

Numero 00802/2022 e data 03/05/2022 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 12 aprile 2022

NUMERO AFFARE 00354/2022

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione - ANAC.

Schema di linee guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”.

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 0019608 in data 16 marzo 2022 con la quale l’Autorità nazionale anticorruzione - ANAC ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Marina Perrelli;

Premesso:

1. Con la nota n. 0019608 del 16 marzo 2022 l’Autorità nazionale anticorruzione ha trasmesso il documento denominato “Indicazioni in materia di affidamenti servizi sociali” per acquisire il parere del Consiglio di

Stato in considerazione della rilevanza e della novità delle questioni trattate e dell'impatto *erga omnes* delle linee guida.

L'ANAC riferisce che lo schema di linee guida è stato elaborato in applicazione dell'art 213, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016 con la dichiarata finalità di promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, all'indomani delle modifiche introdotte dal D. L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, per assicurare il coordinamento tra il codice dei contratti pubblici e il codice del terzo settore di cui al D.lgs. n. 117/2017.

2. Il testo trasmesso al Consiglio di Stato per il parere è accompagnato dall'A.I.R. nella quale sono descritti il quadro normativo e il mercato di riferimento e sono indicati gli obiettivi dell'intervento, unitamente agli indicatori che consentiranno di verificarne il grado di raggiungimento e di monitorarne l'attuazione attraverso la VIR. Al riguardo l'ANAC riferisce che la constatata scarsa partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi sociali bandite dalla S.A. l'ha indotta a individuare tra gli obiettivi primari dell'intervento la promozione di una maggiore concorrenza tra operatori del settore in un'ottica di miglioramento della qualità dei servizi e dell'efficienza dell'azione amministrativa, rispetto alla quale è funzionale la conoscibilità della disciplina di volta in volta applicabile.

Considerato:

Il quadro normativo di riferimento.

3. Lo schema di linee guida sottoposto al parere di questo Consiglio trae occasione dalle modifiche al codice dei contratti pubblici, introdotte dal D.L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, con le quali il legislatore ha inteso coordinare quest'ultimo e il codice del terzo settore, nel senso della riduzione dell'ambito di applicazione del D.lgs. n. 50/2016.

3.1. L'art. 30, comma 8, specifica che *“alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.*

117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241”, per quanto non espressamente previsto dal codice, mentre al successivo art. 59, comma 1, recante la disciplina delle procedure di scelta del contraente, è stata aggiunta la precisazione *“fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117”*.

Ne consegue che per effetto di tali modifiche sono assoggettati alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, indicate all’art. 142, solo i servizi sociali rientranti nell’allegato IX, se non organizzati ai sensi degli artt. 55 e 56 del Codice del terzo settore o mediante forme di autorizzazione o accreditamento previste dalle disposizioni regionali in materia.

I precedenti.

4. Con il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 la Commissione speciale, istituita per esaminare la richiesta di parere dell’ANAC riguardo alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, alla luce del D.lgs. n. 50 /2016, come modificato dal D.lgs. n. 56/2017, e del D.lgs. n. 117/2017 (codice del terzo settore), aveva affermato che *“in considerazione della primazia del diritto euro unitario la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle differenti previsioni del codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro – unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni”*.

4.1. Nel citato parere il Consiglio di Stato aveva, inoltre, auspicato *“l’intervento in sede di aggiornamento delle “Linee guida per l’affidamento di servizi ed enti del terzo settore ed alle cooperative sociali” (di cui alla delibera ANAC n. 32 del 2016), allo scopo di bene delimitare l’ambito del ricorso consentito alle convenzioni (...), al contempo delimitando il concetto di rimborso spese, e di evidenziare, specularmente, l’ipotesi in cui lo strumento convenzionale, in quanto previsto da una norma interna in contrasto con il diritto euro-unitario, dotato di primauté rispetto al diritto Successivamente la Sezione nazionale, non possa essere applicato”*.

