Formazione IFEL per i Comuni

Ciclo formativo

L’affidamento dei servizi sociali: questioni aperte

giovedì 20 settembre 2018

Luciano GALLO

IFEL Fondazione ANCI

Cosa faremo oggi

In continuità con i precedenti *webinar*, dedicati al tema dell'affidamento dei servizi sociali, affronteremo i seguenti macro-argomenti:

a) le pronunce più recenti della giurisprudenza amministrativa di interesse diretto;

b) le sentenze su istituti del Codice, applicabili alla materia;

c) il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 del CdS sul rapporto fra CCP e CTS.

Ovviamente, rinviamo al materiale dei webinar svolti e programmati sugli istituti rilevanti del CCP (LG ANAC n. 4, n. 5, sull'OEPV, sul RUP, sulla costruzione delle procedure di gara, sulla centralizzazione delle committenze ed altro ancora).

Le pronunce di diretto interesse per la materia dei servizi sociali

Disposizioni del CCP applicabili

Il TAR Calabria - Catanzaro, con sentenza n. 1460 del 30 luglio 2018 ha precisato l'ambito di applicazione delle disposizioni del CCP agli affidamenti di servizi sociali di importo inferiore alla soglia dei 750.000 euro, stabilita dall'art. 35.

In particolare, il TAR ha affermato che «*(…) la procedura di gara avente ad oggetto servizi sociali è soggetta a quanto previsto dall'art. 36 D.Lgs. 50/2016 e, quindi, esclusivamente al rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione (…)*

*Soltanto per gli appalti superiori alle soglie di cui all'articolo 35, il comma 5-septies del citato art. 142 prevede espressamente l'applicazione anche di altre disposizioni tra cui (…) quella di cui all'art. 95 comma 10, inerente la necessaria indicazione degli oneri della sicurezza***».**

Compartecipazione al costo dei servizi

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2372 del 20 aprile 2018 ha precisato il tema della compartecipazione degli utenti al costo dei servizi socio-assistenziali.

**In particolare, il CdS ha affermato che «*(…) il costo della compartecipazione degli utenti non riguarda le spese sanitarie afferenti ai livelli minimi di assistenza, che sono e rimangono a carico del servizio sanitario regionale, bensì l spese relative alle prestazioni di carattere prevalentemente sociale (…)*

Infatti, pur considerando che gli interventi a favore delle persone disabili danno luogo a prestazioni diverse di carattere sociale, riabilitativo, educativo e assistenziale, assume, nella fattispecie, valenza dirimente il fatto che le spese cui gli utenti sono chiamati a contribuire, sono esclusivamente quelle di natura socio-assistenziale, al netto della quota sanitaria che è coperta integralmente dal servizio sanitario».**

Ex IPAB, società mista e obbligo di gara

Il TAR Lazio - Roma, con sentenza n. 198 del 12 gennaio 2018 si è occupato del regime giuridico applicabile alla società mista (ex IPAB) affidataria di servizi sociali.

In particolare, il TAR ha affermato che «*(…) Ebbene nel caso di specie l'obbligo di gara sorgeva poiché il precedente rapporto di comodato tra IPAB e RSA Giovanni XXIII (società a prevalente partecipazione pubblica) si era interrotto in quanto alla medesima RSA era subentrato un nuovo soggetto (GIOMI RSA s.r.l.) non solo diverso da essa ma di natura interamente privatistica e dunque integralmente soggetto, a differenza della RSA Giovanni XXIII, alle comune regole di mercato e, di conseguenza, alle citate regole sulla contendibilità e trasparenza delle procedure di assegnazione dei beni pubblici (…)*».

Servizio di soccorso sanitario in emergenza

Il TAR Lazio - Roma, con sentenza n. 1277 del 2 febbraio 2018 si è occupato del regime giuridico applicabile all'affidamento del servizio di soccorso sanitario di emergenza.

In particolare, il TAR ha affermato che «*(…) La procedura non ha per oggetto l'affidamento del solo trasporto con ambulanza, per cui troverebbero applicazione gli articoli 142 e 143 del Codice degli appalti, ma il servizio di soccorso sanitario in emergenza in area extraospedaliera (…)*».

In applicazione del predetto ragionamento, il TAR ha confermato la legittimità della procedura indetta ai sensi dell'art. 57 del CTS.

Cooperative sociali «a scopo plurimo»

Il TAR Veneto, con sentenza n. 628 del 12 giugno 2018 si è occupato del regime giuridico applicabile alle c.d. cooperative sociali «a scopo plurimo» nell'ambito di una gara riservata ai sensi dell'art. 112 del CCP.

In particolare, il TAR ha affermato che «*(…) dagli atti di causa emerge che la stessa è regolarmente iscritta nell'albo regionale del Veneto, delle cooperative sociali di tipologia A) e B). Si tratta, quindi, di una cooperativa che viene definita "a scopo plurimo", poiché gestisce sia servizi socio-sanitari ed educativi (tipologia A), sia le attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate e delle altre persone deboli (tipologia B).*

Per poter essere qualificata cooperativa sociale dell'uno e dell'altro tipo occorre possedere caratteristiche e requisiti specifici e distinti.

*dalla disciplina normativa appena richiamata emerge che il calcolo della quota percentuale del 30% di lavoratori svantaggiati, anche nel caso di cooperative "a scopo plurimo" (A e B), deve essere effettuato sul numero complessivo di dipendenti impiegati per lo svolgimento dell'attività tipica della sola cooperativa di tipo B) (…)***».**

Le pronunce
su istituti generali del Codice, applicabili all'affidamento di servizi sociali

Fondazione ANCI

Sulla PROCEDURA

1) Incongruità dell'importo a base di gara
(TAR Campania, Napoli, n. 5356 del 3 settembre 2018).
2) Violazione del principio di rotazione
(TAR Puglia, Lecce, n. 1322 del 4 settembre 2018).
3) Illegittimità proroga, estesa anche a servizi nuovi
(TAR Veneto, n. 420 del 18 aprile 2018).
4) Affidamento impianto sportivo e cauzione provvisoria
(CdS, n. 1172 del 27 febbraio 2018).
5) Sindacato su operato commissione aggiudicatrice
(TAR Calabria, Catanzaro, n. 1447 del 20 luglio 2018).
6) Distinzione fra rinnovo e proroga e conseguenze.
(TAR Lazio, Roma, n. 9212 del 10 settembre 2018).
7) Collegamento sostanziale fra operatori
(TAR Lombardia, Milano, n. 1918 del 1 agosto 2018)

Sulla PROCEDURA

8) Principio della posteriorità nomina Commissione

(CdS, n. 4054 del 3 luglio 2018)

9) Sul ruolo del RUP

(TAR Veneto, n. 695 del 27 giugno 2018)

10) Lex specialis e limitazione avvalimento

(CdS, n. 4440 del 23 luglio 2018)

11) Esclusione – distinzione fra lett. c) e f-bis), art. 80, c. 5 CCP

(CdS, n. 5040 del 23 agosto 2018)

12) Illegittimità proc. negoziata ex art. 63 CCP

(TAR Lazio, Roma, n. 9145 del 4 settembre 2018)

13) Violazione del principio di rotazione

(TAR Campania, Napoli, n. 4794 del 19 luglio 2018)

Sugli operatori economici

1) Autodichiarazione e iscrizione camerale – errore scusabile

(TAR Lazio, Roma, n. 8948 del 9 agosto 2018)

2) Consorzi stabili e «cumulo alla rinfusa»

(CdS, n. 4983 del 20 agosto 2018)

3) Art. 80 c. 5, lett. c) risoluzione – rinvio alla CGUE

(CdS, n. 5033 del 23 agosto 2018)

4) Attualità del possesso dei requisiti

(TAR Lazio, Roma, n. 8268 del 20 luglio 2018)

5) Difformità OT dalla *lex specialis*

(TAR Veneto, n. 885 del 11 settembre 2018)

6) Sopralluogo di RTI costituendo

(ANAC, Delibera n. 714 del 31 luglio 2018)

Aspetti contrattuali

1) Avvio d'urgenza del servizio e cogenza obbligazioni

(TAR Lazio, Roma, n. 9215 del 10 settembre 2018)

2) Clausola sociale di assorbimento e CCNL applicabile – conseguenze

(CdS, n. 5444 del 18 settembre 2018)

Il parere del CdS n. 2052 del 20 agosto 2018

Il parere del CdS n. 2052/2018

1) Il CdS, dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa della materia:
   - ✓ ribadisce la necessità di richiamare l'attenzione sul rischio di avere "sacche" sottratte al confronto competitivo, in violazione dunque del principio della tutela della concorrenza;
   - ✓ evidenzia la differenza fra la Direttiva appalti del 2004 e quella del 2014 sull'affidamento dei servizi sociali;
   - ✓ precisa le nozioni europee di "appalto" e di "operatore economico";
   - ✓ esclude, in termini generali, l'applicazione del diritto europeo nelle seguenti tassative ipotesi:

   a) la procedura NON ha carattere SELETTIVO;

   b) la procedura NON è finalizzata ad affidare un SERVIZIO;

   c) le prestazioni rese dal soggetto selezionato sono GRATUITE.

