

NOTE DI INQUADRAMENTO SUGLI AFFIDAMENTI DEI SERVIZI SOCIO SANITARI A FAVORE DELLE COOPERATIVE SOCIALI (DI TIPO “A”) DA PARTE DELLE FONDAZIONI (EX IPAB)

*Alceste Santuari **

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Le fondazioni (ex IPAB) - 2.1. Il processo di trasformazione - 2.2. Configurazione giuridica e tratti salienti della tipologia - 2.3. Le fondazioni (ex IPAB) quali “organismi di diritto pubblico” - 2.4. Gli orientamenti dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici - 2.5. L’applicabilità del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006) alle prestazioni socio-sanitarie - 3. Le cooperative sociali: profili definatori della tipologia giuridica - 3.1. La recente evoluzione degli affidamenti alle cooperative sociali - 3.2. La posizione dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici - 4. L’affidamento dei servizi socio-sanitari - 4.1. I servizi oggetto dell’affidamento: i servizi di interesse generale - 4.2. Il d.p.c.m. 30 marzo 2001 - 4.3. I soggetti ammessi a partecipare alle gare - 4.4. I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità dell’amministrazione - 5. Considerazioni finali.

1. Introduzione. Negli ultimi decenni, i settori dei servizi socio-assistenziali e socio-sanitari hanno subito notevoli e significativi mutamenti. Si tratta di cambiamenti che non solo implicano revisioni, talvolta, in senso innovativo, nei/dei soggetti deputati alla produzione e alla gestione dei servizi sul territorio, ma altresì investono le modalità con cui i medesimi servizi vengono erogati ai cittadini-utenti.

Da un punto di vista legislativo, le suddette modifiche hanno trovato accoglimento nelle c.d. “leggi Bassanini” (l. n. 59/1997 e relativo decreto legislativo attuativo n. 112/98) e, indubbiamente in modo più significativo, nella legge 8 novembre 2000, n. 328 recante “*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*”. Quest’ultima ha introdotto una sorta di rivoluzione copernicana all’interno del nostro sistema di protezione sociale e di *welfare state* tradizionalmente inteso. La nuova disciplina, tra l’altro, ha disposto in merito:

* Ph.D. Law – Cantab, docente incaricato presso l’Università degli studi di Trento.

- al trasferimento di poteri alle Regioni e agli Enti Locali;
- all'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale e verticale;
- alla riforma delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (IPAB);
- al ruolo del Terzo Settore, della famiglia, delle organizzazioni di auto-mutuo aiuto;
- alle forme di integrazione e di interazione sul territorio;
- all'introduzione della carta dei servizi sociali;
- al sostegno domiciliare per gli anziani non autosufficienti;
- alle autorizzazioni e all'accreditamento.

Per quanto attiene alle conseguenze più propriamente istituzionali, l'assetto definito dalla legge quadro ha determinato un ripensamento generale e approfondito delle modalità e delle azioni che caratterizzano gli interventi e i servizi sociali in Italia. Ciò, di conseguenza, ha avuto riflessi operativi immediati sui rapporti tra i diversi livelli istituzionali burocratici e tra questi ultimi e gli attori della società civile (terzo settore). Tale localizzazione degli interventi e dei servizi è stata resa vieppiù incidente a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione introdotta nel 2001, modifica che ha:

- costituzionalizzato il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost. u.c.);
- attribuito alle Regioni competenza legislativa primaria in materia sociale, mantenendo in capo allo Stato centrale la responsabilità di definire i livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, comma 2, lett. m)).

L'architettura complessiva conseguita alla l. n. 328/2000 e le modifiche introdotte nel Titolo V della Costituzione, riformata nel 2001, hanno riconosciuto:

- un ruolo da protagonisti ai Comuni, quali enti territoriali cui spetta la titolarità delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale e

- alle IPAB trasformate, le quali, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 328/2000, sono "inserite a pieno titolo" nella rete dei servizi e degli interventi sociali sul territorio.

In particolare, spetta ai comuni:

- a. la programmazione, progettazione e realizzazione del sistema locale dei servizi sociali a rete;
- b. l'erogazione dei servizi e delle prestazioni economiche;
- c. l'autorizzazione, accreditamento e vigilanza dei servizi sociali e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale;
- d. la definizione dei parametri di valutazione;
- e. la promozione delle risorse della collettività;
- f. il coordinamento e l'integrazione degli enti che operano nell'ambito di competenza locale;
- g. il controllo e la valutazione della gestione dei servizi;
- h. la promozione di forme di consultazione allargata;
- i. i. garantire la partecipazione dei cittadini al controllo della qualità dei servizi.

In questo contesto, il comune, quale entità giuridica ed organizzativa autonoma, impegnato nella gestione ed erogazione, sia direttamente sia attraverso appositi enti strumentali e organizzazioni *non profit*, dei servizi alla persona, in particolare quelli di natura socio-assistenziale, si è trovato dunque ad assumere maggiori responsabilità. Alle (ex) IPAB, siano esse trasformate in fondazioni ovvero in Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona, è stato affidato (confermandolo oppure ampliandolo) il primigenio compito di erogare i servizi oggetto delle proprie finalità statutarie, sia direttamente sia indirettamente, attraverso l'avvalimento di soggetti terzi, in specie cooperative sociali.

Il raccordo, funzionale e sostanziale, tra organizzazioni *non profit* ed enti locali/fondazioni (ex IPAB) é andato progressivamente incrementandosi, soprattutto, in virtù delle numerose iniziative che, in questi ultimi anni, si sono strutturate nel tessuto sociale, in specie a

livello comunale. Numerose e preziose sono, infatti, le forme organizzate di iniziativa privata che rispondono ai bisogni della collettività cittadina/comunale. Queste iniziative *non profit* sono caratterizzate, come peraltro accade in gran parte dei paesi europei contemporanei, da una crescente ed evidente dimensione produttiva di servizi sociali erogati alla comunità o di beni e servizi come strumento per l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Inoltre, tali organizzazioni sono definite da un'elevata ed incisiva partecipazione dei diversi gruppi di portatori di interessi, quali volontari, lavoratori, utenti, enti pubblici e privati. Tutti questi elementi fanno sì che le organizzazioni *non profit* debbono poter trovare nelle istituzioni municipali e nelle IPAB trasformate un interlocutore primario e consapevole delle risorse esistenti in seno alla collettività, così da realizzare pienamente il dettato costituzionale.

In questo senso, preme evidenziare quanto stabilito nella legge di riforma della sanità del 1992: "Le organizzazioni non lucrative concorrono, con le istituzioni pubbliche e quelle equiparate, alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà, dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona" (art. 1, comma 18, d. lgs. 502/1992 e s.m.i.).

Al riguardo, molti sono i comuni e le IPAB trasformate in cui sono attive e profondamente radicate numerose organizzazioni *non profit*. Esse operano nell'ambito del settore sociale e collaborano, a vario titolo, con il comune e/o l'IPAB trasformata del luogo, attraverso rapporti formalizzati (convenzione e/o finanziamento) nell'offerta dei servizi di natura socio-assistenziale e socio-sanitaria.

Gli aspetti maggiormente positivi che si possono evidenziare sul terreno della presenza delle organizzazioni non lucrative coordinata con gli enti locali e con le IPAB trasformate si riferiscono soprattutto ad un clima di collaborazione e di disponibilità, dovuto alla conoscenza reciproca e alla condivisione di intenti fra i diversi attori

della rete. In quest'ottica, le organizzazioni *non profit* e le cooperative sociali si propongono: (1) per gli enti locali, quale "occhio" privilegiato sul territorio per la raccolta delle indicazioni e dei bisogni dell'utenza in virtù della loro presenza capillare: opportunità da sfruttare soprattutto in sede di programmazione e per la diffusione dell'informazione all'utenza; (2) per le IPAB trasformate quali partners affidabili nell'erogazione di componenti essenziali di servizi e prestazioni alla persona.

In questa cornice, pertanto, comuni, IPAB trasformate e organizzazioni *non profit* si pongono come punto di riferimento per le famiglie, a cui garantiscono un sostegno positivo sulla base di una conoscenza profonda delle problematiche presenti sul territorio e alla possibilità di garantire una presenza regolare nella conduzione e cura dei singoli casi. L'unione di intenti, l'agire in maniera coordinata e la disponibilità a confrontarsi e coordinarsi rafforza la rete. Questa, a sua volta, se innestata in un territorio tradizionalmente pronto a sostenere iniziative del privato sociale, è in grado di arrecare notevoli benefici all'utenza.

Da quanto sopra esposto è possibile trarre alcune prime valutazioni: *in primis*, si conferma la "centralità" dell'azione dei comuni nell'erogazione dei servizi sociali sul territorio. Si consideri che con il termine erogazione non si fa riferimento necessariamente alla diretta gestione degli stessi da parte dei comuni, quanto piuttosto – coerentemente con le previsioni normative che informano la materia – con l'assunzione di responsabilità da parte dei comuni per quei determinati servizi. In questo senso, i comuni spesso fanno affidamento sull'intervento (strutturato) delle organizzazioni non lucrative, ivi comprese le IPAB trasformate in fondazioni di diritto privato e delle cooperative sociali.

2. Le fondazioni (ex IPAB). Tra le organizzazioni non lucrative responsabili dell'erogazione di servizi alla persona, in specie a favore

della popolazione anziana, rientrano le fondazioni derivanti dalla trasformazione delle IPAB. Si tratta di una forma giuridica di diritto privato che, tuttavia, come si vedrà nel prosieguo delle presenti note, può invero assumere anche una connotazione pubblicistica, in ragione della particolare “storia” che caratterizza proprio le ex IPAB, soprattutto con riferimento ai loro legami con gli enti locali del territorio.

2.1. Il processo di trasformazione. Le Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza, regolamentate fino al 2001 – anno di entrata in vigore del d. lgs. n. 207/01, attuativo dell’art. 10 della l. n. 328/00 - dalla “legge Crispi” del 1890, erano collocate tra gli enti pubblici non territoriali. Tuttavia, gli interventi della Corte Costituzionale prima, del Governo poi e, da ultimo, delle Regioni, hanno sancito notevoli cambiamenti nella collocazione originaria delle IPAB. Da un lato, pur in presenza del mantenimento della personalità giuridica di diritto pubblico (Aziende pubbliche di servizi alla persona), le ex IPAB sono oggi definite dalla legislazione nazionale e regionale quali aziende di erogazione di servizi, con propria autonomia statutaria, gestionale ed imprenditoriale. Dall’altro, qualora ricorrano i requisiti, esse possono trasformarsi in persone giuridiche di diritto privato disciplinate dal Libro I del Codice Civile del 1942 (fondazioni). Complessivamente, pertanto, il legislatore ha inteso prevedere la possibilità che le IPAB siano inserite nel complesso e variegato universo delle organizzazioni, pubbliche e private, che erogano servizi socio-sanitari sul territorio, a prescindere dalla struttura giuridica ed organizzativa che esse intendono adottare.

