ricognitivo della normativa in vigore in materia di erogazione di servizi sociali*».

integralmente soggetti alla disciplina dei settori speciali, non tutti i servizi sociali lo sono, dovendosi distinguere tra servizi sociali “dei settori speciali” e servizi sociali non appartenenti ai settori speciali.

Del resto l'esistenza di due diverse tipologie di servizi sociali è confermata dalla lettura dell'art. 35 del decreto legislativo n. 50/2016 in materia di soglie di rilevanza comunitaria, che prevede, al comma 1, lettera d), la soglia di “euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX”, e al comma 2, lettera c), la soglia di “euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX”.

Ebbene, coordinando la disciplina del decreto legislativo n. 50/2016 con quella della direttiva 24/2014/Ue, in estrema sintesi si perviene alle seguenti conclusioni:

- A) i servizi sociali di valore fino a 749.999 euro appartengono alla categoria dei contratti “sotto soglia”;
- B) i servizi sociali di valore pari o superiore a 750.000 euro nei settori ordinari appartengono alla categoria dei contratti sopra soglia “con regime speciale di procedura”;
- C) i servizi sociali di valore pari o superiore a 1.000.000 euro nei settori speciali appartengono anch'essi alla categoria dei contratti sopra soglia “con regime speciale di procedura”;
- D) agli appalti di servizi sociali di valore pari o superiore a 750.000 euro nei settori ordinari e a 1.000.000 euro nei settori speciali, non si applicano integralmente le disposizioni del codice (come pure potrebbe lasciar intendere l'art. 35, commi 1 e 2), perché si applicano solo quelle contenute negli articoli 140 e 142-144, alle quali si devono aggiungere (come si può desumere dall'art. 114, comma 1) quelle degli articoli da 1 a 58, purché “compatibili”;
- E) agli appalti sotto soglia si applica il regime procedurale di cui all'art. 36.

6. Le due classificazioni fondamentali: A) appalti sopra soglia e sotto soglia (art. 35, commi 1 e 2); B) appalti nei settori ordinari (articoli 142-144) e nei settori speciali (articoli 114, 140 e 142-144).

Si è già evidenziato che l'art. 35 del decreto legislativo n. 50/2016 prevede due distinte soglie di rilevanza comunitaria per gli appalti nei servizi sociali: A) quella di euro 750.000 per i settori ordinari; B) quella di euro 1.000.000 per i settori speciali. Tale disciplina è spiegata nella prima parte del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE, ove si legge: «*Certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi. Servizi alla persona con valori al di sotto di tale soglia non saranno, in genere, di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione per i progetti transfrontalieri.*».

Pertanto, al di sotto di tali soglie e in assenza di un “interesse comunitario”, i contratti in questione sono considerati privi di rilevanza comunitaria. Invece, al di sopra di tali soglie sono assoggettati alla normativa comunitaria e a quella nazionale di recepimento, sia pure secondo un regime particolare, in quanto “alleggerito” rispetto a quello applicabile agli altri appalti servizi.

La spiegazione di tale regime “alleggerito” si rinviene nella seconda parte del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE, ove si legge che i contratti per servizi alla persona sopra soglia: «*dovrebbero essere improntati alla trasparenza, a livello di Unione. In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di*».

servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale. Nel definire le procedure da utilizzare per l'aggiudicazione degli appalti di servizi alla persona, gli Stati membri dovrebbero tener conto dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26. In tale contesto, gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici; è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico».

Passando alla disamina di tale regime “alleggerito”, giova evidenziare che la disciplina applicabile ai contratti sopra soglia nei settori ordinari e in quelli speciali, quantunque molto simile - stante il richiamo operato dall'art. 140, relativo ai settori speciali, alle disposizioni degli artt. 142, 143 e 144, riguardanti i settori ordinari - differisce anche per effetto dell'inciso, contenuto nello stesso art. 140, “salvo quanto disposto nel presente articolo”.

Giova poi evidenziare che il passo del considerando 114 secondo cui «gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici; è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico» sembra alludere alle norme del decreto legislativo n. 50/2016 - e, in particolare, alle disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58 - che sono applicabili, “in quanto compatibili”, non solo agli appalti di servizi sociali nei settori speciali, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 114, ma anche agli appalti di servizi sociali nei settori ordinari, sebbene manchi nel codice un'analogo norma di collegamento ⁽⁸⁾.

Nonostante la diversa *sedes materiae* (articoli 140 e 142), il regime alleggerito è basato - tanto nei settori ordinari quanto in quelli speciali - sull'alternativa tra bando di gara (o avviso di gara) e avviso di preinformazione (o avviso periodico indicativo). Difatti, sebbene il primo comma dell'art. 140 si riferisca, nei settori speciali, solo all'avviso (di gara o periodico indicativo o sull'esistenza di un sistema di qualificazione), tuttavia il comma 4 dello stesso articolo, nel rinviare all'Allegato XIV, parte III, a proposito delle informazioni che dovranno contenere i richiamati atti pre-affidamento, richiama non solo gli avvisi di gara, ma anche i bandi. Ciò si spiega col più generale rinvio, contenuto nello stesso comma 1 dell'art. 140, alle norme in materia di affidamenti di servizi sociali nei settori ordinari, tra cui, appunto l'art. 142 che, al comma 1, prevede anche il bando di gara, quale modalità con cui le stazioni appaltanti rendono nota l'intenzione di procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Tale regime alleggerito non esclude, ovviamente, la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previo avviso/bando di gara. Difatti sia l'art. 140 che l'art. 142 prevedono, al rispettivo 2, che il comma 1 non si applica allorché una sia stata utilizzata la procedura negoziata di cui all'art. 63 per l'aggiudicazione dell'appalto.

