

Il rapporto fra il codice dei contratti pubblici ed il codice del Terzo settore.

Come orientarsi nella scelta degli strumenti.

Milano, 27 settembre 2019

Luciano Gallo - Ettore Uccellini

Le forme di relazione fra PA ed ETS

- ✓ Il percorso formativo: **oggetto**, **finalità** e **metodo**;
- ✓ l'attesa delle **Linee Guida ANAC** sugli affidamenti agli ETS;
- ✓ gli «**oggetti**» del percorso e la «stratificazione normativa»: il rapporto fra diritto europeo, nazionale e regionale, nonché con la regolamentazione comunale;
- ✓ gli «oggetti»: gli affidamenti **non solo** dei «**servizi alla persona**», ma anche quelle attività tipiche del mondo del TS (beni ed attività culturali, sport, istruzione, valorizzazione beni pubblici), nonché finalità pubblica dell'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati;
- ✓ le «**finalità**»;
- ✓ il «**metodo**»;
- ✓ il «**dibattito**».

Le forme di relazione fra PA ed ETS

- ✓ La prima cosa è partire dalle **domande giuste**; non *“qual’è la procedura”*, ma *“cosa affido”*.



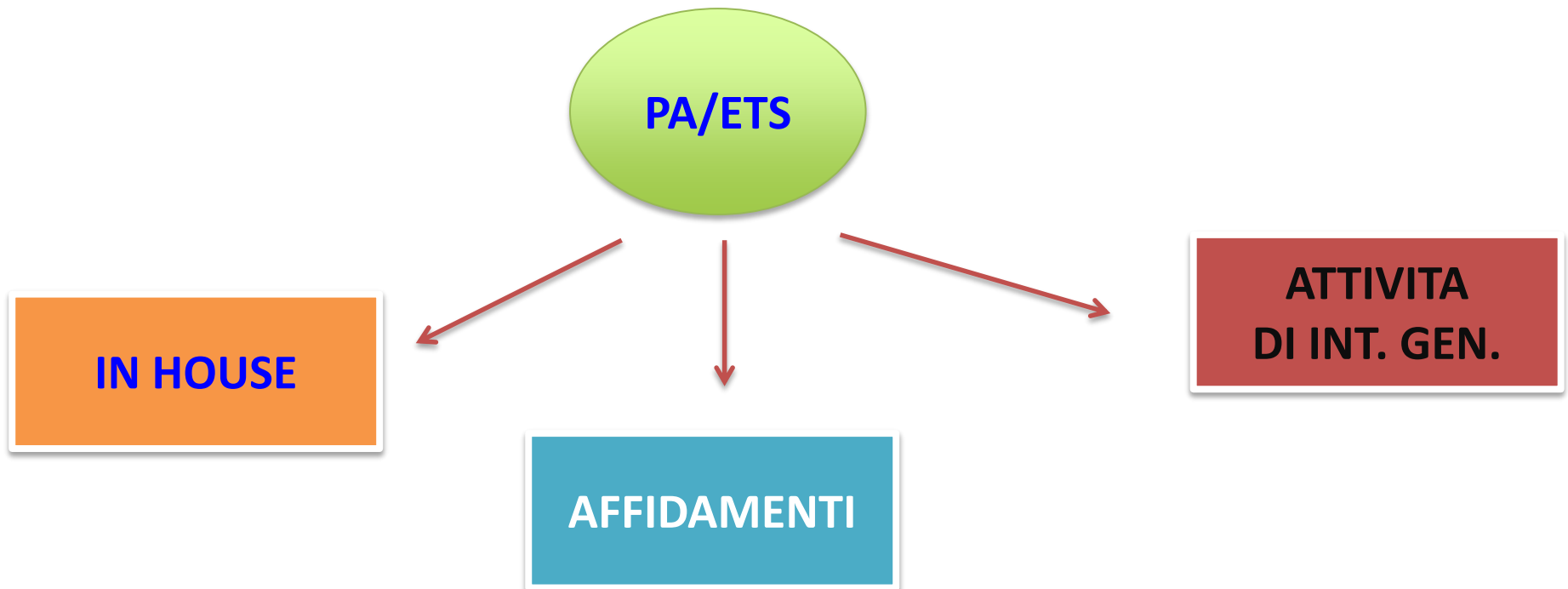
Le forme di relazione fra PA ed ETS

✓ Le funzioni fondamentali dei Comuni ed il TUEL:

