

Servizi sociali e principio concorrenziale

di

Stefania Cavaliere*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I servizi sociali e diritto U.E. della concorrenza. – 3. Una regolamentazione ad «incastro». – 4. Contratti pubblici e affido dei servizi sociali. – 5. Le “indicazioni” del Consiglio di Stato rivolte all’ANAC.

1. Premessa.

Il Consiglio di Stato in adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018 ha espresso un parere in risposta all’apposita istanza proveniente dall’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) in ordine alla normativa applicabile circa gli affidamenti di servizi sociali con l’intento di dirimere i dubbi interpretativi sorti a causa di una supposta disarmonia tra il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) ed il Codice del terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017, recentemente integrato e corretto dal d.lgs. n. 105 del 2018).

L’ANAC ha ritenuto opportuno acquisire il parere dei Giudici di palazzo Spada in conseguenza delle posizioni divergenti manifestate dai vari *stakeholder* e dall’orientamento del Ministero del lavoro, incline a escludere ampi settori di attività affidati agli organismi del Terzo settore dall’applicazione del Codice dei contratti pubblici anche a causa della difficoltà di trovare una soluzione univoca dovuta alla

* Dottore di ricerca in diritto pubblico e cultura dell’economia; assegnista di ricerca in Diritto dell’economia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

mancanza di coordinamento tra la disciplina contenuta nel Codice del Terzo settore e quella contenuta nel Codice dei contratti pubblici¹.

L'Autorità, d'altra parte, ha ritenuto necessario assicurarsi un'interpretazione dirimente in conseguenza della « delicatezza della materia che, per alcune tipologie di attività, sottende rilevanti interessi economici», con l'intento di procedere ad un «intervento chiarificatore» sull'oggetto in sede di aggiornamento della sua delibera del 20 gennaio 2016, n. 32 recante «Linee guida per l'affidamento di servizi ad enti del terzo settore ed alle cooperative sociali» ed anche per meglio precisare la normativa relativa ai servizi per l'immigrazione in fase di predisposizione nel più ampio contesto del Piano Nazionale Anticorruzione².

L'affare consultivo, in vero, è stato senz'altro ritenuto complesso e rilevante anche dal Consiglio di Stato poiché il Presidente ha incaricato, al fine di redigere tale parere, la Commissione speciale e ciò, come si sa, si verifica, di solito, quando lo studio di una questione è maggiormente articolata e di non agile interpretazione³.

Non si può negare che la disciplina oggetto del chiarimento sia alquanto complessa (e da chiarire indipendentemente dall'emanazione delle nuove Linee guida⁴) perché riguarda tipologie di attività che si potrebbero definire *borderline*, alle quali è possibile attribuire, a seconda del caso concreto, sia un interesse economico, sia, all'opposto, uno non economico. I servizi sociali, infatti, possono presentare elementi tali da poter essere

¹ Sulle cui funzioni, v. G. Napolitano, *È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, in *Corr. sera*, 28 aprile 2017, p. 24.

² Non può sottacersi che il d.l. n. 32 del 2019, c. d. "sblocca cantieri", convertito in legge n. 55 del 2019, ha dato un nuovo assetto alle Linee guida dell'ANAC. Il recente decreto prevede l'emanazione di un regolamento unico, con nuove disposizioni attuative ed esecutive del Codice dei contratti pubblici. Nell'attesa di tale regolamento, le Linee guida restano in vigore senza che di fatto l'ANAC possa aggiornarle. Il c. 27-*octies* dell'art. 216 autorizza, infatti, l'ANAC e il Ministero delle infrastrutture a modificare i provvedimenti di loro competenza destinati a esser sostituiti dal regolamento ai soli fini dell'archiviazione delle procedure di infrazione.

³ *Ex multis*, F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2003, p. 458 ss.; S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011; L. Torchia, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 3/2016, p. 285 ss.; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 259 ss.

⁴ Il decreto "sblocca cantieri" nulla dispone circa il potere dell'ANAC di predisporre Linee guida non vincolanti allo scopo di garantire «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» (art. 213, c. 2, Codice dei contratti pubblici).

qualificati rilevanti economicamente e, in tale situazione la loro regolamentazione deve tenere conto delle disposizioni previste dal vigente Codice dei contratti pubblici, il quale detta le procedure di affidamento di appalti, in linea con quanto previsto dalle direttive dell'Unione europea. L'erogazione dei servizi alla persona, per di più, viene regolata anche mediante specifiche norme rinvenibili nel Codice del terzo settore disciplinante il ruolo degli enti *no profit*. Tra le varie prescrizioni, infatti, tale Codice riporta al Titolo VIII, disposizioni sulle modalità di affidamento di servizi sociali da parte di Pubbliche Amministrazioni agli enti del terzo settore. Tale normativa, tuttavia, già ad una prima lettura, sembra denotare distonie con quelle contenute nel Codice dei contratti pubblici, rendendo evidente la necessità di chiarire e comporre le difficoltà interpretative presenti nei vari casi.

Così, al fine di inquadrare il percorso argomentativo seguito dai Giudici di Palazzo Spada per formulare il parere di cui sopra, appare opportuno ricostruire almeno in via generale il contenuto disciplinare delle diverse situazioni richiamate nella pronuncia *de qua*, rilevando i motivi e le criticità che hanno portato l'ANAC a formulare il quesito.

2. I servizi sociali e diritto U.E. della concorrenza.

I servizi sociali sono da intendere come *genus* nella più ampia *species* dei servizi pubblici. Questi ultimi, peraltro, non sono di facile definizione⁵ tanto che una parte della dottrina considera la nozione di servizio pubblico addirittura estinta⁶. Secondo la teoria tradizionale il servizio pubblico si può definire come il complesso delle prestazioni da garantire agli utenti per il soddisfacimento dei bisogni e delle esigenze della collettività, ovvero, come l'offerta da parte di una pubblica amministrazione di una "utilità" o di un "beneficio" atto a soddisfare un interesse dei cittadini, alle medesime condizioni nei confronti di tutti⁷. L'utilità o il beneficio possono consistere

⁵ M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 69 ss.

⁶ C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Napoli, 2005, p. 15 ss.

⁷ In passato, la nozione di servizio pubblico è stata caratterizzata prevalentemente da due concezioni, una soggettiva e l'altra oggettiva. La prima considerava servizio pubblico quello prestato da parte di un pubblico potere, la seconda, fondata per lo più su un'interpretazione congiunta degli artt. 41 e 43 Cost., indipendentemente dalla natura del soggetto erogatore (che può essere pubblico ma anche privato), riconosce il carattere di servizio pubblico in virtù del

nella produzione di beni, nella erogazione di una prestazione attiva o in una semplice “messa a disposizione” di infrastrutture o di beni da destinare all’uso collettivo. I servizi pubblici possono avere anche natura mista e consistere nel concedere infrastrutture e dotazioni materiali in combinazione con una prestazione attiva o avere un rilievo meramente ideale, etico, sociale o religioso. Tale nozione, comunque, non è da ritenere indiscussa anche perché attualmente, è stata, in un certo qual modo, superata dal diritto europeo, che ha scelto di non utilizzare l’espressione “servizio pubblico”⁸, preferendo impiegare una formulazione “neutra”⁹. Nell’ordinamento U.E.,

suo regime, dettato proprio per il soddisfacimento delle esigenze della collettività. I due criteri definitivi, soggettivo e oggettivo, sono stati, tuttavia, ritenuti (cfr. M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, p. 456) inadeguati se applicati rigidamente perché la definizione giuridica di servizio pubblico può emergere solo dal temperamento della teoria nominativa con quella sostanziale. Altri hanno rinunciato alla ricerca di una nozione giuridica del servizio pubblico, demandando alle scienze economiche il compito di delinearne i profili generali, dedicandosi invece allo studio dei regimi particolari del servizio pubblico; a tal proposito, per una ricostruzione delle varie concezioni, fra i tanti contributi, F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1969, p. 202 ss.; F. Merusi, *Voce servizio pubblico*, in *Nuov. Dig. It.*, 1970, XVII, p. 215 ss.; S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Ec. Pub.*, 1996, p. 5 ss. Occorre anche ricordare che il dibattito dottrinale, normativo e giurisprudenziale, tuttavia, si articola anche in senso verticale, su una pluralità di livelli (nazionale, sub-nazionale, comunitario e mondiale), che concorrono da diverse prospettive a delineare la nozione di servizio pubblico. Taluni autori, come G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, peraltro, hanno fatto anche notare che i nuovi spazi conquistati dal diritto privato e dalle regole di mercato avrebbero addirittura favorito la fuoriuscita della nozione di servizio pubblico dall’ordinamento giuridico. Senza alcuna pretesa di esaustività, v., M. Ferri, P. Baldazzi, *I servizi pubblici locali*, Santarcangelo di Romagna, 2000; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; G. E. Berlingiero, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003; G. Di Gaspare, *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, in *Ec. e dir. terz.*, 2005, p. 441 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, VI, p. 5517 ss.; P. Petroni, *Il servizio pubblico nell’esperienza giuridica italiana*, in *www.diritto.it*, dicembre 2006; R. Villata, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008; F. Merusi, *La regolazione dei servizi d’interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 3 ss.; G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; M. Dugato, *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, in *Munus*, 2012, p. 505 ss.; C. Buzzacchi (a cura di), *Il mercato dei servizi in Europa. Tra misure pro-competitive e vincoli interni*, Milano, 2014; F. Baccolini, *Prospettive della riorganizzazione dei servizi pubblici locali nelle recenti disposizioni di legge*, in *www.giustamm.it*, 2015, p. 8 ss.; F. Nicotra, *La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario*, in *www.diritto.it*, febbraio 2015; S. Amorosino, *I servizi pubblici: telenovela legislativa e sciarada per i giuristi*, in M. Passalaqua (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali: dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, p. 389 ss.

⁸ Come indicato nel *Libro Verde sui servizi d’interesse generale* della Commissione del 21 maggio 2003, il “servizio pubblico”, in alcuni casi, si riferisce a un servizio offerto alla collettività, in altri

quindi, si fa riferimento a servizi di interesse generale¹⁰, nell'ambito dei quali vi sono due categorie: i servizi di interesse economico generale¹¹ (la cui nozione, ora recepita in Italia attraverso il d.lgs. n. 175 del 2016¹², aveva un "contenuto omologo" a quella, di servizio pubblico locale di rilevanza economica¹³) ed ai servizi di interesse generale non economici¹⁴.

I primi sono servizi di natura economica che la pubblica autorità identifica essere di particolare importanza per i cittadini (criterio dell'interesse generale) e che, con ogni probabilità non sarebbero realizzati o, al più, sarebbero realizzati a condizioni diverse, se non ci fosse l'intervento pubblico. Essi assolvono ad una finalità d'interesse generale e sono soggetti ai principi della libera concorrenza. Il Protocollo 26 al Trattato di Lisbona riconosce la possibilità ad ogni Stato, relativamente ai servizi d'interesse economico generale, di prescrivere una diversa disciplina circa le differenti situazioni geografiche, sociali e culturali nonché in ordine alle specificità socio-culturali delle collettività di riferimento. Richiede, inoltre, un alto livello di qualità, sicurezza ed accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente.

a un servizio cui è attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico, in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo *status* dell'ente che presta il servizio. All'U.E., infatti, importa maggiormente regolare gli effetti economico-giuridici che le imprese collegate alla pubblica amministrazione possono provocare nel mercato interno e non fornire una definizione precisa di servizio pubblico. Sul punto, v. G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 27 ss.

⁹ F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 482.

¹⁰ I servizi di interesse generale sono servizi, prestati dietro retribuzione o meno, considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti ad obblighi di servizio pubblico. L'art. 14 TFUE considera tali servizi come "valori comuni" dell'Unione in riferimento al loro ruolo "di promozione della coesione sociale e territoriale", imponendo all'Unione e agli Stati membri di provvedere affinché questi servizi operino sulla base di principi e in condizioni che permettono di compiere la missione loro affidata.

¹¹ I servizi d'interesse economico generale sono una specie del genere servizi di interesse generale e hanno natura economica essendo forniti dietro retribuzione (art. 14 e 106 par. 2 TFUE).

¹² La nozione di servizi di interesse generale insieme a quella di servizi economici di interesse generale è attualmente contenuta nell' art. 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", rispettivamente lett. h) e i).

¹³ Corte cost., sentt., 27/07/2004, n. 272 e 3/11/2010, n. 325.

¹⁴ Su tale nozione, F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *www.federalismi.it*, 2017, il quale sostiene che la definizione dei servizi di carattere non economico scaturisce, non essendoci un specifica norma positiva, dalla nozione di servizio economico generale e dalle indicazioni della più recente giurisprudenza U.E. in materia di deroghe legislative nazionali all'applicazione della concorrenza per i servizi di interesse economico generale.

I secondi, invece, si riferiscono ad attività connesse all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri, non hanno natura economica e, per tale motivo, non sono soggetti alle norme U.E. in materia di concorrenza ed alla disciplina sugli aiuti di Stato¹⁵, così che i Paesi membri sono liberi di fornire, commissionare e organizzare questi ultimi secondo le proprie competenze.

I servizi sociali ricoprono una posizione peculiare all'interno del genere servizi di interesse generale. Relativamente ad essi la Commissione europea, in attuazione del programma di Lisbona, ha emesso nello specifico due comunicazioni che permettono di distinguere concettualmente i servizi sociali rispetto ai servizi di interesse economico generale imponendo una diversificazione ed un'autonoma regolazione dei primi rispetto agli altri. Si tratta della comunicazione su «I servizi sociali di interesse generale nell'Unione Europea» COM (2006) e della comunicazione su «I servizi di interesse generale compresi i servizi sociali di interesse generale, due punti un nuovo impegno europeo» COM (2007)¹⁶ che inquadrano i servizi sociali di interesse generale tra quelli che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, richiamando i principi di solidarietà e di accesso paritario e sottolineando come non sia escluso che anche i

¹⁵ Sugli aiuti di Stato, G. Luchena, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006; B. Lubrano, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino, 2008, p. 11 ss.; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 5 ss.; G. Luchena, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Cacucci, Bari, 2012; E. Triggiani, *Aiuti di Stato (dir. Un. Eur.)*, in *Enc. Dir. - Annali*, vol. VI, 2013, p. 19 ss.; G. Luchena, *Gli aiuti di Stato e il consolidamento della governance duale nella crisi economica: elementi di innovazione e di continuità*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, n. 2/2015, p. 227 ss.; A. Cuoco, G. Martinico, *Il requisito della selettività degli aiuti di Stato in una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. It. di Dir. Pubbl. Com.*, n. 1, 2017, p. 217 ss., G. Brancadoro, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di Stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *www.federalismi.it*, 17/04/2019. In particolare sulla disciplina vigente in materia di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato ai servizi di interesse economico generale, si v., tra le altre, la sentenza Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, ma anche Tribunale sesta sezione, 1 marzo 2017, causa T-454/13, *SNCM c. Commissione Europea*, Tribunale ottava sezione, 6 aprile 2017, causa T-219/14, *Regione autonoma della Sardegna c. Commissione Europea*. Inoltre, la Decisione della Commissione n. 842 del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE sugli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, la direttiva 2006/111/CE del 16 novembre 2006 e il Quadro comunitario degli aiuti di Stato nella forma di compensazione del servizio pubblico (2005/C- 297/04).

¹⁶ G. Guglia, *I servizi sociali nel processo di integrazione Europea*, Napoli 2012, p. 3, evidenzia che i servizi sociali di interesse generale sono stati a lungo tempo considerati ospiti «scomodi» nel processo di integrazione Europea visto che impongono una regolazione sicuramente più coerente con gli obiettivi di crescita economica dell'originaria Comunità Economica Europea.

servizi sociali possano essere dotati di rilevanza economica. Dal contenuto di queste comunicazioni si evince come non sia possibile un'identificazione fra servizi sociali e servizi privi di rilevanza economica poiché i primi possono essere sia di natura economica che non economica. L'appartenenza all'una o all'altra categoria, però, è fondamentale, in quanto è determinante per capire se essi siano o meno soggetti alle norme in materia di concorrenza e del mercato interno europeo.

In Italia, come per la categoria generale dei servizi pubblici, anche per i servizi sociali non vi è una definizione monosemica¹⁷. Secondo l'art. 128 del d.lgs. 112 del 1998 (poi recepito, dall'art. 1 della legge n. 328 del 2000) essi rappresentano tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento o di prestazioni economiche destinate a rimuovere ed a superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia. Essi, pertanto, possono considerarsi l'insieme delle attività e dei compiti della pubblica amministrazione consistenti nella fornitura di prestazioni, il più delle volte gratuite, dirette all'eliminazione delle disuguaglianze economiche e sociali all'interno della società, come l'assistenza alle persone in difficoltà, bisognose di cure e di aiuto, il sostegno alle famiglie, ai bambini, agli anziani ed agli immigrati. Questi ultimi costituiscono, nella realizzazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale, una forma di tutela e di garanzia dei diritti sociali fondamentali al fine di promuovere il benessere di tutti i cittadini e di superare gli ostacoli che limitano il pieno sviluppo della persona umana e la sua effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese. Proprio in questo senso, i servizi sociali possono essere inquadrati come particolari servizi pubblici la cui peculiarità consiste nel sostegno agli individui in difficoltà. E' da sottolineare come di recente, tali servizi stanno assumendo un'importanza sempre maggiore poiché sono in continua crescita

¹⁷ A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 89 ss.; V. Casamassima, F. Biondi Dal Monte, *Le Regioni e i servizi sociali a 13 anni dalla riforma del Titolo Quinto*, in *Le Regioni*, 2014, p. 1065 ss.; V. Molaschi, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *Dir. Ec.*, 2013, p. 475 ss.; F. Costamagna, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011; V. Caputi Jambrenghi, *I Servizi Sociali*, in L. Mazzaroli, G. Perico, A. Romano, A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III ed., Bologna 2001; p. 1019 ss., E. Ferrari, *I servizi sociali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, vol. I, Milano, 2003; p. 891 ss.

determinati rischi sociali strettamente connessi alle attuali dinamiche della società in evoluzione. Tutto ciò rafforza maggiormente la necessità di chiarire la disciplina applicabile ai servizi sociali la cui domanda, difatti, è in continuo aumento. Ormai non può più essere ignorata l'esigenza di tutela e sostegno alle persone anziane non autosufficienti o alle persone con disagi psicofisici, così come diventano sempre più pressanti le richieste di nuovi servizi rivolti alle famiglie in condizioni di difficoltà, la necessità di creare occasioni di lavoro specifiche a favore di soggetti in condizione di povertà e l'urgenza di predisporre strumenti appropriati di assistenza agli immigrati, tanto che le amministrazioni pubbliche non possono non rispondere adeguatamente a tali bisogni. La crisi, per di più, ha fatto emergere, se mai ve ne fosse stato bisogno, come i servizi sociali siano soggetti ad un condizionamento oggettivo dovuto allo stanziamento maggiore o minore di risorse¹⁸, mostrando una profonda difficoltà dello Stato e degli Enti pubblici di assumere il ruolo di finanziatori delle relative spese. Ciò ha posto in evidenza la necessità di conseguire una diversa relazione tra competenze dello Stato e ruolo dei privati al fine di riuscire ad assicurare tali servizi. Si ritiene che un pregnante intervento pubblico riduca la partecipazione al sistema di protezione sociale dei corpi intermedi, i quali, invece, se sono maggiormente valorizzati possono migliorare le modalità con cui i servizi in oggetto vengono erogati ai cittadini-utenti, limitare la spesa nazionale, oltre che contribuire alla riduzione degli aspetti negativi della burocrazia e dell'organizzazione amministrativa a favore dell'apertura del mercato¹⁹. Rivalutando il terzo settore, invero, si riescono a raggiungere due obiettivi fondamentali del processo di integrazione europea²⁰: il contenimento del debito pubblico ed una maggiore libertà di iniziativa economica²¹. Tale consapevolezza ha favorito una tendenza sempre maggiore da parte dei soggetti pubblici ad affidare ai soggetti privati l'erogazione dei servizi di interesse generale attraverso il ricorso a

¹⁸ Sui rapporti tra la crisi ed i servizi sociali, M. Delsignore, *I servizi sociali nella crisi*, in *Dir. amm.*, n. 3/2018, p. 587 ss.

¹⁹ C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e terzo settore*, Firenze, 2008.

²⁰ D. Caldirola, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2016, p. 734 ss.

²¹ Per F. Giglioni, *Alla ricerca della sussidiarietà orizzontale in Europa*, in N. Donati, A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, Bologna 2010, 156, «è possibile dimostrare che la tutela e la promozione della concorrenza possono favorire la diffusione dei sistemi di cooperazione sussidiaria».

nuove formule organizzative, fino ad arrivare all'idea di abbandonare il monopolio pubblico a favore di un sistema misto²² dove le organizzazioni senza fini di lucro (terzo settore) hanno dimostrato una particolare efficacia nell'erogazione delle prestazioni sociali e una non trascurabile efficienza ad intervenire in quei settori dove i fallimenti dello Stato e delle istituzioni sono di maggiore evidenza²³.

Secondo il d.lgs. n. 112 del 1998, relativamente ai servizi sociali, allo Stato spettano le funzioni tese a stabilire la programmazione e il coordinamento della politica sociale, insieme alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, mentre alle Regioni e agli enti locali spetta una competenza residuale su tutte le funzioni non espressamente attribuite allo Stato ed all'INPS, da realizzare in stretta collaborazione con il privato ed in particolare con il *no profit*. Una precisa disciplina dell'attuazione del rapporto tra pubblico e privato nell'ambito dei servizi sociali si evidenzia nella legge n. 328 del 2000²⁴, la quale pur avendo perso il suo carattere obbligatorio, a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione, continua ad essere un modello di riferimento per i legislatori regionali. Essa stabilisce all'art. 1 che «la Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli art. 2, 3 e 38 della Costituzione», prevedendo che alla gestione ed all'offerta dei servizi possono partecipare, accanto ai soggetti pubblici, anche soggetti privati, tra i quali, in particolare organismi non lucrativi, come è prescritto anche dal d.lgs. n. 117 del 2017.

3. Una regolamentazione ad «incastro».

²² P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, p. 221 ss.; Id., *L'emersione della società civile tra pubblico e privato*, Milano, 2006, in particolare, p. 151 ss.

²³ Così, A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2018.

²⁴ "Legge quadro per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali".

L'art. 5 della legge n. 328 del 2000 prevede che in attuazione del principio di sussidiarietà, ai fini dell'affidamento dei servizi sociali gli enti locali, le Regioni e lo Stato promuovano azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea²⁵.

Ma cosa si deve intendere attualmente per terzo settore? Per rispondere a questa domanda occorre riferirsi al d.lgs. n. 117 del 2017, il Codice del terzo settore, che ha dettato (pur non abrogando la normativa pregressa) un riordino ed una revisione organica della disciplina vigente su questi enti²⁶, fornendone una precisa definizione²⁷. Tale decreto ha dato il via ad una nuova *policy* economica e di *welfare*, superando il dualismo tra Stato e mercato e attribuendo al *no profit* una sua sistemazione come "terza" dimensione²⁸. È stata prevista, inoltre, una collaborazione tra i tre settori al fine di generare azioni positive sia in termini di sviluppo economico sia in termini di soddisfacimento dei bisogni sociali. Mentre la legge n. 328 del 2000 aveva qualificato il terzo settore utilizzando una nozione definita «pregiuridica»²⁹, il nuovo Codice, all'art. 4³⁰, fornisce un'elencazione degli enti in oggetto, indicando quali non appartengono a

²⁵ Per un approfondimento sul ruolo del terzo settore, in generale, P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018.; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Volontariato Sussidiarietà Mercato*, Bari, 2008, p. 173 ss.

²⁶ P. De Carli, *Enti del terzo settore una nozione innovativa e la necessità di alcune correzioni*, in *Iustitia*, n. 2/2018, p. 153 ss.

²⁷ F. Bassanini, P. Ranci (a cura di), *Non per profitto*, in *Quaderni della fondazione Olivetti*, n. 23, 1990; P. Donati, *Teoria relazionale della società*, Milano, 1991; L. Boccacin, *L'azione solidaristica organizzata: il terzo settore in Italia*, in *Agg. Soc.*, n. 1/1994, p. 25 ss.; L. Bruscuiglia, E. Rossi, (a cura di), *Terzo settore e nuove discipline giuridiche*, Milano, 2000, p. 43 ss., L. Coccaccini, *Il terzo settore tra le generazioni*, Milano, 2003, p. 22 ss., G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del terzo settore*, in *www.astridonline.it*, 2008.