2.2. Configurazione giuridica e tratti salienti della tipologia. La fondazione é, per il diritto civile, la stabile organizzazione predisposta per la destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo di pubblica utilità. Questo può essere uno scopo di natura assistenziale, come accade nelle fondazioni che erogano assistenza agli indigenti o di natura culturale, quali fondazioni che gestiscono biblioteche o

centri di studio che erogano premi o di natura scientifica, come quelle fondazioni che gestiscono centri di ricerca, e via dicendo. Gli elementi costitutivi della fondazione possono essere riconducibili ai seguenti:

- a)* la attribuzione, in via diretta od indiretta, di un patrimonio o di un complesso di beni per il raggiungimento di scopi comuni ad un gruppo di persone che si trovano e/o si troveranno in una determinata situazione prevista preventivamente e distinte da chi attribuisce il patrimonio;
- b)* l'esistenza, dal punto di vista soggettivo, di una collettività di persone al raggiungimento dei cui scopi si mira, collettività, i cui interessi comuni sono tutelati, che qui non è originaria e non dà vita essa al gruppo organizzato, ma è determinata dal fondatore ed è successiva;
- c)* la presenza dell'elemento oggettivo cioè dell'attività che l'ente (attraverso i suoi organi) deve perseguire per il raggiungimento delle finalità previste;
- d)* la necessità di una organizzazione, che qui è in origine determinata dal fondatore, idonea per il raggiungimento e la attuazione delle finalità suddette;
- e)* la rilevanza dell'elemento teleologico, essendo indispensabile la previsione delle finalità comuni cui la fondazione deve tendere;
- f)* la volontarietà, infine, in quanto anche l'attribuzione del patrimonio e l'organizzazione dell'ente sono atti volontari, negoziali.

La fondazione si colloca, come l'associazione, nel novero delle "istituzioni di carattere privato" regolate dall'abrogato art. 12 c.c. ad opera dell'art. 11, D.P.R. n. 361/2000, ossia delle organizzazioni collettive, mediante le quali i privati perseguono scopi superindividuali non direttamente rivolti a realizzare un profitto. Come l'associazione, anche la fondazione trae origine da un dato di autonomia privata, segnatamente l'atto di fondazione. Anche la fondazione, alla stregua di ogni istituzione di carattere privato (diversa dalle società: art. 13 c.c.), consegue la personalità giuridica mediante il riconoscimento, competenza in capo alle Regioni (Province

Autonome di Trento e Bolzano) e del Prefetto a seconda che la fondazione operi all'interno del territorio regionale ovvero al di fuori di esso.¹

L'atto costitutivo della fondazione é un atto unilaterale, produttivo di effetti giuridici in virtù della sola dichiarazione di volontà del fondatore. Egli conserva la propria struttura di atto unilaterale anche quando venga formato da più persone (si avrà, in tal caso, una pluralità di atti unilaterali, pur se contenuti in un medesimo documento, e non un contratto) o, addirittura, da una moltitudine di persone, come nel caso in cui la fondazione venga costituita per pubblica sottoscrizione, nelle forme di cui gli artt. 39 ss. del codice civile. L'atto di fondazione ha un duplice contenuto: é, in primo luogo, un atto di disposizione patrimoniale, mediante il quale un privato (o un ente pubblico) si spoglia, in modo definitivo e irrevocabile, della proprietà di beni che destina ad uno scopo di pubblica utilità; essa é, in secondo luogo, un atto di organizzazione, analogo sotto questo aspetto al contratto di associazione, mediante il quale il fondatore predetermina la struttura organizzativa che dovrà provvedere alla realizzazione dello scopo. Il rapporto intercorrente, nell'atto di fondazione, tra l'elemento patrimoniale e quello organizzativo può atteggiarsi in modo diverso. Il patrimonio può, in talune forme di fondazione, assumere rilievo preponderante rispetto alla organizzazione: questa può ridursi - come nel caso delle fondazioni costituite per l'assegnazione di premi o di borse di studi - ad un'attività di mera erogazione, a favore dei destinatari della fondazione, delle rendite del patrimonio.

In altre ipotesi può, per contro, assumere rilievo preponderante l'elemento organizzativo: il patrimonio può assolvere - come nel caso degli istituti di istruzione o dei centri di studio o degli istituti di ricerca

¹ Si veda il D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, recante "Regolamento per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto".

scientifici costituiti in forma di fondazione - la funzione affatto strumentale di consentire il funzionamento di una complessa organizzazione, l'attività della quale realizzerà lo scopo perseguito dal fondatore. In questo secondo ordine di casi, che nell'epoca presente va moltiplicandosi, l'atto di disposizione patrimoniale del fondatore è solo mediatamente rivolto alla realizzazione dello scopo: quest'ultimo è realizzato, in modo immediato, dalla struttura organizzativa predisposta dal fondatore. La fondazione può essere costituita per atto far vivi, per il quale è richiesta la forma dell'atto pubblico, ovvero per testamento (*mortis causa*) ex art. 14 c.c.: in questo secondo caso, l'atto di fondazione diventerà efficace, come ogni disposizione a causa di morte, solo al momento dell'apertura della successione.

Per quanto attiene al controllo sulle fondazioni, l'art. 25 c.c. prevede che sia l'autorità tutoria pubblica a garantire la necessaria attività di controllo e vigilanza. Per le fondazioni che esauriscono la propria attività nell'ambito territoriale di una regione, l'autorità tutoria è da considerarsi la Regione. Il controllo viene, innanzitutto, esercitato mediante l'intervento sostitutivo in occasione di nomine di amministratori che non possano essere effettuate in base all'atto di fondazione. L'autorità tutoria può poi annullare le deliberazioni della fondazione, qualora queste siano contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume. L'organo di amministrazione della fondazione, infine, può essere sciolto dall'autorità tutoria ed essere da questa temporaneamente sostituito con un commissario straordinario. Deve considerarsi attività di vigilanza anche quella volta al coordinamento dell'attività di più fondazioni, ovvero all'unificazione di più amministrazioni (art. 26 c.c.), nonché quella concretizzantesi nella trasformazione della fondazione (art. 28 c.c.), quest'ultima, di fatto poco o punto praticata, deve considerarsi un vero e proprio retaggio storico, mutuando in sostanza una disposizione già vigente per le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (art. 70 della l. n. 6972/1890).

L'authority competente può procedere altresì alla trasformazione delle fondazioni che può concretizzarsi anche attraverso la fusione con altra analoga fondazione.²

Quando la trasformazione risulta ammissibile, l'authority competente la disporrà "allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore": prescrizione, questa, dalla quale si desume il criterio, cui l'authority competente dovrà attenersi, secondo il quale il diverso scopo da questa assegnato alla fondazione dovrà essere il più possibile "affine" a quello originariamente fissato dal fondatore. L'authority competente dovrà, inoltre, attenersi alle specifiche clausole statutarie relative alla trasformazione quando lo statuto abbia, come é consentito dall'art. 16, comma 2, c.c., regolato l'eventualità della trasformazione.

2.3. Le fondazioni (ex IPAB) quali "organismi di diritto pubblico". "Un patrimonio destinato ad uno scopo di pubblica utilità": è questa la definizione sintetica che possiamo ricavare dalle disposizioni contenute nel Primo Libro del Codice Civile del 1942 concernenti le fondazioni. Tradizionalmente appartenenti alla sfera individuale (filantropia privata), divenute successivamente uno strumento per cristallizzare interessi *corporate* (fondazioni di impresa), in epoca recente le fondazioni sono divenute strumenti giuridico-organizzativi "a disposizione" degli enti pubblici (in specie locali) per la realizzazione di finalità e di obiettivi propri della pubblica amministrazione. Quando poi tali obiettivi e finalità implicano la presenza di più soggetti pubblici e privati (*for profit e non profit*) siamo al cospetto delle fondazioni di "nuova generazione", identificate con il termine "fondazioni di partecipazioni" ovvero "fondazioni associative".

E' sullo sfondo di questo nuovo modo di concepire lo strumento fondazionale che, in epoca recentemente è intervenuta la

² Cons. St. sez. I, 24.1.56, n. 60, CS, 1956, I, 1104.

giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato (sez. V, 12 ottobre 2010, n. 07393), richiamando quanto disposto dall'art. 3, comma 26, d. lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) ha considerato una fondazione (nel caso di specie, la Fondazione "Carnevale di Viareggio") alla stregua di un "organismo di diritto pubblico" in ragione dei seguenti elementi/requisiti:

1. è costituita per realizzare specificamente finalità di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
2. è dotata di personalità giuridica autonoma;
3. l'attività della stessa è finanziata prevalentemente da enti pubblici territoriali;
4. la sua gestione è soggetta al controllo degli enti pubblici territoriali;
5. più della metà del consiglio di amministrazione è designata dagli enti pubblici territoriali.

Ai fini della decisione oggetto della sentenza in argomento i suddetti requisiti servono ad assoggettare la fondazione alle norme di evidenza pubblica dettate dalla disciplina comunitaria e dalla normativa nazionale di attuazione. Il Consiglio di Stato, pertanto, "trasforma" la fondazione, persona giuridica di diritto privato, in un organismo di diritto pubblico, poiché essa:

- è il frutto dell'iniziativa di uno (o più) enti territoriali locali;
- è utilizzata, in modo stabile e irreversibile, *proprio* per la realizzazione di una finalità pubblicistica, non riconducibile a logiche di mercato;
- "vive" di finanziamenti pubblici;
- è controllata dagli enti pubblici territoriali.³

³ Sulla configurazione delle fondazioni quali organismi di diritto pubblico, si veda anche Corte Costituzionale, sentenza 9 febbraio 2011, n. 52, nella quale i giudici hanno riconosciuto i parametri della pubblicità della stessa come segue: a) istituzione da parte regionale; b) funzioni di indirizzo e controllo esercitate dalla regione; c) concorso della regione alla costituzione del fondo di dotazione

Sono quelli sopra richiamati parametri applicabili anche alle ex IPAB trasformate in fondazioni di diritto privato, ancorché per queste ultime non si registrino taluni parametri precedentemente richiamati, quali l'assenza dell'iniziativa di un ente territoriale ovvero la mancata partecipazione del medesimo al fondo di dotazione delle fondazioni?

2.4. Gli orientamenti dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici. In argomento, è intervenuta l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (Avcp), la quale, già con propria deliberazione AG479 del 20 luglio 2000 aveva ricondotto le IPAB nel novero degli organismi di diritto pubblico, alla luce degli elementi sopra richiamati.

In epoca più recente, tale indirizzo ha trovato conferma nell'inserimento delle IPAB (*rectius*: Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona) tra gli organismi di diritto pubblico elencati nell'Allegato III al Codice dei Contratti, diretto ad indagare l'obbligo per gli enti ex IPAB di applicare la disciplina contrattuale pubblica ai fini della selezione dei contraenti privati, a norma del d.lgs. n. 163/2006 (codice degli appalti pubblici).