5. Con il successivo il parere interlocutorio n. 3235 del 27 dicembre 2019 la Sezione si è pronunciata sullo schema delle “Linee guida recanti indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”, disponendone la restituzione all'ANAC al fine:

- di verificare la compatibilità delle linee guida con le disposizioni dell'adottando regolamento unico, attesa la sovrapposibilità della disciplina contenuta nelle due fonti in relazione ad alcuni istituti;

- di rivedere le linee guida alla luce di quanto affermato nel parere n. 2627 del 17 ottobre 2019, secondo cui *“l'intervento delle linee guida non vincolanti – e il corrispondente potere dell'ANAC in materia di appalti e concessioni – deve ammettersi con riferimento alle disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ivi comprese le concessioni) o l'esecuzione degli stessi. Va escluso, invece, che, al di fuori del perimetro ora indicato, l'ANAC abbia il potere di adottare linee guida, seppur di tipo non vincolante”*, evidenziando come le norme e gli istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore non possono rientrare nel campo di operatività delle richiamate linee guida non vincolanti.

La giurisprudenza costituzionale in materia di Enti del Terzo Settore.

6. La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020, intervenuta nelle more della revisione delle linee guida sottoposte all'esame del Consiglio di Stato, recita testualmente che l'art. 55 del Codice del terzo settore *“realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria”*, integrando *“una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.”*.

La Corte prosegue statuendo che *“si è identificato così un ambito di organizzazione delle libertà sociali non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente”*.

6.1. Sulla scorta dei predetti principi è conseguenziale per la Corte costituzionale delineare la natura della relazione tra ente pubblico e terzo settore sottolineandone la differenza rispetto alle relazioni basate sullo scambio di mercato. Afferma la Corte che *“si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell’art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la ‘co-programmazione’, la ‘co-progettazione’ e il ‘partenariato’ (che può condurre anche a forme di ‘accreditamento’) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall’art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”*.

6.2. La sentenza n. 131 del 2020 dissipa, inoltre, anche il dubbio sulla compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali, previste dal Codice del terzo settore, avanzato da questo Consiglio nel richiamato parere n. 2052 del 2018, evidenziando che *“lo stesso diritto dell’Unione ... mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà”*.

Considerazioni generali.

7. Lo schema di Linee guida sottoposto al parere del Consiglio di Stato dichiara nella premessa di volersi concentrare *“sulle procedure di affidamento assoggettate alle disposizioni del codice dei contratti pubblici”*, rimandando al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021 le indicazioni sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, come disciplinato dagli artt. 55, 56 e 57 del D.lgs. n. 117/2017.

In particolare, attesa la riduzione dell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici ai soli servizi individuati dall'art. 142, comma 5 *bis*, che non siano organizzati mediante il ricorso a forme di collaborazione/convenzione/accreditamenti con gli ETS e la conseguente non applicabilità di importanti istituti, quali quelli della procedura competitiva, della negoziazione, dell'avvalimento, del subappalto, dell'esecuzione, l'ANAC ha ritenuto di intervenire in aiuto delle S.A. che si troveranno a dover colmare i predetti vuoti normativi nella gestione delle singole procedure, con gli obiettivi dichiarati:

- di favorire la massima partecipazione nell'ambito delle procedure competitive, compatibilmente con il perseguimento degli obiettivi sociali perseguiti;
- di assicurare la conoscibilità della disciplina applicabile dalle singole stazioni appaltanti per le fasi/gli istituti non assoggettati all'applicazione del codice dei contratti pubblici e, quindi, garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici;
- . di assicurare la qualità delle prestazioni e il raggiungimento degli obiettivi perseguiti attraverso la garanzia di professionalità dei prestatori di servizi e il monitoraggio dell'esecuzione del contratto.

7.1. Riferisce, inoltre, l'ANAC che le indicazioni contenute nelle linee guida in questione possono costituire una fonte di ispirazione per la redazione da parte delle amministrazioni pubbliche dei regolamenti interni che “disciplinano le procedure di affidamento di servizi sociali esclusi ed estranei dall'ambito di applicazione del codice e l'utilizzo degli istituti previsti dal CTS in base alla propria autonomia regolamentare e organizzativa”.

8. La prima osservazione è di natura squisitamente metodologica in quanto dalla lettura dell'AIR emerge che lo schema di linee guida sottoposto al parere di questo Consiglio è frutto di una pregressa attività istruttoria, svolta in epoca antecedente alle modifiche normative intervenute sul codice dei

contratti pubblici e che aveva prodotto il documento, oggetto del menzionato parere n. 3235 del 27 dicembre 2019.