²⁸ D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117 del 2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *www.federalismi.it*, 2018, 2.

²⁹ E. Rossi, P. Addis, F. Biondi Dal Monte, E. Stradella, E. Vivaldi, *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, 82.

³⁰ L'art. 4 del d. lgs. 117/2017 così definisce gli enti del Terzo settore: «le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

tale categoria. La stessa disposizione, inoltre, precisa come gli enti del terzo settore sono solo quelli, sia tipici, sia atipici, che perseguono una o più delle attività d'interesse generale previste nell'art. 5 dello stesso decreto e siano iscritti nel Registro unico nazionale del terzo settore. E' da evidenziare come l'art. 3 del Codice, creando un «sistema flessibile di regolazione ad incastro»³¹ (fonte di non poche incertezze, anche in considerazione delle norme contenute nella legge n. 328 del 2000, le quali vanno a sovrapporsi con la disciplina emanata nel 2017), specifica che le disposizioni del Codice civile e le relative norme di attuazione, in quanto compatibili, si applicano agli enti del terzo settore, relativamente alla disciplina non prevista dal relativo Codice (comma 2) e anche alle categorie di enti del terzo settore che hanno una normativa specifica (comma 1).

Il ruolo del terzo settore nell'ambito delle attività delle amministrazioni pubbliche alla luce del disposto di cui all'art. 55, avviene in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità dell'amministrazione³² e tramite forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento. La prima di esse è descritta dal comma 2 dell'art. 55 ed è intesa come forma di coinvolgimento degli enti del terzo settore in termini non co-decisorii ma partecipativi, per aiutare le Pubbliche amministrazioni ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e le risorse (pubbliche e private) a tal fine disponibili³³. La co-progettazione (comma 3)³⁴, invece, è una sorta di intervento integrato finalizzato alla definizione concreta ed alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di interventi

³¹ L. Gili, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e App.*, n. 1/2018, 3.

³² Circa i principi che governano l'azione amministrativa nella programmazione e organizzazione dei servizi sociali, già richiamati dalla legge n. 328 del 2000, A. Mari, *La pianificazione dei servizi sociali*, Milano, 2003, 107 ss.

³³ Per P. Michiara, *I «servizi sociali privati senza scopo di lucro» e i principi del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1075 ss., «la concertazione e l'eccesso di cooperazione (...) presente nella co-programmazione, ma anche nella co-progettazione, a volte creano delle distorsioni tanto in relazione alla forma delle procedure (la concorrenza) quanto in relazione alla sostanza, ovvero alla qualità delle prestazioni. Si diminuiscono di conseguenza la libertà dei soggetti erogatori, dei prestatori di servizi e degli utenti che devono scegliere».

³⁴ Sulla co-progettazione, in generale, M. Moschetti, *Il profilo giuridico e tecnico della coprogettazione*, in M. Bruno, M. Moschetti, E. Pizzardi (a cura di), *La coprogettazione sociale. Esperienze, metodologie e riferimenti normativi*, Torino, 2016, p. 159 ss.; U. De Ambrogio, C. Guidetti, *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2016.

atti a soddisfare bisogni definiti alla luce della co-programmazione. La qualificazione della co-progettazione risulta, peraltro, non troppo chiara a causa, ancora una volta, di più norme non sempre concordi tra loro. Essa, avvicinandosi maggiormente al mercato ed alle sue ibridazioni, è stata spesso oggetto di pronunce della giurisprudenza amministrativa relativamente alle disposizioni contenute nella legge n. 328 del 2000 e nella specifica normativa regionale in materia, la quale, di solito, ha qualificato l'istituto nei termini di un contratto di appalto. Successivamente, il D.P.C.M. 30 marzo 2001, ha circoscritto le forme di co-progettazione a casi particolari, assoggettandole alle norme nazionali e comunitarie sulla disciplina delle procedure di affido dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. Il Codice del terzo settore non ha indicato più la necessità, per questa modalità di affido, del rispetto delle norme limitative previste nel decreto del 2001, lasciando intendere che essa è, invece, un istituto ordinario. L'ANAC, a tal proposito, nelle Linee guida del 2016 (che intendeva comunque modificare a seguito del parere dei Giudici del Supremo Consesso di Giustizia amministrativa) ha delineato la qualificazione della co-progettazione non in termini di contratto pubblico ma di «accordo procedimentale di collaborazione», come se fosse un partenariato pubblico privato collaborativo³⁵, con ciò aprendo il fianco ad interpretazioni di varia natura. Non si può non constatare che il terzo settore, attraverso queste forme di collaborazione, si confronta con le amministrazioni pubbliche tramite le regole del mercato e, in un certo qual modo, come è stato anche sostenuto³⁶, sembra rientrare nell'ampia categoria comunitaria di operatore economico. Anche l'accreditamento viene indicato dal Codice del terzo settore come modalità attraverso cui concludere un partenariato. E' da osservare, tuttavia, che il d.lgs. n. 117 del 2017, per questo istituto prevede, relativamente al procedimento relativo all'accreditamento, la previa definizione degli obiettivi generali e specifici dell'intervento da parte della pubblica amministrazione procedente, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso,

³⁵ Per A. Fabiano (a cura di), *La co-progettazione e il Codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali*, in *www.anci.it*, 2017, la co-progettazione, in qualità di partenariato collaborativo pubblico-privato si distinguerebbe da un appalto o da una concessione di servizi a fronte del fatto che il *partner* privato partecipa attivamente alla progettazione, mettendo a disposizione risorse aggiuntive, come beni immobili, attrezzature, risorse umane, capacità del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici.

³⁶ Così, R. Caranta, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no profit*, in *Urb. e App.*, n. 1/ 2015, p. 512 ss.

nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti *partner*, ma soprattutto, il rispetto dei principi generali di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. Principi base, peraltro, del Codice dei contratti pubblici, al quale, malgrado ciò, il decreto del 2017 non fa riferimento come invece sarebbe stato opportuno. La mancanza di una normativa univoca si palesa, poi, anche negli artt. 56 e 57 del Codice del 2017 che hanno significativamente ampliato le modalità con cui gli enti del terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con le amministrazioni pubbliche. L'art. 57, per esempio, dispone che i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione, alle organizzazioni di volontariato accreditate ai sensi della normativa vigente ed in seguito precisa che ciò è possibile attraverso l'affido diretto quando quest'ultimo «garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione». La su richiamata disposizione, però, dopo aver fatto riferimento all'affido diretto, rinvia oltre che al comma 2 (dove si prevede esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate), ai commi 3, 3-bis e 4 dell'art. 56 sempre dello stesso Codice, dove si menzionano i principi da osservare nelle procedure comparative³⁷, lasciando, così, nuovamente, punti interrogativi sulla concreta disciplina da applicare.

Non solo; il comma 1 dell'art. 56, prevede che le pubbliche amministrazioni possano stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale³⁸ al fine dello «svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato», acuendo le difficoltà interpretative tra i vari commi in esame che, di fatto, non permettono di

³⁷ Per L. Gili, *op. cit.*, p. 5, emerge, «un altro dubbio interpretativo poiché l'art 57, comma 1 prevede che operi per queste associazioni l'affidamento diretto, mentre il comma 2 richiama e rimanda anche alle previsioni del precedente art. 56, comma 3, il quale dispone che la scelta dell'ente debba avvenire tramite procedure comparative».