Ma se l'inserimento delle ex IPAB trasformate in ASP nel novero degli organismi di diritto pubblico sembra pacifico, attese le specifiche peculiarità di dette Aziende (personalità giuridica di diritto pubblico e membri del Consiglio di Amministrazione nominati dalla Regione), più problematica appare l'attrazione delle ex IPAB trasformate in fondazioni di diritto privato nel medesimo novero.

Infatti, per queste ultime è necessario verificare, caso per caso, se siano presenti i requisiti richiesti, cumulativamente, dall'art. 3, comma

iniziale e contributo annuo di gestione da parte della regione stessa; d) partecipazione della fondazione alle attività del servizio sanitario nazionale come presidio ospedaliero specialistico.

26, d. lgs. n. 163/2006 ai fini del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico, che segnatamente sono:

- a) personalità giuridica;
- b) essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- c) attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure gestione sottoposta al controllo di tali soggetti, ovvero organismi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti in misura non inferiore alla metà da componenti designati dai medesimi soggetti.

Per quanto attiene al requisito soggettivo della personalità giuridica, l'Avcp – in alcuni pareri espressi a seguito di specifici quesiti sottoposti da parte di alcune fondazioni ex IPAB operanti nella Regione Marche - ritiene che esso non sia ostativo al riconoscimento della natura di organismo di diritto pubblico. Richiamando la giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia (cfr. sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00), la giurisprudenza civile (cfr. Cassazione civile sez. Unite ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637 concernente la Fondazione Accademia Nazionale di S. Cecilia), nonché la giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Umbria 4 aprile 2006, n. 204 riguardante la Fondazione O.N.A.O.S.I – Opera Nazionale Assistenza Orfani Sanitari Italiani; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829 e Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393), l'Autorità conferma che la personalità giuridica di diritto privato non impedisce che una organizzazione possa essere qualificata come “organismo di diritto pubblico”.

In ordine al perseguimento di finalità di interesse generale di natura non industriale o commerciale, l'Autorità ribadisce che le fondazioni ex IPAB soddisfano tale criterio, poiché realizzano scopi di utilità sociale (assistenza sociale e socio sanitaria, assistenza sanitaria, ecc.).

L’Autorità, infine, ammette che più problematica risulta il requisito della “dominanza pubblica”, nelle forme alternative del finanziamento maggioritario, del controllo della gestione o della nomina dei componenti degli organismi di amministrazione, direzione o vigilanza in misura non inferiore alla metà da parte dello Stato o di altri enti pubblici. Infatti, è utile segnalare che per le fondazioni ex IPAB, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato, il DPCM 16 febbraio 1990 stabiliva, tra i criteri alternativi, il “*carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati*” (art. 1, comma 3, lett. *b*), integrato a sua volta in caso di “*esistenza di disposizioni statutarie che prescrivono la designazione da parte di associazioni o di soggetti privati di una quota significativa dei componenti dell’organo deliberante*” (art. 1, comma 5, lett. *b*) e a condizione “*che il patrimonio risulti prevalentemente costituito da beni risultanti dalla dotazione originaria o dagli incrementi e trasformazioni della stessa ovvero da beni conseguiti in forza dello svolgimento dell’attività istituzionale*” (art. 1, comma 5, lett. *b*).

Per quanto riguarda le fondazioni ex IPAB operanti nella Regione Marche, circostanza peraltro che ricorre anche in altri contesti regionali (cfr. per tutti la Lombardia), si noti che gli statuti delle fondazioni medesime prevedono che i membri dell’organo deliberante (consiglio di amministrazione) siano designati in larga parte, quando non addirittura in modo totalitario, dall’Amministrazione comunale in cui la fondazione ex IPAB ha la propria sede. Conseguentemente, tale designazione è sufficiente per integrare il requisito richiesto dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per identificare un “organismo di diritto pubblico”.

2.5. L’applicabilità del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006) alle prestazioni socio-sanitarie. Le prestazioni socio-sanitarie oggetto dell’affidamento da parte di una fondazione (ex IPAB) rientrano nell’allegato II B del d. lgs. n. 163/2006. Si tratta di quelle attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali

integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione.

Le prestazioni sociosanitarie comprendono:

- a) prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, cioè le attività finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite e acquisite;
- b) prestazioni sociali a rilevanza sanitaria, cioè tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute.

Ai sensi dell'art. 20 d. lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dai seguenti articoli:

- art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento),
- art. 68 (specifiche tecniche),
- art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

In virtù del dettato normativo, non si applicherebbe ai servizi ricompresi nell'allegato II B tutta la dettagliata disciplina, prevista dal decreto legislativo in oggetto. Conseguentemente, si ritiene che alle prestazioni socio sanitarie risulti applicabile anche l'art. 27 del d. lgs. n. 163/2006 che stabilisce che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Allo scopo, pertanto, di incrementare il livello di "comunicabilità" dell'intenzione della stazione appaltante di procedere all'affidamento dei servizi in parola, il Codice dei contratti pubblici stabilisce che l'affidamento deve essere

preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

In argomento, è intervenuto il Consiglio di Stato (sentenza Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1) che ha stabilito che anche per le prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza di persone assistite dal S.s.n. (art. 3 *septies*, commi 1 e 2, d. lgs. n. 502 del 1992) resta la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario. In questo senso, i giudici amministrativi hanno ribadito che, ancorché non riconducibili, immediatamente, alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi (direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/Cee) e d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), le stesse vanno riportate alla previsione dell'allegato II B (che elenca i "servizi sanitari e sociali") dell'art. 20 del d. lgs. n. 163 del 2006. Richiamando l'articolo in oggetto, i giudici di Palazzo Spada ricordano che l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli art. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Tuttavia, il Consiglio di Stato ribadisce altresì che, per effetto del successivo art. 27 comma 1, d. lgs. n. 163 del 2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità" e che "l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

In argomento, si segnala anche una sentenza del TAR del Friuli Venezia Giulia (sentenza n. 282/2009), con la quale i giudici amministrativi hanno stabilito che i servizi di cui all'allegato II B del

codice degli appalti (servizi sanitari e sociali) sono sì esclusi, ai sensi dell'art. 20 del codice dei contratti, dall'applicazione della disciplina di cui al codice medesimo, eccezion fatta per l'applicazione dell'art. 27 dello stesso codice. Preme evidenziare che detto articolo stabilisce che, anche per i contratti esclusi, si applicano i commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 del Codice. In modo particolare, il comma 2 prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di subordinare il principio di economicità, pur nei limiti in cui ciò sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice stesso, "ai criteri previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile".⁴

Sul tema dell'esclusione dei servizi in oggetto è intervenuta anche l'Avcp, che in un parere rilasciato a seguito di una specifica richiesta di chiarimenti da parte di una fondazione (ex IPAB) della provincia di Ancona, ha ribadito quanto segue:

1. i servizi di cui all'allegato II B sono da considerarsi parzialmente esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici;
2. la parziale esclusione dei servizi di cui all'allegato II B non impedisce che ai medesimi siano applicate le disposizioni del d. lgs. n. 163/2006, in virtù del principio dell'"autovincolo" (cfr.

⁴ In questo senso, il Codice dei Contratti pubblici riproduce, coerentemente, quanto raccomandato dalla Commissione Europea, che sottolinea l'importanza di "promuovere appalti pubblici socialmente responsabili", in quanto ciò "consente di creare un modello e influire sul mercato". Commissione Europea, Direzione generale per l'Occupazione, gli affari sociali e le pari opportunità, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2011, p. 5. La Commissione Europea evidenzia che, attraverso gli appalti pubblici socialmente responsabili, si possa, *inter alia*, contribuire al supporto dell'inclusione sociale e alla promozione delle organizzazioni dell'economia sociale quali: "- parità di accesso alle opportunità di appalto da parte di imprese i cui proprietari o dipendenti appartengono a gruppi etnici o minoritari, ad esempio cooperative, imprese sociali e organizzazioni non profit; - promozione dell'occupazione assistita per persone con disabilità, incluse quelle presenti nel mercato del lavoro aperto". *Ibid.*, p. 8.

delibere dell'Avcp n. 4 del 14 gennaio 2010 e n. 1o del 25 febbraio 2010);

3. qualora il valore dell'appalto risulti "decisamente superiore" alla soglia comunitaria "è opportuno" anche una pubblicazione a livello comunitario;
4. tale pubblicazione sarebbe coerente con il principio di trasparenza, cui è correlato il principio di pubblicità, richiamato dall'art. 27 del d. lgs. n. 163/2006, che risulta applicabile anche ai contratti c.d. esclusi;
5. in questi casi, alle stazioni appaltanti è consigliato di osservare quanto indicato nella Comunicazione interpretativa della Commissione Europea per l'aggiudicazione degli appalti relativi ai c.d. settori esclusi, pubblicata nella GUCE del 1 agosto 2006, n. C 179;
6. la Comunicazione in parola evidenzia l'esigenza che gli affidamenti siano preceduti da un adeguato livello di pubblicità preventiva che consenta l'apertura degli appalti dei servizi al mercato concorrenziale, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione;
7. l'Avcp, benché ammetta qualche dubbio circa la cogenza di simili documenti di derivazione comunitario, invita le stazioni appaltanti a non ignorare quanto contemplato nella Comunicazione di cui sopra;
8. per quanto attiene alle procedure che contemplano l'invito ad almeno cinque concorrenti, l'Avcp segnala che la scelta degli operatori non può essere del tutto discrezionale, attesa la mancata pubblicità;
9. le cooperative sociali di "tipo A" non possono considerarsi le uniche "unità di offerta" specializzate nel comparto dei servizi socio-sanitari, poiché altri operatori possono presentare requisiti tali per poter essere ammessi agli affidamenti dei servizi in oggetto;
10. da ciò discende che un bando riservato alle sole cooperative sociali di "tipo A" integrerebbe una violazione del principio di non

discriminazione e parità di trattamento, ancorché si tratti di servizi inclusi nell'allegato II B del d. lgs. n. 163/2006.

Nel contesto sopra descritto, si colloca una recente sentenza del Tar Piemonte (sez. I, 6 febbraio 2012, n. 153), la quale ha stabilito che é illegittimo il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso scelto dall'amministrazione per la gara per l'affidamento del servizio relativo alla gestione delle attività ambulatoriali connesse al trattamento farmacologico di soggetti tossicodipendenti, in quanto contrario a quanto contenuto nell'art. 31 dalla L.R. Piemonte n. 1/2004, che stabilisce: "Negli affidamenti relativi ai servizi alla persona, gli enti pubblici procedono all'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. È esclusa l'aggiudicazione basata esclusivamente sul criterio del prezzo più basso." E ciò in quanto la gara ha ad oggetto servizi di assistenza alla tossicodipendenza, rientranti nella lata accezione di "servizi sociali ad elevata integrazione sanitaria" e comunque di servizi integrati di assistenza alla persona.

I giudici amministrativi evidenziano che i servizi "sanitari e sociali" rientrano nell'allegato II b) del d.lgs. n. 163/2006 (servizi esclusi) e conseguentemente, ai sensi dell'art. 20 del medesimo decreto, ad essi non trova applicazione (se non per pochissime norme) la disciplina del codice dei contratti. Si tratta di quelle attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione.

Sullo specifico tema delle modalità di affidamento dei servizi, i giudici piemontesi sostengono che l'offerta economicamente più vantaggiosa non solo è uno dei criteri dettati dalla disciplina comunitaria ma è anche il criterio per il quale il diritto comunitario manifesta sostanziale favore, posto che risulta più flessibile e stimola

la concorrenza, oltre che sul fattore prezzo, anche su quello qualità. Pertanto, benché evidentemente in forza della pervasività dei principi del Trattato UE anche ai settori esclusi, non sarebbero ammissibili scelte legislative regionali deliberatamente anticoncorrenziali (ad esempio previsioni di indiscriminati affidamenti diretti o fiduciari, al di fuori del mercato), in mancanza di una puntuale disciplina della legge statale e comunitaria sul punto, la scelta di un meccanismo ampiamente concorrenziale, anzi del più concorrenziale, in un contesto non primariamente ascrivibile alla problematica della concorrenza non crea attrito di sistema né con i principi del Trattato né con il dettato della legge nazionale né, infine, di carattere costituzionale.

Alla luce di quanto fin qui espresso, il Tar ha respinto la richiesta dei ricorrenti di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, L.R. Piemonte n. 1/2004 per violazione della riserva di legge statale in materia di concorrenza dettata dall'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione, poiché la disposizione contestata ha una incidenza solo indiretta e contestualmente pro-concorrenziale sull'assetto dell'evidenza pubblica in un ambito specifico.

2.5.1. Rapporti tra il codice dei contratti e la legislazione regionale in materia di servizi socio-sanitari. Il Tar Piemonte nella sentenza sopra riportata afferma altresì due principi importanti sotto il profilo della "tenuta" delle modalità di affidamento dei servizi socio-sanitari previsti dalle leggi regionali ai sensi della l. n. 328/2000 e del d.p.c.m. 30 marzo 2001.

In primo luogo, i giudici amministrativi ribadiscono che la normativa regionale non può considerarsi abrogata implicitamente dalla (sopravvenuta) disciplina statale riguardante gli appalti pubblici (d. lgs. n. 163/2006). In questo senso, i giudici rimarcano che i servizi sanitari e sociali rientrano nell'allegato II b) del decreto in parola (servizi esclusi) e conseguentemente, ai sensi dell'art. 20 del

medesimo decreto per essi non trova applicazione (se non per pochissime norme) la disciplina del codice dei contratti. Inoltre, restano certamente escluse dall'applicazione le specifiche previsioni di cui all'art. 81 del codice dei contratti concernenti l'aggiudicazione. Da ciò discende che, al di là del diverso livello delle fonti, non sussiste – a giudizio del Tar – una “puntuale incompatibilità tra normativa regionale e norme statali sopravvenute da cui possa, previo vaglio dei rispettivi ambiti di competenza, desumersi l'abrogazione implicita”.

In secondo luogo, nella sentenza in oggetto i giudici amministrativi hanno sostenuto che una legge regionale (nel caso di specie, quella del Piemonte) non può considerarsi come lesiva della competenza statale esclusiva in materia di concorrenza, cui – secondo una delle amministrazioni resistenti – si deve ascrivere, in termini generali, l'individuazione dei criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici. Il Tar Piemonte sottolinea che una disciplina regionale che interviene nel settore dei servizi sociali, che comprende anche quelli ad elevata integrazione con prestazioni sanitarie, rientra pacificamente nelle competenze normative regionali. Nella competenza esclusiva regionale deve essere fatta rientrare altresì la definizione dei meccanismi di scelta del contraente nel comparto dei servizi sociali, comparto che peraltro risulta essere escluso da quelli normalmente assoggettati alla disciplina della libera concorrenza. Conseguentemente – richiamando quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 401/2007, i giudici amministrativi hanno ribadito che non è “configurabile né una materia relativi ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale. Tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica”. Alla luce di questi principi, il Tar Piemonte

evidenzia che le leggi regionali possono sì intervenire in settori dotati di “specificità” (quale è quello dei servizi sociali e socio-sanitari) e in ambiti di propria competenza, con norme che interferiscono con la disciplina della concorrenza, purché tale interferenza sia di tipo “indiretto”, “marginale” “non in contrasto con gli obiettivi statali di promozione della concorrenza”. Tali obiettivi possono contemplare l’azione normativa di carattere regionale in senso pro concorrenziale, perimetro in cui rientra il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto appunto coerente con una scelta pro concorrenziale, in linea sia con la legislazione nazionale sia comunitaria.

3. Le cooperative sociali: profili definitori della tipologia giuridica.

La legge 8 novembre 1991, n. 381 ha riconosciuto la cooperazione sociale, ossia un assetto organizzativo che permette alle cooperative tradizionali di svolgere funzioni di tipo sociale, superando i confini della mutualità interna. Invero, la novella in parola ha previsto la possibilità per tali cooperative di esercitare un’attività imprenditoriale, rispondente ai criteri di efficienza e di efficacia dell’azione intrapresa, allo scopo di realizzare un fine solidaristico. Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali e di servizi – finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate (l. n. 381/91, art. 1).

Nelle cooperative sociali, l’elemento distintivo è rappresentato dalla cooperazione e, pertanto, da una forma lavorativa rivolta a determinare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della struttura. Tuttavia, è utile segnalare che la cooperazione sociale, così come riconosciuta dalla legge in parola, costituisce un superamento del principio di mutualità come elemento strutturale del movimento cooperativo.

La l. n. 381/1991 ha, dunque, introdotto nel nostro ordinamento una figura giuridica d'impresa nella quale coesistono aspetti di natura pubblicistica e privatistica; i primi da riferirsi agli scopi, i secondi alla forma organizzativa. La legge prevede in capo alle cooperative sociali di perseguire una finalità sociale nell'azione svolta, di servire determinate categorie di soggetti, nonché una compagine sociale ampia. Questo assetto, complesso e difficile da gestire, può costituire un vantaggio competitivo per le cooperative sociali, in quanto permette loro di essere maggiormente presenti nel territorio e legittimate, e quindi produrre servizi che rispondono con più efficacia e tempestività ai bisogni.

A seguito dell'intervenuta riforma del diritto societario (d. lgs. 17.1.2003, n. 6), le cooperative sociali sono state chiamate ad adeguare i propri statuti: le stesse, indipendentemente, dai requisiti di cui all'art. 2513 c.c., sono considerate, ai sensi dell'art. 111-*septies*, comma 1, delle disposizioni di attuazione del codice civile, cooperative a mutualità prevalente, per le quali valgono le disposizioni fiscali di carattere agevolativo previste dalla legge. Il legislatore ha avvertito la necessità di parificare a fini agevolativi le cooperative sociali alle cooperative ordinarie a mutualità prevalente sulla base del presupposto implicito che la finalità tipica delle cooperative sociali non consentirebbe loro di svolgere attività con i soci o comunque di svolgere prevalentemente attività con i soci (ciò cui sono invece tenute le cooperative di produzione, di consumo e di lavoro), valorizzando dunque i principi cui è ispirata l'azione delle cooperative sociali.

L'elemento strutturale della cooperativa sociale è rappresentato dai soci, i quali operano per il conseguimento di una finalità di interesse generale rilevante per la comunità in cui la cooperativa sociale opera. Ancorché la legge n. 381/1991 non definisce un unico modello di cooperativa sociale, i soci sono individuabili in tre principali categorie:

(1) soci prestatori: ricevono dalla partecipazione alla cooperativa una qualche utilità economica correlata alla prestazione che forniscono. Rientrano tra questi i soci lavoratori ordinari, chi ha un rapporto di prestazione professionale oppure chi riceve un compenso come amministratore. Rientrano anche coloro che, pur prestando un'attività non retribuita, svolgono quest'ultima con la dichiarata attesa che lo sviluppo dell'attività della cooperativa generi per loro un'opportunità di lavoro. Al pari rientrano le persone che ricevono, in relazione all'attività svolta, prestazioni in natura (vitto, alloggio), normalmente vivendo in strutture comunitarie;

(2) soci fruitori: ottengono, grazie all'attività specifica della cooperativa, il soddisfacimento di un loro bisogno. Rientrano in questa categoria le diverse persone svantaggiate (anziani, portatori di handicap, ecc.) utenti dei servizi e dell'attività della cooperativa, nonché i loro familiari;

(3) soci volontari: operano in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà. Il loro numero non può essere superiore al 50% del numero complessivo dei soci della cooperativa.

Alle categorie di soci sopra descritte si può aggiungere anche quella dei “soci finanziatori”, evoluzione della specie dei soci sovventori delle mutue assicuratrici, identificabili in quei soci che apportano un contributo finanziario necessario alla crescita della cooperativa, quale impresa.

Una delle principali novità introdotte dalla legge n. 381/91 è indubbiamente rappresentata dal fatto che i soci operino per il conseguimento di una finalità di solidarietà. Per la prima volta, infatti, in Italia, è stata riconosciuta la possibilità che un socio di un'impresa persegua non solo il proprio interesse, bensì soprattutto l'interesse generale delle comunità locali e, in particolare, dei soggetti svantaggiati.

Per quanto riguarda l'oggetto sociale, é stata riconosciuta alle cooperative sociali la possibilità di condurre, in via alternativa:

(a) servizi socio-sanitari ed educativi (cooperative sociali cosiddette di tipo a), definiti di tipo *caring*;

(b) attività produttive finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (cooperative sociali cosiddette di tipo b), definite, secondo la terminologia anglosassone, cooperative sociali *training*.

Le novità da ricercare nella prima tipologia consistono nella facoltà di operare non solo sul fronte socio-sanitario, ma anche su quello dell'educazione. Se poi si aggiunge la possibilità di integrare nella compagine sociale professionalità specialistiche, quali ad esempio medici, se ne ricava come essa sia oggi in grado di offrire servizi integrati sia per aree di intervento che per professionalità impiegate. Attualmente, le cooperative sociali di "tipo a)" vantano una buona presenza soprattutto nei seguenti campi di intervento: assistenza domiciliare a favore di portatori di handicap e di anziani, centri diurni, interventi domiciliari a favore di portatori di handicap e minori.

Quanto alle cooperative di "tipo b)", l'innovazione risiede nell'individuazione di esse come strumento privilegiato e specialistico per l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati (portatori di handicap fisici e psichici, tossicodipendenti, condannati ammesse alle misure alternative alla detenzione, ecc.), nonché come soggetto titolato a svolgere formazione professionale, a lavorare per una piena integrazione sociale delle persone in difficoltà e a favorire (se possibile) un loro successivo avviamento lavorativo esterno alla cooperativa. Nelle cooperative sociali di "tipo b)", le categorie elencate all'art. 4 della l. n. 381/1991 sopra richiamate, ed ampliate con la successiva legge 22-6-2000, n. 193, recante "Norme per favorire l'attività lavorativa dei detenuti" (art. 1), espressione di stati di svantaggio individuale e/o sociale, trovano una loro collocazione "ideale".

Le cooperative sociali operanti nel campo dell'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate rivestono, pertanto, un ruolo del tutto particolare nei progetti di inclusione sociale derivante dall'essere contestualmente realtà imprenditoriali con un proprio *status* giuridico fondato sui principi della mutualità e democraticità organizzativo-gestionale e soggetti concorrenti, secondo logiche innovative, alla concretizzazione di politiche attive del lavoro nel più ampio quadro di quelle sociali in funzione della effettiva esigibilità dei diritti di cittadinanza, secondo quanto affermato dalla Carta costituzionale.

Allo scopo di favorire l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate nell'ambito di una cooperativa sociale, la legge n. 381/1991 prevede che i soggetti in argomento devono "compatibilmente con il loro stato soggettivo devono essere socie della cooperativa stessa" (l. 8-11-1991, n. 381, art. 4), rappresentare almeno il 30% della forza lavoro della cooperativa.

Le potenzialità riconosciute dalla l. 381/1991 hanno portato alla concessione della fiscalizzazione del carico contributivo per i soggetti svantaggiati avviati al lavoro. Da ciò discende che le aliquote complessive della contribuzione per l'assicurazione obbligatoria previdenziale ed assistenziale dovute alle cooperative sociali, relativamente alla retribuzione corrisposta alle persone svantaggiate di cui al presente articolo, sono ridotte a zero (l. 8.11.1991, n. 381, art. 4, 3° co.).

Inoltre, è riconosciuta la possibilità di operare in deroga alle normali procedure contrattuali della pubblica amministrazione, nel caso di forniture pubbliche assegnate a cooperative sociali di inserimento lavorativo (l. 8-11-1991, n. 381, art. 5, 1° co.). Questo carattere peculiare delle cooperative sociali di "tipo b)" è stato riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, che ha sottolineato come l'obiettivo del legislatore del 1991 sia stato quello di incoraggiare il fenomeno cooperativistico nel suo specifico aspetto di intervento di

utilità sociale, come aggregazione spontanea di risorse umane ed economiche con evidenti spinte solidaristiche, che può contemplare un regime derogatorio a quello ordinario di affidamento dei servizi da parte degli enti pubblici (T.A.R. Lombardia, 2.12.1996, n. 1734, TAR, 1997, II, 484).

3.1. La recente evoluzione degli affidamenti alle cooperative sociali. La deroga (*rectius*: convenzione) stabilita a favore delle cooperative sociali di “tipo B” è stata, spesso, estesa anche alle cooperative sociali di “tipo A”. Invero, il termine “convenzione” è comunemente utilizzato sia con riferimento ai rapporti contrattuali con le cooperative sociali di “tipo a)” (per i rapporti quindi aventi ad oggetto attività di gestione di servizi socio-assistenziali), sia con quelli con le cooperative di “tipo b)”, attuando di fatto una sostanziale equiparazione fra detti distinti settori. Tale equiparazione deriva anche forse dal termine “convenzione”, usato al posto di quello d’uso più comune di “contratto”. La convenzione può essere definita come un atto complesso nell’ambito degli accordi tra la pubblica amministrazione, in specie gli enti locali, e soggetti privati, di norma imprese senza scopo di lucro, che contiene ovvero può contenere uno o più contratti e uno o più provvedimenti amministrativi.

In passato, la giurisprudenza amministrativa era orientata verso una maggiore valorizzazione delle peculiarità del “convenzionamento” con le cooperative sociali nel settore dei servizi socio-assistenziali (di “tipo a”). A questo riguardo, per lungo tempo, si é affermato che l’ammissibilità di ‘gare riservate’ non possa essere riconosciuta alle sole cooperative sociali di tipo *b*, ma debba essere considerata legittima (anzi, promossa dalla legge) anche con riferimento alle cooperative di tipo *a*, “e ciò in correlazione alle specifiche attività che tali cooperative sono chiamate a svolgere, agli specifici elementi caratterizzanti le stesse, e in particolare ai presumibili risparmi che le amministrazioni pubbliche possono ottenere per mezzo della riduzione dei costi che le cooperative ottengono dalla partecipazione dei soci

volontari” (T.A.R. Veneto, 25 novembre 1997, n. 1661, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 120).

Forse in ragione della “non rilevanza industriale” dei servizi in oggetto, anche il Consiglio di Stato ha potuto riconoscere la possibilità di restringere alle sole cooperative sociali la platea di soggetti cui affidare i servizi alla persona: “I soggetti gestori delle attività socio-assistenziali, qualora decidano di affidare a terzi, in tutto o in parte, i servizi disciplinati dalla legge, procedono all’individuazione del contraente mediante gara tra cooperative sociali[...] iscritte all’albo regionale[...] e la Regione identifica e valorizza le cooperative sociali, iscritte nell’albo regionale[...] quali soggetti che, per le specifiche finalità, si caratterizzano a gestire i servizi socio-sanitari ed educativi” (Consiglio di Stato, sez. V, 17-4-2002, n. 2010).

Recentemente, il *favor legis* nei confronti delle cooperative sociali è andato comunque affievolendosi. Si ritiene che il mercato dei servizi socio-assistenziali può, in linea di principio, essere considerato aperto a tutti i possibili prestatori (escludendo *ab origine* la possibilità di individuare, anche sotto soglia, regimi di esclusiva a favore delle cooperative sociali di “tipo A”). Da ciò consegue che la convenzione, prevista esplicitamente per favorire l’inserimento lavorativo di persone svantaggiate nel processo produttivo, non possa consistere nel superamento dei modelli procedurali dell’evidenza pubblica (attesa la limitata portata dell’art. 5 della l. n. 381).

3.2. La posizione dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici. L’approccio “benevolo” nei confronti delle cooperative sociali è stato recentemente oggetto di critiche anche da parte dell’Avcp. Nel mese di luglio 2010, il Presidente dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici aveva invitato tutte le stazioni appaltanti che procedono ad affidamenti ai sensi dell’art. 5 della legge n. 381/91 (disciplina sulle cooperative sociali), ad effettuare le relative comunicazioni all’Osservatorio dei contratti pubblici. Al contempo, si evidenziava

che “non possono essere stipulate convenzioni ai sensi dell'art. 5 co. 1, legge n.381/91 per la fornitura di servizi socio-sanitari ed educativi (art. 5, co.1, lett. a)”. In particolare, fu richiesto a tutte le ASL di fornire all’Autorità l’elenco degli affidamenti disposti in applicazione della richiamata disciplina. I dati raccolti hanno evidenziato diverse incongruenze che l’Avcp ha ritenuto meritevoli di più approfondito accertamento, in quanto molti degli affidamenti comunicati dalle ASL interpellate non rientravano nei limiti di importo e di oggetto fissati dalla normativa di settore.

Al riguardo, l’Autorità ha ribadito che l'art. 5, c. 1, della legge 8 novembre 1991 n. 381, in materia di cooperative sociali, consente agli enti pubblici ed alle società di capitali a partecipazione pubblica di stipulare "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della p.a." apposite convenzioni con le cooperative sociali per la fornitura di "beni o servizi" diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato sia inferiore alla c.d. soglia comunitaria e purché tali convenzioni siano finalizzate alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

L’Autorità ha dunque messo in rilievo la distinzione che intercorre nella legge 381 che all’art. 1 tra cooperative c.d. di tipo A aventi ad oggetto la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi e quelle di tipo B, le quali svolgono attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Le convenzioni di cui all’art. 5 possono essere stipulate con quest’ultima tipologia di cooperative, sempre che l’importo dell’affidamento non superi la soglia di rilevanza comunitaria. In mancanza delle condizioni specificate, l’utilizzo delle convenzioni in discorso non può ritenersi ammesso; parimenti è da escludersi l’applicabilità della disposizione richiamata in caso di indebito frazionamento degli importi degli affidamenti.

Pertanto, con riferimento alle comunicazioni contenenti dati di affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria o che comunque presentavano aspetti manifestamente o presumibilmente critici, in quanto aventi ad oggetto servizi socio-sanitari o educativi, sono stati avviati dei procedimenti istruttori. In particolare, l'indagine ha riguardato 291 contratti, per un importo complessivo di € 311.455.845,76, mentre le Asl interpellate sono state 42.

Pur in assenza di irregolarità palesi, l'Autorità ha stigmatizzato quelle discipline regionali che consentono alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare alle sole cooperative sociali iscritte nei relativi Albi regionali, ancorché in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti. Un altro aspetto evidenziato dall'Autorità è il (frequente) ricorso alla proroga e ai rinnovi dei contratti, spesso nelle more dell'individuazione del nuovo affidatario.

Ci limitiamo in questa sede ad evidenziare due macro aspetti che sembrano discendere dalla determinazione dell'Acvp in parola. Il primo riguarda il rapporto tra stazione appaltante (ASL) e le cooperative sociali (in specie di tipo B). Al fine di riconoscere e valorizzare la loro peculiare missione e finalità statutaria, da riferire all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, il legislatore del 1991 ha inteso prevedere che gli affidamenti di servizi alle stesse da parte di enti ed organismi pubblici possano derogare alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica. Si trattava (e l'Autorità rimarca si "tratta") di una deroga che non ammette deroghe, ossia deve trattarsi comunque di affidamenti che non superino le soglie comunitarie, sopra delle quali deve necessariamente scattare il ricorso alle procedure competitive di mercato. Tali importi – ribadisce l'Autorità – non possono essere frazionati così da vanificare gli importi medesimi al fine di non prevedere il ricorso alla "gara" (ancorché si tratti di finalità ed obiettivi che l'ordinamento considera come altamente meritori, sembrerebbe affermare l'Autorità). Sempre in tema di inserimenti lavorativi realizzati a mezzo dell'opera delle cooperative

sociali di “tipo b”, l’Autorità stigmatizza altresì un utilizzo del reinserimento lavorativo che – a parere dell’Avcp – deve essere sempre riconducibile proprio alla finalità dell’attività delle cooperative sociali di tipo b e non anche al servizio erogato. Infatti, dalla ricognizione condotta dall’Autorità sui contratti affidati dalle ASL si è ricavato che le stesse individuano nell’inserimento lavorativo delle persone svantaggiate il servizio che l’affidatario (cooperativa sociale di tipo b) è chiamato ad erogare e quindi ad assicurare. Al riguardo, l’Autorità richiama il fatto che la “tutela del diritto al lavoro dei disabili è garantita da altri strumenti previsti dall’ordinamento, quale è il sistema delle assunzioni obbligatorie, di cui alla legge n. 68/99” (cfr. si vedano in argomento alcuni contributi pubblicati su questo sito).

Sempre in tema di rapporti intercorrenti tra ASL e cooperative sociali di tipo b, l’Autorità registra possibili distorsioni sia nell’oggetto dell’affidamento sia nel ricorso all’applicazione del convenzionamento mediante atto concessorio. E’ opportuno rammentare che l’art. 5 della l. n. 381/91, che dispone in merito alla deroga alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica a favore delle cooperative sociali di tipo b, nulla dice in ordine alle modalità concrete con cui l’amministrazione possa provvedere all’affidamento del servizio. Il silenzio della legge ha portato in alcuni casi a ritenere legittimo ricorrere a convenzionamenti diretti tramite atto concessorio. Quali sono le ipotesi maggiormente diffuse per un simile ricorso? Quando l’amministrazione intende affidare ad un terzo la gestione totale (ovvero parziale) di una attività economica rientrante nelle proprie responsabilità istituzionali per la quale il terzo affidatario si assume i rischi derivanti dalla gestione. Sul tema, il Consiglio di Stato ha ribadito che la deroga di cui all’art. 5, l. n. 381/91 non può riguardare l’affidamento di servizi pubblici locali, bensì servizi da rendersi a favore dell’amministrazione richiedente (Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829).

Ora, un servizio di parcheggio e di bar interno ad un ospedale, secondo l’Autorità, devono essere considerati un servizio “a favore dell’amministrazione precedente” e, quindi, strumentale, bensì servizi che hanno in sé i “germi” del servizio al pubblico che, conseguentemente, l’ASL deve procurarsi ricorrendo alla disciplina che regola le concessioni di servizi.

Il secondo aspetto riguarda le censure operate nei confronti di talune legislazioni regionali che, secondo l’Avpc, restringerebbero eccessivamente il “mercato” dei servizi sociali a favore delle cooperative sociali (in specie di tipo a). In particolare, l’Autorità esamina le leggi regionali del Veneto, del Lazio e della Puglia. Pur con diverse sfumature, le osservazioni dell’Autorità si concentrano sulle disposizioni contenute nelle legislazioni regionali sopra citata per ribadire la contrarietà delle medesime alla legislazione nazionale e comunitaria, poiché prevedono affidamenti diretti ed esclusivi a favore delle cooperative sociali.

Le censure operate dall’Autorità che sommariamente sono state qui richiamate, a tacere di altre considerazioni più generali, aprono indubbiamente alla riflessione circa i modelli e gli strumenti di raccordo tra enti pubblici (stazioni appaltanti) e cooperative sociali (e si potrebbe forse dire anche enti non profit tout court). Invero, la l. 381/91 (così come peraltro l’impianto della legge di riforma dell’assistenza n. 328/2000) è stata disegnata *proprio* per favorire lo sviluppo delle cooperative sociali, quali formule adeguate per l’erogazione di servizi socio-sanitari ed educativi (cooperative sociali di tipo “a”) e di inserimento lavorativo (di tipo “b), in deroga alle procedure ad evidenza pubblica. Tuttavia, non può essere revocato in dubbio che, da allora, da un lato, i principi comunitari (correlati in particolare al principio della libera di concorrenza e di libertà di stabilimento) e dall’altro, la riforma dei servizi pubblici locali, hanno finito per influenzare notevolmente anche il comparto dei servizi alla persona. Ora, alla luce del mutato contesto che si è venuto

sviluppando, sembra necessario (e non solo opportuno) valutare con attenzione la disciplina degli affidamenti alle organizzazioni *non profit* (e in specie alle cooperative sociali che, ricordiamolo, si configurano come imprese). Detta revisione (che oggi si può declinare soprattutto in chiave regionale) dovrebbe essere impostata, *inter alia*, sulla identificazione di quei servizi (e di quelle attività) che presuppongono un “mercato” ampio di soggetti, distinguendo questi ultimi da quelli invece che richiedono una negoziazione più ristretta, finanche una co-progettazione. In questo senso, alcune regioni hanno attivato percorsi e strumenti di accreditamento delle unità di offerta, specie non lucrative per rispondere all’esigenza di cui sopra. Tuttavia, poiché a livello comunitario non si è (ancora) raggiunta una posizione unanime e condivisa (anche in forza del principio di sussidiarietà e della competenza degli Stati membri in campo sociale e sanitario), è necessario (soprattutto a livello di amministrazioni locali e di ASL) ragionare e definire assetti e sistemi di affidamento che possano tenere in debito conto la capacità progettuale, di innovazione e organizzativa delle realtà *non profit*.

La presa di posizione dell’Avcp in parola non può che avere ripercussioni sui termini e le modalità con cui i legislatori regionali debbono provvedere all’adozione di “convenzioni tipo per i rapporti tra le cooperative sociali e le amministrazioni pubbliche” (l. n. 381/1991, art. 9, 2° co.). Le scarse disposizioni contenute nell’art. 5 della l. n. 381/91 hanno, infatti, trovato nella legislazione regionale sviluppi che, talvolta, si sono manifestati in un decisivo ampliamento dell’ambito operativo della “deroga” collegata all’avvalimento dello strumento convenzionale rispetto a quanto disposto dalla legge nazionale (la quale limita il convenzionamento alle sole cooperative sociali di “tipo b”), con esclusione dei rapporti di valore superiore alla soglia comunitaria ed aventi ad oggetto la gestione dei servizi socio-assistenziali).

4. L’affidamento dei servizi socio-sanitari.

4.1. I servizi oggetto dell'affidamento: i servizi di interesse generale. In tutta Europa, i sistemi di *welfare* sono orientati o fondati sul pluralismo dei soggetti erogatori, sul riconoscimento della libera scelta da parte degli utenti, su una pluralità di meccanismi di controllo e valutazione prima, durante e dopo (sistemi di accreditamento). In questo contesto, occorre chiarire il concetto di servizio sociale come servizio alla persona. Al riguardo, è necessario definire quali siano le conseguenze derivanti dalla centralità della persona nel sistema del *welfare*, quali ambiti di intervento coinvolga, compresa l'attività di recupero di soggetti svantaggiati attraverso l'inserimento lavorativo svolto da cooperative sociali e imprese non profit. Gli operatori che offrono questo tipo di servizi, infatti, si confrontano spesso con situazioni giuridicamente incerte, soprattutto in riferimento alle norme in materia di concorrenza e mercato.

Uno dei nodi maggiormente critici nella ricostruzione di un quadro normativo adeguato e moderno, capace di favorire un armonico sviluppo alle organizzazioni di terzo settore, riguarda l'interpretazione di "servizi sociali". Invero, sovente ci si attesta su una posizione secondo la quale la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale risulta attirata dalla nozione di attività economica, perché trattasi di beni e servizi offerti in un determinato mercato. Al contrario, i servizi sociali, alla stregua di quelli sanitari, indipendentemente dalla modalità contemporanea di gestione, riguardano i diritti della persona in quanto tale e il suo diritto ad una vita migliore.

Perché i servizi sociali a differenza dei servizi sanitari sono considerati attività economiche? Perché un'attività senza scopo di lucro e diretta a finalità sociali è considerata attività economica? Se è vero che l'erogazione dei servizi sociali ha una natura anche economica (e non potrebbe essere altrimenti visto che si realizza la vendita di un servizio contro un corrispettivo), tale attività è subordinata e strumentale all'attuazione di un diritto. Perciò, come ha

sottolineato lo stesso Parlamento Europeo, le norme in materia di concorrenza, di aiuti pubblici e di mercato, devono essere compatibili con gli obblighi di servizio pubblico e non viceversa, essendo i servizi sociali svincolati da una logica commerciale e concorrenziale.

Il 2 luglio 2008, la Commissione Europea ha pubblicato il suo primo rapporto biennale sui Servizi Sociali di Interesse Generale, dal quale emerge con tutta chiarezza, in ragione dei diversi ordinamenti giuridici presenti all'interno dell'Unione Europea, la difficoltà di giungere ad un approdo definitivo circa l'esatta configurazione dei servizi sociali.

Sulla strada di un progressivo riconoscimento del ruolo delle organizzazioni non profit a livello europeo, deve essere segnalato il *draft report sull'economia sociale*, elaborato dalla Commissione Lavoro e Affari Sociali del Parlamento UE (14 novembre 2008, 2008/2250(INI), relatrice l'italiana Patrizia Toia). Il *report* evidenzia che l'agire non lucrativo – in specie in momenti di crisi come quello che stiamo attraversando – rappresenta un fenomeno non solo presente ma in crescita a livello macro europeo sia, *a fortiori*, da valorizzare in un momento di crisi economica come quella che stiamo attraversando.

Si riportano alcuni dati contenuti nella relazione che accompagna il *report*: 2 milioni di imprese coinvolte nelle attività (*advocacy*, erogazione di servizi alla persona, interventi di solidarietà, ecc.), le quali contribuiscono a creare il 6% dei posti di lavoro. Si tratta di un comparto – si legge nel Rapporto – definito da un concetto di imprenditorialità diverso da quello tradizionale: infatti, l'economia sociale (terzo settore, non profit, terzo sistema) si basa sul beneficio sociale e non sul profitto.

L'economia sociale è considerata quale protagonista chiave per sviluppare ed implementare la strategia di Lisbona, realizzandone gli obiettivi primari, tra i quali spicca la vocazione alla responsabilità

sociale. Si aggiunga che il settore non profit è in grado di sviluppare azioni e interventi a livello locale, così da diventare un partner affidabile per le pubbliche amministrazioni che debbono progettare gli interventi a favore dei cittadini, in specie quelli più deboli.

Il Rapporto contiene alcune raccomandazioni:

1. il riconoscimento del concetto di economia sociale: il Parlamento UE sollecita un approccio al settore non profit capace di valorizzarne la capacità di creare posti di lavoro per soggetti svantaggiati, di rafforzare la conciliazione tra esigenze familiari e lavoro, di migliorare il processo produttivo attraverso la partecipazione dei diversi *stakeholders* alla gestione democratica dell'impresa;
2. il riconoscimento di un chiaro status normativo: si sollecita l'adozione di statuti europei per le associazioni, le fondazioni e le società di mutuo soccorso, in quanto spesso le organizzazioni non profit a livello transfrontaliero sono esposte ai rischi derivanti dalla concorrenza sleale delle imprese "tradizionali"
3. riconoscimento statistico: si richiede l'attivazione di percorsi di monitoraggio stabili e strutturati delle imprese appartenenti all'economia sociale e della loro capacità di generare occupazione;
4. valorizzazione dell'economia sociale quale dimensione essenziale per favorire il dialogo sociale a livello comunitario;
5. favorire lo sviluppo delle organizzazioni non profit, che sempre più sono chiamate a confrontarsi con logiche di mercato e di concorrenza, nella direzione di permettere alle stesse di perseguire l'interesse generale della comunità, così rafforzando il processo di coesione sociale;
6. scambio di esperienze: il Rapporto ritiene fondamentale favorire lo scambio di esperienze innovative a livello locale, regionale e nazionale, attraverso la previsione di finanziamenti ad hoc che permettano la diffusione a livello europeo dei risultati raggiunti a livello locale;

7. valutazione dei risultati: si richiede la promozione di un programma di ricerca a livello UE che permetta di analizzare la vasta gamma di attività svolte dalle organizzazioni non profit che non sono realizzate da altri settori, così da cogliere l'effettiva potenzialità del settore.

Il Rapporto in argomento, nel solco europeo dell'esperienza dell'economia sociale, ha il pregio di "ricordare" che le organizzazioni non profit non possono essere considerate in termini marginali e che il loro "peso specifico" travalica la loro dimensione quantitativa. Invero, il Rapporto considera necessario un approccio fondato sul riconoscimento di realtà che operano e che sono radicate nel tessuto europeo a partire dalla loro capacità di realizzare obiettivi di natura sociale e collettiva. In questo senso, ci sembra pertanto apprezzabile il richiamo che la Commissione Lavoro e Affari Sociali rivolge alle istituzioni comunitarie affinché si impegnino a definire un quadro normativo maggiormente favorevole per le organizzazioni non profit. Si tratta in altri termini di muovere da una visione sussidiaria, attraverso la quale valorizzare e potenziare un giacimento di attività e di interventi che – anche indipendentemente da provvidenze fiscali specifiche – rappresentano una componente ineliminabile del processo di coesione sociale europea.

Per quanto attiene all'Italia, il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante "Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno" (pubblicato sulla G.U. 23 n. 94 del 23 aprile 2010) disciplina, anche nel nostro Paese l'erogazione dei servizi "free of barriers", ossia la libertà di prestazione dei servizi medesimi, in quanto fondati sul principio della libera concorrenza.

Tuttavia, come già contemplato dalla Direttiva in parola, il decreto legislativo esclude dall'ambito di applicazione delle disposizioni ivi contenute i servizi sociali (art. 3) e quelli sanitari (art. 7). Tale esclusione merita la nostra attenzione per la dimensione soggettiva

attribuita ai servizi esclusi e per la configurazione degli stessi nell'ambito del contesto italiano.

Per quanto attiene alla dimensione soggettiva, la Direttiva non ha potuto non considerare la enorme difformità di trattamento all'interno dell'Unione Europea di un comparto che, da un lato, è competenza primaria degli Stati membri e, dall'altro, per il *proprium* del servizio non è omologabile, almeno non sempre, alle regole del mercato. In questo senso, da anni, nelle istituzioni comunitarie si dibatte su come inquadrare e “trattare” i servizi socio-sanitari, attesa la loro vocazione a recare benefici alla collettività, che non si fonda necessariamente sul pagamento di un corrispettivo, ma soprattutto sulla universalità dell'accesso alle prestazioni. E forse proprio questo è il motivo di maggiore vicinanza tra l'esclusione dei servizi sociali e sanitari in ambito UE e l'esperienza italiana. Invero, nonostante la creazione di situazione di “quasi-mercati” a livello regionale e la decisione di molte amministrazioni pubbliche di procedere a gara per l'affidamento di servizi socio-sanitari, questi ultimi rimangono fortemente ancorati ad un sistema costituzionale e a leggi nazionali (si pensi per tutte alla l. n. 328/2000) che definiscono e disciplinano i servizi alla persona secondo le seguenti caratteristiche:

- essere vicini ai bisogni degli utenti
- rispettare la diversità dei servizi
- realizzare un alto livello qualitativo, di affidabilità e di sicurezza
- assicurare un equo trattamento e accesso universale.

Alla luce di quanto sopra espresso, ci sembra dunque molto importante che il decreto legislativo n. 59/2010 abbia ribadito l'esclusione del settore sociali e di quello sanitario – anche se non mancano le difficoltà applicative – dal novero dei servizi assoggettati alle regole del mercato. La sfida futura non risiederà tanto nell'arroccamento su posizioni di retroguardia, quanto nella capacità dei diversi attori, pubblici e non profit, di far comprendere e di adottare comportamenti e modalità di azione che rendano evidente la

differenza che intercorre tra l'erogazione di un servizio alla persona ed uno industriale. Tanto più sarà chiara l'esigenza del comparto socio-sanitario di vedersi riconosciuta una specificità collegata alla finalità perseguita e non tanto all'oggetto del servizio, quanto più risulterà agevolata la configurazione di servizi che non intendono sottrarsi alle regole generali, ma richiedono un adeguamento delle stesse alle loro peculiarità.

In epoca recente, la Commissione europea, con una specifica Comunicazione,⁵ ha ribadito che rientra nella piena competenza degli Stati membri dell'Unione definire quali servizi sono di interesse generale. In particolare, la Comunicazione si preoccupa di indicare che tutti i servizi sociali sono esentati dall'obbligo di notifica alla Commissione europea, a prescindere dall'importo della compensazione ricevuta. I servizi interessati, per poter beneficiare di questa "agevolazione", debbono rispondere "ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lungo termine, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili". Si rammenta che in precedenza erano esonerati dall'obbligo di notifica soltanto gli ospedali e l'edilizia sociale. Si tratta, pertanto, di un ulteriore ed importante riconoscimento delle peculiarità che caratterizzano l'erogazione dei servizi sociali alla persona.

4.2. Il d.p.c.m. 30 marzo 2001. "Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo stato, nell'ambito delle risorse disponibili[...] promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione Europea. Ai fini dell'affidamento dei servizi

⁵ Commissione Europea "Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale", Bruxelles, 20.12.2011 C(2011) 9404 definitivo.

previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale.

Le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modalità previste dall'articolo 8, comma 2, della presente legge, adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona.

Le regioni disciplinano altresì, sulla base dei principi della presente legge e degli indirizzi assunti con le modalità previste al comma 3, le modalità per valorizzare l'apporto del volontariato nell'erogazione dei servizi.”

E' quanto stabilisce la l. 8 novembre 2000, n. 328, art. 5, commi 1 e 2, dal quale appare chiaro come l'intenzione del legislatore sia nel senso di disciplinare in maniera specifica, ed eventualmente anche derogatoria rispetto ai principi generali, i rapporti tra gli enti locali e il terzo settore per quanto concerne l'ambito di affidamento dei servizi alla persona. In attuazione di tali disposizioni è stato dunque emanato il d.p.c.m. 30 marzo 2001. Si tratta dell'”Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328”, decreto attuativo della auspicata *partnership* pubblico-privato *non profit* che, sebbene ancora troppo spesso negletto nella sua dimensione

applicativa ed implementativa, rappresenta un “pilastro” nella e per la modalità con cui i servizi alla persona vengono erogati a livello locale. Infatti, la portata “universalistica” del d.p.c.m. del 2001 si identifica nel fatto che si tratta di un atto “di coordinamento e di indirizzo” rivolto alle regioni e agli enti locali finalizzato a rendere più agevole e valorizzato l’apporto delle qualità e delle specifiche progettualità che caratterizzano le organizzazioni non lucrative.

In questo senso, il coinvolgimento del *non profit*, soprattutto dopo il riconoscimento costituzionale della sussidiarietà orizzontale, non può essere considerato meramente eventuale, né consegue che non lo si può ritenere di esclusiva competenza regionale, alla stregua di una materia “innominata” ex art. 117, 4° comma, Cost. In altre parole, essendo il coinvolgimento del privato sociale costituzionalmente necessitato, da un lato vincola il legislatore regionale ex 1° comma dell’art. 117, Cost. e, dall’altro richiede il soddisfacimento di condizioni minime di uniformità, che – se non soddisfatte – legittimerebbero l’intervento sostitutivo del Governo a “tutela dell’unità giuridica” ex art. 120, 2° comma Cost.

E’, pertanto, legittimo ritenere che, anche a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, il d.p.c.m. in parola vincoli ancora le Regioni ad adottare strumenti legislativi ed amministrativi coerenti e valorizzatori della capacità progettuale delle organizzazioni *non profit*, atteso che il d.p.c.m. 30 marzo 2001 può essere considerato espressione della potestà esclusiva statale di “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*”, ai sensi dell’art. 117, comma 2, Cost. La determinazione di tali livelli, come ha riconosciuto la Corte costituzionale, non configura “*una materia in senso stretto, ma una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie*” (Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282), per cui il legislatore statale deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come

contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle.

Avuto riguardo alla rilevanza economica dei servizi sociali, soprattutto nel contesto attuale in cui i contenuti economici delle prestazioni e dei servizi alla persona assumono un valore vieppiù importante, sosteniamo quell'interpretazione sistematica secondo la quale anche se il servizio ha rilevanza economica, il d.p.c.m. del 2001 va poi comunque applicato, perché rientra tra le competenze esclusive dello Stato la tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., come ha affermato la Corte costituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

Sembra utile ricordare in questa sede che la nozione di servizi aventi o meno rilevanza economica è stata elaborata dalla giurisprudenza amministrativa: “La distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza e dei suoi carattere di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesti in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampio, dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza” (T.A.R. Sardegna, sez. I, 2-8-2005, n. 1729; Cons. St., sez. V, 30-8-2006, n. 5072; Cons. St., sez. V, 25-2-2009, n. 1128).

Alla luce del su richiamato contesto istituzionale e della rilevanza economica o meno del servizio / prestazione, il d.p.c.m. 30 marzo 2001, dunque, fornisce indirizzi per la regolazione dei rapporti tra comuni e loro forme associative con i soggetti del terzo settore ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla legge n. 328 del 2000,

nonché per la valorizzazione del loro ruolo nella attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

I soggetti appartenenti al c.d. “terzo settore” vengono così individuati dall’art. 2, d.p.c.m. 30 marzo 2001: “[...] le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro”. Si tratta di una elencazione quasi definitiva che non trova paragoni nella disciplina civilistica del 1942, nella quale (ovviamente) si erano potute individuare soltanto le fattispecie giuridiche dell’associazione e della fondazione.

Il d.p.c.m. del 2001 stabilisce un *iter* valutativo e selettivo, al termine del quale l’ente *non profit* può risultare affidatario del servizio / prestazione. In questa direzione, i comuni (e le stazioni appaltanti) debbono innanzitutto procedere ad una preselezione dei soggetti presso cui acquistare o ai quali affidare l'erogazione di servizi. A tal fine, gli enti locali sono chiamati a valutare i seguenti elementi: “a) la formazione, la qualificazione e l'esperienza professionale degli operatori coinvolti; b) l'esperienza maturata nei settori e nei servizi di riferimento” (art. 4, co. 1°, d.p.c.m. 30.3.2001).

In una seconda fase, gli enti locali procedono all'aggiudicazione dei servizi sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare dei seguenti elementi qualitativi: “a) le modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori; b) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro; c) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità; d) il rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza e assistenza” (art. 4, co. 2°, d.p.c.m. 30.3.2001).

Coerentemente con l'impianto complessivo della l. n. 328/2000, la quale ha voluto segnare un "cambio di passo" nei rapporti tra terzo settore ed enti locali, per quanto attiene nello specifico ai servizi e alle prestazioni da erogare a favore delle comunità, l'art. 4, co. 3°, d.p.c.m. 30.3.2001 prevede il divieto per i comuni di procedere all'affidamento dei servizi con il metodo del massimo ribasso. Invero, il legislatore ha inteso evitare che l'affidamento avvenga esclusivamente sulla base del miglior prezzo con il rischio di mettere a repentaglio la qualità del servizio, che potrebbe essere pregiudicata dall'esigenza di contenere il più possibile i costi per raggiungere l'equilibrio economico dell'offerta.

Per acquistare servizi dagli enti *non profit*, i Comuni debbono, quindi, fare ricorso al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un occhio particolare alla qualità, e debbono, conseguentemente, abbandonare definitivamente il sistema del massimo ribasso previsto per gli appalti pubblici. Infatti, l'offerta economicamente più vantaggiosa contempla il riferimento a più componenti che l'organizzazione *non profit* deve sapere dimostrare. In questo senso, la scelta del metodo dell'offerta economica più vantaggiosa è finalizzato ad un'aggiudicazione che sia il prodotto di un insieme di fattori, oltre al prezzo, che tendono a privilegiare la qualità dell'offerta, non per caso l'art. 4 al comma 2 elenca elementi qualitativi che devono essere contenuti nell'offerta e valutati per l'aggiudicazione: modalità per il turn over degli operatori, strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro, conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità, rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza ed assistenza.

Con specifico riferimento alla nozione di "offerta economicamente più vantaggiosa", la giurisprudenza contabile così si è espressa: "Per l'affidamento di un servizio pubblico, il riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa comporta l'enunciazione, in sede

preliminare, di puntuali e motivati criteri di valutazione tale, da un lato, da fungere da indicazione per le ditte concorrenti all'atto della predisposizione delle proposte contrattuali, dall'altro da porre in un ruolo non preponderante l'elemento del prezzo" (Corte conti, sez. giur. Regione Lombardia, 4-10-2000, n. 1247/00).

L'art. 6, d.p.c.m. 30-3-2001 stabilisce la possibilità che le organizzazioni *non profit* possano prendere parte, specie per la peculiarità dei servizi e delle prestazioni da erogarsi a favore della comunità locale, a procedure ristrette (licitazioni private) ovvero negoziate (trattativa privata), ancorché tali procedure debbano svolgersi nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità previsti per i contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006).

Con le stesse procedure fissate dall'art. 6 in parola, i comuni possono anche procedere all'acquisto dei servizi e degli interventi che le organizzazioni non lucrative realizzano in modo "autonomo" per il conseguimento degli obiettivi e delle finalità del sistema integrato di interventi e di servizi sociali.

4.3. I soggetti ammessi alle gare. Per quanto attiene all'ordinamento italiano, preme segnalare che, con propria determinazione n. 7 del 21 ottobre 2010 (pubblicata in G.U. n. 255 del 30 ottobre 2010), l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha fornito una interpretazione estensiva del perimetro di applicazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti pubblici). Detto articolo individua l'elenco dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici come segue: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) i consorzi stabili, costituiti

anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

A fronte di alcuni dubbi interpretativi circa l'estensione dell'elenco dei soggetti di cui all'art. 34 sopra citato, la determinazione n. 7/2010 ribadisce che a tali procedure, indipendentemente dalla loro natura giuridica, possano prendere parte anche soggetti non profit ovvero pubblici, quali, ad esempio, le fondazioni, gli istituti di formazione o di ricerca e le Università. La determinazione in parola "apre le porte" anche ad altri organismi, oltre agli imprenditori individuali, le società cooperative, i consorzi, riconoscendo pertanto anche a questi la qualifica di "operatori economici", in conformità a quanto stabilito a livello comunitario (da ultimo, si veda Corte Europea di Giustizia, sentenza 23 dicembre 2009 C-305/08). In argomento, si deve segnalare che l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici stigmatizza le possibili differenze che possono intercorrere tra le definizioni contenute nel Codice degli appalti italiano e quelle invalse

a livello comunitario. Invero, se per imprenditore – nozione cui fa riferimento l’art. 34 del Codice degli appalti pubblici – si intende *soltanto* quello individuato nell’art. 2082 del Codice civile (chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi), si è indubbiamente di fronte ad un concetto più ristretto di quello utilizzato in sede europea. A livello comunitario, infatti, il concetto di imprenditore abbraccia ogni persona fisica o giuridica o l’ente pubblico o il raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere.

E ciò a prescindere dallo status giuridico dell’entità che partecipa alla gara per l’aggiudicazione del servizio, dalle sue modalità di finanziamento e dalla necessità (cfr. parere dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 127 del 23 aprile 2008; Corte di giustizia europea, sentenza 26 marzo 2009, Causa C-113/07).

Richiamando, in ultima analisi, la produzione giurisprudenziale della Corte europea di Giustizia, l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha affermato che l’elenco di soggetti ammessi a partecipare all’aggiudicazione di contratti pubblici ai sensi dell’art. 34 del d.lgs. n. 163/2006 non deve considerarsi una lista chiusa, bensì debba essere interpretato nel senso di ammettere l’inclusione anche di altri soggetti.

4.3. I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità della stazione appaltante. L’affidamento dell’attività di prestazione di servizi presenta di norma alcune peculiarità collegabili allo specifico oggetto dell’affidamento (*rectius*: un’attività di servizio). Avuto riguardo a questo specifico aspetto, conseguentemente, acquistano rilevanza il profilo e i requisiti soggettivi del soggetto affidatario. Attesa la peculiarità dei servizi socio-sanitari, viene, nello specifico, in considerazione il fatto che attraverso l’affidamento del servizio l’ente affidante intenda raggiungere un determinato standard qualitativo, risultato per ottenere il quale occorre una particolare specializzazione

ed esperienza in capo al soggetto affidatario. Invero, preme evidenziare che gli utenti del servizio (nel caso di specie, gli anziani ospiti delle strutture residenziali) entrano direttamente in contatto con il soggetto affidatario, il quale svolge le proprie funzioni “in nome e per conto” della struttura appaltante.

In questo senso, allora, si può comprendere come nel caso dei servizi le peculiarità dell’oggetto dell’affidamento (servizio socio-sanitario alla persona) risultino indubbiamente idonee ad incidere sul livello di discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle procedure dirette alla selezione dell’affidatario. E, infatti, le caratteristiche soggettive dell’appaltatore vengono in speciale rilievo, negli appalti di servizi, in considerazione del carattere normalmente specialistico dei servizi da erogare. Di qui la necessità di riconoscere alla stazione appaltante una sfera decisionale autonoma in ordine ai requisiti soggettivi del soggetto affidatario, capace di realizzare e raggiungere i risultati che la struttura appaltante si è prefissata di conseguire.

E’ altresì importante notare che la problematica generale della discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del contraente si sovrappone a quella riguardante i criteri di selezione delle offerte. E’ evidente, infatti, che i due profili presentano possibili aspetti di connessione, soprattutto in ragione delle possibilità che i criteri di aggiudicazione implicino o presuppongano particolari condizioni soggettive del concorrente. Allo scopo di stabilire tale collegamento è possibile considerare aspetti sociali nei criteri tecnici di selezione “sole se l’esecuzione dell’appalto richiede “know how” nel settore sociale”.⁶ Al riguardo, pertanto, l’amministrazione aggiudicatrice può esaminare vari aspetti della capacità tecnica dei soggetti candidati all’erogazione del servizio, quali la dotazione:

⁶ Commissione Europea, *op. cit.*, p. 36.

- di personale qualificato e specializzato per gestire gli aspetti sociali dell'appalto;
- di attrezzature tecniche necessarie per la protezione sociale (specificazione, a fortiori, importante nel caso di attrezzature idonee per le persone anziane per un appalto relativo ad una casa di riposo);
- di attrezzature tecniche specialistiche necessarie per gestire gli aspetti sociali.⁷

Di qui, in sede di valutazione delle offerte, verranno recuperati elementi rilevanti anche sotto il profilo soggettivo. La distinzione fra i requisiti di ammissione e i criteri di valutazione delle offerte rileva, poiché il giudizio sulla ragionevolezza di un determinato elemento previsto dalla stazione appaltante in funzione della selezione può variare a seconda che il medesimo sia indicato come condizione di ammissione alla gara ovvero come componente da considerare in sede di valutazione della convenienza dell'offerta. Risulta così chiaro che la discrezionalità impiegata in sede di definizione dei requisiti di ammissione costituisce una sorta di autolimitazione dell'amministrazione anche per quanto attiene la successiva attività di valutazione delle offerte. Invero, le valutazioni compiute non possono risultare in contraddizione con i criteri esplicitamente o implicitamente emergenti dalle scelte in tema di prequalificazione.

Si aggiunga, per completezza, che la stazione appaltante, e – vorremmo sottolineare – a maggior ragione in presenza di appalti di servizi “ad elevato contenuto sociale”, può derogare, entro certi limiti, al principio di rotazione di cui all'art. 125, comma 11, d. lgs. n. 163

⁷ Preme evidenziare che, come è stato osservato, “l’inserimento di requisiti sociali nei termini e nelle condizioni dell’appalto deve essere raffrontato alla possibilità pratica di verificarne la conformità durante l’esecuzione dell’appalto, allo scopo di non aggiungere ulteriori requisiti per i quali un controllo efficace non è possibile o non è previsto. Ciò implica il controllo della gestione dell’appalto e della conformità”. *Ibid.*, p. 44.

del 2006. Il principio in parola “è indubbiamente un principio funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie dei servizi[...], ma in quanto tale non lo stesso non ha, per le stazioni appaltanti, una valenza precettiva assoluta”.⁸ Ciò implica che l’amministrazione aggiudicatrice potrà assegnare un appalto al soggetto già affidatario del servizio, purché tale esito consegua all’espletamento di una gara svoltasi nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento e si sia conclusa con l’individuazione dell’offerta più vantaggiosa per la stazione appaltante, “senza che nel giudizio comparativo tra le offerte abbia inciso la pregressa esperienza specifica maturata dalla impresa aggiudicataria nella veste di partner contrattuale della amministrazione aggiudicatrice”.⁹

5. Considerazioni finali. Alla luce di quanto descritto nei paragrafi precedenti, si può sostenere che: attesa la configurazione giuridica delle ex IPAB trasformate in fondazioni di diritto privato e considerato l’oggetto dell’appalto (prestazioni socio-sanitarie) l’amministrazione aggiudicatrice (nel caso di specie, una ex IPAB trasformata in fondazione di diritto privato) sarà tenuta ad attivare il procedimento per l’affidamento dei servizi oggetto dell’appalto rispettando le disposizioni normative contenute negli artt. 20, 65, 68 e 225 del Codice dei contratti pubblici, al quale può partecipare il soggetto che, al momento dell’indizione della gara competitiva, risulti aggiudicatario del servizio oggetto dell’appalto.

⁸ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 28 dicembre 2011, n. 6906.

⁹ *Ibidem*.