

Il codice dei contratti pubblici si applica sempre nell'affidamento di servizi sociali remunerativi

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 27-9-2021

Per quanto concerne il profilo relativo al difetto di gratuità del servizio oggetto dell'affidamento, occorre muovere dalle puntuali considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il d.lgs. n. 117 del 2017 nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore. Premesso che, di regola, «l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario» (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi «la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché [...] la procedura disciplinata dal diritto interno [...] mira sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito», il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi. 10.2. - La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice de terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento.

La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice de terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento.

In tale prospettiva, il concetto di gratuità si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde una sola la mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio. Sotto questo profilo, si precisa, «la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore» (pag. 14 del parere cit.). Il che significa che deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese («le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente»: pag. 21 del parere).

Spesso nel settore degli appalti pubblici si incontrano interessi di varia natura: il rispetto del

favor participationis di tutti i concorrenti, nell'ambito del più esteso principio di tutela della concorrenza, ma anche la finalità di soddisfare i bisogni della collettività con l'inserimento, nel contenuto dei medesimi contratti, di specifiche clausole sociali che siano in grado di garantire il conseguimento dei suddetti obiettivi.

Compito essenziale, di conseguenza, del giudice amministrativo è quello di valutare quando l'utilità sociale di un determinato appalto possa determinare la disapplicazione dei principi del codice dei contratti pubblici.

Nello specifico il caso al vaglio del Consiglio di Stato verteva sulla disciplina da applicare relativamente all'accesso ad una struttura balneare a favore di persone disabili ed alla gratuità delle connesse prestazioni per gli stessi disabili e per i loro accompagnatori.

In particolare la controversia si è basata sul fatto che l'affidamento del suddetto servizio di gestione della spiaggia fosse stato assegnato secondo le disposizioni contenute nel decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore), con elusione, pertanto, delle norme pro concorrenziali previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Merito del supremo Consesso è quello di aver subito affermato che il diritto europeo degli appalti si occupa esclusivamente dei soli affidamenti onerosi e che, in relazione alla controversia posta alla sua attenzione, lo stesso giudice di appello si sarebbe concentrato sulla definizione giuridica del concetto di gratuità; in particolare, se il predetto servizio fosse caratterizzato o meno dalla gratuità e, quindi, sottoposto alle sopra indicate norme del codice del terzo settore e non alle suddette disposizioni sugli appalti.

Pertanto, a parere della Sezione, il concetto di gratuità si realizza quando risultano presenti contestualmente due elementi: conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività e diminuzione patrimoniale del prestatore di servizio. In particolare il supremo Consesso, nel richiamare il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 26 luglio 2018, ha rilevato che la citata gratuità si manifesta in non economicità del servizio in quanto gestito, in base alla comparazione di costi e benefici, in inevitabile perdita per il prestatore. Da ciò la Sezione ha dedotto che la predetta gratuità escluda qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, degli elementi produttivi, come lavoro e capitale, accettando, come unica eccezione, il rimborso delle spese sostenute.

Nell'applicare i suddetti principi al caso concreto, il Collegio ha puntualizzato che il servizio in esame fosse essere caratterizzato anche dalla presenza di una situazione di accesso alla spiaggia a pagamento che elimina inevitabilmente il ricorso alle procedure di affidamento unionali, in quanto la selezione era riservata esclusivamente ai soggetti del terzo settore.

In base a quanto rappresentato il Consiglio di Stato ha osservato che il sopra indicato servizio dovesse essere necessariamente assegnato nel rispetto della normativa concorrenziale degli appalti, europea e nazionale. Peraltro la Sezione ha evidenziato altresì che, nel caso di specie, fosse assente un ulteriore elemento procedurale consistente nel mancato inserimento del servizio in questione nell'ambito della programmazione dei medesimi servizi. Nello specifico

tale assegnazione, a favore dei soggetti appartenenti al terzo settore, sarebbe dovuta avvenire secondo le modalità previste dall'articolo 55 del sopra richiamato codice del terzo settore, finalizzate all'individuazione dei servizi sociali o di interesse generale. Pertanto tale procedura- proseguono i giudici- era essenziale per il coinvolgimento degli enti appartenenti al suddetto terzo settore, anche e soprattutto nella peculiare finalità di ottenere gli affidamenti.

In definitiva gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione sono stati ritenuti fondamentali dalla Sezione, in quanto atti presupposti necessari, mancanti nella vicenda in argomento e finalizzati proprio ad individuare quali servizi possano rientrare fra le attività di interesse generale, assenti, anch'esse, nel caso di specie.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 07/09/2021

N. 06232/2021REG.PROV.COLL.

N. 00779/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 779 del 2021, proposto da Istituto di Vigilanza "Security & Investigation S.r.l.", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Vuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Eboli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesta Iorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, n. 00158/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Eboli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2021 tenuta in collegamento da remoto; udito, con le medesime modalità, l'avvocato Vuolo; data la presenza dell'avvocato Iorio a seguito del deposito delle note formulate ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, del decreto-legge n. 28/2020, convertito con modificazioni, dalla legge n. 70/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con avviso pubblicato il 21 giugno 2019, il Comune di Eboli ha indetto una procedura per l'affidamento del servizio di gestione di una spiaggia attrezzata comunale destinata a persone con disabilità, prevedendo che il gestore debba garantire l'accesso gratuito alla struttura balneare e ai servizi della persona con disabilità e del suo accompagnatore e la gratuità dell'assistenza socio sanitaria del disabile, nonché – stante la ritenuta finalità non lucrativa del servizio - limitando la selezione a «un soggetto del terzo settore al quale affidare, per la durata di tre anni, il servizio di gestione della spiaggia» (cfr. la determinazione n. 251 del 20.6.2019, con la quale il Responsabile Servizi Sociali ha avviato la procedura).

2. - Con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Salerno, l'Istituto di Vigilanza *Security & Investigation* s.r.l. (affidataria uscente del servizio) ha impugnato l'avviso di gara e gli altri atti della procedura, lamentando principalmente l'illegittimità della indizione di una procedura di gara non aperta a tutti gli operatori economici.

3. - Con la sentenza segnata in epigrafe, il Tribunale regionale ha ritenuto infondate tutte le censure, osservando che:

- la scelta di affidare il servizio solo a operatori del terzo settore è stata adeguatamente motivata dall'amministrazione comunale, in particolare con riferimento alla gratuità dei servizi;

- l'affidamento rientra nell'ambito delle forme di co-progettazione contemplate dall'art. 55, comma 3, del d.lgs. n. 117 del 2017 (Codice del terzo settore), essendo, nel caso di specie, intervenuta la programmazione con deliberazione della Giunta comunale;

- la società ricorrente non ha interesse a contestare la mancata pubblicazione delle modifiche all'avviso di gara (con cui era stato prorogato anche il termine per la presentazione delle domande), non avendo partecipato alla procedura di affidamento.

4. - La società soccombente ha proposto appello, riproponendo i motivi del ricorso di primo grado, in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

5. - Resiste in giudizio il Comune di Eboli, chiedendo che l'appello sia respinto.

6. - All'udienza del 24 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Con il primo motivo dell'appello, la società censura la sentenza per non aver correttamente inteso il contenuto del primo motivo del ricorso di primo grado, non limitato (come ritenuto dal primo giudice) al mero difetto di motivazione della determinazione dirigenziale con la quale è stata indetta la gara, ma diretto, piuttosto, a contestare la falsità dell'asserzione (racchiusa nella predetta determinazione) che l'affidamento a soggetti del «terzo settore» fosse stato deciso con la delibera della Giunta Comunale n. 209/2019. In realtà, ribadisce l'appellante nelle vare deliberazioni adottate dalla Giunta Comunale è assente la scelta di affidare il servizio a operatori del terzo settore, che invece si limitano unicamente a dare mandato ai Servizi Sociali di elaborare l'avviso di gara con la espressa previsione dell'evidenza pubblica.

8. - Con un secondo profilo di gravame, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per non aver accolto le censure con le quali è stata rilevata l'assenza del requisito di gratuità dei servizi affidati, presupposto indispensabile per l'affidamento del servizio ai soggetti appartenenti al terzo settore. Secondo l'appellante, la sentenza sul punto non avrebbe tenuto conto che, secondo il disciplinare di gara, l'affidatario percepirebbe i ricavi del servizio di ristorazione e gli introiti degli ingressi a pagamento, mentre il concetto di gratuità implica che non può esservi alcuna forma di remunerazione né di rimborso spese. In assenza dell'elemento della gratuità, la gara avrebbe dovuto, quindi, seguire la disciplina di cui al codice dei contratti pubblici, applicabile in linea generale anche per l'affidamento dei servizi sociali. Né il primo giudice ha tenuto conto della previsione della *lex specialis* che consentiva la partecipazione in forma associata con impresa avente scopo di lucro per la gestione del punto di ristoro; il che si porrebbe in netta antitesi con le affermate finalità solidaristiche e di utilità sociale (che giustificerebbero la decisione di affidare il servizio di gestione della spiaggia attrezzata destinata a persone con disabilità ai soggetti del «terzo settore»).