- art. 3, c. 2 *“Il Comune è l’ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi, ne promuove e ne coordina lo sviluppo”*;
- art. 3, comma 5 *«I Comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà. I Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»*.
- art. 13, c.1 *«Spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell’assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze»*.

Le forme di relazione fra PA ed ETS

Le forme di affidamento di servizi e di attività possono essere di seguito schematizzate:



La programmazione

Nell'attuazione delle attività e degli interventi, l'Ente Locale stabilisce obiettivi e priorità attraverso la programmazione, nei suoi vari livelli, secondo la normativa di riferimento.

Cosa si intende per **programmazione**»

- è **processo decisionale di tipo razionale**, rivolto al futuro, basato sulla **definizione di obiettivi desiderati** e sulla **scelta di azioni idonee** (nel rapporto mezzi/fini) al conseguimento di tali obiettivi

Nel dettaglio si tratta di un processo attraverso cui

- a) sono individuati degli **obiettivi da raggiungere** in un determinato periodo di tempo,
- b) sono stabilite le **modalità** con cui intende raggiungere tali obiettivi,
- c) sono identificati gli **strumenti** e le **risorse necessarie**.

Il ruolo della programmazione

La scelta delle forme e degli strumenti per l'attivazione di relazione fra P.A. ed ETS è, in primo luogo, la conseguenza della «**programmazione**».

Il riferimento, dunque, è ai principali strumenti previsti dall'ordinamento:

- 1) **Linee di mandato del Sindaco;**
- 2) **DUP e PEG;**
- 3) **programma degli acquisti;**
- 4) **programmazione/pianificazione di settore;**
- 5) **co-programmazione (art. 55 CTS).**

Il ruolo della «**regolamentazione**» **comunale.**

Il senso della co-programmazione

- Concretizza il principio della **sussidiarietà orizzontale** realizzando il coinvolgimento (e quindi promuovendo il ruolo) delle autonomie sociali presenti su un territorio
- Sostiene la funzione di **integrazione** tra le diverse politiche e le variegate istanze presenti in una comunità e valorizza la loro tensione strategica
- Permette che, attraverso il confronto e la dialettica, vi sia una ampia **legittimazione** degli esiti del processo decisionale e pone le condizioni per prevenire/gestire condizioni di criticità sociale più o meno latenti.

I presupposti della co-programmazione

- la **disponibilità** da parte di tutti ad una attenta valutazione delle rispettive posizioni e proposte
- la **dialettica** e la ricerca di un orizzonte condiviso possano crescere e maturare attraverso il confronto. Necessità, pertanto, la consapevolezza di un percorso che merita **costanza** ed un congruo **investimento in termini temporali**
- attivazione di una adeguata **circolazione dei dati** significativi per il processo decisionale perché i soggetti coinvolti abbiano un'adeguata conoscenza dei meccanismi della programmazione e siano dunque in grado di essere parte attiva del percorso
- la consapevolezza di sostanziale **corresponsabilità sulle scelte** effettuate