³⁸ A. Mazzullo, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Torino, 2017, 205, rileva che le convenzioni di cui all'art. 56 del menzionato Codice riguardano non tutti gli enti del Terzo settore, ma solo quelli espressamente indicati e che sarebbe stato più efficace l'estensione applicativa nei confronti di tutti.

comprendere chiaramente a quale procedura ricorrere nei casi specifici. Il comma 1, infatti, precisa che il ricorso allo strumento convenzionale è possibile solo se risulti «più favorevole rispetto al ricorso al mercato». Il comma 2 prescrive che le amministrazioni possono stabilire esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate mentre il comma 3 sancisce che le convenzioni (contenenti precise previsioni *ex* comma 4) devono rispettare i principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative. E' evidente, quindi, come le disposizioni appena menzionate non siano coordinate tra loro, richiamando ora i principi del libero mercato, ora esattamente il suo contrario, forse perché il legislatore delegato, pur cercando di realizzare l'obiettivo di mediare (secondo le indicazioni del diritto europeo³⁹) tra le contrapposte esigenze di valorizzare le organizzazioni di volontariato e di salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato, nel compilare il Codice non è del tutto riuscito ad armonizzare gli interessi in gioco. Così, il decreto del 2017 sembra aver disatteso, in parte, pure la legge di delega dove si rimarca la necessità del rispetto della normativa europea e nazionale in materia di servizi di interesse generale anche per gli enti *no profit*⁴⁰. A giudizio del Consiglio di Stato infatti, il Codice del terzo settore dovrebbe maggiormente tenere in conto "gli equilibri funzionali del libero mercato". Tale esigenza, peraltro, era richiamata già nell'art. 6 del già citato D.P.C.M. 30 marzo 2001, dove espressamente si sancisce che le Regioni devono adottare specifici indirizzi per regolare i rapporti tra i Comuni ed i soggetti del terzo settore nell'affidamento dei servizi alla persona di cui alla legge n. 328 del 2000 nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie su tali procedure.

4. Contratti pubblici e affido dei servizi sociali.

³⁹ Per la Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer c. Finanzamt München für Körperschaften*, sebbene i Trattati europei non attribuiscono all'Unione alcuna competenza in materia di enti *no profit*, gli Stati membri devono, nondimeno, esercitare la loro competenza nel rispetto della disciplina in materia di concorrenza.

⁴⁰ Art. 4, comma 1, lett. o) della legge n. 106 del 2016.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato come l'interpretazione delle forme di aggiudicazione dei servizi sociali da parte del terzo settore deve essere condotta utilizzando come parametro i principi euro unitari, i quali, peraltro, hanno senza dubbio ispirato il Codice dei contratti pubblici⁴¹. Tale decreto, prima della modifica operata con il decreto "sblocca cantieri"⁴², riordinando la normativa in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, prevedeva una disciplina autoapplicativa e stabiliva l'emanazione di atti di indirizzo e Linee guida di carattere generale, da approvare con decreto del ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'ANAC e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari. È interessante evidenziare che il decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017) al Codice dei contratti pubblici, discostandosi dal testo originario (il quale non aveva accolto la possibilità attribuita dall'Unione agli Stati membri di individuare un regime differenziato per quei servizi sociali e sanitari, caratterizzati da una spiccata personalizzazione delle prestazioni⁴³) non esclude, in attuazione della direttiva 2014/24/UE e della direttiva 2014/25/UE, l'applicazione di una speciale disciplina per determinati servizi sociali, rendendo palese l'esigenza di un coordinamento con le altre norme di carattere generale⁴⁴. Il Codice, infatti, per tali servizi definisce i modi di aggiudicazione, compresi i criteri di selezione delle offerte, ma, nello stesso tempo, delinea anche un regime semplificato per un *numerus clausus* di essi.

Il decreto correttivo del 2017, in particolare, ha introdotto una rilevante novità circa le procedure dei servizi sociali. Gli artt. 70, 72, 127 e 130 del Codice dei contratti pubblici disciplinano i termini e i periodi di pubblicazione dell'avviso di pre-informazione circa le procedure di affidamento di servizi sociali, l'art. 95 come modificato dal decreto "sblocca cantieri" detta i criteri di aggiudicazione, gli artt. 140, 142, 143 e 144

⁴¹ In generale sui contratti pubblici ed i principi comunitari, E. Picozza, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, 2007, I, Milano, p. 5 ss.

⁴² D.l. n. 32 del 2019.

⁴³ Per un commento della disciplina originaria degli appalti nei servizi sociali, L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. e app.*, 2016, 1001 ss., ma, anche, C. Polidori, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 2017.

⁴⁴ D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in www.federalismi.it, n. 3/2018, p. 18.

sanciscono la disciplina speciale e derogatoria e l'art. 169 regola l'attuazione delle concessioni di servizi sociali, richiamate anche negli allegati XXII e XXIV⁴⁵.

Per gli affidi ai soggetti del terzo settore nell'ambito di servizi sociali, nel caso di importi inferiori alla soglia comunitaria, si applica la disciplina contenuta nell'art. 36 del Codice su menzionato⁴⁶ che indica due modalità di affidamento: la gara e la procedura negoziata preceduta dalla consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti⁴⁷. Nel caso di importi pari o superiori alla soglia di rilevanza comunitaria (tra cui le gare riservate ai soggetti del terzo settore), invece, trova applicazione il diritto dell'Unione e l'art. 142 del Codice dei contratti pubblici. Quest'ultimo prevede un regime c. d. alleggerito (secondo il quale si adottano solo una parte delle previsioni relative alle procedure di evidenza pubblica ordinarie⁴⁸) per taluni servizi espressamente indicati tra cui anche alcuni servizi sociali. Vengono individuate due ipotesi derogatorie dei principi europei, quella contenuta nell'art 112, sugli affidi relativi ad alcune tipologie di servizi sanitari, sociali e culturali nei confronti di cooperative sociali e quella contenuta nell'art. 143 nei confronti di organizzazioni in possesso di determinati requisiti. Il diritto europeo e il Codice, quindi, prendono in considerazione le peculiarità di questo settore, ma, pur lasciando un non trascurabile margine di libertà procedurale, richiedono comunque che sia rispettata «la sostanza regolatoria pro-concorrenziale» propria dell'ordinamento dell'Unione.

Le altre fonti normative italiane sul terzo settore (decreto n. 117 del 2017, legge n. 328 del 2000 e DPCM del 30 marzo 2001), tuttavia, contengono una disciplina piuttosto lacunosa sul procedimento di selezione dei soggetti, decisamente diversa rispetto a quella tracciata dalle direttive dell'Unione europea e dal Codice dei contratti pubblici. Ciò potrebbe comportare che l'erogazione dei servizi alla persona possa avvenire non

⁴⁵ L. Gallo, *L'affidamento dei servizi sociali dopo il correttivo*, in *App. & contr.*, n. 11/2018, p. 11 ss.

⁴⁶ Occorre evidenziare che l'art. 36 di cui sopra ha subito alcune modifiche in seguito all'approvazione del decreto "sblocca cantieri". Dal 18 giugno 2019, data di entrata in vigore della legge n. 55 del 2019 di conversione del decreto di cui sopra, infatti, per i bandi e le lettere di invito pubblicati e inviate da tale data, si dovrà tenere conto delle nuove soglie.

⁴⁷ Sul punto, A. Fossati, *L'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 121 ss.

⁴⁸ Artt. 74, 75, 76 e 77 della direttiva 24/2014/U.E.

in armonia con i criteri procedurali del Codice dei contratti pubblici, con la conseguenza di creare disparità e discipline differenziate nei confronti di affidi di servizi sociali dello stesso genere⁴⁹. E' palese, pertanto, la necessità di riavvicinare le varie norme e di giungere ad un punto di equilibrio tra la tutela della concorrenza e l'esigenza di preservare le peculiarità delle associazioni di volontariato e dei servizi sociali. Tutto questo soprattutto in considerazione della circostanza che alcune attività degli enti del terzo settore possono essere erogate da imprenditori che operano in modo concorrenziale, così come anche rilevato dal Consiglio di Stato⁵⁰.

Alla luce della sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento, si comprende, perciò, quanto sia imprescindibile interpretare nella giusta maniera la pletora di disposizioni esistenti per operarne una ricomposizione⁵¹ e per sciogliere le problematiche che si pongono nel momento in cui una Pubblica Amministrazione deve affidare un servizio sociale agli organismi del terzo settore.

5. Le "indicazioni" del Consiglio di Stato rivolte all'ANAC.

Il Consiglio di Stato per chiarire i dubbi interpretativi riscontrati nelle diverse situazioni in ordine all'applicazione concreta della disciplina di cui sopra, effettua un'approfondita analisi ermeneutica e utilizza come chiave di volta i principi generali circa la modalità di affidamento di un appalto, ovvero la disciplina pro-concorrenziale, tanto che quest'ultima si potrebbe considerare una sorta di *leitmotiv* dell'intero parere. I Giudici del Supremo organo amministrativo rimarcano insistentemente l'importanza

⁴⁹ Così prima del decreto correttivo, L. Mazzeo, *op. cit.*, 1002. Anche A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazione di promozione sociale nel codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non profit*, n. 3/2017, p. 195, evidenzia come il rapporto fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici sia un problema lasciato irrisolto dal d.lgs. n. 117 del 2017, in considerazione del dualismo del regime in cui possono trovarsi le organizzazioni di volontariato in relazione all'affidamento di servizi sociali.