Pressoché identiche sono la disposizione dell'art. 140, comma 3, e quella dell'art. 142, comma 3. La prima dispone che “*Gli enti aggiudicatori che hanno aggiudicato un appalto per i servizi di cui al presente articolo ne rendono noto il risultato mediante un avviso di aggiudicazione. Essi possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso essi inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre*”. La seconda dispone che “*Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un appalto pubblico per i servizi di cui all'articolo 140 rendono noto il risultato della procedura d'appalto mediante un avviso di aggiudicazione, che contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera H, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre*”.

⁸ In tal senso Luca Mazzeo, *op. cit.*, 1004.

7. La disciplina degli appalti sotto soglia: l'applicazione della disciplina codicistica (art. 36, comma 2) al settore degli affidamenti di servizi sociali e le indicazioni della giurisprudenza sul principio di rotazione.

Per gli appalti di servizi sociali di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria l'art. 36, comma 1, dispone che l'affidamento deve avvenire *“nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”*. Il successivo comma 2 precisa che - ferma restando la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, comprensive di tutti i relativi adempimenti - le stazioni appaltanti debbono comunque procedere secondo le seguenti modalità: A) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, *“mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato”*; B) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro, *“mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, 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”*.

A tal riguardo già si registrano contrasti nelle prime applicazioni giurisprudenziali del principio di rotazione. In particolare il T.A.R. Puglia Lecce (Sez. II, sentenza 15 dicembre 2016, n. 1906) ha affermato che, alla luce del richiamato art. 36, non può configurarsi alcun obbligo per la stazione appaltante di invitare, ad una gara informale il gestore uscente, bensì una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno. Pertanto, secondo tale pronuncia, laddove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, deve spiegare l'apparente contrasto con il principio di rotazione. Negli stessi termini si è espresso il T.A.R. Friuli-Venezia Giulia Trieste (sentenza 4 ottobre 2016, n. 419), secondo il quale l'applicazione del principio di rotazione negli appalti sotto soglia vale a giustificare il mancato invito della soggetto che ha effettuato il servizio nell'anno precedente.

Negli stessi termini si è espressa anche l'ANAC, nella determinazione n. 1097 del 26 ottobre 2016 (Linee Guida n. 4, recanti *“Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*) pervenendo alla conclusione che l'invito al gestore uscente, in omaggio al principio di rotazione, deve essere considerato eccezionale. In particolare l'ANAC, dopo aver precisato che le stazioni appaltanti, in adesione al principio di rotazione, garantiscono *«il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico»* (punto 2.2), ha affermato che, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice, *«la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Pertanto, l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento»* (punto 4.2.2).

A tale orientamento già prima dell'avvento del nuovo codice, si contrapponeva la tesi secondo la quale (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 11 marzo 2016, n. 3319) secondo la quale *«il principio di rotazione, essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti»*; di conseguenza: A) la sua episodica mancata applicazione non vale *ex se* ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni, ovvero già affidatario del servizio; B) in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, non può essere invocato sic et simpliciter per escludere un concorrente che chiedi di essere invitato a partecipare ad una procedura negoziata.

Tale orientamento, dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, è seguito da talune recenti sentenze. In particolare lo stesso T.A.R. Puglia Lecce (Sez. III, 30 settembre 2016, n. 1514), in altra occasione ha affermato: *«la scelta di non invitare il gestore uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando deve essere specificatamente motivata»*. Anche il T.A.R. Campania, Napoli (Sez. VIII, 21 novembre 2016, n. 5361) ha valorizzato la *«posizione peculiare all'impresa che abbia precedentemente svolto presso l'Amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata ..., posizione soggettiva che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'Amministrazione pubblica, sì da assumere detta posizione la natura e la consistenza dell'interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, con l'ulteriore conseguenza che la scelta di non invitare il gestore uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando deve essere motivata in modo specifico»*.

Quest'ultimo orientamento ha trovato il favore della dottrina ⁽⁹⁾, secondo la quale, se si considera il principio di rotazione in se stesso, isolato e non coordinato con gli altri, si commette l'errore di disapplicare i principi di libertà di concorrenza e non discriminazione; pertanto si dovrebbe procedere ad un sapiente ed attento bilanciamento fra le esigenze sottese alla rotazione e quelle, non coincidenti, insite nella peculiare posizione giuridica del gestore uscente.

Diverso appare il caso dell'affidamento diretto (fattispecie diversa dalla procedura negoziata), perché in tal caso il principio di rotazione, essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, ben può giustificare l'esclusione del precedente gestore ⁽¹⁰⁾.

8. La disciplina degli appalti sopra soglia: avviso di preinformazione, avviso periodico, manifestazione di interesse degli operatori economici e forme di negoziazione a formazione progressiva.

Tornando alla pubblicità prevista per gli appalti sopra soglia, relativamente agli avvisi ante gara, quello previsto per i settori ordinari, qualificato come “avviso di preinformazione”, deve essere “pubblicato in maniera continuativa” conformemente all'art. 72 e deve contenere tutte le informazioni di cui alla parte I dell'allegato XIV (art. 142, comma 1, lett. b). Invece il c.d. “avviso periodico indicativo” relativo ai settori speciali può limitarsi a recare le sole informazioni di cui alla parte III del medesimo allegato e dovrà essere pubblicato conformemente all'art. 130. In entrambi i casi - ossia tanto nell'ipotesi di avviso di preinformazione nei settori ordinari, quanto in quella di avviso periodico indicativo nei settori speciali - i relativi atti devono indicare che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e devono recare l'invito agli operatori economici a manifestare il proprio interesse per iscritto.