Il parere del CdS n. 2052/2018

2) Entrando nel merito degli strumenti del CTS (artt. 55 e 56) ne deriva secondo il CdS:
   a) la disapplicazione degli articoli 55 e 56 del CTS, laddove non applicabili, che è un DOVERE sia per i GIUDICI che per le AMMINISTRAZIONI (N.B.);
   b) l'applicazione – integrale – del CCP, fermo restando quanto previsto dall'art. 36 di quest'ultimo, relativamente agli affidamenti SOTTO SOGLIA;
   c) l'applicazione del regime normativo in materia di TRASPARENZA (d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.);
   d) l'obbligo di motivazione "rafforzata", da parte delle P.A., laddove ricorrano agli strumenti del CTS, a fronte di possibili forme di "segregazione di mercato";
   e) fermo restando quanto previsto dal CCP in ordine a procedure che possono essere SOGGETTIVAMENTE RISERVATE (art. 112 e art. 143).

Il parere del CdS n. 2052/2018

3) Le CONVENZIONI alle OdV e alle APS (art. 56).

Il CdS, dopo aver svolto un articolato ragionamento sul tenore letterale dell'art. 56, ne evidenzia la criticità e la contraddittorietà, foriera di generare la sostanziale riconducibilità degli affidamenti delle convenzione, sulla base di una procedura competitiva, all'affidamento di SIEG, come tali assoggettati al CCP.

Da qui, la rimessione all'ANAC, per l'eventuale aggiornamento delle LG n. 32/2016, al fine di perimetrare la legittimità del riconoscimento del RIMBORSO delle SPESE.

Il parere del CdS n. 2052/2018

Il parere induce a porsi alcune «domande d'apice»:

a) in che modo rileva l'impianto complessivo della Riforma del TS;

b) con specifico riferimento al settore del WELFARE:

   1) come impatta il parere sulla legge 328/2000 e sui vari atti attuativi;

   2) come impatta il parere sulla (eventuale difforme) legislazione e regolamentazione regionale;

   3) come impatta il parere sulla (eventuale difforme) regolamentazione locale e relative prassi;

   4) come impatta il parere su virtuosi PPPS attivati nei territori;

c) se i principi del CdS si applicano anche agli accreditamenti sanitari;

d) se possano essere attivati legittimamente partenariati alla luce della legge n. 241/1990 (art. 12);

e) sulla piena salvezza dell'attività amministrativa svolta in applicazione del principio del *tempus regit actum*.

Il parere del CdS n. 2052/2018

«*Cosa fare*» :

a) approccio di cautela, tenendo presente che secondo il CdS il CTS deve essere integrato con il CCP, mentre nulla è stato eccepito su altre disposizioni (ad. co-programmazione e valorizzazione dei beni);

b) di conseguenza occorre procedere applicando le procedure del CCP agli istituti del CTS;

c) per attività di co-progettazione, applicare le procedure degli appalti di servizi sociali, sotto e sopra-soglia;

d) per gli accreditamenti, anche alla luce di altre pronunce del CdS, valutare in concreto se si tratti di affidare – nella sostanza – in modo analogo ad un appalto o, viceversa, secondo la modalità della concessione;

e) attendere le LG ANAC per l'utilizzo delle convenzioni ex art. 56 CTS;

f) tener conto di quanto sarà contenuto nell'aggiornamento del PNA di ANAC e delle LG sugli affidamenti agli ETS.

Formazione IFEL
per i Comuni

Ciclo formativo

Grazie per l'attenzione

Luciano GALLO

I materiali saranno disponibili su:
http://www.fondazioneifel.it/documenti-e-pubblicazioni/materiali-didattici



@Formazioneifel



Facebook



Youtube

IFEL
Fondazione ANCI