⁵⁰ Consiglio di Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405, parere sullo schema del decreto legislativo su "Codice del Terzo settore", 26.

⁵¹ Già all'indomani dell'emanazione del codice dei contratti pubblici risultava palese una normativa in materia di affidamenti di contratti pubblici ai soggetti operanti nel terzo settore caratterizzata da un frastagliato insieme di norme e da un mancato coordinamento di dette norme con la disciplina in materia di contratti pubblici, così, L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una complicata semplificazione*, cit., 1002.

del rispetto del diritto dell'Unione il quale non può che orientare il modo di interpretare tutte le norme dell'ordinamento interno, compresa la disciplina sottoposta al quesito, in piena sintonia con l'art. 117, c. 1 Cost. che, come è noto, impone al legislatore italiano, sia esso statale, sia esso regionale, il rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». I Giudici di Palazzo Spada fanno notare che gli enti del terzo settore devono essere qualificati utilizzando la nozione «funzionale» di impresa elaborata dalla normativa U.E. per la quale è importante considerare la «sostanza» degli enti a prescindere dalle varie forme giuridiche che gli Stati membri hanno preferito attribuire loro⁵². Al diritto dell'Unione, per dare vita ad una disciplina uniforme sulla concorrenza nei vari Paesi europei, interessa, infatti, non tanto la qualificazione esteriore dell'ente, quanto, piuttosto, se l'attività concreta che esso pone in essere possiede o meno caratteri economici; in altre parole, costituisce impresa ogni organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, facente capo ad un soggetto giuridico autonomo e diretta in modo durevole e continuato a partecipare attivamente alla vita economica perseguendo uno scopo determinato ed indipendentemente dalle sue modalità di finanziamento, dalle componenti organizzative e dagli elementi aziendali e capace di coprire i costi con i ricavi. Secondo tale impostazione, l'unica valida distinzione tra i vari tipi di enti si concreta nella loro capacità di porre o meno in essere un'attività economica, qualunque sia la loro veste giuridica. Questa differenziazione è fondamentale poiché nel caso in cui si sia in presenza di un'attività economica è necessario sottoporre l'operatore, qualunque esso sia (imprenditore o ente), ai principi del libero mercato, non potendo sottrarsi a quanto

⁵² La Corte di Giustizia ha precisato che per impresa deve intendersi «qualsiasi entità esplicante un'attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di finanziamento» e che mancando l'attività economica non può parlarsi di impresa, così: Corte di giustizia, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Hofner e Fritz Elsen c. Macroton GmbH*, Corte di giustizia, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre c. AGF e Cancava*, ed anche Corte di giustizia, 16 giugno 1987, causa C-118/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*. In particolare nelle cause da ultime citate, oltre che nella sentenza, sempre della Corte di giustizia, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol*, il giudice europeo ha rilevato che non potendo considerarsi di natura economica l'attività degli enti sottoposti a suo giudizio, questi ultimi non potevano considerarsi imprese ai sensi delle norme sulla concorrenza in quanto «esplicavano una funzione di carattere sociale e la loro attività» era «fondata sul principio della solidarietà nazionale e sprovvista di ogni scopo lucrativo»: sul tema G. Luchena, *Le esenzioni fiscali alla Chiesa cattolica sono compatibili con il diritto dell'UE? Brevi considerazioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia UE*, in *Diritto e religione*, n. 1/2018, p. 200 ss.

stabilito nel diritto eurounitario, tranne che non si verifichino le ipotesi di esclusione esplicitamente previste dalle stesse norme europee (come il servizio di trasporto sanitario di emergenza di cui all'art. 57 del Codice del terzo settore).

Un'altra precisazione effettuata dal Consiglio di Stato, al fine di individuare la disciplina da applicare agli affidi dei servizi sociali nei confronti degli enti del terzo settore, riguarda il concetto di appalto. I Giudici fanno notare che, a tal proposito, il Codice dei contratti pubblici, recependo le direttive europee in materia, sembra propenso a dare una qualificazione decisamente più ampia della nozione di appalto⁵³ così come intesa tradizionalmente nel diritto nazionale, tanto che nell'art. 3, lett. ii) lo stesso Codice definisce tali tutti i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici relativi all'esecuzione dei lavori, alla fornitura dei prodotti ed alla prestazione di servizi, con ciò comprendendosi anche l'affidamento di un servizio.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, in tal caso opera un discrimine, rilevando che la procedura di affido dei servizi sociali potrà essere soggetta, a seconda delle circostanze, alle regole del diritto dell'Unione, ma, anche, esserne esclusa, chiarendo quando si può verificare il primo o il secondo caso.

Le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono da ritenersi estranee alle norme del Codice dei contratti pubblici (ovvero alle direttive europee da esso recepite) solo quando sono prive di carattere selettivo, cioè quando non tendono all'affidamento del servizio e quando il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario nella forma integralmente gratuita. La normativa euro unitaria sugli appalti, infatti, si applica esclusivamente agli appalti onerosi poiché lo svolgimento di un servizio senza corrispettivo ed in assenza di qualunque forma di incremento patrimoniale nei confronti dell'ente affidatario, non pone problemi di distorsione della concorrenza in quanto, in fin dei conti, è un fenomeno che non può definirsi economico, essendo al di fuori delle logiche di mercato⁵⁴. In altri termini, l'onerosità,

⁵³ M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giorn dir. amm.*, n. 1/2019, p. 53 ss.

⁵⁴ La gratuità assume due significati: sotto un primo profilo, la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto; sotto un secondo profilo, il sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà

ovvero, qualunque remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, è il discrimine che serve da linea di demarcazione tra i servizi soggetti alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e quelli non interessati da esse.

Queste considerazioni permettono di comprendere quanto sia necessario esaminare con attenzione la natura di ogni singolo servizio sociale in modo da poterlo qualificare correttamente al fine di applicare la giusta disciplina poiché, come già notato, per il diritto dell'Unione (a seconda delle sue caratteristiche) può essere compreso sia tra i servizi generali di natura economica che tra quelli non economici.

Per quanto riguarda la previsione del solo rimborso spese a vantaggio di un ente del terzo settore che si aggiudica un servizio sociale, a giudizio del Consiglio di Stato, solo quello a piè di lista può escludere l'economicità del servizio perché, qualora vi sia copertura dell'assicurazione obbligatoria per i volontari da parte delle istituzioni pubbliche, come accade per alcune convenzioni previste nel comma 4 dell'art. 56 del Codice del terzo settore, i servizi in parola dovrebbero essere soggetti alla disciplina sugli appalti rientrando tra quelli da considerare onerosi. La gratuità, infatti, è direttamente correlata all'aumento patrimoniale conseguito dalla collettività, cui corrisponde una mera diminuzione patrimoniale di un altro soggetto, cioè il depauperamento del "capitale lavoro" o del patrimonio del prestatore.

L'organo amministrativo, poi, evidenzia la necessità per le pubbliche amministrazioni che ricorrono alle procedure previste dal Codice del terzo settore estranee al Codice dei contratti pubblici di dover, di volta in volta, specificamente e puntualmente motivare tale scelta perché è necessario dimostrare il preminente valore "sociale" dell'affidamento e la connessione con i principi europei di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Ciò in quanto tali tipologie di affidi, essendo strutturalmente riservate ad enti *no profit*, di fatto, privano le imprese *profit* della possibilità di rendersi affidatarie del servizio, limitando il meccanismo del libero mercato. La regola generale, pertanto, a parere del Consiglio di Stato, rimane ancora una volta, pure nel caso di affidamenti di servizi sociali ad enti del terzo settore, qualunque sia la disciplina specifica dettata dal legislatore italiano, quella di rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, la quale deve prevalere su tutte le

sociale (evenienza tipica delle associazioni di volontariato, cfr.: art. 17 del codice del terzo settore).

altre disposizioni, a meno che, come già rilevato, la procedura non abbia carattere selettivo e che il prestatore non si impegni a rendere il servizio a titolo gratuito.

I Giudici di palazzo Spada si soffermano, poi, ad analizzare i singoli istituti disciplinati dal Codice del terzo settore operando un raffronto tra questi ultimi e la loro compatibilità con le norme del Codice degli appalti e con le direttive europee da esso recepite.

Per quanto riguarda l'accreditamento, esso è da inquadrarsi al di fuori della normativa unitaria solo ove si limiti alla mera individuazione dei soggetti del terzo settore da inserire nella rete dei servizi sociali e, quando, a monte, non sia stato previamente individuato un numero od un contingente prefissato (situazione che si verifica nel caso del c. d. modello dell'accreditamento libero). In siffatta situazione, l'istituto, infatti, si risolve sostanzialmente in una sorta di abilitazione priva di carattere selettivo e non risulta propedeutica all'affidamento di un servizio. Quando, invece, sia stabilito dall'inizio un contingente massimo di operatori accreditabili oppure quando l'accreditamento sia lo strumento per attivare un partenariato, tale procedura sarà qualificabile, come appalto, secondo i principi del Codice dei contratti pubblici con la conseguenza di essere sottoposta alla sua disciplina, ad eccezione della sola ipotesi di integrale gratuità dell'affidando servizio⁵⁵.

Quanto alla co-progettazione, il Consiglio di Stato ritiene che quest'ultima rientri senz'altro nella definizione di appalto. Essa, perciò, quale procedura «finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento» si concreta in un rapporto fra Amministrazione ed alcuni enti del terzo settore, dove in un primo momento vi è la selezione fra gli operatori interessati e, in un secondo si dispone l'affidamento del servizio sociale all'ente co-progettante e, comunque, sempre nel rispetto della normativa sugli appalti.

Tirando le fila del discorso, perciò, può affermarsi che il Consiglio di Stato ritiene estranee al Codice dei contratti pubblici le procedure di accreditamento c.d. libero e le procedure di co-progettazione e partenariato finalizzate ad "interventi innovativi e sperimentali" purché sorretti da idonea motivazione e siano prive di carattere selettivo

⁵⁵ Per il Consiglio di Stato «nelle ipotesi in cui la gratuità sia considerata esimente dalla applicazione del Codice (...) non di meno essa costituisce, in sé, un *vulnus* al meccanismo del libero mercato ove operano imprenditori che forniscono i medesimi servizi a scopo di lucro e dunque in maniera economica mirando al profitto».

o non tese all'affidamento del servizio ed afferenti a rapporti puramente gratuiti; al contrario, considera tutti gli altri tipi di affidamento soggetti alle norme del d.lgs. n. 50 del 2016, perché si configurano, secondo l'ottica europea, come appalti di servizi sociali⁵⁶. In questi casi, le norme del diritto U.E. e, quindi, quelle del Codice dei contratti pubblici, in caso di difformità con quelle contenute nel Codice del terzo settore, a quanto si evince dal parere in commento, devono sempre prevalere sulle seconde tanto che qualsiasi organo giudicante è tenuto alla disapplicazione delle ultime.

I Giudici di Palazzo Spada fanno notare infine che attribuire una giusta disciplina alle convenzioni di cui all'art. 56 del d.lgs. 117 del 2017 risulta essere un problema più complesso rispetto agli altri casi. Secondo la disposizione in oggetto, come già sottolineato, gli enti espressamente indicati possono stipulare con le Amministrazioni Pubbliche convenzioni finalizzate allo svolgimento di attività o servizi sociali di interesse generale in favore di terzi, solo se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. Trovare una regola precisa da applicare per tali convenzioni non risulta agevole perché, mentre l'espressa comparazione con il mercato prevista dall'art. 56 del Codice del terzo settore farebbe pensare che le convezioni possano essere di interesse economico, il secondo comma della disposizione appena richiamata, prevedendo che le stesse possono stabilire il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate, può far emergere complicazioni sul versante interpretativo. Il Consiglio di Stato, infatti, rileva come sia impossibile «pervenire, sul piano dello stretto diritto positivo, ad un approdo sicuro», anche in considerazione del comma 4 dell'articolo, il quale stabilisce che il contenuto della convenzione deve riguardare, tra l'altro, anche i rapporti finanziari relativi alle spese da ammettere a rimborso, tra cui figurano a carico dell'Amministrazione pubblica (come è previsto nell'art. 18 del d.lgs. n. 117 del 2017) gli oneri relativi alla copertura assicurativa (per infortuni, malattie connesse allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi) dei volontari di cui si avvalgono gli enti del terzo settore. Tutti questi oneri *lato sensu*, a causa della formula utilizzata, definita «non poco connotante», adombrano,

⁵⁶ F. Pesaresi, *Le gare d'appalto nei servizi sociali*, in *Welfare oggi*, 2018, p. 68 ss.

invero, la possibilità che ci si possa trovare davanti ad un'onerosità del servizio, che, peraltro, stando alla lettera della disposizione in oggetto non è affatto informata al principio di concorrenzialità⁵⁷ come invece dovrebbe essere secondo il diritto eurounitario. Ciò, per di più, potrebbe ingenerare addirittura il sospetto che il ricorso a tale tipo di convenzione concreti un comportamento vietato e distorsivo del confronto competitivo tra operatori economici in un mercato aperto alla concorrenza.

Per questi motivi, il ricorso a tale modalità di affido rimane «un problema interpretativo aperto», tanto che il Consiglio di Stato preferisce, data la particolarità del caso, rimettere all'ANAC la valutazione di una eventuale disapplicazione dell'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, consigliando a detta Autorità l'opportunità di uno specifico intervento chiarificatore in sede di aggiornamento delle più volte richiamate Linee guida, essendo necessario «ben perimetrare l'ambito del ricorso consentito alle convenzioni». Occorre evidenziare, infine, che il recente decreto "sblocca cantieri" (d.l. n. 32 del 2019) ha previsto l'emanazione di un regolamento unico⁵⁸ su proposta del ministro delle infrastrutture e dei trasporti (molto simile al precedente d.P.R. n. 207 del 2010) preposto a dettare nuove disposizioni attuative ed esecutive del Codice dei contratti pubblici⁵⁹ con l'intento di soddisfare esigenze di maggiore certezza e prevedibilità nelle gare pubbliche e di chiarire i dubbi sull'effettiva vincolatività delle Linee Guida, che, peraltro, relativamente alle materie riguardanti le modifiche del

⁵⁷ In questo caso, sembra, invece, rispettato solamente il principio di parità di trattamento. I Giudici di Palazzo Spada rilevano che potrebbe, al più, ritenersi garantito il principio interno di concorsualità, secondo quanto si evince nel comma 3 dell'art. 56 del d.lgs. n. 117/2017 che richiede alle organizzazioni di volontariato ed alle associazioni di promozione sociale il possesso dei requisiti di moralità professionale, di idoneità professionale e di capacità tecnica professionale. In tal caso, tuttavia, non è richiesta la disciplina dettagliata degli artt. 80 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, i requisiti degli operatori sono da valutare in senso relativo, cioè, sul piano oggettivo, con riferimento alla struttura ed all'attività svolta e, sul piano soggettivo, con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione ed all'aggiornamento dei volontari.

⁵⁸ Il regolamento di cui sopra dovrebbe essere emanato (entro la fine di questo anno) con un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

⁵⁹ Tale regolamento unico dovrebbe essere emanato, secondo il decreto "sblocca cantieri", entro centottanta giorni dall'entrata in vigore dello stesso.

decreto di cui sopra e quelle in contrasto con le disposizioni del nuovo regolamento, non dovrebbero più avere efficacia⁶⁰.

Sembra così che il potere dell'ANAC, che taluni hanno definito eccessivo⁶¹, venga di fatto limitato, anche se la possibilità di tale organo di emanare una regolamentazione, seppure mediante provvedimenti non vincolanti, dovrebbe rimanere invariato per i settori dove il recente decreto non ha esplicitamente preso posizione.

Prima facie, però, il nuovo decreto non sembra essere riuscito a chiarire i dubbi sulla natura incerta delle Linee guida dell'ANAC⁶² e, disciplinando un complicato regime

⁶⁰ Dalla consultazione pubblica sul Codice dei contratti pubblici, avviata dal MIT lo scorso anno, è emersa una precisa presa di posizione degli *stakeholder* e degli operatori istituzionali per la sostanziale abrogazione della *soft law* e delle Linee guida ANAC, che hanno rilevato come questa esperienza abbia determinato incertezza e instabilità del quadro normativo.

⁶¹ G. Napolitano, *È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, cit., p. 24, considera negativamente il ruolo assegnato all'ANAC, evidenziando che tale organo finiva per essere una sorta di *dominus* indiscusso della disciplina in materia di appalti e concessioni, con il potere di adottare la normativa secondaria (prima riservato al Governo) e una congerie di funzioni di regolazione, vigilanza e giudizio, da esercitare con poteri anche atipici, non sempre accompagnati da adeguate garanzie procedurali.

⁶² Il Codice, infatti, non ha fornito indicazioni univoche né sulla natura delle linee guida ANAC, né soprattutto, sull'efficacia vincolante o non vincolante alle stesse attribuita. Dal punto di vista sostanziale, la legge delega riconduce le linee guida al genere degli «atti di indirizzo» (lett. *f*) per poi qualificarli come strumenti di «regolamentazione flessibile», mentre la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 50/2016 le definisce strumenti *soft law*. Per Cons. di Stato, parere n.1767 del 2016 il carattere vincolante sarebbe da attribuire alle sole Linee guida con «valenza integrativa del precetto primario», per contro, l'efficacia non vincolante si riscontrerebbe nelle Linee guida aventi funzione meramente interpretativa dello stesso. Nella sent. Tar Puglia Lecce, sez. II, 28 marzo 2019, n. 519, si definiscono esplicitamente le Linee guida ANAC solo «prassi amministrativa», mentre nella sent. Cons. di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026 vengono definite «strumento di “regolazione flessibile” e, in quanto tale, volto all'incremento dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti». Tale qualificazione non è, però, assodata, in dottrina. Secondo V. Giannelli, *Linee guida Anac e “fuga” dall'Esecutivo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018, p. 16 ss., le Linee guida producono due effetti differenti, talora vincolanti e talaltra no; sull'equiparabilità delle Linee guida ai regolamenti, V. Neri, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. e App.*, n. 2/2018, p. 145 ss. Per P. Mantini, *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, cit. 3, «anche indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso Codice (che potrà comunque precisarlo in sede di approvazione definitiva, nei singoli articoli di riferimento), tali atti devono essere considerati quali regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400». In questo senso anche F. Cintoli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2017, p. 381 ss. e L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. della reg. dei merc.*, n. 2/2016, p. 74, che considerano le Linee guida destinate ad essere poi adottate con decreti ministeriali o interministeriali al pari dei regolamenti. V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016, p. 16 ss., definisce le Linee guida atti normativi particolari, emanati da un'autorità amministrativa, ovvero «norme» che hanno «come punti nodali del loro ciclo di

transitorio nelle more dell'emanazione del regolamento unico⁶³, palesa nuove criticità, aggiungendo ulteriori questioni in ordine alla compatibilità di tali atti con quanto previsto nel richiamato decreto "sblocca cantieri". Per di più, non può non rilevarsi il dubbio che attraverso la previsione del regolamento unico, il Governo si sia riappropriato di un potere⁶⁴ (la disciplina di regolazione/indirizzo dei contratti pubblici) che il Codice del 2016 aveva affidato ad un'autorità indipendente⁶⁵, probabilmente, al fine di limitare l'ingerenza politica in tale delicato settore⁶⁶.

vita la determinazione, modificazione, abrogazione e specialmente l'interpretazione e l'applicazione» delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici»; M. P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, n. 4/2016, p. 436, invece, fa notare come le Linee guida possono qualificarsi come «atti amministrativi di indirizzo». G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, n. 3/2016, p. 273 ss., avvicina le Linee guida alla categoria delle direttive ed evidenzia che la natura vincolante di esse sarebbe consustanziale a talune delle regolazioni di cui l'ANAC è onerata *ex lege*.

⁶³ L'effetto attuale della modifica del Codice dei contratti pubblici è quella di creare un sistema transitorio ancora più incerto, con difficoltà applicative per amministrazioni e imprese ed in netto contrasto con le esigenze di un'azione amministrativa più semplice e spedita in tale settore che il nuovo decreto si proponeva di perseguire.

⁶⁴ A tal proposito occorre, tuttavia, evidenziare che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha attivato dal 15 luglio 2019 una consultazione pubblica rivolta a tutti gli *stakeholder* sulla stesura del regolamento unico. Le valutazioni e le proposte raccolte, secondo l'intenzione dell'Esecutivo, potranno poi essere utilizzate, liberamente e in piena autonomia decisionale dell'Esecutivo, per la predisposizione del su richiamato Regolamento.

⁶⁵ Occorre evidenziare che vi è chi dubita che l'ANAC sia effettivamente riconducibile al *genus* di autorità indipendente, così, V. Giannelli, *Linee guida Anac e "fuga" dall'Esecutivo*, cit., 14 ss. la quale nota che l'ANAC è un soggetto difficilmente assimilabile a quelli "tradizionali". Sulle autorità indipendenti senza alcuna pretesa di esaustività, tra i tanti contributi, G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 176 ss.; E. Cheli, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Quad. Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 13/2003, p. 73 ss.; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, p. 210 ss.; G. De Minico, *La partecipazione al rule-making delle Autorità Indipendenti: rappresentanza politica i rappresentanza di interessi?*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere, Atti del Convegno di Caserta, 6-7 maggio 2005*, Torino, 2006, p. 423 ss.; A. Colavecchio, *Autorità di regolazione dei servizi pubblici e Regioni. Il piano della normazione*, in F. Gabriele, M.A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea, Vol. I, Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, p. 141 ss.; L. Ammannati, *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. Ammannati, P. Bilancia (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea, vol. II, Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2008, p. 181 ss.; G. P. Cirillo, R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello, Padova, 2010; G. Montedoro, *Le amministrazioni indipendenti*, in M. Pellegrini (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 271 ss.; L. Cuocolo, *Le autorità indipendenti*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2013, p. 514 ss.; G. Luchena, *Autorità indipendenti e Costituzione economica*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2016. Occorre, tuttavia, annotare che il Consiglio di Stato nel parere dell'Adunanza della

Nonostante la complessità delle tematiche ora illustrate, tuttavia, è necessario sottolineare che l'intervento chiarificatore svolto dal Consiglio di Stato nel parere *de quo* continua ad avere una sua valenza e non è inficiato dalle recenti modifiche operate dal decreto "sblocca cantieri", il quale non può che conformarsi al diritto dell'Unione ed ai suoi principi, vero fulcro delle considerazioni dei Giudici di palazzo Spada. Le interpretazioni dell'organo amministrativo si pongono, quindi, come un importante riferimento in sede di redazione del regolamento unico nella parte in cui sarà specificata ed attuata la disciplina attinente a disposizioni che, in qualche maniera, potranno interessare l'affido dei servizi sociali⁶⁷. A maggior ragione, ovviamente, anche eventuali futuri «consigli» formulati dall'ANAC (considerando che quest'ultimo sembra avere ancora la possibilità di emanare atti non vincolanti relativamente alla materia *de qua*⁶⁸) non potranno non tenere conto di quanto esposto nel parere sopra esaminato.

Commissione speciale del 21 marzo 2016 considera a tutti gli effetti l'ANAC come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione.

⁶⁶ V. Giannelli, *Linee guida Anac e "fuga" dall'Esecutivo*, cit., p. 17, ha evidenziato che le Linee guida rappresenta(va)no «una sorta di "fuga" dall'Esecutivo». Secondo S. Niccolai, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996, p. 241, le autorità indipendenti e quindi gli atti che queste emanano, congelano «dati interessi nei confronti dell'indirizzo politico, non sottraendoli già a qualsiasi indirizzo, ma sottoponendoli a indirizzi tecnicizzati e comunque tolti alla disponibilità dei poteri politici».

⁶⁷ Il c. 27 *octies* della legge di conversione del decreto "sblocca cantieri" prevede un elenco delle materie (per la verità una piccola porzione della vastissima attività svolta dall'ANAC) in cui interverrà il Regolamento unico e che ben possono riguardare anche l'affido dei servizi sociali: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali.

⁶⁸ Il d.l. n. 32 del 2019, infatti, non vieta all'ANAC di emanare provvedimenti non vincolanti, purché questi ultimi non siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.