



L'affidamento dei servizi sociali dopo il Correttivo al Codice dei contratti

Luciano Gallo

Cagliari, 10 ottobre 2017



n. 103 del 5/5/2017 – SO n. 22



2

IL CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI D. LGS. 19 aprile 2017, n. 56 in vigore dal 20 maggio 2017

Oggi affronteremo vari temi:

- ✓ il **Correttivo** con un suo inquadramento generale;
- ✓ la disciplina specifica dei **servizi sociali**;
- ✓ le **procedure** di affidamento nel Codice;
- ✓ le procedure di affidamento **NON** assoggettate al Codice;
- ✓ la **co-progettazione**;
- ✓ le «interferenze» della riforma del **Terzo settore** e dei **SIEG**.

Le fonti normative sui servizi sociali:

- a) **Direttiva** appalti (2014/**24**/UE);
- b) legge **delega**, Codice e **correttivo**;
- c) art. **128** del D. Lgs. n. **112/1998**;
- d) legge n. **328/2000** e **DPCM** attuativi;
- e) TU Regione Umbria (L.R. n. **11/2015** e ss. mm.);
- f) d.l. n. **78/2010** e ss. mm.;
- g) legge n. **107/2015**;
- h) **LEA**;
- i) **liberalizzazione** attività economiche private.

CONSIDERANDO n. 114

Certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi .

Servizi alla persona con valori al di sotto di tale soglia non saranno, in genere, di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione per i progetti transfrontalieri.

CONSIDERANDO n. 114

I contratti per servizi alla persona al di sopra di tale soglia dovrebbero essere improntati alla trasparenza, a livello di Unione. In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato.

CONSIDERANDO n. 114

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, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale .

(CONSIDERANDO n. 114)

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; è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico.

(CONSIDERANDO n. 114)

Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali 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

La Direttiva “**appalti**” contiene disposizioni specifiche per i servizi alla persona (articoli **74 - 77**).

COME sono state recepite tali disposizioni nell’ordinamento italiano:

- a) nella legge **delega** (n. **11/2016**);
- b) nel **Codice** (D. Lgs. n. **50/2016**);
- c) nel **Correttivo** (D. Lgs. n. **56/2017**).

Una prima **CONSIDERAZIONE GENERALE** ed una di **METODO**.

Il Correttivo introduce:

- a) una nuova e diversa disciplina dei servizi sociali;
- b) molte modifiche a disposizioni direttamente ed indirettamente applicabili anche alla materia dei servizi sociali.

Procederemo con l'analisi contestuale delle disposizioni del Codice come modificato dal Correttivo, seguendo un ordine LOGICO.

L'art. 35, comma 1, lett. d) prevede una soglia specifica, pari ad euro **750.000,00** al netto dell'IVA, per l'affidamento mediante **APPALTO**:

a) di **servizi sociali**;

b) e degli altri **servizi specifici** elencati nell'**Allegato IX**.

La stessa disposizione prevede una soglia **GENERALE** per le **CONCESSIONI** (lett. a), pari ad euro **5.225.000,00**.

L'art. 35 disciplina le MODALITA' di calcolo e di determinazione della SOGLIA; al tal proposito, devono essere considerati:

- a) opzioni e rinnovi, se previsti negli atti di gara;
- b) proroghe (art. 106, c. 11).

Le opzioni sono di due tipi (art. 63):

- i) ripetizione servizi analoghi;
- ii) servizi complementari.

Il Correttivo, in ordine alla materia dei SERVIZI SOCIALI, introduce tre tipi di **modifiche**:

- a) allineamento della **rubrica** alla Direttiva;
- b) rinvio all'**Allegato IX** del Codice;
- c) innova il contenuto dell'art. **142**.

La **genesì** del Correttivo (proposta del Governo, di ANCI, schema in CdM, parere CdS, pareri Commissioni parlamentari, testo bollinato e poi pubblicato sulla GURI).

CAPO II

***APPALTI DI SERVIZI SOCIALI E DI ALTRI SERVIZI NEI SETTORI
ORDINARI***

Art. 142 Pubblicazione degli avvisi e dei bandi

5-bis. Le disposizioni di cui ai commi da 5-ter a 5-octies, si applicano ai seguenti servizi, come individuati dall'allegato IX, nei settori ordinari: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.

5-ter. L'affidamento dei servizi di cui al comma 5-bis deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la 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.

5-quater. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 21, le amministrazioni aggiudicatrici approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore.

5-quinquies. Le finalità di cui agli articoli 37 e 38 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe.

5-septies. Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-sexies, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

5-octies. Gli appalti di servizi di cui al comma 5-bis, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera d), sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36.

5-nonies. Le disposizioni di cui ai commi dal 5-ter al 5-octies si applicano ai servizi di cui all'articolo 144, compatibilmente con quanto previsto nel medesimo articolo.

Volendo schematizzare, le principali innovazioni del (riformulato) art. 142 sono le seguenti:

- a) rinvio espresso all'Allegato IX del Codice (5-bis);
- b) espresso recepimento art. 76 della Direttiva 24 (5-ter);
- c) raccordo con l'obbligo di programmazione (5-quater);
- d) centralizzazione e qualificazione delle SA (5-quinquies);
- e) indicazione delle norme applicabili (5-sexies e septies);
- f) procedura per appalti sotto soglia (5-octies);
- g) raccordo con disciplina servizi di ristorazione (5-nonies).

Il richiamo dell'art. 76 della Direttiva appalti. Gli appalti devono garantire (c. 5-ter):

a)qualita';

b)continuita';

c)accessibilita';

d)disponibilita'

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.

Il raccordo con la disciplina sulla **programmazione** degli acquisti (art. **21**) [c. 5-quater].

Cosa prevede il riformato art. 21: il decreto MIT.

La pianificazione dei servizi sociali nella legge n. **328/2000** e nel TU del **2015**.

Le conseguenze della norma, sia in relazione al **ruolo** del **TS**, che dell'applicazione dell'art. **42** del Codice.

Il raccordo con la disciplina sulla **centralizzazione** degli acquisti (art. **37**) e sulla **qualificazione** delle stazioni appaltanti (art. **38**) [c. 5-quinquies].

Cosa prevedono tali disposizioni, fra l'altro oggetto di modifica da parte del Correttivo. Le **modifiche** apportate all'art. **38**:

- i. periodo pregresso per referenze (da 3 a 5 anni);
- ii. introduzione nuovi requisiti di base;
- iii. auto-attestazione possesso requisiti;
- iv. precisazione soggetti esclusi dall'ambito soggettivo.

L'art. 142 tenta di chiarire il **regime normativo applicabile** alla materia dei servizi sociali[c. 5-sexies e septies]. Disposizioni che DEVONO essere applicate:

- 1) artt. da 54 a 58 e da 60 a 65 (sulle PROCEDURE);
- 2) art. 68 (specifiche tecniche);
- 3) art. 69 (etichettature);
- 4) art. 75 (inviti ai candidati);
- 5) art. 79 (fissazione di termini);
- 6) art. 80 (cause di esclusione);
- 7) art. 83 (requisiti);
- 8) art. 95 (OEPV).

Le **modifiche** più rilevanti su tali disposizioni:

1)art. **60** e possibile riduzione del termine;

2)art. **80** ed aumento delle cause esclusione (c. **5**);

3)art. **83** e precisazione obbligo per mandataria in relazione al possesso dei requisiti, nonché riformulazione del c. **10** sul c.d. rating d'impresa;

4)art. **95** sull'OEPV, oltre ad alcune precisazioni, soprattutto due modifiche:

a)modifica c. **10** (obbligo di indicare costo manodopera e oneri della sicurezza);

b)introduzione c. **10 – bis**: tetto al prezzo (max 30%).

L'introdotta comma **5-octies** precisa il regime degli appalti **SOTTO SOGLIA**, che ***“SONO AFFIDATI NEL RISPETTO DI QUANTO PREVISTO ALL'ARTICOLO 36”***.

L'importanza di tale disposizione è ulteriormente esaltata dalla modifica della stessa disciplina sugli affidamenti **SOTTO LA SOGLIA** (art. 36).

E' utile esaminare la previsione testuale delle norme di interesse, contenute nel riformulato art. 36.

Art. 36 Contratti sotto soglia

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.

2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori, o per i lavori in amministrazione diretta;

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture 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. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

5. Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque, estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito.

6-bis. Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e' effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5.

7. L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. *Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale.* Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9.

La modifica del c. 1 dell'art. 36 è rilevante per le precisazioni ivi contenute:

- a) richiamo ai **principi** dell'art. 30 (confermati);
- b) richiamo espresso ai **CAM** (art. 34);
- c) richiamo espresso al **conflitto di interesse** (art. 42);
- d) esplicitazione che il principio di **ROTAZIONE** opera sia sugli INVITI che sugli AFFIDAMENTI;
- e) **facoltà** per le SA di inserire negli atti di gara la **CLAUSOLA SOCIALE** prevista dall'art. 50.

Qualche considerazione a margine.

La disciplina sulle **GARE RISERVATE**, previste dall'art. 143, non è stata modificata.

COME funzionano.

Per gli affidamenti superiori alla soglia dell'art. 35 si applicano le (sole?) disposizioni indicate nell'art. 142.

Nessun dubbio che l'affidamento di servizi sociali possa avvenire nelle forme della **CONCESSIONE** (artt. 164 e ss.) e delle altre figure del **PPP** (artt. 180 e ss.).

COME funzionano.

Il tratto distintivo è rappresentato dal c.d. **RISCHIO OPERATIVO**.

L'ANAC ha pubblicato un documento di consultazione sulla proposta di LINEE GUIDA per il monitoraggio del PPP, oggetto di un articolato parere del CdS, ed in attesa di pubblicazione.

Il **Correttivo** ha dettato varie disposizioni che modificano la disciplina sulle concessioni e sul PPP contenuta del Codice.

Alcune novità sono rilevanti:

a) misura del contributo pubblico elevato dal 30% al **49%** rispetto all'importo complessivo dell'investimento;

b) le proposte di finanza di progetto, ad iniziativa privata (art. **183**, c. **15**), possono avere ad oggetto tutte le ipotesi di PPP (finanza di progetto, concessione di costruzione e gestione, concessione di servizi, locazione finanziaria di opere pubbliche, contratto di disponibilità).

Due sono le modalità di avvio del procedimento di affidamento nella forma della **CONCESSIONE** e del **PPP**:

AD INIZIATIVA PUBBLICA

AD INIZIATIVA PRIVATA

Di seguito lo schema della procedura.

PROGRAMMAZIONE (art. 21)

DETERMINA A CONTRARRE (art. 32)

PUBBLICAZIONE ATTI DI GARA (Bando, schema di convenzione, PEF, Progetto e Disciplinari)

SVOLGIMENTO PROCEDURA

STIPULA CONTRATTO/CONVENZIONE

PROGETTO DI FATTIBILITA' e relativi allegati (PEF, schema di convenzione, specifiche del servizio)

**(eventuale)
DICHIARAZIONE DI PUBBLICO INTERESSE**

DETERMINA A CONTRARRE

**PUBBLICAZIONE ATTI DI GARA
(Bando, schema di convenzione, PEF, Disciplinare)**

SVOLGIMENTO PROCEDURA

STIPULA CONTRATTO/CONVENZIONE

Il CODICE non esaurisce tutte le MODALITA' di programmazione, progettazione, affidamento ed erogazione dei servizi sociali, ma occorre far riferimento alle seguenti ulteriori forme:

- a) autorizzazione/accreditamento (Deliberazione ANAC n. 966/2016);**
- b) co-progettazione (Deliberazione ANAC n. 32/2016);**
- c) convenzioni dirette con Associazioni;**
- d) sovvenzioni (disciplina sugli aiuti di Stato).**

La co-progettazione poggia su basi normative:

- a) legge n. **328/2000** e ss. mm.;
- b) D.P.C.M. **30 marzo 2001**;
- c) legislazione regionale ed atti regolamentari.

Il quadro è completato dalla prassi comunale (Avvisi pubblici e regolamenti).

La **co-progettazione**, ai sensi dell'art. **7** del D.P.C.M. **30 marzo 2001**, poggia su alcuni elementi “costitutivi”:

- i. l'essere funzionale alla risoluzione di “**specifiche problematiche sociali**”;
- ii. dar vita ad “**interventi innovativi e sperimentali**”.

La co-progettazione, pertanto, **NON** è:

- 1) strumento di affidamento di servizi in senso stretto;
- 2) strumento di affidamento di beni.

Le Linee Guida sul TS dell'ANAC (deliberazione n. **32/2016**).

I procedimenti di co-progettazione NON possono prescindere dall'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica e della legge n. 241/1990:

- ✓ pubblicità;
- ✓ parità di trattamento;
- ✓ istruttoria e motivazione dei provvedimenti;
- ✓ RUP;
- ✓ conflitto di interessi;
- ✓ trasparenza;
- ✓ requisiti di partecipazione e di “capacità”;
- ✓ tracciabilità dei flussi finanziari;
- ✓ CIG;
- ✓ attuazione della convenzione e la rendicontazione.

La disciplina contenuta dal Codice e dal Correttivo sull'affidamento dei servizi sociali, mediante appalto o concessioni, non potrà non risentire delle seguenti Riforme:

**RIFORMA DEL TERZO SETTORE
(legge delega n. 106/2016)**

**RIFORMA dei SIEG
(legge delega n. 124/2015)**

RIFORMA DEL TERZO SETTORE

Alcuni sviluppi della Riforma avranno un impatto diretto sulla nostra materia:

- 1) disciplina delle imprese sociali (D. lgs. n. 112/2017);**
- 2) ampliamento ambito di attività delle imprese sociali;**
- 3) approvazione di un Codice del Terzo Settore (D. lgs. n. 117/2017);**
- 4) nuova disciplina del 5 x 1000 (D. lgs. n. 111/2017).**

RIFORMA dei SIEG

La legge n. **124/2015** ha previsto una delega organica per la riforma della **P.A.**; in essa è compresa anche la riforma dei **SIEG** (ex SPL). Molti servizi sociali sono espressamente qualificati dagli enti locali come servizi pubblici.

Allo stato, tre sono le modalità di affidamento dei servizi:

- a) **in house providing**;
- b) società mista;
- c) **esternalizzazione**.

Possiamo, a questo punto, fare qualche considerazione finale:

- a) i servizi sociali **NON** sono più settore **ESCLUSO**;
- b) ci aspetta l'**ATTUAZIONE** del CODICE;
- c) **qualificazione** delle SA e **Commissari** esterni;
- d) la legge n. **33/2017** sul contrasto alle povertà;
- e) la nuova stagione delle **legislazioni regionali**.

**A Voi tutti il mio sincero
ringraziamento per l'attenzione**

Luciano Gallo