

Di Fabio Liparoti

Il nuovo codice dei contratti pubblici e gli affidamenti al Terzo Settore

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici varato da parte del Governo alla fine del 2022 ed in attesa del parere della Conferenza Unificata prima dell'approvazione da parte del Parlamento, contiene numerose innovazioni che interessano da vicino il mondo del Terzo Settore.¹

È doveroso ricordare come esso sia l'ultimo impegno del Presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini prima della sua scomparsa in quanto aveva istituito una apposita Commissione di studio che aveva trasmesso lo schema del Codice al Consiglio dei Ministri.² Rimarrà sempre vivo il ricordo di un valoroso magistrato nonché di un autorevole uomo delle istituzioni visti i prestigiosi incarichi ricoperti.

In modo particolare l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici riconosce il ruolo degli enti del Terzo Settore quali soggetti a cui poter appaltare servizi a spiccata valenza sociale nonché veri e propri compagni di viaggio della Pubblica Amministrazione.³

La novella legislativa conferma, ove mai ve ne fosse bisogno, il ruolo fondamentale che svolge il no-profit e più in generale il Terzo Settore nella erogazione dei servizi pubblici, soprattutto nel campo dell'assistenza.⁴ Sarebbe, però, un errore relegarlo esclusivamente a tale settore.

¹ Il riferimento al parere della Conferenza unificata e alla successiva approvazione da parte del Parlamento dipende dal momento in cui si scrive e si manda alla redazione tale elaborato.

² La Commissione di studio presieduta dal Presidente Franco Frattini era composta da Consiglieri di Stato, Magistrati amministrativi, Avvocati dello Stato, Docenti universitari, Avvocati del libero Foro ed esperti tecnici.

³ L'art. 6 testualmente recita: *“in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co- amministrazione, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Gli affidamenti di tali attività agli enti non lucrativi avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 e non rientrano nel campo di applicazione del codice”*

⁴ Per una definizione di enti del Terzo Settore si riporta quanto affermato dall'art. 4 del D.lgs. 117/2017 che definisce questi ultimi come *“le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo Settore”*.

Importanti e numerose sono le attività di cui il Terzo Settore, in base all'evoluzione dei tempi, ha iniziato ad occuparsi quali la difesa dell'ambiente, la tutela del patrimonio artistico e la promozione della cultura.⁵

Il legislatore rinvia, quindi, agli art. 2 e 118 della Costituzione in quanto richiama in maniera espressa i principi di solidarietà sociale e della sussidiarietà orizzontale in virtù dei quali la pubblica amministrazione può predisporre modelli organizzativi di co-amministrazione. In base a tale modello, si verifica una vera e propria condivisione della funzione amministrativa, tipica del potere pubblico, con i privati. E' necessario, però, che tutto si svolga in un quadro delineato dal rispetto delle condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente in ossequio al principio del risultato. Si percorre, quindi, sempre di più la strada che conduce dritti all'amministrazione per obiettivi, maggiormente capace di garantire i criteri di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, riconoscendo la capacità del privato di intervenire in maniera più rapida rispetto alla pubblica amministrazione.

Il legislatore richiama, altresì, il D.lgs. n. 117/2017 ed in particolare gli art. 55 e 57 chiarendo in maniera esplicita come non sussista nessuna conflittualità tra queste ultime e il Codice dei contratti pubblici.

Si delinea in tal modo l'esistenza di due modelli organizzativi, almeno per quanto riguarda l'affidamento dei servizi sociali, di cui uno basato sulla concorrenza e quindi su procedure ad evidenza pubblica e l'altro fondato sulla solidarietà, che di fatto introduce la possibilità di procedere con affidamenti diretti in materia di servizi sociali di interesse generale.⁶ Si può leggere nella Relazione al Codice dei Contratti pubblici quale allegato allo schema del suddetto codice, come il secondo modello organizzativo, ovvero quello degli affidamenti diretti, non debba essere inteso quale deroga a quello generale basato sulla concorrenza, bensì debba coordinarsi con il primo.

Così facendo il legislatore ha superato il conflitto tra il Codice dei contratti e il Codice del Terzo Settore. Quest'ultimo, infatti, prevedeva espressamente la possibilità di procedere con affidamenti diretti in favore di realtà del Terzo Settore. Si scontrava, però, con la normativa comunitaria di tutt'altro avviso. Sul punto giova riportare il più recente dibattito giurisprudenziale.