9. - Con il terzo motivo, l'appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondato il quarto motivo del ricorso di primo grado, incentrato sulla violazione

dell'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del terzo settore), per la mancata programmazione e co-progettazione del servizio in questione quale necessario presupposto per l'affidamento ai soggetti del c.d. terzo settore.

10. - L'appello è fondato, per le ragioni di cui appresso.

10.1. - Per quanto concerne il profilo relativo al difetto di gratuità del servizio oggetto dell'affidamento, occorre muovere dalle puntuali considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il d.lgs. n. 117 del 2017 nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore. Premesso che, di regola, *«l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario»* (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi *«la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché [...] la procedura disciplinata dal diritto interno [...]]miri si all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito»*, il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi. 10.2. - La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento.

In tale prospettiva, il concetto di gratuità si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde una sola la mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio. Sotto questo profilo, si precisa, *«la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore»* (pag. 14 del parere cit.). Il che significa che deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese (*«le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente»*: pag. 21 del parere).

10.3. - Applicando gli enunciati principi al caso di specie, occorre rilevare come le previsioni contenute nell'avviso pubblico di indizione della procedura si discostano dal concetto di gratuità sopra delineato. In particolare, l'art. 5 dell'avviso, dopo aver precisato l'accesso gratuito alla struttura *«per ciascuna persona con disabilità più un accompagnatore e minori di età inferiore a 6 anni»*, contempla l'accesso a pagamento *«per ciascun accompagnatore ulteriore nella misura di euro cinque per l'intera giornata e con il limite di quattro persone per punto ombra»*, nonché *«la gestione del punto ristoro»*, per i quali è espressamente stabilito che gli introiti derivanti dalla loro gestione concorrano alla remunerazione anche dei servizi di gestione della spiaggia (servizi, questi ultimi, che *«non comporteranno alcun onere per l'ente,*

compensandosi con gli introiti della gestione del punto ristoro e degli ingressi a pagamento [...]»: art. 5, ultimo alinea, dell'avviso pubblicato il 21 giugno 2019).

In tal modo, tuttavia, viene meno l'assunto su cui si fonda il requisito della gratuità del servizio e che giustifica l'impiego delle procedure di affidamento con selezione limitata ai soggetti del terzo settore.

11. - L'accoglimento della doglianza in punto di assenza della gratuità del servizio è, in linea logica, decisiva e assorbente di ogni altra questione.

12. - Tuttavia, per completezza d'analisi, si deve pure osservare che nella fattispecie – come dedotto dall'appellante – è mancato anche l'inserimento del servizio nell'ambito della programmazione dei servizi da affidare ai soggetti del terzo settore, secondo gli schemi dettati dall'art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 (Codice del terzo settore), attraverso i quali si individuano motivatamente i servizi sociali o di interesse generale ai sensi dell'art. 5 del Codice e si coinvolgono gli enti del terzo settore, anche al fine degli affidamenti.

12.1. - Nella fattispecie, infatti, né la deliberazione della Giunta Comunale n. 209 del 19 giugno 2019, né le precedenti ivi richiamate (n. 126 del 15 aprile 2019 e n. 138 del 29 aprile 2019), danno atto della co-programmazione (che - secondo l'art. 55, comma 2, cit. – dovrebbe essere *«finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili»*) e della co-progettazione (*«finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2»*: art. 55, comma 3, cit.), atti presupposti necessari anche al fine di dare conto delle ragioni per le quali il servizio rientri fra le attività di interesse generale definite dall'art. 5 del Codice del terzo settore (anch'esse, nella specie, del tutto assenti).

13. - In conclusione, assorbiti gli ulteriori profili di gravame, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado, con il conseguente annullamento dei provvedimenti con esso impugnati.

14. - La disciplina delle spese giudiziali per il doppio grado di giudizio segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti con esso impugnati.

Condanna il Comune di Eboli al pagamento delle spese giudiziali, per il doppio grado di giudizio, in favore dell'appellante Istituto di Vigilanza Security & Investigation s.r.l., che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021, tenuta in collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore