

Linee guida ANAC per l'affidamento al terzo settore: cominciamo a fare chiarezza

Un commento di **Barbara L. Boschetti**, professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di scienze politiche e sociali, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

A seguito della pubblicazione delle Linee Guida da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione avviamo il dibattito in merito a questo documento e alle sue possibili ricadute a partire con un approfondimento giuridico che aiuta a fare chiarezza in merito ai principali messaggi che vi sono contenuti.

a cura di Cecilia Guidetti - mercoledì, marzo 16, 2016

<http://www.lombardiasociale.it/2016/03/16/linee-guida-anac-per-laffidamento-al-terzo-settore-cominciamo-a-fare-chiarezza/>

Con la recente [det. n. 32/2016](#), ANAC interviene nella materia degli affidamenti a enti del cd. Terzo settore e alle cooperative sociali. Prima di procedere con un breve commento degli aspetti più interessanti, sono necessari due chiarimenti introduttivi: il primo sullo strumento delle Linee guida; il secondo sull'oggetto di queste Linee guida.

Le linee guida

L'utilizzo di linee guida da parte di ANAC non costituisce una novità: né nella materia degli appalti (cfr., *ex multis*, det. n. 10/2015), né con riguardo agli altri settori/fini/interessi sottoposti alla sua cura (contrasto alla corruzione: det. n. 8/2015), né nel più ampio orizzonte delle autorità indipendenti (Aeeg, del. EEN 09/2011; AGCM, Linee guida in materia di sanzioni).

Esse si presentano come indirizzi di chiarimento e interpretazione del quadro normativo: in esse, l'Autorità mostra di prediligere un approccio sistematico e al tempo stesso concreto, attento cioè alla dimensione applicativa di un quadro normativo talvolta frammentato e in continua evoluzione, improntato alla sinteticità e alla chiarezza. Nelle Linee guida risulta altresì valorizzata, rispetto al mero quadro normativo e giurisprudenziale, l'apporto conoscitivo che deriva all'Autorità dalla casistica a vario titolo analizzata, regolata e sindacata, anche sul fronte del contrasto ai fenomeni corruttivi e di implementazione della trasparenza.

Non vi è in questa sede lo spazio per un approfondimento sulla natura giuridica delle Linee guida e sulla loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto: certamente, però, può dirsi che esse si ricollegano al potere regolatorio e agli altri poteri – anche di vigilanza e controllo – attribuiti all'Autorità, contribuendo anche a creare un contesto di trasparenza, fiducia e collaborazione con l'ampia platea dei destinatari e degli operatori. L'obiettivo, dunque, va ben oltre la promozione di una virtuosa circolazione di buone prassi

[1].

Come noto, questo strumento atipico è stato di recente formalizzato, ufficializzato e rafforzato (natura vincolante) dal legislatore nella cd. delega appalti (art. 1, co. 1, lett. t), co. 5, l. 11/2016), con la quale si è assegnata alle Linee guida una base positiva, in funzione dell'attuazione della riforma del Codice dei contratti pubblici, ormai prossima, e di sostituzione del Regolamento sui contratti pubblici oggi

vigente[2].

L'oggetto

Le Linee guida di cui alla det. n. 32/2016 non trattano dei soli affidamenti dei servizi sociali. **Esse riguardano, in prima battuta, gli affidamenti ad alcune categorie particolari di soggetti: operatori del cd. Terzo settore e cooperative cd. sociali.** La scelta di campo si spiega con il fatto che è proprio la natura del soggetto, in virtù di espressa considerazione normativa, a giustificare talune deroghe all'applicazione dei principi concorrenziali e regimi di affidamento altrimenti applicabili. Tali deroghe mirano appunto a garantire che tali soggetti possano esprimere al massimo la propria progettualità, qualunque sia lo strumento di affidamento (forma negoziale o di aggiudicazione), e il raggiungimento delle finalità di utilità sociale di cui sono portatori (ad es. reinserimento lavoratori svantaggiati).

Non vi è però coincidenza tra l'ambito di operatività delle deroghe a favore del Terzo settore e delle cooperative sociali e la categoria dei servizi sociali[3]. Ne consegue che l'analisi di queste deroghe s'intreccia inevitabilmente all'analisi della disciplina speciale riservata ai servizi sociali (art. 5, l. 328/00), nonché all'analisi della disciplina in tema di contratti pubblici[4].

I servizi sociali: una categoria complessa

L'intervento di ANAC evidenzia poi tutta la complessità della categoria dei servizi sociali. Tale complessità non è solo normativa: è, prima ancora, fattuale.

Di qui la trasversalità, sul piano giuridico della categoria dei servizi sociali, come definiti dall'art. 128 del dlgs 112/1998 e dall'art. 22 della l. 328/2000: essi intersecano la categoria dei servizi di interesse generale, la categoria dei servizi non economici di interesse generale, la nozione di servizi (e forniture) fatta propria dal Codice dei contratti pubblici.

Da questo punto di vista, **le Linee guida si rivelano un prezioso strumento utile a chiarire l'intreccio tra la disciplina sui servizi sociali e quella in materia di appalti e concessioni di servizi, così come tra queste due discipline e le deroghe riservate alle associazioni di volontariato e cooperative sociali.**

Il criterio di fondo seguito dalle Linee guida è quello di valorizzare i principi fondamentali dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e dei principi generali del diritto dei contratti pubblici (art. 27 del Codice), a partire da quelli di trasparenza, pubblicità e concorrenza.

Servizi sociali e concorrenza

Come già evidenziato, le linee guida richiamano la portata generale dei principi dell'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento) e, con riguardo all'affidamento del servizio (sia a mezzo di convenzione sia a mezzo di procedura di aggiudicazione), dei principi generali di concorrenza, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, economicità, tutti fatti propri dalle legislazioni sui contratti pubblici. L'attenzione non va alla sola fase di affidamento, ma, come si dirà nel prosieguo, a tutta la complessa e variegata sequenza di fasi, che saldano la definizione del fabbisogno a quella della sua concreta soddisfazione. In questo scenario, insomma, **le Linee guida aprono a una visione più ampia, dalla quale emerge come la bontà dei meccanismi di ingresso nel cd. sistema integrato dei servizi sociali siano condizionati:** a monte, dalle fasi di programmazione, progettazione e dal modo in cui le amministrazioni assolvono al loro ruolo di regolazione (Carta dei servizi, convenzioni, bandi e capitolati); a valle, dalla vigilanza sull'esecuzione e dunque sul permanere dei requisiti morali e sul rispetto degli

obblighi specificamente posti in capo all'esecutore. **Senza questo approccio comprensivo** – che rafforza e al tempo stesso responsabilizza l'amministrazione e, in prima battuta, gli enti locali singoli e associati – **il richiamo al rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, pubblicità e economicità così come, quando applicabili, delle procedure a evidenza pubblica disciplinate dal Codice dei contratti** (cfr. art. 22, l. 328/00, d.p.c.m. 2001), **sarebbe fortemente depotenziato e ridotto a questione di forma più che di sostanza** (quale invece è).

Il rispetto delle regole: verso un approccio sostanziale e non formale

Il profilo che più interessa mettere in luce è il chiaro approccio sostanziale seguito dall'autorità. In questa prospettiva devono essere letti i richiami al rispetto dei principi di imparzialità, efficienza ed economicità, così come a quelli di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento di cui all'art. 27 del Codice dei contratti. Nell'ambito dei servizi sociali e nell'area di intervento del privato sociale il rispetto di questi principi è essenziale a valorizzare la ricchezza progettuale e l'apporto collaborativo, l'introduzione di innovazione (co-progettazione), in definitiva la garanzia dei diritti e degli interessi alla cui soddisfazione i servizi sociali sono diretti. Si rivela utile, inoltre, al contrasto dei fenomeni corruttivi. **Questo approccio ha delle ricadute pratiche importanti** che si tenterà di sintetizzare per punti:

- 1. l'affidamento del servizio è solo un segmento di una sequenza procedurale e relazione più ampia.** Il mutamento di prospettiva inizia con il rafforzamento della fase di programmazione, di progettazione e di regolazione pubblica (in particolare con la definizione degli obblighi di servizio e delle conseguenze per il loro mancato rispetto) e termina con il rafforzamento del ruolo del pubblico nella fase di esecuzione, sia in funzione di vigilanza sulla qualità dell'esecuzione sia in funzione di verifica del permanere dei requisiti di legge richiesti per lo svolgimento dello stesso. In questa direzione vanno anche alcuni recenti richiami della Magistratura contabile in tema di programmazione. Ciò non significa sottrarre spazi al privato: al contrario, la partecipazione, in tutte le sue molteplici forme e funzioni, deve essere valorizzata in ogni fase e ben prima dell'affidamento, già nell'analisi e definizione del bisogno. L'obiettivo è, semplicemente quello di dare senso alla funzione amministrativa in tutta la sua complessità, minimizzando le asimmetrie informative e il rischio di cattura del regolatore.
- 2. gli strumenti giuridici devono essere valorizzati in chiave di regolazione** (come del resto già avviene per i contratti di servizio di cui agli artt. 112 e 113 TUEL). Ciò risulta evidente laddove le Linee guida si riferiscono al ruolo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure di aggiudicazione; delle convenzioni con le organizzazioni di volontariato e dei loro contenuti analitici; degli atti di programmazione e delle determinazioni da contrarre in relazione alla coerenza del rapporto tra fabbisogno/lavoro/interventi/prestazioni.
- 3. l'approccio sostanziale deve guidare anche l'applicazione della disciplina derogatoria a favore delle organizzazioni di volontariato e delle cooperative sociali (specie di tipo B), affinché possano essere perseguite le finalità specifiche per le quali queste deroghe sono previste dall'ordinamento.** In questa prospettiva vanno molti degli indirizzi interpretativi contenuti nelle Linee guida:

(con riguardo alle organizzazioni di volontariato)

- in ordine alla tipologia di servizi da affidare per convenzione;
- in merito ai criteri di calcolo del rimborso dei costi;

(con riguardo alle cooperative di tipo B)

- in ordine alla centralità della programmazione, in ordine alla definizione del rapporto fabbisogno lavoro/interventi/prestazioni e, in sede di aggiudicazione, del criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa per la valorizzazione di elementi oggettivi di valenza non economica, legati al raggiungimento di obiettivi sociali;
- all'assoggettamento delle cooperative di tipo B al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 (laddove la deroga vale solo per i lavoratori svantaggiati);
- alla definizione delle modalità di verifica, sempre da parte delle cooperative di tipo B, del rispetto dei livelli di impiego di lavoratori svantaggiati.

Uno scenario in evoluzione

Le Linee guida fanno riferimento a un quadro normativo destinato a mutare nell'immediato futuro. Di questo ANAC mostra di essere perfettamente consapevole.

La prima novità sarà rappresentata dall'entrata in vigore del cd. Decreto di recepimento delle tre Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, varato la scorsa settimana dal Consiglio dei Ministri e destinato a entrare in vigore il 18 aprile prossimo. Si tratta di un intervento normativo necessario, che sarà accompagnato dalle prime Linee guida ANAC. Seguirà poi, entro la metà di giugno, il cd. Decreto di riordino della disciplina dei contratti pubblici (cfr. art. 1, co. 1, l. 11/2016) e l'abrogazione completa della disciplina oggi vigente.

La seconda novità all'orizzonte è invece rappresentata dalla riforma del cd. Terzo settore[\[5\]](#).