8.1. Al riguardo il Consiglio osserva che parte dei dati utilizzati risalgono al periodo 2016/2020, in quanto acquisiti dalla Banca dati dell'Autorità possono risentire – come evidenziato dalla stessa ANAC - degli errori e delle omissioni nell'inserimento da parte dei RUP e certamente non contemplano proiezioni che tengono conto di quello che accadrà in forza della nuova disciplina introdotta dal più volte citato DL n. 76/2020.

Appare, pertanto, opportuno quanto meno un aggiornamento dei predetti dati al fine di considerare l'impatto della nuova disciplina introdotta dal più volte citato D.L. n. 76/2020 che, secondo quanto dichiarato dalla stessa Autorità referente, è alla base dell'adozione delle presenti linee guida.

9. Sotto il profilo contenutistico la Sezione è ben consapevole degli aspetti di complessità che caratterizzano il rapporto tra codice dei contratti pubblici e codice del terzo settore in materia di affidamenti dei servizi sociali, quale riflesso della dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà.

Esemplificativi di tale complessità sono, da un lato, le diverse opzioni ermeneutiche sposate da questa stessa Sezione nei richiamati pareri resi nella materia in questione, e, dall'altro, le pronunce della giurisprudenza unionale (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14) e della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131 citata) per smorzare e comporre il conflitto tra la *ratio* che ispira la disciplina del codice dei contratti pubblici e quella che ispira il codice del terzo settore in materia di affidamenti dei servizi sociali.

10. Alla luce della detta premessa e del quadro normativo e giurisprudenziale ampiamente richiamato, la Sezione ritiene opportuno, prima di procedere ad un esame dettagliato dell'articolato, sottoporre all'Autorità richiedente, in un'ottica di reciproca e fattiva collaborazione, una serie di considerazioni di

carattere generale, quale stimolo per un confronto sull'opzione di intervento prescelta e motivata in sede di AIR dalla necessità di supportare le stazioni appaltanti nell'individuazione e nella corretta applicazione della normativa applicabile e dei conseguenti benefici in termini di certezza, efficienza e standardizzazione dell'azione amministrativa.

10.1. La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell'ambito di disciplina.

10.2. Il Consiglio non può non interrogarsi sull'opportunità e sull'effettiva utilità di una regolamentazione non vincolante, ma estremamente dettagliata, che non si limita alle sole procedure di affidamento dei servizi sociali, assoggettate alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, ma contiene indicazioni e auspici anche su fattispecie estranee ed escluse dall'applicazione del codice dei contratti pubblici (punti 2 e 3), nonché su ambiti che sembrano esulare dalle competenze specifiche dell'ANAC, quali ad esempio la programmazione delle risorse e degli interventi sociali, i piani regionali degli interventi e dei servizi sociali, realizzati dalle Regioni d'intesa con i Comuni interessati, la Carta dei servizi sociali (punto 5), l'aggregazione e la centralizzazione della domanda (punto 6).

10.3. Come evidenziato dalla stessa Autorità richiedente in sede di AIR, le linee guida in questione intervengono in una materia già ampiamente e dettagliatamente disciplinata da disposizioni di fonte primaria, dal codice dei contratti pubblici al codice del terzo settore, alla legge n. 328/2000, e di fonte secondaria, quali ad esempio le linee guida, adottate rispettivamente con i decreti del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali del 23 luglio 2019 e del 31 marzo 2021, più volte citate, nonché le normative di settore con previsioni rivolte ai livelli territoriali di volta in volta interessati.

Peraltro, proprio le modifiche al codice dei contratti pubblici, introdotte dal D.L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, che costituiscono lo spunto per l'adozione delle linee guida oggetto di parere hanno introdotto disposizioni di coordinamento tra quest'ultimo e il codice del terzo settore, nel senso della riduzione dell'ambito di applicazione del D.lgs. n. 50/2016.

10.4. In tal senso la Sezione suggerisce all'Autorità una riflessione sulla necessità e/o opportunità di disposizioni, peraltro di carattere non vincolante, in una materia, come si è detto, già ampiamente e dettagliatamente normata sia a livello di fonti primarie che secondarie.