Le concessioni dei beni pubblici

- **Art. 12 della L. 241/1990** «Provvedimenti attributivi di vantaggi economici»: la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinati alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi .
- **Art. 32, comma 8, legge 724/1994** «A decorrere dal 1 gennaio 1995 i canoni annui per i beni appartenenti al patrimonio indisponibile dei comuni sono, in deroga alle disposizioni di legge in vigore, determinati dai comuni in rapporto alle caratteristiche dei beni, ad un valore comunque non inferiore a quello di mercato, **fatti salvi gli scopi sociali**.
- **Art. 70 del D. Lgs. 117/2017** «Strutture ed autorizzazioni temporanee per manifestazioni pubbliche» : lo Stato, le Regioni ... e gli Enti locali possono prevedere forme e modi per l'utilizzazione non onerosa di beni mobili e immobili per manifestazioni e iniziative temporanee degli enti del Terzo settore, nel rispetto dei principi di trasparenza, pluralismo e uguaglianza.
- **Art. 71 del D. Lgs. 117/2017** «Locali utilizzati»: lo Stato, le Regioni ... e gli Enti locali possono concedere in comodato beni mobili ed immobili di loro proprietà, non utilizzati per fini istituzionali, agli enti del Terzo settore, ad eccezione delle imprese sociali, per lo svolgimento delle loro attività istituzionali

Le tipologie dei beni pubblici

- I beni appartenenti a Comuni e Province si distinguono in beni demaniali (art. 824 C.C.), beni patrimoniali indisponibili (art. 826, commi 2 e 3, c.c.), e nella categoria residuale dei beni patrimoniali disponibili.
- Il patrimonio disponibile è composto da beni non strettamente funzionali all'attività dell'ente, e da cui l'amministrazione deve auspicabilmente ottenere un beneficio economico, solitamente tramite locazione.
- Se per i beni facenti parte del patrimonio disponibile si deve procedere necessariamente tramite gli istituti di diritto privato, i beni demaniali o del patrimonio indisponibile sono invece oggetto di gestione autoritativa e quindi devono essere affidati tramite concessione amministrativa.

Canoni agevolati e gratuità

- La Pubblica Amministrazione deve agire nel rispetto del principio di “buon andamento” (art. 97 Cost.), anche in relazione alla economicità dell’azione amministrativa.
- Concessione di un bene a canone inferiore al prezzo di mercato o gratuità, con un vantaggio economico per il concessionario (anche prendendo in considerazione le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria a suo carico).

La posizione della magistratura contabile

- *“in linea generale sono ammesse deroghe (come sarebbe per l’ipotesi del comodato ad uso gratuito), ove venga perseguito un interesse pubblico equivalente o addirittura superiore rispetto a quello che viene raggiunto mediante lo sfruttamento economico dei beni”* (Corte dei conti, Sezione regionale controllo Molise, Deliberazione n. 1/2015/PAR e Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Sardegna, sentenza n. 234/2013).
- *“la concessione in comodato di beni di proprietà dell’ente locale è da ritenersi ammissibile nei casi in cui sia perseguito un effettivo interesse pubblico equivalente o addirittura superiore rispetto a quello meramente economico ovvero nei casi in cui non sia rinvenibile alcun scopo di lucro nell’attività concretamente svolta dal soggetto utilizzatore di tali beni”* (Corte dei conti, Sezione regionale controllo Lombardia, deliberazione n. 172/2014/PAR).
- *“solo dall’assenza di scopo di lucro dell’attività concretamente svolta dal soggetto destinatario di tali beni. (...) la sussistenza o meno dello scopo di lucro, inteso come attitudine a conseguire un potenziale profitto d’impresa, va accertata in concreto, verificando non solo lo scopo o le finalità perseguite dall’operatore, ma anche e soprattutto le modalità concrete con le quali viene svolta l’attività che coinvolge l’utilizzo del bene pubblico messo a disposizione”* (Corte dei conti, Sezione regionale controllo Veneto, deliberazione n. 7162/2012/PAR).

La regolamentazione degli Enti Locali

- Necessità di dotarsi di propri regolamenti per la disciplina della concessione di beni immobili a terzi.
- Alcune indicazioni: l'atto di concessione deve prevedere:
 - a) l'oggetto, le finalità e il corrispettivo della concessione;
 - b) la durata della concessione
 - c) la possibilità di revoca per ragioni di pubblico interesse.
- Distinzione tra concessionario quale soggetto con fini di lucro o concessionario senza fini di lucro: in questo secondo caso, determinare delle riduzioni al canone, fino a configurare un comodato d'uso gratuito, sulla base della tipologia del soggetto e della finalità del progetto e/o della sua azione e del vantaggio della comunità locale.

L'utilizzo dei contributi

- *“le sovvenzioni, i contributi, i sussidi, gli ausili finanziari, le attribuzioni di vantaggi economici consistenti in erogazione di denaro o conferimento di beni, senza obblighi di restituzione o obbligo di pagamento nei confronti della PA, rientrano nel genus dei provvedimenti accrescitivi della sfera giuridica dei destinatari, che, sulla base della normativa vigente (art. 12 della Legge n. 241/1990 e art. 26 del D. Lgs. n. 33/2013), sono volti a sostenere un soggetto sia pubblico che privato, accordandogli un vantaggio economico diretto o indiretto mediante l'erogazione di incentivi o agevolazioni” (Corte dei conti Sezione controllo Veneto, parere 20 aprile 2016, n. 260/2016).*
- *Art. 26 D. Lgs. 33/2013 «Le pubbliche amministrazioni pubblicano gli atti con i quali sono determinati, ai sensi dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i criteri e le modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati»*

Quale discrezionalità

- Il legislatore ha “puntellato” la materia relativa alla concessione di contributi e *sussidi “di particolari cautele e garanzie procedurali: ogni “elargizione” di denaro pubblico, deve esser infatti ricondotta a rigore e trasparenza procedurale e l’amministrazione agente, non può considerarsi, quindi, operante in piena e assoluta libertà e, nel caso specifico, deve rispettare i canoni costituzionali di uguaglianza e i principi stabiliti negli atti fondamentali dell’Ente»* (Corte dei conti Sezione controllo Veneto, parere 20 aprile 2016, n. 260/2016).

I regolamenti

- L'organo politico dell'ente locale deve adottare la norma regolamentare con cui predetermina i criteri di erogazione dei contributi che, in sede gestionale, l'organo amministrativo applicherà adottando il provvedimento formale attributivo del vantaggio economico.
- Nella norma regolamentare che fissa i criteri di erogazione dei contributi, si concretizza la discrezionalità facente capo all'organo politico.
- L'organo amministrativo emana l'avviso pubblico attuativo dei criteri contenuti nella disposizione regolamentare e, successivamente, predispone la graduatoria con cui si attua la comparazione valutativa di tutti gli aspiranti beneficiari dei contributi .
- La motivazione del provvedimento finale di assegnazione deve dar conto dell'esistenza dei presupposti desumibili dai criteri predeterminati dall'organo politico. In ossequio al secondo comma dell'art. 12 cit., i criteri e le modalità a cui si è attenuto l'ente per l'assegnazione o il riparto dello stanziamento, deve risultare dai singoli provvedimenti di concessione del vantaggio economico .
- Sul piano gestionale/contabile, l'accertamento della violazione delle regole contenute nell'art. 12 della L. 241/1990, nonché la violazione dei canoni di pubblicità e trasparenza che devono governare l'agire della pubblica amministrazione anche in sede di concessione di vantaggi economici in favore di soggetti terzi, sono stati ritenuti dalla Magistratura contabile indice di una non sana gestione finanziaria delle risorse finanziarie di un ente locale.

Contributi o corrispettivi

- I provvedimenti riconducibili all'art. 12, Legge n. 241/1990 si traducono nell'attribuzione di una somma di denaro o di un altro bene economicamente valutabile senza che ci sia un rapporto di corresponsività e, quindi, sorga in capo al destinatario l'obbligo di restituzione o l'erogazione di una contro prestazione.
- Si annoverano in questa ampia categoria i sussidi (che hanno una valenza assistenziale), gli indennizzi (che si fondano su un principio di solidarietà), i premi, i contributi (volti ad incentivare una attività considerata di pubblico interesse) e le sovvenzioni in senso stretto (finalizzate ad agevolare l'esercizio di attività imprenditoriali mediante l'erogazione o di contributi a fondo perduto o di finanziamenti a tasso agevolato).
- ***Le convenzioni.***

Il codice dei contratti pubblici

- ✓ La **qualificazione** delle **stazioni appaltanti**;
- ✓ principio di **rotazione** negli **affidamenti sotto-soglia**;
- ✓ **commissioni esterne** negli **affidamenti sopra-soglia**;
- ✓ la **programmazione** dei **servizi**;
- ✓ il **progetto** dei **servizi**;
- ✓ il regime delle **esclusioni**;
- ✓ l'inclusione dei **servizi sociali** nel Codice, l'art. **142** e le **gare riservate** (art. **143**);
- ✓ i **requisiti di partecipazione** ed i **criteri di valutazione**;
- ✓ l'**OEPV**;
- ✓ la disciplina sul **PPP**.

Lo “sblocca cantieri”

Lo *sblocca-cantieri* d.l. **32/2019** conv. in l. **55/2019**. Le principali modifiche:

- ✓ in materia di **qualificazione** delle **stazioni appaltanti**;
- ✓ in materia di **affidamenti sotto-soglia**;
- ✓ in materia di **esclusioni**;
- ✓ in materia di **subappalto**;
- ✓ in materia di **PPP**;
- ✓ in materia di **OEPPV**;
- ✓ in materia di **commissioni**.



La previsione di un nuovo **Regolamento**.

I servizi sociali ed altri servizi specifici nel codice

Il **codice** detta una **disciplina “alleggerita”** per i **servizi sociali** e per quelli specificatamente indicati nell'**Allegato IX**:

- ✓ **soglia ad hoc (750.000 euro)** [art. **35**];
- ✓ **obbligo del criterio dell'OEPV** [art. **95**];
- ✓ **disciplina speciale** (art. **142**);
- ✓ **gare riservate** (art. **143**).

Talune disposizioni generali del codice di applicano anche a tali servizi (programmazione, progetto, requisiti di partecipazione e criteri di valutazione).

Affidamento di servizi in PPP

Il **codice** dei contratti recepisce anche la direttiva “**concessioni**” (2014/23/UE), innovando il precedente quadro normativo interno:

- ✓ **soglia ad hoc** (5.548.000 euro) [art. 35];
- ✓ **disciplina** speciale (artt. 164 e ss.);
- ✓ distinzione fra **concessioni** (art. 164) e **PPP** (artt. 180 e ss.).

Gli **elementi caratterizzanti** il **PPP(C)**:

- il “**rischio operativo**”;
- la procedura ad **iniziativa** “**pubblica**” o “**privata**”;
- il **limite** alla **compartecipazione pubblica**;
- il **monitoraggio** (LG n. 9 di ANAC).

La considerazione delle esigenze sociali

Le due **Direttive** sugli **appalti** e sulle **concessioni** enfatizzano il ruolo “**strategico**” delle procedure di affidamento di contratti pubblici in funzione della **considerazione di esigenze ambientali** (es. **CAM**), **sociali** e di **ulteriori finalità pubbliche**. A livello interno, il **codice** ha dato attuazione a tale principio nelle seguenti forme:

- ✓ **principi fondamentali** [art. **30**];
- ✓ **clausola sociale di assorbimento lavorativo** (art. **50**);
- ✓ **clausole sociali di esecuzione contrattuale** (art. **100**);
- ✓ **OEPV** (art. **95**, c. **6**);
- ✓ nuova disciplina in materia di **inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati** (art. **112**).

La disciplina sull'inserimento lavorativo

Le due **Direttive** sugli **appalti** e sulle **concessioni** hanno disciplinato in termini generali la considerazione della finalità dell'**inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati** nelle due forme delle **clausole sociali** e delle “**gare riservate**”.

La disposizione interna di riferimento è rappresentata dall'**art. 112** del codice, che si apre facendo **salve** le disposizioni in materia di “**cooperative sociali**” [legge n. **381/1991** e ss. mm. e L.R. n. **36/2015** e ss. mm.] e di “**impresa sociale**” [d. lgs. n. **112/2017** e ss. mm.].

Due sono le **modalità** di affidamento:

- a) inserimento di clausola sociale negli atti di gara;**
- b) gare riservate (N.B.).**

Il rapporto con le disposizioni generali del codice.

La giurisprudenza sulle coop. di tipo “b”

- a) **TAR Emilia-Romagna** sentenza n. **637/2015**, n. **140** (illegittimità affidamento SPL mediante convezioni ex l. 381/1991);
- b) **TAR Toscana** sentenza n. **1371/2017** (legittimità affidamento SPL);
- c) **C.d.S.**, **10/8/2016**, n. **3615** (sulla distinzione fra cooperative sociali e associazioni);
- d) **Corte di Giustizia europea** **21/3/2019**, n. **C-465/17** (differenza fra associazioni e organizzazioni senza scopo di lucro e cooperative);
- e) **C.d.S.** **6/12/2018**, n. **6906** (sulla *ratio* della legislazione di favore);
- f) **TAR Veneto** **11/6/2018**, n. **628** (sulle cooperative a «scopo plurimo»);

La giurisprudenza sulle coop. di tipo “b”

- g) **TAR Napoli 1/3/2019, n. 1533** (affidamenti di gestione del servizio di sosta e cooperative di tipo «A»);
- h) **C.d.S. 12/3/2018, n. 1574** (sul CCNL applicabile. In senso conforme ANAC Delibere n. 44/18 e 62/19);
- i) **TAR Piemonte 6/6/2018, n. 705** (gare riservate e avvalimento);
- j) **C.d.S., 7/1/2019, n. 139** (verifica di anomalia e differenza fra soci volontari e stagisti);
- k) **C.d.S. 7/1/2019, n. 435** (gare riservate e principio di rotazione);
- l) **TAR Napoli 10/11/2017, n. 5300** (assimilazione consorzi di cooperative sociali ai consorzi stabili - conseguenze).

L'inserimento lavorativo lungo la gara

qualificazione
SA

programmazione

progetto

art. 80

clausole sociali

inserimento
lavorativo

verifica
esecuzione

RTI/avvalimento

verifica
anomalia

valutazione

OEPV

I contratti pubblici per l'UE

La “**strategicità**” degli affidamenti dei contratti pubblici è stata di recente esplicitata dall'UE.

Nella **Comunicazione** della **Commissione** “**Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa**” [COM(2017) 572 final del 3.10.2017), la Commissione ritiene necessario un “**approccio strategico**” negli approvvigionamenti, mediante “**procedure di appalto pubblico moderne ed efficienti**”.

A tal fine, “**(...) Gli Stati membri non stanno utilizzando appieno le possibilità offerte dagli appalti pubblici quale strumento strategico a sostegno di obiettivi di politica sociale sostenibili e dell'innovazione (..)**”.

Fra le **6 priorità strategiche** viene indicato anche la diffusione degli “**appalti pubblici strategici**”.

I contratti pubblici “strategici”

La **Commissione** indica alcune soluzioni tecniche per rendere strategici gli affidamenti di contratti pubblici:

- ✓ l'**integrazione** di **criteri innovativi, ecologici e sociali**;
- ✓ un maggior uso delle **consultazioni preliminari di mercato**;
- ✓ un maggiore uso delle **valutazioni qualitative (OEPV)**.

Tali obiettivi, tuttavia, sono realizzabili, secondo la Commissione, attraverso “*(...) un elevato livello di competenza da parte dei committenti pubblici, ma soprattutto visione strategica e titolarità pubblica (...)*”.

E proprio gli “appalti pubblici” sono considerati fattore di disintento agli investimenti in Italia nella Comunicazione della Commissione [**COM(2019) 150 final**].

A Voi tutti
il nostro più sincero ringraziamento
per la cortese attenzione

Luciano Gallo
Ettore Uccellini