A tal riguardo giova evidenziare che, in sede di commento del corrispondente art. 75 della Dir. 2014/24/UE, è stato rilevato (Cfr. Documento ITACA) come *«la nozione di manifestazione di interesse ... sembra introdurre possibili forme di negoziazione a formazione progressiva, quali ad esempio l'istruttoria pubblica per la*

⁹ Luigi Oliveri, *Principio di rotazione negli appalti: un paradosso giuridico*, La Gazzetta degli Enti Locali; Massimiliano Alesio, “Il ‘peccato originale’ del gestore uscente alla luce del principio di rotazione: analisi degli attuali orientamenti?”, Diritto & Giustizia.

¹⁰ Al riguardo l'ANAC, nella determinazione n. 1097 del 26 ottobre 2016 ha condivisibilmente affermato che: *«Il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione»* (punto 3.3.2).

coprogettazione, prevista dal D.P.C.M. 30 marzo 2011, relativo ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona (art. 7), e da alcune leggi regionali sulla cooperazione sociale» ⁽¹¹⁾. Il che costituisce, secondo la dottrina ⁽¹²⁾, «una forma, sia pure implicita, di coordinamento tra normativa in materia di appalti e quella di settore», e comunque «apre la strada a variegate possibilità di “dialogo” e collaborazione tra amministrazioni pubbliche e c.d. Terzo Settore».

9. L'obbligo del ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Come evidenziato dalla dottrina ⁽¹³⁾, stante il silenzio sul punto da parte degli artt. 140 e 142, «tanto nei settori ordinari quanto in quelli speciali, le amministrazioni potranno selezionare gli operatori cui affidare gli appalti di servizi sociali in conformità a uno dei sistemi di scelta del contraente previsti dal Codice (gara aperta, gara ristretta, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, dialogo competitivo)».

Diverse considerazioni valgono invece per il criterio di aggiudicazione. Difatti, tenuto conto della previsione dall'art. 76 della Dir. 2014/24/UE (secondo il quale, “*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?*”), in attuazione del criterio posto dal Legislatore delegante (art. 1, comma 1, lett. gg), della legge n. 11/2016), l'art. 95, comma 3, lett. a), dispone 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” ⁽¹⁴⁾.

La scelta del legislatore nazionale si pone su una linea di continuità con la disciplina posta dagli articoli 4 e 6 del D.P.C.M. 30 marzo 2001. In particolare l'art. 4 - dopo aver previsto, al comma 1, che “*I comuni, ai fini della preselezione dei soggetti presso cui acquistare o ai quali affidare l'erogazione di servizi di cui ai successivi articoli 5 e 6, fermo restando quanto stabilito dall'art. 11 della legge n. 328 del 2000, valutano i seguenti elementi: a) la formazione, la qualificazione e l'esperienza professionale degli operatori coinvolti; b) l'esperienza maturata nei settori e nei servizi di riferimento*” - dispone 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*”. Inoltre il successivo art. 6, comma 2, dispone che “*I comuni, nell'affidamento per la gestione dei servizi, utilizzano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenuto conto anche di quanto previsto all'art. 4*”.

¹¹ L'art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001, rubricato “*Istruttorie pubbliche per la coprogettazione con i soggetti del terzo settore*”, dispone che: “*Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno*”.

¹² Luca Mazzeo, *op. cit.*, 1008.

¹³ Luca Mazzeo, *op. cit.*, 1008.

¹⁴ L'art. 95, comma 3, lett. a), dispone che “*Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: ... i contratti relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, comma 1*” (ossia i contratti nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto).

10. Il silenzio del codice sui sistemi di scelta del contraente: il problema del coordinamento con la normativa speciale sul c.d. terzo settore.

Si è già posto in rilievo che le maggiori difficoltà interpretative poste dalla nuova disciplina in materia di appalti di servizi sociali derivano dall'assenza di norme di coordinamento tra la disciplina comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici e le normative tuttora vigenti per il terzo settore.

Al riguardo giova innanzi tutto ribadire che l'ANAC con la delibera n. 911 del 2016 ha precisato che «i principi affermati dall'Autorità nella delibera 32/2016, recante 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. 163/2006».

Ciò premesso, si può ritenere che la nuova disciplina in materia di appalti di servizi sociali non abbia inciso sulla modalità di erogazione dei servizi mediante autorizzazione o accreditamento, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 328/2000. Difatti l'ultimo periodo del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE precisa che «Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione».

Diverse considerazioni valgono per istituti quali: A) la "riserva" in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione, mediante convenzione, di servizi alla persona, prevista dall'art. 3 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 ⁽¹⁵⁾ in deroga ai principi dell'evidenza pubblica, in considerazione del fine di attuare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità diffusa del servizio, garanzia del mantenimento dei livelli essenziali ed equilibrio economico; B) la possibilità delle Amministrazioni, prevista dall'art. 5 del richiamato D.P.C.M. 30 marzo 2001, di acquistare all'esterno, ossia senza delegarne la gestione, servizi e interventi organizzati dai soggetti del Terzo Settore, autorizzati o accreditati ai sensi dell'art. 11 della Legge n. 328/2000, iscritti nell'apposito elenco; C) la possibilità di stipulare, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 381/1981, "previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza", apposite "convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1" ⁽¹⁶⁾.

¹⁵ L'art. 3 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 dispone che: "Le regioni e i comuni valorizzano l'apporto del volontariato nel sistema di interventi e servizi come espressione organizzata di solidarietà sociale, di autoaiuto e reciprocità nonché con riferimento ai servizi e alle prestazioni, anche di carattere promozionale, complementari a servizi che richiedono una organizzazione complessa ed altre attività compatibili, ai sensi della legge 11 agosto 1991, n. 266, con la natura e le finalità del volontariato. Gli enti pubblici stabiliscono forme di collaborazione con le organizzazioni di volontariato avvalendosi dello strumento della convenzione di cui alla legge n. 266/1991".

¹⁶ Giova rammentare che, secondo l'art. 1 della legge n. 381/1981 "Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate".

Quanto alle convenzioni di cui all'art. 5 della legge n. 381/1981, appare condivisibile la tesi della dottrina ⁽¹⁷⁾ secondo la quale il decreto legislativo n. 50/2016 non ha abrogato tale disposizione, in quanto la stessa reca principi coerenti con quelli enunciati dall'art. 30 e dall'art. 36, comma 2, lett. b), del medesimo decreto legislativo, fermo restando che le soglie da prendere a riferimento sono divenute quelle dell'art. 35. Del resto, come si avrà modo di evidenziare, l'art. 112, comma 1, dello stesso decreto legislativo n. 50/2016, nel disciplinare gli appalti e concessioni riservati “*ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate*”, fa espressamente salve “*le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali*”.

Più complessa appare invece la questione dei rapporti tra la suddetta “riserva” in favore delle organizzazioni di volontariato con: A) la nuova riserva di cui all'art. 143 del decreto legislativo n. 50/2016 in favore dei c.d. organismi no profit; B) la disciplina di favore relativa alle c.d. cooperative sociali di tipo b. Pertanto a tali questioni sarà dedicato uno dei prossimi paragrafi.

11. Il silenzio del legislatore sulle concessioni di servizi sociali.

In relazione alle concessioni di servizi sociali, il decreto legislativo n. 50/2016 non reca alcuna previsione. Tuttavia, in conformità a quanto previsto dall'art. 19 dalla Dir. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (servizi sociali e altri servizi specifici), deve ritenersi che le concessioni per i servizi sociali siano quanto meno soggette agli obblighi previsti dall'art. 31, paragrafo 3, e dagli artt. 32, 46 e 47 della stessa Direttiva, in relazione all'obbligo di rendere nota l'intenzione di aggiudicare la concessione mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione e agli avvisi di aggiudicazione ⁽¹⁸⁾.

12. La valutazione dell'anomalia dell'offerta: le indicazioni della giurisprudenza.

Particolare rilievo in materia di affidamento di appalti relativi ai servizi sociali appare la recente sentenza del T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 6 ottobre 2016, n. 4619, resa con riferimento ad un caso di partecipazione di una cooperativa alla procedura per l'affidamento, per un anno, della progettazione di attività di accoglienza e di sostegno per la prevenzione della devianze minorili presso gli uffici di servizio sociale di Napoli e Salerno mediante la procedura prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006 con il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso solo sui costi variabili.

In particolare in tale pronuncia è stato affermato che la previsione di un utile molto modesto o addirittura pari a zero - che costituisce indice di anomalia dell'offerta - deve essere analizzata considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché l'affidamento del servizio può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico, tanto più nel caso in cui l'oggetto della gara concerna servizi sociali e i concorrenti non siano imprese, bensì soggetti del terzo settore.

Secondo il Tribunale campano, il principio del c.d. utile necessario trova condivisibile fondamento, in assenza di una base normativa espressa, nel carattere innaturale e, quindi, intrinsecamente inaffidabile di un'offerta in pareggio che contraddica lo scopo di lucro, e più in

¹⁷ Luca Mazzeo, *op. cit.*, 1007.

¹⁸ L'art. 19 della direttiva, Dir. 2014/23/UE, rubricato “*Servizi sociali e altri servizi specifici*”, dispone che “*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'articolo 31, paragrafo 3, e dagli articoli 32, 46 e 47*”.

generale, dei soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica. Tuttavia, detta finalità - che è alla base del principio e ne definisce di conseguenza i confini applicativi - non è estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, per i quali l'obbligatoria indicazione di un utile di impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di una artificiosa componente di onerosità della proposta. Ne deriva che, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta senza utile presentata da un soggetto che tale utile non persegue non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio *stricto sensu* economico. In tal caso, la previsione dell'indefettibilità dell'utile, oltre che distonica rispetto alla vocazione di tali soggetti, lederebbe ingiustificatamente anche l'interesse pubblico a usufruire delle offerte più vantaggiose conseguibili in un mercato contendibile da attori con diverse caratteristiche.

13. La delibera ANAC n. 911 del 31 agosto 2016: il tema dell'applicabilità della disciplina in tema di obblighi di aggregazione e centralizzazione delle committenze (art. 37 del codice) al settore degli affidamenti di servizi sociali.

Come ricordato dall'ANAC nella Delibera n. 32 del 2016, il sistema di programmazione dei servizi sociali delineato dalla legge n. 328/2000 già prevedeva un obbligo di aggregazione della domanda, individuando l'unità minima di riferimento nell'ambito territoriale, anziché nel singolo Comune. In particolare gli ambiti sono individuati ai sensi dell'art. 8, comma 3, lett. a), della legge n. 328/2000, che tra le funzioni attribuite alle regioni prevede la “*determinazione, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, tramite le forme di concertazione con gli enti locali interessati, degli ambiti territoriali, delle modalità e degli strumenti per la gestione unitaria del sistema locale dei servizi sociali a rete*”, precisando che “*nella determinazione degli ambiti territoriali, le regioni prevedono incentivi a favore dell'esercizio associato delle funzioni sociali in ambiti territoriali di norma coincidenti con i distretti sanitari già operanti per le prestazioni sanitarie, destinando allo scopo una quota delle complessive risorse regionali destinate agli interventi previsti dalla presente legge*”.