A titolo meramente esemplificativo, il Consiglio osserva che in ordine alle indicazioni contenute nel punto 7, concernente le misure volte a garantire il rispetto delle condizioni previste dall'art. 142, comma 5 *ter*, del codice, nei paragrafi dedicati all'accessibilità, alla continuità, alla disponibilità, alla completezza e alla qualità dei servizi, l'ANAC esprime una serie di considerazioni ed auspici di carattere generale (quali l'accesso universale, l'istituzione di sportelli sociali, la continuità del servizio per tutta la durata del bisogno, la garanzia di una gamma di servizi sociali ampia, ma con percorsi individuali) che, oltre ad appartenere alla competenza del Codice del terzo settore, sono già oggetto di normazione da parte delle richiamate linee guida, adottate con il decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali del 23 luglio 2019.

Perplessità desta anche il paragrafo 3.2 "servizi di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza", oggetto di affidamento diretto in via prioritaria alle organizzazioni di volontariato con le caratteristiche di cui all'art. 57 del Codice del terzo settore e come tale esulante dall'applicazione del codice dei contratti pubblici, laddove viene data una definizione del trasporto sanitario di emergenza e di quello di urgenza che pare non competere all'ANAC, né è dato rinvenirvi ulteriori esemplificazioni volte ad agevolare l'applicazione della normativa vigente (cfr. AIR pag. 21) .

11. Con riguardo poi alla parte III, dedicata ai regimi derogatori previsti dal codice dei contratti pubblici e che, in conformità al parere n. 2627 del 17 ottobre 2019 di questa Sezione, rappresenta lo specifico ambito di intervento delle linee guida non vincolanti dell'ANAC, la Sezione non può non osservare che si tratta di fattispecie già oggetto di un'articolata disciplina negli artt. 112, comma 1, e 143, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016 e rispetto alle quali non sembra essere necessaria una regolamentazione secondaria che espliciti quanto già normato dalla fonte primaria, in assenza di un contenuto attuativo ulteriore, atteso anche il carattere non vincolante delle linee guida.

12. La Sezione sottopone all'Autorità richiedente, quale ulteriore spunto di riflessione ai fini della scelta tra l'opzione tra l'intervento e il non intervento, la valutazione dell'avanzato *iter* del D.D.L. per l'adozione, entro sei mesi dalla sua entrata in vigore, di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina degli appalti pubblici, con l'obiettivo di riordinare e semplificare le previsioni del D. Lgs. 50/2016.

12.1. In linea con la filosofia del citato DDL di introdurre e mantenere livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie, la Sezione, in un'ottica di massimo confronto collaborativo, suggerisce all'Autorità richiedente di valutare se, una volta ridotto l'ambito di regolazione delle presenti linee guida ai regimi derogatori previsti dal codice dei contratti pubblici, in conformità al parere n. 2627 del 17 ottobre 2019 di questa Sezione, le stesse non possano confluire in FAQ che potrebbero costituire una sorta di *vademecum* per le stazioni appaltanti per colmare i vuoti normativi nella gestione delle singole procedure, conseguenti alla non applicabilità di importanti istituti, quali quelli della procedura competitiva, della negoziazione, dell'avvalimento, del subappalto, dell'esecuzione.

1.2.2 Al riguardo la Sezione rileva che tale tipologia di indicazioni potrebbe, comunque, assicurare le finalità della conoscibilità della disciplina applicabile dalle singole stazioni appaltanti per le fasi/gli istituti non assoggettati all'applicazione del codice dei contratti pubblici, della parità di trattamento tra

gli operatori economici, della qualità delle prestazioni e della professionalità dei prestatori di servizi, in modo forse più agile e presumibilmente più congeniale alle esigenze degli operatori del settore che non si troverebbero dinnanzi ad un'ulteriore regolamentazione, sebbene non vincolante, non di immediata comprensione.

13. Alla stregua delle esposte considerazioni, ferma e riservata ogni ulteriore valutazione e determinazione sul merito contenutistico delle proposte linee guida, la Sezione ritiene di sospendere la pronuncia del richiesto parere, in attesa degli indicati approfondimenti.

P.Q.M.

Sospende la pronuncia del parere nelle more degli approfondimenti istruttori indicati in motivazione.

L'ESTENSORE
Marina Perrelli

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio