



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



ESENZIONI DALL'OBBLIGO DI EVIDENZA PUBBLICA: L'AFFIDAMENTO DI SERVIZI SOCIALI AD ENTI DEL TERZO SETTORE

L'articolo analizza le nuove forme di affidamento diretto alternative alle ordinarie regole del mercato e della concorrenza. Il contributo si concentra sulla disciplina applicabile agli enti del terzo settore. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppato con riferimento all'interpretazione dell'art. 55 del D.lgs. n. 177/2017, allo stato ritenuto non più una norma di carattere eccezionale, da leggere con diffidenza, ma sintomatica di un modello alternativo che caratterizza i servizi a spiccata valenza sociale tale da giustificare una significativa deroga all'obbligo di evidenza pubblica.

di **Marta Leone**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Publicato, Venerdì 23 Dicembre 2022

Sommario: 1. La tutela della concorrenza e i principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale; 2. Forme tradizionali di affidamento diretto: il partenariato pubblico-pubblico; 3. Forme di affidamento agli Enti del Terzo Settore: il cd. partenariato pubblico-privato no profit.

1. La tutela della concorrenza e i principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale

L'argomento in esame non può che prendere le mosse dalla celebre pronuncia della Corte costituzionale n. 131 del 2020, indicata dalla dottrina come una delle sentenze di maggior impatto sociale, la quale ha riguardato il terzo settore e, in particolare, gli enti no profit.

Nella sentenza viene delineato un rapporto non conflittuale tra i principi della concorrenza e del mercato, da un lato, e quelli di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale, dall'altro. Si mette in evidenza come le ragioni alla base della tutela della concorrenza e delle direttive europee sui contratti pubblici possono, a certe condizioni, recedere di fronte ad altri valori costituzionalmente rilevanti, come quelli delineati dall'art. 118 Cost. Trattasi di valori che riguardano un aspetto fondamentale della persona umana, ossia la sua socialità. Si è al riguardo parlato di "società sociale" per indicare lo sforzo dei cittadini proteso, attraverso le organizzazioni di volontariato e la costituzione di enti del terzo settore, ad erogare servizi assistenziali e solidaristici svolgendo attività di interesse generale affiancando l'attività della P.A.^[1]

L'affermazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale nel sistema nazionale ha giustificato l'affidamento diretto di compiti o servizi di interesse generale che devono svolgersi in collaborazione - da qui l'espressione co-amministrazione, co-progettazione, co-programmazione - con la Pubblica Amministrazione. È stato pertanto elaborato un nuovo modello di svolgimento di attività amministrative e di perseguimento del pubblico interesse alternativo al mercato. Il fatto che siano state legittimate sul piano costituzionali forme di affidamento diretto di servizi di interesse generale costituisce un'affermazione fortemente innovativa sotto diversi punti di vista.

È proprio a partire dall'entrata in vigore del codice del Terzo Settore (D.L. n. 117/2017), ove sono state inizialmente previste queste nuove forme di coamministrazione, che si è posto il problema del rapporto con il Codice dei Contratti Pubblici. Ed invero, tanto nei primi commenti della dottrina quanto nel parere reso dal Consiglio di Stato in fase di approvazione del suddetto codice, è stata messa in evidenza questa potenziale conflittualità. In coerenza con la generale diffidenza domestica verso le forme di affidamento diretto, antitetiche alle procedure di evidenza pubblica, è stato inaugurato un nuovo orientamento giurisprudenziale teso ad interpretare in maniera restrittiva le norme

che consentono di affidare servizi di interesse generale senza gara ad enti del terzo settore (ETS).

Si è, di fatto, ribadito il principio generale secondo cui anche per gli enti no profit la regola deve essere la gara, il mercato, la concorrenza. Uno spazio alternativo per una coamministrazione realizzata mediante forme di affidamento diretto è da ritenersi eccezionale nel sistema.

L'idea che anche gli enti no profit debbano di regola sottoporsi alla procedura di evidenza pubblica trova riscontro tanto nella nozione di "appalto" quanto in quella di "operatore economico" tradizionalmente accolte dalla giurisprudenza comunitaria.

Da un lato, questa graniticamente tende ad affermare che l'appalto è un contratto oneroso ma che ai fini dell'onerosità è sufficiente che sia previsto un corrispettivo che può anche consistere nel mero rimborso delle spese. Sarebbe pertanto errato considerare che l'assenza di profitto permetta di ritenere che si è al di fuori della nozione di appalto, come delineata dalle direttive comunitarie.

Dall'altro lato, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che la nozione di operatore economico non coincide con quella di impresa e non presuppone lo scopo di lucro. Per operatore economico si intende qualunque soggetto - quale che sia la sua forma giuridica - autorizzato dall'ordinamento ad erogare la prestazione oggetto della gara. Il mancato perseguimento di scopi lucrativi da parte di questo soggetto non basta ad escluderlo dalla nozione di operatore economico. Ne consegue che anche un contratto concluso tra l'amministrazione e un ente no-profit è formalmente un appalto e andrebbe di regola aggiudicato tramite le ordinarie procedure di gara.

2. Forme tradizionali di affidamento diretto: il partenariato pubblico-pubblico

La regola generale appena delineata è applicabile anche agli enti pubblici non economici i quali, qualora debbano erogare prestazioni in favore dell'amministrazione in un'ottica sinallagmatica, devono procedere necessariamente tramite gara. Gli affidamenti diretti tra enti pubblici non sono consentiti salvo i casi di partenariato pubblico-pubblico. Questa forma di partenariato rappresenta pertanto una peculiare forma di cooperazione di natura pubblicistica che sfugge all'indizione della procedura di gara. Le forme di affidamento diretto di lavori e servizi sono essenzialmente di due tipi:

1) Il cd. partenariato pubblico-pubblico verticale, nel quale rientra il fenomeno dell'in house providing. L'in house pone diversi problemi in quanto anch'esso si presenta come

forma alternativa al mercato. Tramite l'utilizzo di questo peculiare strumento la P.A. decide di autoprodurre direttamente beni e servizi tramite i propri apparati anziché ricorrere alla ricerca del miglior operatore sul mercato mediante l'utilizzo della procedura di evidenza pubblica^[2].

Anche su questo tema forte è la ricerca del corretto bilanciamento tra due opposti principi; quello della libera concorrenza e della tutela del mercato, da un lato, e quello della libertà di iniziativa economica e, in particolare, della libertà di scelta della pubblica amministrazione, dall'altro. Per lungo tempo la giurisprudenza nazionale, contrariamente al piano comunitario dove la scelta tra affidamento in house e il ricorso al mercato è libera per la P.A., ha ritenuto questo strumento utilizzabile solo in casi eccezionali.

Le norme nazionali in tema di in house^[3] sono state interpretate restrittivamente dalla giurisprudenza nazionale poiché l'istituto è stato ritenuto applicabile solo in caso di fallimento del mercato^[4]. Allo stato, si è registrata una inversione di tendenza nell'ambito delle riforme di attuazione del PNRR che hanno consentito di superare la diffidenza domestica per l'istituto comportando una riscoperta dello stesso. Invero, tra le numerose norme di attuazione, ve ne è una in particolare^[5] che si riferisce proprio all'in house. Tale norma amplia l'area di operatività dell'istituto autorizzando le PP.AA., al fine di accelerare le procedure, in un'ottica di efficienza e di buon andamento dell'amministrazione, ad avvalersi del supporto tecnico operativo delle società in house. Ne consegue che il ricorso all'istituto deve avvenire anche quando il bene o il servizio può essere acquisito più velocemente affidandosi ad organi interni alla pubblica amministrazione piuttosto che facendo ricorso al mercato mediante l'interposizione delle stazioni appaltanti. La tutela del mercato risulta anche in questo campo recessiva rispetto a diversi principi fondamentali come la libertà di iniziativa economica e l'efficienza e il buon andamento dell'amministrazione.

2) Il cd. partenariato pubblico-pubblico orizzontale, riguardante gli accordi tra PP.AA. che eccezionalmente sfuggono dal campo di applicazione delle regole di evidenza pubblica. In questi particolari accordi non vi è una prestazione e una controprestazione in un'ottica sinallagmatica e di remunerazione, ma c'è lo svolgimento in comune da parte delle amministrazioni di compiti per realizzare un interesse condiviso, comune ad entrambe del PP.AA. partecipanti^[6]. Si realizza pertanto una peculiare forma di collaborazione che ha come scopo quello di realizzare la finalità istituzionale propria di ciascun ente, attraverso lo svolgimento in comune di un'attività di interesse pubblico, nel caso in cui non vi siano flussi finanziari se non il mero rimborso delle spese. Non c'è dunque conflitto di interessi tra PP.AA., ma convergenza degli stessi poiché la collaborazione consente la realizzazione da parte di ciascun partecipante della propria finalità istituzionale. Pertanto, solo a determinate condizioni, enucleate all'art. 5, comma 6, del codice dei contratti pubblici, possiamo parlare di partenariato pubblico - pubblico

orizzontale. La Corte di Giustizia ha chiarito come al di fuori di questo fenomeno non è consentito un affidamento diretto da un ente pubblico ad altro ente pubblico.

3. Forme di affidamento agli Enti del Terzo Settore: il cd. partenariato pubblico-privato no profit

Accanto alle tradizionali forme di affidamento diretto, analiticamente disciplinate dal legislatore, inerenti al partenariato pubblico-pubblico, si è aggiunto il terzo settore. Tra i due modelli si rilevano importanti differenze. In particolare, nel Codice del Terzo Settore il legislatore ha previsto che: “in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità le amministrazioni pubbliche assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore, attraverso forme di co-programmazione, di co-progettazione, di accreditamento, nel rispetto delle norme della l. 241/90”. La giurisprudenza ha cercato di comprendere in che modo dovesse avvenire il “coinvolgimento” di tali enti, se esclusivamente attraverso gara o anche al di fuori di essa.

La giurisprudenza nazionale, come già avvenuto in tema di in house, ha interpretato restrittivamente l'intervento legislativo affermando che anche per gli affidamenti di servizi sociali ad enti del terzo settore la regola dovesse essere l'indizione della procedura di gara.

È proprio su questo tema che è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, l'art. 55 del Codice del Terzo Settore rappresenta una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, Cost. La Corte costituzionale ha preliminarmente definito il concetto di sussidiarietà stabilendo che mentre il principio di sussidiarietà verticale attribuisce la funzione pubblica all'ente più vicino al cittadino; quella orizzontale favorisce che lo svolgimento dei compiti di interesse pubblico sia rimesso alla società civile e solidale. Partendo da questo presupposto la Corte, al fine di chiarire la portata di tale principio, ha effettuato un importante excursus storico-evolutivo.

La Corte ha affermato che sin dai tempi risalenti e ancor prima dell'avvento del moderno stato sociale i compiti di solidarietà sono stati svolti proprio dalla società civile ed assicurati attraverso una rete di reciproca mutualità che ha inciso fortemente sullo sviluppo sociale, economico e culturale del paese. Di fatto, prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative che hanno saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione, anche nei momenti più difficili della storia italiana^[7].

Con l'art. 118 della Costituzione si è voluta superare l'idea antica per cui solo l'azione del

sistema pubblico è idonea a svolgere i compiti di interesse generale e si è riconosciuto che queste attività possono essere svolte anche su autonoma iniziativa dei cittadini.

La Corte ha inoltre evidenziato anche i benefici in termini di efficienza, tempestività e qualità dei servizi derivanti dall'intervento degli enti del terzo settore e dalle associazioni di volontariato in generale che spesso riescono a intervenire più velocemente ed efficacemente dello Stato, soprattutto in situazioni di emergenza. Tale tempestiva capacità è data dal fatto che sovente gli enti del terzo settore sono titolari di dati e informazioni di cui non sempre gli enti pubblici riescono a disporre in tempi brevi o a costi ragionevoli. Ne consegue che l'attività di collaborazione tra PP.AA. ed enti del terzo settore risultano funzionali sia in termini di economicità sia in termini di miglioramento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate in favore di quella che viene definita come "la società del bisogno".

A parere della Suprema Corte, dunque, l'art. 55 del Codice del Terzo Settore non deve essere letto con diffidenza ed interpretato in modo restrittivo, bensì come espressione di un principio generale tanto importante quanto lo è quello della tutela della concorrenza e del mercato. Per cui la co-progettazione, la co-programmazione ed il partenariato si configurano come fasi di un procedimento complesso, espressione di un rapporto tra pubblico e privato non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico, bensì sulla convergenza di obiettivi, sulla collaborazione, sull'aggregazione di risorse per il miglior conseguimento dell'interesse pubblico^[8].

La sentenza citata ha una grande importanza proprio perché valorizza il ruolo della solidarietà sociale e della sussidiarietà orizzontale, ammettendo che servizi a spiccata valenza sociale possano essere affidati attraverso forme dirette di collaborazione. Viene, in definitiva, notevolmente ampliato il sistema dei modelli alternativi rispetto a quello tradizionale di affidamento basato sulle ordinarie regole del mercato.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sul punto Chieppa – Giovagnoli, Manuale di diritto Amministrativo, VI edizione, Giuffrè Editore, 2022;

[2] Caringella – Buffoni, Manuale di diritto Amministrativo, Dike Giuridica, 2019;

[3] Il riferimento è agli artt. 5 e 192 del Codice dei Contratti Pubblici (Dlgs n. 50/2016) nonché all'art. l'art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 in tema di servizi pubblici locali;

[4] Sul punto si è espressa la Corte di Giustizia (sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite C-98/C-90/91) la quale ha ritenuto il sistema nazionale compatibile con la disciplina euro-unitaria affermando la libertà per gli Stati membri e per le loro amministrazioni di scegliere il sistema più congeniale per i medesimi anche qualora lo stesso implichi la fissazione di specifici limiti o vincoli per orientare la scelta della P.A;

[5] D. L. n. 77/2021, all'art. 10 rubricato “Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici”;

[6] Giovagnoli, Approfondimento di diritto Amministrativo, Ita Giuridica, 2018;

[7] Corte costituzionale n. 131/2020;

[8] Giovagnoli, Manuale di diritto Amministrativo, VI edizione, Giuffrè Editore, 2022.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9113>