Stante l'applicabilità delle disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58 del decreto legislativo n. 50/2016 agli appalti di servizi sociali, si è posto il problema di stabilire l'incidenza della previsione generale dell'art. 37 in materia di aggregazioni e centralizzazione delle committenze ⁽¹⁹⁾ sulla predetta

¹⁹ Per quanto interessa in questa sede, l'art. 37 del decreto legislativo n. 50/2016, dispone come segue: “1. *Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza. Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell'articolo 38. 2. Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente. In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti operano ai sensi del comma 3 o procedono mediante lo svolgimento di procedura ordinaria ai sensi del presente codice. 3. Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. 4. Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorzandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. 5. Con*

disciplina speciale della legge n. 328/2000. In particolare è stato chiesto all'ANAC di precisare se un Ambito territoriale costituito ai sensi della l. 328/2000, possa ritenersi una centrale unica di committenza o un soggetto aggregatore qualificato ai sensi dell'art. 37, comma 4, lett. a), d.lgs. 50/2016 ovvero se lo stesso per l'acquisto di lavori, beni o servizi, debba ricorrere ad una delle centrali di committenza, a cui hanno già aderito i diversi comuni facenti parte dell'Ambito stesso.

Al riguardo l'ANAC con la delibera n. 911 del 31 agosto 2016, facendo applicazione del principio di specialità, ha precisato che «*gli obblighi di centralizzazione possono essere assolti mediante le aggregazioni di cui alla l. 328/2000*» e che «*ai sensi dell'art. 37, comma 5, d.lgs. 50/2016, fino all'adozione del Dpcm ivi previsto, le stazioni appaltanti iscritte all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA), tenuta da ANAC, possono operare come centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia*».

14. Il comunicato ANAC del 14 settembre 2016: il tema dei requisiti dei partecipanti e dei criteri di aggiudicazione e la suddivisione dell'appalto in lotti.

Particolare rilievo assume, al fine di consentire la concorrenza per il mercato dei servizi sociali, il tema della corretta individuazione da parte delle stazioni appaltanti: A) dei requisiti di partecipazione, che potrebbero funzionare da barriere all'ingresso se troppo stringenti; B) dei criteri di valutazione, che potrebbero premiare eccessivamente determinate caratteristiche possedute solo da taluni concorrenti.

Il tema è stato diffusamente affrontato dall'ANAC nella delibera n. 32 del 2016, ove è stato posto in rilievo (a pag. 17) quanto segue: «*le stazioni appaltanti devono porre particolare attenzione nell'individuazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di valutazione dell'offerta, al fine di evitare l'adozione di scelte che potrebbero avere effetti distortivi della concorrenza. In particolare, le amministrazioni devono adottare particolari cautele nel richiedere, quale requisito di partecipazione o di prevedere, come elemento di valutazione dell'offerta, lo svolgimento di servizi analoghi sul territorio di riferimento o l'aver già attivato e sperimentato forme di collaborazione con la medesima amministrazione o con altri soggetti pubblici o privati operanti sul territorio medesimo*».

Sul punto, si evidenzia che la giurisprudenza, comunitaria e nazionale, e gli orientamenti dell'Autorità hanno costantemente rilevato l'illegittimità delle limitazioni territoriali nelle procedure di aggiudicazione, anche in caso di affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, perché in contrasto con il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione e con la normativa comunitaria in materia di appalti di servizi, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori. In particolare, il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010 «Bandi di gara e limitazioni di carattere territoriale», ha chiarito che le clausole volte a favorire l'affidamento di soggetti radicati nel territorio, anche nel caso in cui le stesse trovino conferma in disposizioni normative regionali «devono ritenersi non conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e delle cose, costituendo, peraltro, una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro». Peraltro, nel citato Comunicato è anche indicato che il divieto trova un limite connesso «alle reali esigenze di esecuzione del contratto». Pertanto, l'amministrazione può richiedere la dimostrazione della conoscenza del territorio di riferimento, ottenuta anche grazie allo svolgimento di servizi analoghi sullo stesso, ai fini della partecipazione alla procedura di selezione o dell'attribuzione di un punteggio ulteriore, soltanto nei casi in cui ciò si giustifichi in relazione a particolari esigenze di esecuzione della prestazione.

decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche, sono individuati gli ambiti territoriali di riferimento in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, e stabiliti i criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia. In caso di concessione di servizi pubblici locali di interesse economico generale di rete, l'ambito di competenza della centrale di committenza coincide con l'ambito territoriale di riferimento (ATO), individuato ai sensi della normativa di settore. Sono fatte salve in ogni caso le attribuzioni degli enti di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al primo periodo si applica l'articolo 216, comma 10^o.

Inoltre, si evidenzia che, nel caso in cui l'erogazione del servizio richieda un lavoro di rete, ovvero il coinvolgimento di altri soggetti pubblici e privati operanti sul territorio, l'amministrazione deve evitare, laddove possibile, di richiedere ai fini della partecipazione o della valutazione dell'offerta di aver già attivato convenzioni con tali soggetti, prevedendo, invece, tale requisito ai soli fini dell'esecuzione. In particolare, l'amministrazione potrebbe richiedere al soggetto affidatario di attivare, prima della sottoscrizione del contratto, protocolli, accordi, patti, intese, convenzioni o impegni con altri enti pubblici o privati presenti nel territorio. Al fine di evitare il ritardo nella sottoscrizione del contratto, la stazione appaltante potrebbe acquisire preventivamente l'impegno degli enti interessati in ordine alla conclusione degli accordi di collaborazione con il futuro affidatario del servizio».

Il tema è stato ulteriormente sviluppato dall'ANAC nel già ricordato comunicato del 14 settembre 2016, a seguito di segnalazioni da parte di operatori del terzo settore in merito a criticità riscontrate negli affidamenti di servizi di assistenza domiciliare. In particolare in tale comunicato è stato evidenziato che «*le stazioni appaltanti affidano frequentemente, con unica gara, servizi assistenziali diversi, sia per tipologia di attività che per destinatari degli interventi, richiedendo l'esecuzione di prestazioni complesse. Tale scelta operativa comporta l'introduzione di barriere all'accesso e determina forti restrizioni della concorrenza, precludendo la partecipazione alle procedure di affidamento degli operatori che, pur difettando delle capacità richieste per svolgere l'intera prestazione prevista dal bando di gara, avrebbero i requisiti necessari a eseguire almeno uno dei servizi richiesti.*

Come già evidenziato dall'Autorità con la determinazione n. 32/2016 recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", l'esigenza di soddisfare bisogni complessi dell'utenza non giustifica la scelta di affidare l'intero servizio a un unico operatore. Il rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione impone, infatti, l'adozione di accorgimenti che consentano, in ogni caso, la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. Ciò anche nei casi in cui sia previsto lo svolgimento contestuale di una molteplicità di prestazioni (es. accoglienza dei richiedenti protezione internazionale), oppure la medesima prestazione debba essere eseguita con modalità differenziate per adeguarla ai bisogni di diverse tipologie di utenti finali (es. assistenza domiciliare rivolta ad anziani, disabili, malati terminali).

Sulla base di tali considerazioni, per consentire il superamento delle criticità emerse nell'affidamento di servizi sociali complessi, si ribadisce la necessità che le stazioni appaltanti provvedano alla suddivisione dell'appalto in lotti funzionali o prestazionali, rammentando l'obbligo statuito in tal senso dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016. Inoltre, si richiama l'attenzione sull'efficacia, ai fini dell'apertura alla concorrenza, di ulteriori strumenti, utili ad agevolare la partecipazione degli operatori alle procedure di affidamento, quali l'avalimento dei requisiti di partecipazione, il ricorso al subappalto e la partecipazione in forma raggruppata».

15. Gli appalti riservati: A) di cui all'art. 112 (cooperative sociali); B) di cui all'art. 143 (c.d. organismi no profit).

Il tema degli appalti riservati a determinate categorie di operatori economici del c.d. terzo settore è affrontato dal decreto legislativo n. 50/2016 nelle disposizioni dell'art. 112 e dell'art. 143, la prima delle quali riguarda le cooperative sociali, ma non si riferisce ad una specifica categoria di contratti pubblici, mentre la seconda riguarda i c.d. organismi no profit e si riferisce tassativamente ai contratti relativi ai servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato XIV espressamente indicati nel primo comma dello stesso art. 143.

Innanzitutto la già ricordata disposizione dell'art. 112 (rubricato "Appalti e concessioni riservati") prevede (al comma 1) che: "Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati", precisando (al comma 1) che: "Ai sensi del presente articolo si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le persone svantaggiate, quelle previste dall'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, gli ex degenti di ospedali

psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni». In tal caso il bando di gara o l'avviso di preinformazione devono espressamente atto che si tratta di un appalto o di una concessione riservata (comma 3).

Passando alla riserva di cui all'art. 143, giova preliminarmente ribadire che, al fine di valorizzare l'apporto delle organizzazioni di volontariato nel sistema di interventi e servizi sociali, l'art. 3 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 ha previsto una riserva in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione di servizi alla persona, 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). A tal riguardo l'ANAC nella delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 ha posto in rilievo 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 economica e adeguatezza».

Lo strumento individuato dalla l. 266 dell'11 agosto 1991 (legge quadro sul volontariato) per attuare la collaborazione tra gli enti pubblici e le organizzazioni di volontariato è la convenzione, che rappresenta lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'organizzazione i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta l'operato dell'organizzazione con riferimento all'attività affidata.

Le convenzioni possono essere stipulate solo con organizzazioni di volontariato selezionate tra soggetti moralmente affidabili che siano in possesso dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 3 della l. 266 dell'11 agosto 1991 (assenza di fini di lucro, elettività e gratuità delle cariche associative, gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, obbligo di formazione del bilancio) e di adeguata attitudine e capacità tecnica e professionale.

Le prestazioni erogate dalle organizzazioni di volontariato nell'ambito di convenzioni devono essere a titolo gratuito. I rimborsi possono avere ad oggetto i soli costi fatturati e rendicontati, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili. Il rimborso dei costi indiretti è consentito limitatamente alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto di affidamento» (20).

L'art. 143 del decreto legislativo n. 50/2016, nel recepire l'art. 77 della direttiva 2014/24/UE (disposizione a recepimento non necessario), introduce una disposizione parzialmente innovativa, che

²⁰ L'art. 2 della legge n. 266/1991, rubricato "Attività di volontariato", dispone che "1. Ai fini della presente legge per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà. 2. L'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse. 3. La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte". Il successivo art. 3, rubricato "Organizzazioni di volontariato", dispone che "1. È considerato organizzazione di volontariato ogni organismo liberamente costituito al fine di svolgere l'attività di cui all'articolo 2, che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti. 2. Le organizzazioni di volontariato possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata al perseguimento dei loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico. 3. Negli accordi degli aderenti, nell'atto costitutivo o nello statuto, oltre a quanto disposto dal codice civile per le diverse forme giuridiche che l'organizzazione assume, devono essere espressamente previsti l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, i criteri di ammissione e di esclusione di questi ultimi, i loro obblighi e diritti. Devono essere altresì stabiliti l'obbligo di formazione del bilancio, dal quale devono risultare i beni, i contributi o i lasciti ricevuti, nonché le modalità di approvazione dello stesso da parte dell'assemblea degli aderenti. 4. Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l'attività da esse svolta. 5. Le organizzazioni svolgono le attività di volontariato mediante strutture proprie o, nelle forme e nei modi previsti dalla legge, nell'ambito di strutture pubbliche o con queste convenzionate".

affianca la suddetta “riserva” prevista dall’art. 3 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 in favore delle organizzazioni di volontariato per l’erogazione, mediante convenzione, di servizi alla persona.

In particolare il primo comma dell’art. 143 dispone che “*Le stazioni appaltanti possono riservare alle organizzazioni di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l’aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all’allegato XIV, identificati con i codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8*”. Il successivo comma 2 dispone che “*Gli affidamenti di cui al comma 1 devono soddisfare tutte le seguenti condizioni: 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 redistribuiti, 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*”. In tal caso il terzo comma dello stesso art. 143 impone che la durata massima del contratto non superi i tre anni ⁽²¹⁾.

In sostanza l’art. 143, come ben evidenziato da uno dei primi commentatori ⁽²²⁾, «*riproduce fin troppo fedelmente il testo della direttiva, rinunciando alle indispensabili specificazioni definitorie in relazione alle categorie di operatori economici del no profit*». In particolare il legislatore nazionale si è limitato a far riferimento alle “*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*”, senza richiamare i modelli organizzativi previsti dalla legislazione sul Terzo Settore.

In ogni caso, secondo altri ⁽²³⁾, la disposizione in esame consente di superare la controversa questione inerente la legittimità di procedure selettive a concorrenza limitata. Peraltro sulla questione sono intervenuti anche la Corte di Giustizia nel 2014, giudicando legittimo l’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario d’urgenza in favore di associazioni di volontariato ⁽²⁴⁾, nonché lo stesso

²¹ Il legislatore non ha tenuto conto delle criticità evidenziate nel documento ITACA di analisi della direttiva 2014/24/UE, ove si legge che: «*La norma prevede infatti che la durata massima del contratto non possa superare i tre anni. Prevede altresì che non possa risultare aggiudicataria un’organizzazione che abbia, negli ultimi tre anni, ricevuto un appalto in modo riservato. Ebbene si ritiene che tale norma possa avere, in positivo, una valenza pro concorrenziale. Senonchè, come è noto, i servizi alla persona sono molto spesso, a torto o a ragione, gestiti dalle stesse cooperative che, operando sul territorio, hanno progettato i servizi che, di volta in volta, gestiscono in maniera quasi istituzionalizzata. L’utente del resto, di norma, non ama la ‘rotazione’ (si pensi a delicati servizi rivolti ai disabili e, all’infanzia), ma la continuità. Il rischio insomma è che, per le nostre realtà regionali, la riserva, se utilizzata in modo acritico, potrebbe addirittura creare effetti maldesiderati*».

²² Savio Picone, op. cit., 801.

²³ Luca Mazzeo, op. cit., 1011.

²⁴ Corte giustizia UE, Sez. V, 11 dicembre 2014, n. 113, secondo la quale «*Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere 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*». In particolare la Corte ha evidenziato in motivazione che «*il diritto dell’Unione non incide sulla competenza di cui dispongono gli Stati membri per configurare i loro sistemi di sanità pubblica e previdenziali*» e che «*uno Stato membro può, nell’ambito della competenza ad esso spettante per organizzare il suo sistema previdenziale, considerare che un sistema socio-assistenziale per le persone anziane, il cui stato renda*

legislatore comunitario con il Considerando 28 della direttiva 2014/24/UE, escludendo dall'ambito applicativo della direttiva stessa i soli servizi di emergenza nell'ipotesi in cui vengano ad essere erogati da enti senza scopo di lucro ⁽²⁵⁾, sicché per i servizi non d'urgenza dovrebbero trovare applicazione le disposizioni degli articoli 142 e 143 del decreto legislativo n. 50/2016. Tuttavia la stessa Corte di Giustizia con una più recente pronuncia ⁽²⁶⁾ ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto, in favore di associazioni di volontariato, del servizio di trasporto di soggetti dializzati verso strutture sanitarie.

Di tali regole già si registrano le prime applicazioni da parte del Giudice amministrativo. In particolare il T.A.R. Umbria Perugia (sez. I, 19 settembre 2016, n. 619) ha ritenuto illegittima l'esclusione di una cooperativa sociale dalla procedura di appalto avente ad oggetto il servizio di trasporto sanitario, riservato ai soli soggetti no profit, alle associazioni di volontariato e alla Croce Rossa Italiana.

Invece la terza Sezione del Consiglio di Stato con due distinte pronunce (10 agosto 2016, n. 3615; 21 novembre 2016, n. 4902) ha affermato che: A) 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*» in quanto «*obbedisce alle medesime esigenze di tutela equilibrata e proporzionata della salute della collettività, della solidarietà sociale e dell'efficienza di bilancio*», sicché anche per il trasporto sanitario ordinario si giustifica la deroga al regime ordinario di affidamento degli appalti pubblici, la cui *ratio* dev'essere individuata nella «*finalizzazione del modulo organizzativo in esame al perseguimento, in via contestuale ed equilibrata, degli obiettivi di solidarietà sociale e di disciplina di bilancio (che resta, ovviamente, ravvisabile anche con riguardo ai*

indispensabili prestazioni sanitarie, implichi necessariamente, per raggiungere i suoi obiettivi, nella fattispecie il rispetto delle finalità esclusivamente sociali di tale sistema, che l'ammissione di operatori privati a tale sistema in quanto prestatori di servizi d'assistenza sociale venga subordinata alla condizione che essi non perseguano fini di lucro». Di conseguenza, secondo la Corte, «*uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario d'urgenza e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio*».

²⁵ Il Considerando 28 recita come segue: «*La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi 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. 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».*

²⁶ Corte giustizia UE, Sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50, secondo la quale «*1) Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. 2) Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni. 3) Qualora uno Stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta 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 al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime».*

servizi di trasporto ordinario)» (27); B) non è possibile invocare una piena equiparazione tra cooperative e associazioni di volontariato in quanto, «anche se le cooperative sociali hanno come scopo la promozione umana e l'integrazione sociale dei cittadini senza scopo di lucro, tuttavia la legge sulle cooperative sociali si basa sulla cooperazione, e quindi su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa stessa, mentre l'organizzazione di volontariato non persegue, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati».

Le considerazioni che precedono confermano che in sede di recepimento della direttiva 2014/24/UE il legislatore ha perso l'occasione di far luce sui rapporti con la legislazione speciale relativa al Terzo Settore.

16. I servizi di ristorazione di cui all'art. 144: la difficoltà di inquadramento *tout court* nell'ambito dei servizi sociali.

L'art. 144 del decreto legislativo n. 50/2016 disciplina l'affidamento del servizio di ristorazione, anch'esso incluso nel Capo II del Titolo IV, relativo agli appalti nei servizi sociali dei settori ordinari, e qualificato come "servizio specifico", secondo quanto stabilito dall'allegato IX del medesimo decreto legislativo (allegato XIV della direttiva 2014/24/UE. Di conseguenza anche a tale servizio sono applicabili le norme comunitarie, ovviamente per i contratti di importo pari o superiori a euro 750.000, per i settori ordinari e ad euro 1.000.000 per i settori speciali.

In particolare l'art. 144, comma 1, dispone che *"I servizi di ristorazione indicati nell'allegato IX sono aggiudicati secondo quanto disposto dall'articolo 95, comma 3. La valutazione dell'offerta tecnica tiene conto, in particolare, degli aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'articolo 34 del presente codice e della qualità della formazione degli operatori. Sono fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 5-quater del decreto legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128 nonché di cui all'articolo 6, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n. 141"*.

²⁷ La maggior estensione del principio affermato dalla Corte di Giustizia con la sentenza 28 gennaio 2016, n. 50 (rispetto al principio affermato in precedenza con la sentenza 11 dicembre 2014, n. 113), è stata ben evidenziata dal Consiglio di Stato nella richiamata sentenza 10 agosto 2016, n. 3615, precisando quanto segue: *«la Corte di Giustizia ha, in effetti, espressamente consentito di derogare al generale principio della pubblica gara estesa a tutti gli operatori economici, in favore delle Associazioni no profit, solo per i servizi di ambulanza e di trasporto sanitario d'urgenza; tuttavia non ha espressamente escluso dalla deroga i servizi di trasporto sanitario in genere, che restano comunque connessi alle ragioni di necessità ed urgenza tipiche del settore, dovendo essere i servizi di trasporto, ordinari e non, fungibili ove necessario a far fronte alle emergenze, e dovendo rispondere anche i servizi ordinari ai criteri di urgenza necessari per la tutela della salute umana, così come è ben evidenziato dalla avvenuta espressa inclusione, fra i servizi non di emergenza/urgenza, del trasporto di organi espantati per trapianti, pur essendo anche tale trasporto caratterizzato da intuibili profili di imprevedibilità e di somma urgenza nell'esecuzione. La contestata estensione della previsione in deroga non appare quindi irragionevole o non proporzionata, alla stregua delle indicazioni della Corte di Giustizia (sez. V, 28/01/2016, n. 50) secondo cui per il trasporto sanitario 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».*

Ben più ristretto è l'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 144, secondo il quale *“Con decreti del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, sono definite e aggiornate le linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Fino all'adozione di dette linee di indirizzo, si applica l'articolo 216, comma 18”*.

Coglie allora nel segno chi ritiene ⁽²⁸⁾ non appropriato considerare *tout court* l'attività di ristorazione come “servizio sociale”, mentre sarebbe stato preferibile considerare tale solo la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, disciplinata dal secondo comma dell'art. 144.

17. Conclusioni sulla legge n. 106 del 6 giugno 2016: la delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale; un'altra occasione perduta per il riordino della materia?

Da ultimo non può farsi a meno di accennare in questa sede alla legge 6 giugno 2016, n. 106, recante la delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale. Difatti l'art. 1, comma 1, di tale legge dispone che: *“Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad 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 crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riforma del Terzo settore”*, precisando (per quanto interessa in questa sede che *“Per Terzo settore si intende il 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”*). Difatti proprio l'attuazione di tale delega potrebbe essere l'occasione propizia per operare un riordino complessivo della legislazione speciale in materia di affidamento di servizi sociali a enti del Terzo Settore e alle cooperative sociali, alla luce della disciplina posta dal decreto legislativo n. 50/2016.

In tal senso sembrerebbe deporre la disposizione dell'art. 1, comma 2, lett. b), che include tra i principi e ai criteri direttivi generali della delega anche il *“riordino e alla revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore di cui al comma 1, compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito codice del Terzo settore, secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni”*.

Purtuttavia non può farsi a meno di rilevare che il successivo art. 4 - nel disporre che *“con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), si provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore mediante la redazione di un codice per la raccolta e il coordinamento delle relative disposizioni, con l'indicazione espressa delle norme abrogate a seguito della loro entrata in vigore”* - con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici si limita a prevedere, tra i principi e criteri di delega, soltanto che vengano garantite *“condizioni economiche non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro adottati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative”*. Ne consegue che un'interpretazione restrittiva dell'ambito della delega legislativa potrebbe comportare che si perda un'altra occasione per il riordino della materia.

Carlo Polidori

²⁸ Luca Mazzeo, *op. cit.*, 1011.