Secondo un parere del Consiglio di Stato del 2018, sussisteva più di un dubbio sulla compatibilità delle modalità di affidamento dei servizi sociali previsti dal Codice del Terzo settore

⁵ G. Vittadini, "Terzo settore: qualcosa è cambiato?", il Sussidiario.net, 13.01.2023

⁶ Si veda sul punto Corte Costituzionale, sent. n. 131/2020 la quale ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi

con il diritto comunitario.⁷ Secondo i giudici di Palazzo Spada la normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici quale norma di diritto comunitario, prevaleva su quella interna contenuta nel Codice del Terzo settore, con conseguente diffusione del meccanismo della disapplicazione della norma interna, quale dovere sia per il Giudice che per le Amministrazioni.

Tale orientamento, a dire il vero, era già stato superato dallo stesso Consiglio di Stato che in successivo parere⁸ affermava come la disciplina degli affidamenti dei servizi sociali era soggetta ad una evoluzione giurisprudenziale ed anche normativa che consentiva agli stessi di essere sottratti al meccanismo della concorrenza e del mercato.⁹

Giova far presente come l'art. 10, lett. h) della direttiva 2014/24 preveda delle esclusioni per appalti di servizi quali quelli concernenti i servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione dei pericoli. Il legislatore comunitario delimita, però, l'ambito di affidamento diretto di tali servizi alle organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro. Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia la quale ha affermato come rientrino in tale definizione tutte le realtà no-profit che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neanche indiretto, ai loro membri. Ne consegue come verrebbero escluse le cooperative sociali in quanto enti che potrebbero distribuire utili ai soci.¹⁰

È necessario far presente come sia notevole la giurisprudenza comunitaria sul punto la quale ha affermato come *“l'art. 10, lett. h) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretato nel senso che rientrano nella deroga da esso prevista all'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici l'assistenza prestata a pazienti in situazioni di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore, nonché il trasporto in ambulanza qualificato, comprendente, oltre al servizio di trasporto, l'assistenza prestata a pazienti in un'ambulanza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso*

⁷ Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 20 agosto 2018

⁸ Consiglio di Stato, parere n. 802 del 3 maggio 2022

⁹ Bisogna considerare come la normativa comunitaria al Considerando 28, 117 e 118 della direttiva 2014/24 preveda la possibilità di affidare alcuni servizi in maniera diretta.

¹⁰ Sul punto Corte di Giustizia, sez. VIII, sentenza 07.07.2022, n. C 213/21 e C 214/21; Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 21 marzo 2019, C-465/17

*e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto”.*¹¹

O ancora in materia di trasporto sanitario la Corte di Giustizia ha affermato come *“gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purchè il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente ad una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio”*¹²

La scelta del legislatore, quindi, risulta assolutamente innovativa nell’ambito dei rapporti tra la Pubblica Amministrazione e il Terzo Settore. Con l’introduzione di tale novella normativa si è preso atto che ormai il mondo del no-profit e il Terzo Settore rappresentano un’importante realtà per l’interno ordinamento in quanto consentono di svolgere delle importanti funzioni, non soltanto in ambito assistenziale, capaci di garantire i principi di efficienza, efficacia ed economicità. Come descritto, un percorso che ha visto numerose tappe ed un copioso dibattito giurisprudenziale. Rispetto alle modalità di affidamento del suddetto servizio, si è assistito ad un conflitto tra la norma comunitaria contenuta nel Codice dei Contratti pubblici e quella interna contenuta nel Codice del Terzo Settore, con conseguente prevalenza della prima rispetto alla seconda. Era evidente come il modello di affidamento principale fosse quello basato sulla concorrenza. L’evoluzione normativa e giurisprudenziale ha portato, però, ad un cambio di orientamento che ha reso possibile la configurazione di due sistemi alternativi tra di loro, uno basato sulla concorrenza e l’altro basato sulla sussidiarietà. Centrale è stata la sentenza 131/2020 della Corte Costituzionale la quale ha espressamente previsto che gli affidamenti diretti in materia di servizi sociali di interessi generali erogati dagli Enti del Terzo Settore non rappresentano una deroga al modello generale basato sulla concorrenza, bensì un modello a sua volta generale da coordinare con il primo.

La recente approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del nuovo Codice dei contratti pubblici che adesso dovrà essere approvato da parte del Parlamento, rappresenta un tassello importante nel più ampio mosaico di riforme che interessano da vicino il nostro Paese perché ottenga le risorse derivanti dal PNRR. In particolare è da accogliere con grande positività la novità introdotta in riferimento ai rapporti tra P.A. e Terzo Settore in quanto riconosce il ruolo positivo che

¹¹ Corte di Giustizia UE, sez. III, sent. 21 marzo 2019, C-465/17

¹² Corte di Giustizia UE, sez. V, sent. 28 gennaio 2016, C- 50/14

esso svolge in favore della collettività, spesso in maniera più efficiente e più rapida del potere pubblico.