



**«La disciplina di settore per
l'affidamento dei servizi sociali e
assistenziali»**

Elvis CAVALLERI

2 Aprile 2019 dalle ore 11.30 alle ore 12.30

L'involucro giuridico Euro-unitario

Considerando n. 6

«gli Stati membri sono liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali (...), in quanto servizi di interesse economico generale, (...) non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

Considerando n. 114

«In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi (servizi alla persona n.d.r.), gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale **imperativo**, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi (...). In tale contesto, gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici. Gli Stati membri (...) sono liberi di fornire tali servizi (...) attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione» (**accreditamento?**).

L'involucro giuridico Euro-unitario

Direttiva 2014/23/UE (concessioni)

«i regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito, senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio, non dovrebbero configurarsi come concessioni, compresi quelli fondati su accordi giuridici tra l'autorità pubblica e gli operatori economici. Tali sistemi si basano generalmente su una decisione dell'autorità pubblica che definisce le condizioni trasparenti e non discriminatorie applicabili all'accesso continuo da parte degli operatori economici alla fornitura di servizi specifici, quali i servizi sociali, consentendo ai clienti di scegliere tra tali operatori.

«Gli Stati (...) rimangono liberi (...) di organizzare i servizi sociali secondo modalità che non comportino la conclusione di concessioni, per esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi oppure il rilascio di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfino le condizioni preventivamente stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice (...), senza limiti o quote di sorta, purché tali sistemi garantiscano sufficiente pubblicità e rispettino i principi di trasparenza e di non discriminazione» (**accreditamento?**).

Considerando n. 13

Considerando n. 54

La nostrale «prigione giuridica»

Il Codice dei contratti

Ante correttivo

Il Codice sussume *tout court* i servizi sociali nell'impianto codicistico, prevedendo un (pachidermico) sistema alleggerito che lambisce il ridicolo, con buona pace del divieto di *gold plating*. Acqua passata, per cui non perdiamo tempo. L'inciso è utile solo per capire l'approccio alla materia del legislatore domestico e dei connessi risvolti interpretativi in sede giurisdizionale.

Post correttivo

La soluzione migliora, con l'introduzione dei commi da 5-bis a 5-nonies all'art. 142, che delineano un sistema speciale in ordine: a principi generali ulteriori e «speciali», (qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti; alla programmazione dei servizi (art. 21); alla centralizzazione della committenza (artt. 37 e 38); ai moduli procedurali (artt. da 54 a 58 e da 60 a 65, nonché artt. 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, con previsione dell'obbligo generalizzato di ricorso al criterio dell'OEPV).

Il vero carceriere: Il Consiglio di Stato



*Un correttivo
da
correggere*

Il parere della Commissione speciale 22 marzo 2017 n. 00432/2017

Al Consiglio di Stato il Correttivo non piace proprio. Ciò è importante per valutare i contenuti dell'importantissimo e specifico parere reso sui servizi sociali di cui si dirà *infra*.

Lapidariamente il supremo Consesso della giustizia amministrativa afferma che «Sul piano sostanziale, si rileva che la articolata novella apportata all'art. 142, finalizzata a "alleggerire" il regime dei servizi sociali, **non appare condivisibile**».

Il Collegio sostiene che il diritto europeo consente, ma non impone, agli Stati membri, di introdurre un regime "alleggerito" per i servizi sociali, di talché il codice nella sua versione originaria ha inteso non avvalersi di tale facoltà, scelta proconcorrenziale, pienamente consentita dal diritto europeo.

«Si invita pertanto il Governo a valutare la espunzione dei commi da 5-bis a 5-novies, in quanto limitano la concorrenza in un vasto settore degli appalti pubblici».

La magnitudo delle modifiche del correttivo

Ecco perché il Consiglio di Stato è triste

*Un parziale
ritorno al caro
allegato II-B...*



L'effetto della nuova disciplina è che risultano inapplicabili rilevanti disposizioni proconcorrenziali quali, a titolo di esempio:

- la disciplina sui commissari di gara esterni (artt. 77 e 78);
- la disciplina limitativa sulla procedura competitiva con negoziazione (art. 59);
- l'avvalimento (art. 89);
- le garanzie (artt. 93 e 103);
- la pubblicità dei bandi di gara (artt. 71 ss.);
- le informazioni ai candidati e offerenti (art. 76);
- la verifica delle offerte anomale (art. 97);
- la disciplina sul subappalto (art. 105);
- tutta la disciplina sulla fase di esecuzione del contratto.

Inoltre tale regime viene esteso agli appalti dei servizi di mensa e ristorazione

Il governo non sente... ma il Consiglio di Stato insiste

Parere della commissione speciale 26 luglio 2018 n. 01382

*Ostinato
e
contrario*

Con argomentazioni per molti aspetti non condivisibili, che si concentrano perlopiù sulla nozione soggettiva di operatore economico piuttosto che sulla nozione oggettiva di servizi sociali, sulla nozione oggettiva di «appalto pubblico» piuttosto che sulle peculiarità del mercato di riferimento, ambito settoriale per il quale gli Stati membri godono di amplissima libertà, l'intimidatorio Consiglio di Stato indirettamente avoca a sé funzioni legislative...

*e
creativo...*

«mentre le direttive del 2004 escludevano pressoché in toto i servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, le direttive di nuova generazione del 2014 includono espressamente pure gli “appalti di servizi sociali”, in tal modo disvelando la sottesa mens legis tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello de quo, prima lasciato ai decisori nazionali. **Si è pertanto passati dal regime di esclusione a quello di inclusione**, con tutte le conseguenze del caso». **DAVVERO???**

Ma è così grosso il problema? E così ampie le differenze?

Dall'art. 20 del vecchio Codice all'art. 142 del nuovo

prima

L'affidamento dei servizi sociali avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

adesso

Piuttosto che una procedura negoziata, ora è necessaria una procedura aperta. Per il resto, tutte le argomentazioni del Consiglio di Stato non paiono cogliere nel segno: anche nel sistema previgente si doveva tener conto del più ampio contesto sistematico in cui la normativa de qua si colloca, nell'ambito del principio della primazia del diritto euro-unitario.

sempreverde

La comunicazione interpretativa della commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02) DOCET... [clicca qui](#) e impara a memoria 😊



L'onanismo concettuale sovente è una brutta bestia... W il pragmatismo Europeo



E la disciplina speciale? E quella regionale?

Un sistema frastagliato

Che rapporto sussiste tra le normative speciali settoriali, talune persino sopravvenute, rispetto all'impalcatura generale del Codice così come delineata nelle slide precedenti?

- a) Legge n. 08 novembre 2000, n. 328 (legge quadro servizi sociali);
- b) D.P.C.M. 30 marzo 2001;
- c) Legislazione regionale concorrente;
- d) Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 32 del 20 gennaio 2016 recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali";
- e) D.lgs. 3 luglio 2017, n.117 (codice del terzo settore).

Il mosaico

Alla prossima!



Discorso troppo complesso, ne riparliamo alla prossima puntata!

**Si potrà ragionare su convenzioni, co-progettazione e
accreditamento**

E sotto soglia?

Disciplina applicabile

Anzitutto, la soglia

Si rammenta che i servizi sociali beneficiano di una soglia di rilievo comunitario sensibilmente maggiore, ovvero pari ad € 750.000,00 (cfr. articolo 35, comma 1, lettera d) del Codice).

E poi?

Per il resto, sotto soglia, non vi sono particolari elementi di differenziazione rispetto ai servizi «ordinari», in quanto ai sensi dell'art. 142, c. 5-octies, gli appalti di servizi sociali di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36.

Ovvero?

L'affidamento e l'esecuzione garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, **nonché il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti**, garantendo altresì l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Passiamo all'operatività (limitatamente al sotto soglia)

Il progetto di servizio

Art. 23, c.. 15

il progetto deve contenere: la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio; le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza; il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi; il prospetto economico degli oneri complessivi per l'acquisizione dei servizi; il capitolato speciale descrittivo e prestazionale, i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara.

Art. 21 e 142 5-quater

Il tutto dando per scontato che già si sia ottemperato agli oneri di programmazione (strumenti di programmazione nel rispetto della legislazione statale e regionale di settore)

*Ma io...
nun c'ho voglia!*

Take it easy: «il progetto in materia di servizi è rappresentato sostanzialmente dagli atti di gara (importo di gara, capitolato, criteri); questi ci sono certamente altrimenti la gara non esisterebbe». Esemplare perla di pragmaticità! T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, II, 18 maggio 2017, n. 384, [clicca qui](#).

La selezione degli operatori economici da invitare

La fase di avvio della procedura

per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 750.000 si procede mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

Art. 36, c.. 2, lett. b)

Per le modalità di gestione delle indagini di mercato o degli elenchi di operatori economici si rimanda alle Linee guida Anac n. 4, [clicca qui](#), con riferimento al paragrafo 5 e sotto-paragrafi. L'ANAC, come spesso accade, si contraddice: al punto 5.2 dice che la procedura prende avvio con la determinazione a contrarre, e successivamente si procede con lo svolgimento delle indagini di mercato. Al successivo punto 5.1.3 dice che nella determina a contrarre vanno formalizzati i risultati delle indagini medesime. Ma allora?

Linee guida Anac

L'economia procedurale impone che la determina sia unica, da adottarsi una volta conclusa l'indagine di mercato, con la quale approvare formalmente gli atti di gara.

Il principio di rotazione

Si applica ai servizi sociali?

Il tipo di servizio richiesto (integrazione e inclusione scolastica e formativa degli allievi con disabilità) giustifica con validi argomenti la scelta di chiamare in gara anche i gestori del servizio di assistenza nel precedente anno scolastico, qualora non siano emerse negatività della gestione. (Tar Lazio, Latina, sez. I, 06 marzo 2018, n. 105, [clicca qui](#)).

Le argomentazioni, tutte volte a concludere che nell'affidamento in esame, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381 del 1991, non trova applicazione il principio di rotazione, non possono essere condivise (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435, [clicca qui](#), Tar Veneto, Venezia, sez. I, 21 marzo 2018, n. 320, [clicca qui](#)). Le pronunce invero non si riferiscono specificatamente ai servizi sociali, bensì ad appalti riservato ex art. 112 del Codice dei contratti, che tuttavia parimenti beneficia della continuità in relazione al progetto di inserimento lavorativo....

L'affidamento dei servizi sociali deve garantire la qualità, la **continuità**, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi (art. 142).

Risposta negativa

Risposta positiva

Ricordiamo che



Appalti di servizi sociali: chi può partecipare?

Le associazioni di volontariato

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGE 23.12.2009, causa C-305/08) la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa, per cui "l'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici. Quanto, in particolare, alle associazioni di volontariato, ad esse non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa. Esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", a cui il d.lg. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa" (vedi ex multis CdS 116/2016, [clicca qui](#), nonché CdS n. 283/2013 e n. 5882/2012; Corte di Giustizia UE 01/07/2008, causa C-49/07; Id., 29/11/2007, causa C-119/06).

*La nozione
ampia di
operatore
economico*

Le associazioni devono essere iscritte alla CCIA?

Il contrasto giurisprudenziale

Il TAR siculo

la disposizione indicata risulta perfettamente coerente con la previsione dell'art. 83, comma 1°, lett. a), e comma 3°, del D.Lgs. n. 50/2016, in considerazione della quale la partecipazione ad un appalto pubblico richiede il possesso di requisiti di idoneità professionale che, per i soggetti italiani, si concretizzano nell'iscrizione alla Camera di Commercio (Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 13 dicembre 2017, n. 2907, [clicca qui](#)).

Il TAR campano

deve considerarsi illegittima l'esclusione in ragione della mancata iscrizione alla CCIAA di uno dei soggetti consorziati che, però, non avendo natura di impresa, alla CCIAA non avrebbe potuto essere iscritta (Tar Campania, Napoli, sez. IV, 08 novembre 2018, n. 6519, [clicca qui](#)).

Bando tipo ANAC



L'iscrizione alla CCIA è sostituita dall'iscrizione ad altri registri o albi (registri regionali/provinciali del volontariato o al registro unico nazionale del Terzo settore), qualora la stazione appaltante, valutato il relativo mercato di riferimento prevede la partecipazione alla gara di soggetti ai quali la legislazione non imponga per l'espletamento dell'attività oggetto di gara, l'iscrizione alla Camera di Commercio (Delibera ANAC 767 del 05/09/2018, [clicca qui](#)).

Ed al contrario: le cooperative sociali possono partecipare a gare per servizi commerciali?

La risposta del TAR napoletano

Il favor legislativo che riconosce particolari vantaggi anche fiscali a favore delle cooperative sociali **non implica una discriminazione al contrario, ovvero non dà luogo ad una deminutio della capacità di giuridica della cooperativa sociale** che posseda i requisiti sostanziali di “operatore economico”. Ciò in ossequio al **principio della “neutralità” della forma giuridica** rivestita dai soggetti partecipanti, a sua volta corollario del principio della più ampia partecipazione possibile alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, il cui mancato rispetto determinerebbe una violazione dell’art. 45 del D.lgs. 50/2016 che, nella individuazione degli operatori economici “ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici” fornisce un elenco non esaustivo comunque comprensivo delle “società anche cooperative” (Tar Campania, Napoli, sez. II, 01 marzo 2019, n. 1153 , [clicca qui](#)).

*Risposta
affermativa*

Appalti e concessioni riservati (Inserimento lavorativo)

L'art. 112 del Codice

Le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

La norma

Le altre norme

La previsione in parte si sovrappone assorbendola, ed in parte convive (con diversi ambiti di applicazione) con l'art. 5 della Legge 8 novembre 1991, n. 381 (per un approfondimento cfr. La Delibera ANAC n. 207 del 1 marzo 2017 [cliccando qui](#), e la pronuncia TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 10 novembre 2017, n. 1371 [cliccando qui](#)).

Appalti e concessioni riservati: la questione avvalimento

È da ritenersi ammissibile l'avvalimento? Risposta affermativa, ma c'è un ma...

TAR campano

«le fattispecie normative in cui non è ammesso il ricorso all'avvalimento, costituendo eccezioni alla regola generale, vanno interpretate restrittivamente, tenuto conto che i limiti all'avvalimento in tanto si possono giustificare, in quanto vi sia l'esigenza di fornire idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti» (Tar Campania, Napoli, sez. V, 03 aprile 2018, n. 2144, [clicca qui](#)).

TAR piemontese

«che la pretesa limitazione alla facoltà di avvalimento, oltre a non essere contemplata espressamente dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, neppure risponderebbe alla ratio che ha ispirato la disciplina degli appalti riservati, dal momento che l'impiego (obbligatorio) di lavoratori svantaggiati nell'esecuzione del servizio è del tutto compatibile con l'utilizzo di requisiti posseduti da una società di capitali ordinaria» (Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 giugno 2018, n. 705, [clicca qui](#)).

Appalti e concessioni riservati: profili di criticità

L'avvalimento ed il possibile aggiramento della norma

Art. 89 del Codice

Per quanto riguarda le «esperienze professionali pertinenti» gli operatori economici possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

La giurisprudenza

La giurisprudenza (e pure l'ANAC) riconduce le esperienze professionali pertinenti al requisito di capacità tecnica del tipo «aver eseguito nel triennio il servizio X» (Tar Veneto, Venezia, sez. I, 23 aprile 2018, n. 439 confermata da Consiglio di Stato, sez. V, 06 ottobre 2018, n. 5750, [clicca qui](#); Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 22 ottobre 2018, n. 1007, [clicca qui](#); Delibera Anac N. 419 del 02 maggio 2018, [clicca qui](#)).

E quindi?

Se l'impresa ausiliaria (puramente commerciale) che se ne frega dell'inserimento lavorativo deve eseguire direttamente e personalmente le prestazioni, ecco che la ratio della norma è frustrata ed aggirata da una così ricostruita interpretazione giurisprudenziale.

Appalti e concessioni riservati (Cooperative)

L'art. 143 del Codice

1. Le stazioni appaltanti possono riservare alle organizzazioni di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali.
2. Gli affidamenti di cui al comma 1 devono soddisfare tutte le seguenti condizioni:
 - a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1;
 - b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
 - c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;
 - d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.
3. La durata massima del contratto non supera i tre anni.
4. Il bando è predisposto nel rispetto di quanto previsto dal presente articolo.

La norma

La lettera d'invito

Ovvero il nostro bando di gara

Gara telematica

Anzitutto si sottolinea che la procedura deve obbligatoriamente essere gestita mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione, ovvero mediante una gara telematica, come a chiare lettere statuito dall'art. 37, c.2 del Codice.

Elementi formali

Indicazione dei contenuti della domanda di partecipazione e degli elementi a corredo della stessa (contributo ANAC, PassOE, garanzia provvisoria ecc.);

Elementi negoziali

Indicazione dei criteri e dei sub-criteri ai fini della predisposizione dell'offerta tecnica; della base d'asta soggetta a ribasso; degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso, nonché per i costi per la manodopera (grande attenzione a questi ultimi, è vexata quaestio!).

Alla prossima!



Per gli elementi di dettaglio dobbiamo necessariamente rimandare alla prossima puntata.

Solo un inciso...

L'obbligo di utilizzare il criterio del rapporto qualità/prezzo

La (chiarissima) normativa primaria

La legge delega

Art. 1, c. 1. lett. gg): l'aggiudicazione dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali, nonché a quelli di servizi ad alta intensità di manodopera, deve avvenire **esclusivamente** sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, escludendo in ogni caso il criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta.

Il Codice dei contratti

Art. 95, c. 3: i contratti relativi ai servizi sociali sono aggiudicati **esclusivamente** sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) (affidamento diretto).

Art. 142, c. 5-septies: viene ribadito nello specifico capo riservato ai servizi sociali che è necessario adottare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

L'obbligo di utilizzare il criterio del rapporto qualità/prezzo

L'anarchia giurisprudenziale

In giurisprudenza si è posto il problema di interpretare correttamente l'art. 95 del Codice, con riferimento al corretto coordinamento tra il terzo ed il quarto comma dell'articolo medesimo è stata chiamata a pronunciarsi l'Adunanza Plenaria.

In generale



Se un servizio è al contempo ad alta intensità di manodopera e caratterizzato da prestazioni standardizzate con condizioni definite dal mercato? Qual è tra i due commi disciplinanti la fattispecie destinato a soccombere? La palla all'Adunanza plenaria ([clicca qui](#) per approfondire).

«Il fatto che si tratti di un appalto di servizi sanitari (o sociali n.d.r.) non modifica la realtà sostanziale, e dunque non impone l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 142 comma 5-septies del 50/2016 in mancanza di una qualsiasi utilità per la stazione appaltante. **Non è ragionevole aggravare la procedura di gara cercando di individuare il miglior rapporto qualità/prezzo se, per la specificità delle prestazioni richieste, il numeratore è fisso per tutti i concorrenti**». (Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 14 febbraio 2019, n. 152, [clicca qui](#) – contra cfr. Delibera Anac N. 251 del 7 marzo 2018, [clicca qui](#)).

Sui servizi sociali

La domanda più amata dagli italiani: posso premiare l'offerta di ore gratuite?

La risposta è condizionatamente affermativa

Il dubbio

L'art. 95, c. 14-bis. prevede che in caso di appalti aggiudicati con il criterio dell'OEPV non è possibile attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta. Per chi vuole approfondire [cliccando qui](#) viene spiegato perché la disposizione non è applicabile agli appalti di servizi.

Risposta affermativa

Tar Veneto, Venezia, sez. I, 01 febbraio 2018, n. 105, [clicca qui](#); Tar Toscana, Firenze, sez. I, 26 febbraio 2018, n. 301, [clicca qui](#); Delibera Anac N. 439 del 15 maggio 2018, [clicca qui](#).

Risposta negativa

Tar Umbria, Perugia, sez. I, 08 novembre 2018, n. 581 , [clicca qui](#) (servizio pulizie).

E quindi?

Se proprio vogliamo attribuire punti alle ore gratuite, o ai pasti gratuiti, apportiamo una creativa motivazione che non consenta di associare l'offerta a meri parametri quantitativi, inventandoci specifici progetti individuali volti ad una maggiore inclusione - bla bla bla - che li riconducano a specifici profili qualitativi aventi rilevanza sociale.

In fase di esecuzione, poi, buona notte ai suonatori...

Quesiti

1. vorrei avere informazioni sui vari affidamenti (servizi e forniture) e un prospetto dettagliato che si possa utilizzare sempre per importi da ..a... che tipo di procedura può essere applicata dove e che tipo di pubblicità effettuare.

Si rimanda all'eccellente lavoro di Bosetti & Gatti raggiungibile al seguente link:

http://www.bosettiegatti.eu/public/2019_memo_publicita.pdf

Quesiti

2. Può un'associazione di volontariato partecipare ad una gara dichiarando che è priva del personale necessario, ma che provvederà ad assumerlo? pur conoscendo le direttive del D. lgs 117/2017 e della L. 328/00?

Dipende dai requisiti previsti dal bando. Ad ogni modo non è legittimo che quest'ultimo preveda già in fase di partecipazione la disponibilità dello specifico personale per la commessa. L'eccessiva onerosità di un siffatto requisito si tradurrebbe in un'inammissibile limitazione dell'accesso alla procedura e in un ingiustificato aggravamento delle condizioni per concorrere ad essa, venendo in rilievo un onere che invece – potendo riferirsi logicamente alla sola fase esecutiva – non può che essere posto a carico solo di quegli operatori che risultino affidatari del servizio, considerata altresì la portata generale della cd. clausola sociale.

Diversa invece l'opzione di requisiti più generici (es. organico medio proporzionato alla commessa), i quali, se legittimi, evidenziano nel caso l'impossibilità per un'associazione priva di personale di prendere parte alla gara per difetto dei requisiti.

Quesiti

03. Sarebbe gradito un approfondimento sull'affidamento diretto per importi inferiori ad € 40.000 che può essere eseguito anche senza il confronto tra due diverse offerte.

La norma sotto questo profilo è chiara: è possibile l'affidamento anche senza previa comparazione di preventivi. È tuttavia evidente la necessità di un congruo apporto motivazionale, doveroso anche solo in relazione alla legge sul procedimento amministrativo, nel quale dare adeguata contezza della congruità dei prezzi esposti dal contraente in relazione alla specificità del servizio. Per i servizi ad alta intensità di manodopera la verifica di congruità è abbastanza agevole in quanto, postulando il doveroso rispetto dei minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva, la strutturazione dei costi è con relativa immediatezza operata anche da una ricognizione meramente interna alla stazione appaltante.

Quesiti

04. Nel caso di affidamento diretto di servizi sociali è necessario redigere i documenti previsti dall'art. 23 del Codice dei contratti? È possibile riconosce l'incentivo di cui all'art. 113 in caso di affidamento diretto?

Come diffusamente esplicitato nel corso del webinar il progetto di servizio è un'opportunità più che un obbligo. Formalmente non è obbligatorio redigerlo infra 40 mila. Pragmaticamente è indispensabile, perlomeno con riferimento ad alcuni aspetti che lo compongono (es. costi per rischi interferenziali, caratteristiche delle prestazioni, costo per l'acquisizione dei servizi).

Quesiti

05. Principio di rotazione e affidamento diretto. Come motivare l'atto in caso di affidamento a stesso appaltatore, al fine di non violare il principio di rotazione?

Con l'affidamento diretto è davvero difficile derogare al principio di rotazione, senza perlomeno una previa apertura al mercato per la raccolta di preventivi.

Va ad ogni modo ribadito che anche la segmentazione temporale delle commesse costituisce all'evidenza artificioso frazionamento dell'appalto. Sicché, di norma, i servizi a carattere continuativo dovrebbero avere durata pluriennale, e pertanto difficilmente potranno restare sotto la soglia dei 40 mila euro.

Per micro-affidamenti è conveniente valutare l'opzione accordo quadro, così da procrastinare il momento in cui la rotazione dovrà essere applicata. Si vedano le risposte ai quesiti che seguono, anche se non perfettamente estensibili agli affidamenti diretti.



Quesiti

06. Obbligo della rotazione per servizi sottosoglia - si può derogare al fine di evitare traumi agli anziani e disabili nel caso di sostituzione del personale che dà assistenza?

Si rimanda alla slide che affronta il tema e che cita l'unica pronuncia ad oggi reperibile sul tema, utilizzabile ai fini della costruzione del provvedimento.

La motivazione potrebbe essere costruita su:

- La specialità dell'art. 142 rispetto all'art. 36, che contempla espressamente il principio di continuità, nonché i positivi risultati ottenuti nella precedente commessa;
- La peculiarità del servizio, che per sua natura esige il mantenimento degli aspetti relazionali maturati con il personale del gestore uscente, dando atto che la clausola sociale non è idonea a scongiurare fenomeni interruttivi di detti aspetti;
- La peculiarità del mercato di riferimento, in quanto il terzo settore opera prevalentemente su base territoriale, prevalentemente provinciale, sicché il numero degli operatori economici risulta essere limitato.

In generale è comunque necessario non procedere a limitazioni in relazione al numero di soggetti da invitare, cosicché la procedura, ancorché formalmente negoziata previa indagine di mercato, sia sostanzialmente aperta a tutti gli operatori economici interessati che abbiano formalizzato la richiesta d'invito.

Quesiti

07. Nuova gara per l'affido serv. di Assist. Domic. e Segretariato Sociale/Assist. Sociali: modalità di invito all'operatore uscente (attualmente cooperativa da più di 10 anni); clausola sociale (le ns. Assist. Sociali assunte dalla coop. da più di 10 anni).

Si rinvia al quesito precedente

Quesiti

08. Nel caso di Accordo Quadro posto che il contratto originario è stipulato con atto pubblico, i singoli contratti attuativi devono essere necessariamente stipulati mediante scrittura privata o è sufficiente un ordinativo?

Dipende anzitutto da cosa prevede la convenzione quadro. Si ritiene ad ogni modo che siano sufficienti gli ordinativi di servizio. Nulla osta che i singoli ordinativi assumano il carattere di atti unilaterali, in quanto il contraente è già vincolato all'esecuzione dalla convenzione quadro.



Quesiti

09. Nei servizi sociali le attività sono legate a dei finanziamenti annuali di cui non si ha certezza pluriennale. E' possibile affidare direttamente un servizio di 35000 ma poi stipulare un contratto di 10.000 ed il prox altri 10000 ? (tipo accordo quadro)

Come detto nel webinar ed anticipato nei precedenti quesiti un accordo quadro è strumento efficace per la gestione di commesse nelle quali l'effettivo fabbisogno o l'entità della provvista finanziaria sono dati non noti al momento della stipula.

Certo è che anche in questo caso non si può procedere artificialosamente con successivi affidamenti al solo fine di eludere la soglia dei 40.000 mila euro, e ciascun singolo affidamento presunto deve confluire nel valore stimato dell'accordo quadro stesso al fine di stabilire quale sia il corretto modulo procedimentale da applicarsi alla fattispecie.

Quesiti

10. L'organizzazione di un servizio doposcuola può rientrare tra i servizi sociali e assistenziali?

Non è possibile fornire una risposta univoca, ma dipende certamente dal taglio dato in concreto al servizio dal capitolato prestazionale. Ad ogni modo rilevano i CPV ai fini dell'individuazione di cosa è considerato o meno servizio sociale ai fini della sussumibilità della relativa procedura nell'alveo del regime alleggerito. Un servizio di doposcuola «ordinario» credo possa rientrare tra i cd. «servizi scolastici vari», in tal modo afferenti dunque all'istruzione e non già ai servizi sociali.

Quesiti

11. La ditta vincitrice dell'appalto può non accettare per intero l'applicazione della Clausola sociale adducendo che il personale non ha i requisiti professionali per ricoprire il ruolo oggetto dell'appalto?»

Se il personale non ha i requisiti previsti dal nuovo appalto si presume che vi siano elementi di discontinuità ed innovazione tra vecchio e nuovo appalto, di talché risultano legittimate deroghe all'applicazione della clausola sociale, deroghe del resto previste anche dalle clausole dei contratti collettivi relative ai cambi di gestione (cfr. ad esempio l'art. 37 del CCNL cooperative sociali).



Quesiti

12. la clausola sociale si applica anche in caso di appalti che si bandiscono la prima volta per un ambito di zona

Se trattasi di servizio di prima esternalizzazione, chiaramente, la clausola sociale non può operare. Se invece trattasi di aggregazione di appalti precedentemente svolti dai comuni in forma singola, allora la clausola sociale dovrà trovare piena applicazione, fermo restando quanto detto nel precedente quesito nel caso in cui il servizio abbia subito significative modifiche.



Quesiti

13. Alla luce delle linee guida n. 13, come si applica la clausola sociale del riassorbimento del personale in caso di vincita di un appaltatore diverso dall'uscente?

Le linee guida non hanno innovato alcunché in relazione agli obblighi connessi alle clausole sociali.

Si tratta di atto non vincolante, che può configurarsi come utile strumento per accentuare l'attenzione sulla corretta strutturazione delle clausole contrattuali.

L'importante è rammentare che, per consolidata giurisprudenza, e come da ultimo sostenuto da Cons. St. III, 30 gennaio 2019, n. 750, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. Secondo tale indirizzo la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori; tuttavia quelli che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali.

Quesiti

14. Le modalità di affidamento telematico si applicano ai servizi sociali ed assistenziali?

Da sostenitore della digitalizzazione dei procedimenti non posso che vedere nelle gare telematiche una grande opportunità per le stazioni appaltanti, che amplificano la trasparenza delle procedura e sono idonee a semplificarle. La gara telematica per pacifica giurisprudenza consente poi di gestire le sedute di gara in forma riservata (si, tutte le fasi, ivi compresa l'apertura della busta economica), in quanto tutte le operazioni svolte in piattaforma sono tracciate, con conseguente facilitazione delle fasi operative di gara.

Non vedo davvero alcun motivo per consigliare una gara «tradizionale», in disparte alla sussistenza o meno di un obbligo di legge, che per tali ragioni non ritengo interessante indagare.

Quesiti

15. E' prevista la possibilità per un comune non capoluogo di procedere autonomamente all'affidamento dei sevizi sociali per importi inferiori a 750.000,00 euro?

Risposta affermativa: è espressamente previsto dall'art. 37 del Codice, fermo restando che la stazione appaltante deve essere qualificata, e che quindi oggi deve possedere la qualificazione AUSA.

16. Un Amb. Territoriale costituito da Comuni associati può espletare un appalto sopra soglia?

Risposta affermativa: è espressamente previsto dall'art. 142, c. 5-quinquies del Codice, ferma restando la previa opportuna regolamentazione dei rapporti tra ente capofila e comuni associati.

Quesiti

17. Agli appalti dei servizi sociali s'applica la disciplina ex art.77 del Codice Appalti e le Linee Guida dell'ANAC concernenti la "Commissione giudicatrice" ?

Risposta negativa: pur in assenza di specifiche disposizioni sul punto, ed ovviamente di precedenti giurisprudenziali in quanto sistema non attivo, si conviene con il parere del CdS che ravvisa l'inapplicabilità per detti servizi del sistema dell'albo nazionale dei commissari di gara.

18. È prevista la proroga oltre il 15 aprile per le Commissioni di gara ?

Pur essendo più che verosimile una proroga, e pur essendo l'art. 77 oggetto di novella per mano del cd. «sblocca-cantieri» in fase di emanazione, per il quale non è tuttavia disponibile ad oggi un testo definitivo, non si hanno notizie sullo slittamento del termine indicato dall'Authority.

Quesiti

19. Affidamento a Cooperativa del servizio di "assistente sociale"

L'assistente sociale non è un servizio, ma una specifica figura professionale. Attenzione pertanto alla costruzione dei documenti contrattuali, i quali devono riferirsi ad un servizio (es. servizio sociale professionale o segretariato sociale), e non già ad una mera fornitura di una o più unità di personale. Diversamente si avrebbe un appalto non genuino, e quindi interposizione fittizia di manodopera, con tutte le conseguenze, anche in termini di sanzioni per le controparti.

La giurisprudenza ha elaborato indicatori sintomatici per la genuinità di un appalto, ed a tal fine si rimanda a questa recente sentenza che riguarda un illegittimo affidamento di servizi infermieristici ([clicca qui](#)).

Quesiti

20. E' lecito garantire all'interno di un capitolato di gara la possibilità di scelta da parte del personale, qualora l'A.I. fosse una Cooperativa, di entrare in Coop come socio lavoratore in regime di rapporto subordinato o solo come dipendente?

Si sconsiglia di avventurarsi in siffatte impervie intromissioni nella autonomia organizzativa dell'impresa, riconosciuta e garantita dall'articolo 41 Costituzione e dall'adesione all'Unione Europea, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, che con riferimento alle cooperative si riverbera sui loro atti costitutivi, statutari e regolamentari.

Per info contattaci a:

 webinar@asmel.eu

 800 165654

 www.asmel.eu

**Grazie
per
la
partecipazione!**