Dal recepimento delle Direttive UE arrivano alcune interessanti novità anche in tema di servizi sociali e affidamenti al Terzo settore e alle cooperative di tipo B: per gli affidamenti di servizi sociali – e ai servizi ricadenti nell'allegato XIV della Direttiva – di importo superiore alla soglia di 750.000 euro è previsto un regime di aggiudicazione alleggerito (art. 74 ss.). Più precisamente, il legislatore UE richiede il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento, con la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi[\[6\]](#). A questo regime sono equiparati i servizi di trasporto pazienti in ambulanza, anche se aggiudicati unitamente a altri servizi in ambulanza, purchè il valore dei primi sia superiore. Il regime convenzionale potrà invece essere mantenuto per i servizi di emergenza prestati da organizzazioni non lucrative.

In questa strada va anche la bozza del Decreto di recepimento delle direttive, nell'ultima versione del 26 febbraio scorso (cfr. art. 35 e 142, all. IX). Sempre sulla scorta di un'indicazione contenuta nelle Direttive, il legislatore nazionale mostra di valorizzare il criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa per tutti gli affidamenti di servizi sociali – nonché di servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera (art. 50, co. 2, della bozza di Codice di recepimento). Da questo punto di vista, le Linee guida, anticipano questa novità, sottolineando già a regime vigente, la maggiore coerenza di tale criterio di aggiudicazione con la speciale natura dei servizi sociali. Per i sottosoglia, valgono le procedure stabilite dall'art. 36 (della bozza di Codice di recepimento) e, in ogni caso, i principi stabiliti dall'art. 4. Determinante sarà, a riguardo, l'intervento di ANAC a mezzo dello strumento delle Linee guida (art. 36, co. 7, della bozza di Codice di recepimento).

Altra grande novità introdotta dalle Direttive è la disciplina in tema di concessioni. Dietro questo termine si nascondono molte forme di partenariati pubblico-privati (i cosiddetti PPP) che trovano ampio utilizzo nel sistema integrato dei servizi sociali (cfr. art. 3, co. 1, lett. tt) della bozza di Codice di recepimento del 26.02.2016). Ebbene, in considerazione delle caratteristiche peculiari, la Direttiva individua per le

concessioni di servizi sociali sopra soglia un regime minimo che mira a salvaguardare il principio di trasparenza e pubblicità: preavviso di informazione e avviso di aggiudicazione, oltre alle garanzie giurisdizionali (cfr. art. 19, Dir. 2014/23/UE). L'impatto di questa novità rimane tutto da esplorare, anche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle Linee guida ANAC che seguiranno.

[1] In questa direzione va anche lo strumento dei pareri pre-contenziosi (con un tasso di osservanza del 92%, confortato anche dagli esiti delle vicende processuali che originano da comportamenti difformi) e l'esperienza dei bandi-tipo, oltre ai molti altri canali di dialogo e confronto tra stazioni appaltanti e Autorità previste dalla nuova disciplina sui contratti pubblici in via di definizione.

[2] Si vedano però anche le molte altre norme contenute nella bozza di Codice di recepimento delle Direttive 2014 in materia di appalti e concessioni, versione 26.02.2016, che rinviano allo strumento delle Linee guida.

[3] Basti pensare all'ampiezza di oggetto dei cd. appalti riservati (alle cooperative sociali); ai servizi di emergenza, al servizio di trasporto in ambulanza (CGUE, 11 dicembre 2014, C- 113/13, caso Spezzino); ma anche, alla pluralità di settori di operatività di tali soggetti.

[4] Ciò in virtù: sia di quanto previsto dall'art. 5 della stessa l. 328/00 e dall'art. 6 d.p.c.m. 30 marzo 2001, sia degli artt. 20 e 27 del Codice dei contratti (contratti esclusi), sia della molteplicità di servizi (che possono ricadere sia tra i servizi in Allegato A sia B) e/o prestazione di beni cui i soggetti del Terzo settore e le cooperative sociali possono essere chiamate (amplius, infra, *Uno scenario in evoluzione*).

[5] dd.l. 1870 approvato dalla Camera il 9.4.2015, recante *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale*.

[6] in proposito, si vedano Comunicazione della Commissione UE, *Una disciplina di qualità? per i servizi di interesse generale in Europa*, Bruxelles, 20.12.2011 COM(2011) 900 def.