

I servizi pubblici di interesse generale a valenza sociale e "a geometria variabile" ai tempi del Covid-19.

di Luisa MIGGIANO*

SOMMARIO: **1.** I servizi di interesse generale nel diritto europeo. **2.** La rilevanza dei servizi sociali di interesse generale. **3.** I servizi sociali: da "contratti esclusi" del D. Lgs. n. 163/2006 a "contratti a regime alleggerito" del D. Lgs. n. 50/2016. **3.1** Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore: al via una nuova stagione di dialogo. **4.** Gli aiuti statali in ambito di servizio locale a rilevanza economica ai tempi del Covid-19: il caso emblematico del servizio di trasporto scolastico.

ABSTRACT: *The objective of this contribution is to understand if and to what extent the regulation of services of general interest, and more specifically, that of social services of general interest, constitutes a "free zone" for the Member States from the application of the European rules on the subject competition and state aid, and what are the possible future developments. The framework that we intend to envisage will highlight the gaps that every regulatory system inevitably presents when it collides with the exceptionality of an emergency situation such as that dictated by Covid-19.*

1. I servizi di interesse generale nel diritto europeo

In dottrina si mette in risalto la rilevanza che la Commissione europea ha assegnato al concetto di servizi di interesse generale, quale categoria tendenzialmente «omogeneizzabile» in tutti gli Stati membri e, perciò, strumentale all'uniforme applicazione delle regole del mercato¹.

Si deve ricordare, però, che, quando la Commissione europea fa riferimento ai servizi di interesse generale, non richiama lo sfuggente concetto di pubblico servizio al quale, nei diritti interni di alcuni stati membri, vengono addossate conseguenze strettamente legate all'esercizio della sovranità e del pubblico potere. Il concetto di servizi di interesse generale spogliato di tutte le implicazioni

*Responsabile del Settore Amministrativo del Comune di Gagliano del Capo.

¹G.F.CARTEI, *I servizi di interesse generale fra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Il partenariato pubblico privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, a cura di M.P.CHITI, Bologna, 2005, p.106.

e rievocazioni pubblicistiche che fa pensare al *service public* d'oltralpe, risulta più idoneo all'attuazione di una politica economica comune, anch'essa più aperta, più imparziale e meno legata a concetti fortemente radicati nelle culture giuridico-politiche degli Stati membri. Basti pensare che invece di pubblico ora si parla di generale².

Le regole della concorrenza e del libero mercato assumono, così, il ruolo di valori volti al raggiungimento di altri scopi, i quali deriverebbero, quale corollario, dalla loro attuazione, anche nell'ambito dei servizi pubblici, appartenuto ad un settore dell'economia a lungo tenuto escluso dalle politiche di promozione della libera concorrenza, che via via si andavano affermando sulla base delle disposizioni delle fonti primarie del diritto europeo.

Pertanto, in materia di servizi d'interesse generale, l'UE interviene nei limiti delle competenze conferitele dal Trattato e nella misura necessaria, conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. La sua azione rispetta la diversità degli Stati membri e i ruoli delle autorità nazionali, regionali e locali nel garantire il benessere dei cittadini e promuovere la coesione sociale, garantendo allo stesso tempo scelte democratiche riguardo, tra l'altro, al livello della qualità del servizio³.

Il termine "interesse generale" è indicativo dell'interesse pubblico che il servizio in questione sottende; c'è chi ritiene che i due concetti siano perfettamente coincidenti.

L'analisi del Trattato sul funzionamento dell'UE ci presenta un quadro regolatorio composito, ma chiaro⁴.

Per un verso, infatti, l'art.119 sancisce, quale principio generale di politica economica al quale deve conformarsi l'azione degli Stati membri e dell'Unione, quello di "un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza"; per un altro, invero, gli artt. 14 e 106 consentono un sistema speciale, più che derogatorio ed eccezionale, di sottrazione al mercato dei servizi economici di interesse generale⁵. Corollari, o, meglio, declinazioni, del primo principio sono le regole

² M.L.GUTIERREZ, *I principi di sussidiarietà e solidarietà nel partenariato pubblico-privato contrattuale*, 2014, Aracne, pp. 16-31.

³ Si parla al riguardo di "condivisione delle responsabilità", v. COM (2003) 270, cit., par. 27 e cfr. sul riparto di competenze tra Comunità europea e stati membri nel settore dei "servizi di interesse economico generale", in A.ALBANESE, *Servizi Sociali*, in *Trattato amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, pp. 1816-1820.

⁴ F.TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 2019.

⁵ M.CLARICH, *I servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2003; G.CAIA, *Servizi pubblici locali*, In Libro dell'anno del diritto, Treccani, 2017.

antitrust (art. 101 e 102 TFUE), la disciplina sugli aiuti di stato distorsivi della concorrenza (art. 107) e le libertà stabilite a garanzia del corretto funzionamento del mercato interno: libertà di stabilimento (art.49) e libera prestazione dei servizi (art.56). Si tratta di un sistema di regole e principi diretti ad assicurare un pieno, libero e paritario accesso al mercato.

D'altra parte, tuttavia, per lo stesso Trattato, il mercato non è un dogma indiscutibile e un paradigma indefettibile⁶.

Il combinato disposto degli artt. 14 e 106, paragrafo 2, in particolare, riconosce che la gestione dei servizi di interesse economico generale (d'ora innanzi SIEG), per l'importanza che rivestono per i valori comuni dell'Unione e in quanto finalizzati alla promozione della coesione sociale e territoriale (come precisato, peraltro, anche dall'art.36 della Carta di Nizza), può derogare alle regole della concorrenza. Seppur costruita e formulata in modo contorto, la previsione del secondo paragrafo dell'art.106 autorizza l'affidamento a un'impresa, senza il rispetto delle regole sulla concorrenza, della gestione di un SIEG, purché l'incarico sia giustificato dalla necessità di adempiere la relativa missione; o, più esattamente, nelle ipotesi in cui il rispetto delle regole del mercato impedirebbe di soddisfare i bisogni collettivi (di universalità e accessibilità al servizio) sottesi alla istituzione di un SIEG.

Il protocollo n. 26 ha, peraltro, ulteriormente precisato gli spazi di operatività dell'istituto, riconoscendo espressamente "il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare SIEG il più vicini possibile alle esigenze degli utenti." Tale previsione conferma la rilevanza che l'ordinamento dell'Unione riconosce ai SIEG, in relazione alla loro funzione di coesione, e la conseguente cedevolezza, rispetto alle istanze di una loro efficiente gestione, delle regole del mercato.

Il concetto di interesse generale è ancora magmatico e sfuggivo ed il qualificare un'attività come servizio di interesse generale o meno rappresenta spesso il frutto di una scelta politica più che giuridica ed è difficile pertanto cristallizzare tale nozione.

L'accezione di interesse generale si rifà dunque alla necessità di tutelare un interesse generale e collettivo che il mercato da solo non sarebbe in grado di assicurare e soddisfare autonomamente, da qui la necessità dell'intervento statale e la imposizione a talune imprese di certi *standard* qualitativi.

⁶C.DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi alla collettività: il conflitto irrisolto tra mercato e tutela sociale dei bisogni della collettività*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Si possono distinguere, pertanto, due tipologie di servizi di interesse generale: i servizi d'interesse economico generale⁷ (SIEG) ed i servizi non economici di interesse generale (SIG) e la distinzione si fonda proprio sulla portata dell'aggettivo "economico"⁸. Includere un certo servizio nella prima o nella seconda categoria non è indifferente poiché diverse saranno le conseguenze a livello di disciplina giuridica applicabile, soprattutto in materia di concorrenza, aiuti di Stato e da ultimo nell'ambito della libera prestazione dei servizi⁹, avuto riguardo per quest'ultima alla direttiva 2006/123/CE, detta anche *Bolkestein* dal nome del commissario al mercato interno che la propose nel 2004¹⁰.

La questione di come distinguere tra servizi economici e non economici viene sollevata spesso, ma a tale interrogativo non può essere data una risposta a priori; è infatti necessaria un'analisi caso per caso, poiché si tratta di realtà specifiche che variano considerevolmente da uno Stato membro all'altro, e addirittura da un'autorità locale all'altra; le modalità di fornitura sono in costante

⁷ E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁸ Il concetto di economicità, secondo la Corte di Giustizia, è proprio di "qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi in un dato mercato". Per servizi, ben inteso, si intendono ai sensi dell'art. 57 TFUE quelle "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione", non regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono, in particolare, attività di carattere industriale, attività di carattere commerciale, attività artigiane ed attività delle libere professioni. È evidente che la nozione di attività economica, quindi, è veramente molto ampia e, concretamente, qualsiasi attività può avere queste caratteristiche.

⁹ Più precisamente è necessario distinguere tra: servizi di interesse economico generale forniti dalle grandi industrie di rete, altri servizi di interesse economico generale e servizi non economici. Per quanto concerne le grandi industrie di rete, la Comunità, fin dagli anni Ottanta, ha adottato direttive che puntavano ad armonizzare le legislazioni nazionali nel duplice segno della liberalizzazione graduale e della definizione di *standards* minimi di obblighi di servizio pubblico. Nella seconda categoria, invece, rientrano (a titolo esemplificativo) la gestione dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico e la radiodiffusione: si tratta di servizi non interessati da particolari norme di diritto comunitario derivato, salvo sporadici e parziali interventi. Tali attività sono generalmente soggette alle norme e ai principi del Trattato, a partire da quelle concernenti il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di Stato. Infine, i servizi non economici non sono soggetti a specifiche norme comunitarie, in particolare alle norme sul mercato interno, sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato, M.P.CHITI e G.GRECO, op. cit., pp. 1816-1817.

¹⁰ La direttiva, in perfetta corrispondenza con i principi sanciti nel Trattato, mira all'eliminazione di tutti gli ostacoli che, direttamente o indirettamente, impediscono l'attuazione della libertà di stabilimento (art. 49 TFUE, ex art. 43 TCE) e di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE, ex art. 49 TCE). Per quanto concerne l'ambito di applicazione della direttiva esso viene ad essere determinato dall'art. 2 ove i servizi sociali non sono sottratti *in toto*. Ai fini della non applicabilità della direttiva ai servizi sociali serve quindi un collegamento tra due criteri: *rationae materiae* (categoria di attività) e *rationae personae* (prestatore).

evoluzione in risposta all'evolversi della situazione economica, sociale e istituzionale¹¹.

Certe attività, ad esempio, non sono di facile classificazione e quindi vanno collocate in una "grey area" che corrisponde all'intersezione tra SIEG e SIG¹².

2. La rilevanza dei servizi sociali di interesse generale.

A questo punto, sorge spontaneo chiedersi come queste argomentazioni siano ricollegabili alla tematica dei servizi sociali. Nel diritto dell'Unione europea, i servizi sociali altro non sono che una sottocategoria dei servizi di interesse generale e, allo stesso modo di questi, possono essere dotati o meno del requisito della economicità; è chiaro dunque che quanto detto per servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale vale e ha dirette conseguenze anche per la "sottocategoria" dei servizi sociali di interesse generale.

La nozione servizi sociali di interesse generale è emersa nei documenti comunitari a partire dalla comunicazione della Commissione su "I servizi di interesse generale in Europa" del 1996¹³, anche se il loro ruolo si delinea maggiormente nella Strategia di Lisbona del 2000¹⁴: essi rappresentano non a caso un settore in piena espansione, sia per quanto riguarda la crescita economica, sia per quanto riguarda la creazione di posti di lavoro.

¹¹Ad esempio variazioni delle esigenze dei consumatori, novità tecnologiche, ammodernamento delle pubbliche amministrazioni e trasferimento delle competenze al livello locale.

¹² Già in occasione della Relazione al Consiglio europeo di Laeken nell'ambito dei servizi di interesse generale si era menzionata la necessità di delineare un quadro più coerente ed organico in materia e si era addirittura prospettata l'adozione di una direttiva orizzontale, purtenendo conto degli innumerevoli ostacoli ad una simile scelta legislativa. Una direttiva quadro avrebbe avuto infatti caratteristiche molto generali e non avrebbe tenuto conto delle specificità proprie di ciascun servizio di interesse generale; tale soluzione, quindi, non è stata ancor'oggi attuata, v. COM (2001) 598 def. del 17 ottobre 2001, *Relazione al Consiglio europeo di Laeken su I servizi di interesse generale*.

¹³COM (1996) 443 def. Nel 1996 la Commissione individua, più che altro, alcune attività prive di rilevanza economica fra le quali quelle previdenziali, sanitarie ed assistenziali; esse, vista la loro funzione sociale, non sono soggette alle regole comunitarie della concorrenza e del mercato e sono disciplinate in via esclusiva dagli Stati membri. I servizi sociali vengono ad essere desunti, quindi, "per sottrazione" poiché individuano un ambito escluso dall'applicazione del diritto comunitario: l'esclusione si fonda sul carattere non economico di tali attività e sulla natura dei soggetti che si occupano dell'erogazione di tali servizi, orientati per l'appunto verso finalità sociali e non economiche.

¹⁴ Il Consiglio europeo ha tenuto una sessione straordinaria il 23 e 24 marzo 2000 a Lisbona per concordare un nuovo obiettivo strategico per l'Unione al fine di sostenere l'occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un'economia basata sulla conoscenza, cfr. "Le conclusioni della Presidenza" su www.europarl.europa.eu/summits.

La svolta si ha, però, con il Libro bianco del 2004; è infatti in questa sede che la Commissione viene ad avere una maggiore consapevolezza dell'importanza e peculiarità dei servizi sociali di interesse generale¹⁵.

La peculiarità dei servizi sociali è data dal fatto che essi si fondano sulla tutela della persona e hanno per caposaldo il principio di solidarietà, inoltre, soddisfano esigenze dal carattere vitale, promuovono servizi di volontariato e l'inclusione delle categorie vulnerabili. Essi garantiscono che i cittadini possano beneficiare in maniera concreta dei propri diritti fondamentali e contare su un elevato livello di protezione sociale, rafforzando anche la coesione tra gli Stati membri; debbono considerarsi, a tutti gli effetti, pilastri della società e dell'economia europea.

Da un'attenta analisi comparatistica¹⁶ si evince che generalmente i servizi sociali presentano uno o più dei seguenti criteri di organizzazione: principio di solidarietà, carattere globale e personalizzato, non hanno scopo di lucro e comprendono la partecipazione di volontari. Tali servizi, inoltre, hanno un forte radicamento nelle tradizioni culturali locali e, non a caso, si fondano su un rapporto di evidente prossimità fra il fornitore del servizio e il beneficiario. Essi, infine, si sviluppano in rapporti complessi e diversificati fra prestatori dei servizi e riceventi, che non rientrano nell'ambito di un normale rapporto fornitore/consumatore e che richiedono la partecipazione finanziaria di terzi.

L'Unione e gli Stati membri stanno investendo molto in questo settore, in un'ottica di continua modernizzazione; si debbono, infatti, temperare esigenze di qualità, efficacia e sostenibilità finanziaria.

Se nel passato l'organizzazione dei servizi sociali vedeva la preminenza del ruolo dei singoli Stati ed in generale delle autorità pubbliche; recentemente si è messa in atto un'inversione di tendenza con il rafforzamento del ruolo dei privati.

¹⁵ COM/2004/374 def.. Al par. 3.7, si evidenzia la necessità di rispettare la diversità dei servizi e delle situazioni e che il carattere personale dei servizi sociali e sanitari determina dei requisiti notevolmente diversi da quelli delle prestazioni relative alle industrie di rete. Al par. 3.9, si evidenzia l'incertezza giuridica esistente in alcuni settori ed in particolare, per i servizi sociali e sanitari, in materia di aiuti di stato, finanziamenti, norme sugli appalti e concessione di servizi, regole dei partenariati pubblico-privati. Al par. 4.4 si riconosce l'interesse generale legato ai servizi sociali e sanitari.

¹⁶ Le Comunicazioni più recenti in materia sono le seguenti: COM (2006) 177 def., del 26 aprile 2006, *Attuazione del Programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea* e COM/2007/725 def., del 20 novembre 2007, *Comunicazione che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo", i servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*.

Si è vista l'introduzione di metodi di *benchmarking*¹⁷, la progressiva decentralizzazione dei servizi verso un livello locale o regionale, l'esternalizzazione dei compiti del settore pubblico verso il settore privato, lo sviluppo di partenariati pubblico/privato e il ricorso ad altre forme di finanziamento complementari al finanziamento pubblico.

Inevitabile è stata la creazione di un' "economia sociale", caratterizzata da un contesto più trasparente e concorrenziale rispetto al passato. Ne consegue che una parte sempre maggiore dei servizi sociali dell'Unione europea, gestiti fino ad ora direttamente dalle autorità pubbliche, sono attualmente disciplinati dalla normativa europea sul mercato interno e sulla concorrenza, in quanto vengono ad avere il requisito della economicità. Ciò comporta da un lato alcune conseguenze positive, quali un incremento della qualità e della varietà dei servizi, dall'altro incertezza generale sull'applicabilità delle regole della concorrenza, degli aiuti di Stato e della libera prestazione dei servizi.

A sostegno dell'importanza dei servizi sociali vi è indubbiamente l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali¹⁸ intitolato "Sicurezza sociale e assistenza sociale", ove si sancisce il riconoscimento da parte dell'Unione del diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali; la finalità è assicurare protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che nelle situazioni di perdita del posto di lavoro¹⁹.

¹⁷Col *benchmarking* ci si riferisce ad un'attività costruttiva di confronto. In economia, in particolare, si intende una metodologia basata sul confronto sistematico che permette alle aziende che lo applicano di compararsi con le migliori e soprattutto di apprendere da queste per migliorare. A livello europeo tale metodo è utilizzato anche tra Stati membri, soprattutto in un'ottica di scambio di idee e buone prassi.

¹⁸ Significativo tuttavia che il *Praesidium* della Convenzione abbia sentito l'esigenza di precisare che l'art. 34 «non implica in alcun modo che essi debbano essere creati laddove non esistono», cfr. le note esplicative del *Praesidium* al Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'UE (doc. Charte 4473/00, CONV 49, 11 ottobre 2000).

¹⁹ Il principio enunciato al par. 1 dell'art. 34 è basato sugli artt. 153 e 156 TFUE, nonché sull'art. 12 della Carta sociale europea e sul punto 10 della Carta comunitaria dei diritti fondamentali sociali dei lavoratori. Le sfide sociali e occupazionali che l'Europa si trova ad affrontare sono per lo più la conseguenza di una crescita relativamente modesta, che affonda le sue radici in un insufficientemente sfruttamento del potenziale produttivo e di partecipazione al mercato del lavoro. Il progresso economico e quello sociale sono interconnessi e lo sviluppo di un pilastro europeo dei diritti sociali dovrebbe essere parte di un più ampio sforzo teso a costruire un modello di crescita più inclusivo e sostenibile, migliorando la competitività dell'Europa e rendendola più propizia agli investimenti, alla creazione di posti di lavoro e al rafforzamento della coesione sociale. A fronte di ciò, la Commissione europea ha presentato la raccomandazione n. 2017/761 del 26 aprile 2017 sul pilastro europeo dei diritti sociali per arrivare a costruire un'Europa che combatta l'insicurezza economica e sociale. Nella Raccomandazione, la Commissione ribadisce alcuni dei

Il disposto normativo richiamato, oltre a sancire l'esistenza di un diritto all'assistenza sociale in capo alla persona che risiede o si sposta legalmente all'interno dell'Unione, evidenziano come nel campo dei servizi sociali si attui, più che in altri settori, la regola della sussidiarietà: si nomina *in primis* il diritto dell'Unione, salvo poi prevedere il rispetto delle legislazioni e delle prassi nazionali.

Alla luce di questa disamina, possiamo concludere che i servizi sociali appartengono alla categoria generale dei servizi di interesse generale e possono allo stesso modo distinguersi in economici e non economici; si potrebbe parlare al riguardo di servizi sociali economici di interesse generale e servizi sociali non economici di interesse generale; in realtà, la Commissione, con la propria comunicazione del 2006 sui servizi sociali, non si spinge a tanto ed evidenzia semplicemente che i servizi sociali di interesse generale sono una sottocategoria dei servizi di interesse generale e conseguentemente anch'essi, se necessario, dovranno essere sottoposti ad un test di economicità per comprendere quale sia la disciplina giuridica effettivamente applicabile.

Si evince che, diversamente dal passato, l'aggettivo "sociale" non implica un'irrelevanza del settore ai fini dell'applicazione delle regole del mercato e non corrisponde affatto al concetto di "non economico"; è necessario procedere quindi ad un'analisi caso per caso. Viene, pertanto recepita, la giurisprudenza della Corte di Giustizia che teorizza il c.d. «test di concorrenza», valutazione dell'attività dedotta in giudizio mediante prognosi *ex post* che tende ad assorbire sia il principio di solidarietà sia i fini sociali eventualmente presenti nella materia esaminata²⁰.

3. I servizi sociali: da "contratti esclusi" del D. Lgs. n. 163/2006 a "contratti a regime alleggerito" del D. Lgs. n. 50/2016.

L'organizzazione ed erogazione dei servizi sociali si realizza normalmente a livello regionale e locale in considerazione dei principi europei di sussidiarietà e di autogoverno regionale e locale. Le autorità pubbliche detengono un ampio potere di scelta circa le modalità di erogazione dei servizi sociali, ma mancano dei criteri oggettivi che consentano alla pubblica amministrazione di decidere tra una certa modalità di erogazione del servizio ed un'altra.

diritti già presenti nell'*acquis* dell'Unione e "aggiunge nuovi principi per affrontare le sfide derivanti dai cambiamenti sociali, tecnologici ed economici.

²⁰E.MENICETTI, *I servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in *Solidarietà, Mercato e Concorrenza nel Welfare italiano*, a cura di S.SCIARRA, Il Mulino, 2007.

Gli enti pubblici possono decidere, in primo luogo, tra procedure di aggiudicazione mediante appalti pubblici e altre "procedure competitive". In quest'ultima categoria rientrano le seguenti possibilità: le istituzioni pubbliche possono decidere di erogare esse stesse il servizio mediante l'utilizzo di proprie risorse, di avvalersi del sistema *in-house*, di attuare una cooperazione con altre autorità pubbliche (si tratta delle cosiddette *Public-Public Partnerships*), di concedere permessi o autorizzazioni (limitate) a privati, di assegnare una concessione di servizi o concedere un diritto esclusivo per la prestazione/erogazione di servizi sociali.

Le pubbliche amministrazioni, indipendentemente dalla scelta, devono rispettare una serie di obblighi scaturenti dalle regole europee del mercato e della libera concorrenza e dai diversi principi elaborati nel corso del tempo dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Il mercato degli appalti e, in generale, le modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi sociali risentono fortemente dei cambiamenti introdotti dal Trattato di Lisbona del 2009 e degli effetti della crisi economica iniziata nell'autunno del 2008.

Per quanto riguarda il primo punto, è evidente che il passaggio da "un'economia aperta di mercato" (art. 4 CE) ad "un'economia sociale di mercato" (art. 3, par. 3, TUE) non è affatto indifferente. L'attenzione al sociale che emerge dal Trattato attribuisce all'economia un'attività di bilanciamento, come più volte visto, tra obiettivi economici ed obiettivi sociali. Per questo, la stessa erogazione dei servizi sociali da parte delle autorità pubbliche non può trascurare l'impatto che le scelte effettuate verranno ad avere nella società.

Lo stesso rafforzamento del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE comporta l'emergere di un principio di autogoverno locale e regionale, che si concretizza in una maggiore libertà di scelta per le pubbliche amministrazioni nell'erogazione dei servizi sociali. Esse sono libere di stabilire se la "missione di interesse generale" alla base del servizio si debba realizzare con l'intervento del mercato o dello Stato (settore pubblico).

Per quanto concerne il secondo punto, è evidente che la crisi globale economica del 2008 ha messo in discussione l'esistenza ed il futuro del mercato interno europeo e anche il finanziamento e l'organizzazione dei servizi sociali di interesse generale. I tagli alla spesa pubblica hanno toccato indistintamente tutti i settori, incidendo pesantemente sul *welfare* degli Stati membri.

Il nuovo interesse per il mercato degli appalti pubblici deriva anche da questo, basti ricordare il contenuto del rapporto sul futuro del mercato interno dopo la

crisi²¹, anche noto come rapporto Monti, commissionato dal Presidente della Commissione Barroso. In tale occasione Mario Monti enfatizza l'importanza del mercato degli appalti pubblici come mezzo per portare l'economia europea fuori dalla crisi²².

Le istituzioni pubbliche devono adottare misure in grado di ridurre i *deficit* di bilancio ma, allo stesso tempo, devono garantire la continuità e le migliori condizioni possibili per la fornitura dei servizi sociali.

Sul punto si richiama la linea giurisprudenziale tenuta dalla Corte di giustizia europea, che, adita in più occasioni negli ultimi anni al fine di valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione delle misure di austerità imposte in nome della stabilità del sistema economico della Eurozona, ha sempre finito per far prevalere le esigenze di bilancio sui diritti socio-economici dei singoli²³.

Tuttavia, a riguardo, giova rammentare il mutato atteggiamento della nostra Corte costituzionale che, dopo un periodo di incertezza, nella sentenza n. 275 del 2016, dovendo affrontare il tema del rapporto fra il rispetto dell'equilibrio di bilancio e il nucleo incompressibile dei diritti, ha rovesciato i termini del confronto, affermando che «E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»²⁴.

In questo nuovo contesto, è utile indagare in che misura le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici possano essere usate per selezionare il fornitore di servizi più adatto, in grado di offrire prestazioni di prima qualità. Gli appalti pubblici sono, a certe condizioni, uno strumento di acquisto che consente alle autorità pubbliche di perseguire, al contempo obiettivi di accessibilità e qualità nell'erogazione dei servizi sociali di interesse generale.

²¹Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea" Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso di Mario Monti, 9 maggio 2010; cfr. anche la "lettera di missione" da parte del Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso a Mario Monti del 20 ottobre 2009 presente nelle pp. 3 e 4 del rapporto, in http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_it.pdf.

²² In base al rapporto Monti "Gli acquisti pubblici – cioè l'acquisizione da parte di autorità o enti pubblici, di beni, opere e servizi sul mercato – rappresentano una quota considerevole del PIL dell'Europa. Nel 2008 gli appalti pubblici dell'Unione europea ammontavano a 2155 miliardi di euro circa, pari al 17%-18% del PIL dell'Unione europea. Su questo totale, le gare di appalto pubbliche disciplinate dalle norme stabilite nelle direttive dell'Unione europea sugli appalti pubblici hanno rappresentato circa 389 miliardi di euro", v. p. 81.

²³F.GALLO, *Diritti socio-economici ed equilibri di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp.11-21.

²⁴ Attraverso la sentenza n. 275 del 19/10/2016 la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima una norma finanziaria della regione Abruzzo che limitava il diritto al trasporto gratuito per gli studenti con disabilità; cfr. R.CAFARI PANICO, *I diritti nell'Europa che vorremmo*, in *Eurojus.it*, numero speciale, 14 maggio 2017.

Alla luce di questa premessa in ambito europeo, è d'uopo esaminare la complessità del quadro normativo italiano in materia di affidamento dei contratti relativi ai servizi sociali e quale impatto abbiano avuto le suddette direttive nel settore considerato²⁵.

In attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE si è adottato il nuovo Codice dei Contratti pubblici sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Dal punto di vista oggettivo, l'ambito di applicazione della disciplina degli appalti (*rectius* dei contratti) nei "servizi sociali", posta non solo negli articoli 140 e 142-144 del decreto legislativo n. 50/2016, ma anche in altre disposizioni come all'art. 95 del medesimo decreto legislativo.

Prima di proseguire nella disamina dell'impatto dei contratti pubblici nel settore dei servizi sociali, è necessario comprendere preliminarmente il significato dell'espressione "*servizi sociali*" nell'ordinamento italiano. Essa non compare nella Carta Costituzionale, avendo fatto il suo ingresso solo alla fine degli anni Settanta²⁶, attraverso i decreti di trasferimento delle competenze alle Regioni.

Secondo l'art. 17 del D.P.R. n. 616/1977, il settore dei servizi sociali interessa un insieme di interventi di natura pubblica, accomunati dallo scopo di rispondere ai bisogni della popolazione, come la beneficenza pubblica e l'assistenza scolastica, la polizia urbana e rurale, l'assistenza sanitaria e ospedaliera, l'istruzione artigiana e professionale, i beni culturali²⁷.

In realtà, con il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (recante il "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59"), viene introdotta all'art. 128 una definizione più ristretta del settore dei servizi sociali.

²⁵ Come evidenziato nell'ambito del convegno IGI del 14.02.2017 "I primi 300 giorni del Codice nella giurisprudenza" «non meno importante appare la necessità di soffermarsi su un settore poco noto al grosso pubblico e che invece riveste un rilevante interesse pratico: si fa riferimento ai servizi sociali di cui agli artt- 142-144», C.POLIDORI, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

²⁶ Solo da un decennio i Dizionari giuridici e i Trattati di diritto amministrativo hanno iniziato a far riferimento alla categoria dei «servizi sociali»: E.FERRARI, *I servizi sociali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S.CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 891ss.; R.FINOCCHI GHERSI, *Servizi Sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S.CASSESE, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5536.

²⁷ Sull'argomento v. A.ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 2-3 e 131-137.

Tale legge, infatti, disciplina nuovamente le funzioni attribuite agli enti locali territoriali e qualifica come "servizi alla persona e alla comunità" il complesso di attività precedentemente definite dal D.P.R. 616/1977 come servizi sociali. In particolare il secondo comma dell'art. 128 dispone che:

«Ai sensi del presente decreto legislativo, per "servizi sociali" si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia».

In linea di continuità con tale definizione si pone la L. n. 328/2000 che rappresenta sicuramente l'intervento normativo di maggior spessore in materia²⁸, nonché "un'eliminabile espressione di civiltà"²⁹. Tale legge, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Cost., prevede da parte dello Stato italiano la predisposizione di interventi e servizi sociali finalizzati a promuovere la qualità della vita, le pari opportunità, la non discriminazione, quali contenuto essenziale del diritto di cittadinanza, e a contrastare le situazioni di disabilità, di bisogno, di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza del reddito, difficoltà sociali, condizioni di non autonomia. L'attenzione è rivolta, dunque, alla persona umana e al suo nucleo di relazioni familiari da un punto di vista non solo delle condizioni economiche, ma del disagio sociale, multidimensionale e complesso, leggibile sulla base di parametri non meramente oggettivi; si propone un modello di *welfare* connotato dal combinarsi virtuoso di prestazioni economiche e di servizi sostitutivi e/o integrativi a favore del soggetto in stato di bisogno³⁰.

²⁸La L.cost.n.3/2001 conferma, nel combinato disposto degli articoli 117 e 118 della Costituzione un sistema sociale improntato alla piena sussidiarietà verticale ed orizzontale. La L. n. 328/2000, seppur antecedente alla riforma costituzionale del 2001, è prodromica di tale prospettiva, dal momento che la sua logica è fondata su una "doppia sussidiarietà": quella verticale tra lo Stato, le Regioni e gli Enti Locali e quella orizzontale tra le istituzioni pubbliche e le organizzazioni del privato sociale. Cfr. sul sistema di ripartizione delle competenze in materia sociale M.FELICI, E.TASSA, *Politiche sociali e livelli di governo in italia*, in *Riv. dir. fin.*, 2010, 03, 257.

²⁹M.PERSIANI, *Crisi economica e crisi del Welfare*, in *Relazione alle giornate di studio AIDLASS*, Bologna, 16-17 maggio 2013, in www.dirittisocialitrentino.it.

³⁰All'interno del nostro ordinamento, la legge quadro n. 328 del 2000 ha tracciato un «modello a rete dei servizi sociali». Tale modello si basa sull'ampio coinvolgimento degli enti territoriali più vicini ai cittadini (a partire dai Comuni) e sulla forte cooperazione fra enti pubblici e soggetti privati non profit. La descrizione degli interventi avviene tramite meccanismi di programmazione pubblica (con un articolato sistema di piani di intervento su più livelli), mentre all'erogazione dei servizi- di cui sono attuatori i Comuni- provvedono sia soggetti pubblici, sia soggetti privati accreditati i quali concorrono in maniera complementare alla costruzione del sistema; cfr. A.MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Dir. Cost. e pubbl.*, fasc. 1, 2015, pp. 95-96.

L'art. 2 della L. n.328/2000 parla di "universalità del sistema integrato degli interventi e servizi sociali"³¹; in realtà sebbene gli stessi siano destinati a qualsiasi individuo in stato di bisogno, indipendentemente da qualsiasi riferimento a criteri di natura categoriale, è chiaro che l'accesso alla maggior parte delle prestazioni sociali è subordinato a logiche selettive, aventi normalmente per parametri la "gravità" del bisogno e la disponibilità di risorse.

Ciò premesso, si deve evidenziare che il decreto legislativo n.50/2016 contiene l'apposito allegato IX dedicato ai Servizi di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144 (Allegato XIV - art. 74 della direttiva 2014/24/UE; Allegato XVII - art. 91 della direttiva 2014/25/UE; Allegato IV - art. 19 della direttiva 2014/23/UE).

Alla luce di tale allegato, i "servizi sociali" ai quali si applicano le disposizioni contenute negli artt. 140 e 142-144 sono i seguenti³²: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi amministrativi in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura; servizi di sicurezza sociale obbligatoria; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative; servizi religiosi; servizi alberghieri e di ristorazione; servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. d); altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche; servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività; servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, nella misura

³¹ Negli anni Novanta venne costituita un'apposita commissione per la riforma delle politiche sociali c.d. «Commissione Onofri», la quale individuò tra le priorità anche la riallocazione del settore previdenziale in favore di quello assistenziale, il superamento della forte disomogeneità territoriale tra le diverse Regioni in materia di assistenza e, infine, la necessità di una complessiva riorganizzazione del sistema dei servizi sociali che fosse ispirato al principio del c.d. «universalismo selettivo». Ed è anche in esito a tali proposte che, dopo qualche anno, si giunse alla tanto attesa approvazione di una legge generale di settore, cfr. A. Moliterni, op.cit., p. 95.

³² Peraltro, a fronte della eterogeneità dei servizi di cui all'allegato IX, l'art.142, comma 5-bis, del nuovo codice (inserito con il correttivo) ha enucleato, nell'ambito di tali servizi, una specifica sottocategoria di servizi nei c.d. settori ordinari, che comprende soltanto "servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi", "servizi di prestazioni sociali" e "altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative". Tale sottocategoria - prevista anche per i c.d. settori speciali, come si può evincere dall'art. 140, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016 (oggi opportunamente rubricato "Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali") – che può essere denominata "*servizi sociali in senso stretto*" in quanto solo per essa l'art. 142, comma 5-bis, prevede l'applicazione delle nuove disposizioni di cui ai commi da 5-ter a 5-octies del medesimo art. 142. In tal senso C.POLIDORI, *I Contratti pubblici del terzo settore*, in *Corso di diritto amministrativo 2017-XXVI EDIZIONE*, Pordenone 10.10.2017, in www.comune.pordenone.it.

in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. h); servizi investigativi e di sicurezza; servizi postali.

Nella previgente disciplina la base giuridica degli appalti pubblici nell'Unione europea era fornita dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Quest'ultima, in particolare, escludeva dalla sua piena applicazione i servizi elencati nell'allegato II B - tra i quali figuravano anche i servizi sociali e sanitari - prevedendo, all'art. 20, che l'affidamento di questi servizi fosse regolato esclusivamente dagli articoli 23 (specifiche tecniche) e 35, par.4 (avvisi sui risultati della procedura di aggiudicazione).

In attuazione di tale disciplina, nel previgente codice gli appalti di servizi sociali erano inseriti tra i contratti in parte esclusi dall'ambito di applicazione del codice stesso. Difatti, ai sensi dell'art. 20 del decreto legislativo n. 163/2006, all'aggiudicazione degli appalti aventi a oggetto alcuni servizi, ossia quelli elencati nell'Allegato II/B -tra cui i servizi sanitari e sociali - si applicavano soltanto l'art. 68 (Specifiche tecniche), l'art. 65 (Avviso sui risultati delle procedure di affidamento) e l'art.225 (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

Il decreto legislativo n. 50/2016, nel recepire le Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, ha innovato rispetto alla precedente impostazione in quanto: A) dal punto di vista sistematico, ha escluso i contratti relativi ai servizi sociali da quelli (in parte) esclusi, collocando la relativa disciplina (se si tratta di contratti di valore superiore alle soglie di rilevanza comunitaria fissate dall'art. 35) tra i "particolari regimi di appalto" di cui al Titolo VI della Parte II; B) sotto il profilo della disciplina applicabile, ha assoggettato tali contratti ad un «*regime alleggerito*³³», diversificato (per lo meno in parte) a seconda che il contratto ricada nei settori ordinari (Capo II -articoli 142 e 143) o in quelli speciali (Capo

³³La spiegazione di tale regime alleggerito si rinviene nella seconda parte del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE, ove si legge che i contratti per servizi alla persona sopra soglia: «dovrebbero essere improntati alla trasparenza, a livello di Unione. In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale. Nel definire le procedure da utilizzare per l'aggiudicazione degli appalti di servizi alla persona, gli Stati membri dovrebbero tener conto dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26. In tale contesto, gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici; è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico».

I - articolo 140, che espressamente richiama gli articoli 142 e 143), ma, comunque, ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici³⁴.

Su tale regime alleggerito ha però sensibilmente inciso il correttivo (D. Lgs. n. 56 del 19 aprile 2017), operando una netta distinzione tra la disciplina dei contratti relativi ai servizi sociali in senso stretto indicati dall'art. 142, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 50/2016 e quella dei contratti relativi agli altri servizi indicati nell'allegato IX. Di talché si può evidenziare che, in forza delle modifiche correttive apportate all'art. 142, commi 5-ter e seguenti, del decreto legislativo n. 50/2016, il regime dei contratti relativi ai servizi sociali in senso stretto risulta meno alleggerito, rispetto a quello originariamente previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici, e per tale ragione è stato autorevolmente definito «regime intermedio³⁵».

Di particolare rilievo in materia di affidamento di appalti relativi ai "regimi" esaminati è l'obbligo del ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa introdotto dal nuovo Codice dei Contratti pubblici³⁶ ex art. 95, comma 3, lett. a.

³⁴Sul punto si riporta quanto evidenziato dall'ANAC nella AIR relativa alla Delibera n. 32 del 2016: «per l'aggiudicazione di tali servizi, l'art. 76 della Direttiva 2014/24/UE chiarisce che gli Stati Membri, nell'introduzione di norme a livello nazionale devono assicurare il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, pur essendo liberi di determinare le norme procedurali applicabili, gli stessi devono assicurare che le disposizioni introdotte consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione e garantiscano la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione. Infine, la norma stabilisce che gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali. In tal modo viene riconosciuta agli Stati membri la facoltà di valorizzare i criteri di valutazione qualitativi e di sostenibilità sociale, adattandoli agli specifici obiettivi che si intende perseguire. L'art. 77 della nuova direttiva prevede la facoltà, per gli Stati Membri e per le amministrazioni aggiudicatrici, di introdurre una riserva di partecipazione, aggiuntiva rispetto a quella prevista dall'art. 20, in favore dei laboratori protetti, individuata con riferimento ad un preciso ambito oggettivo e soggettivo, già descritto nelle linee guida».

³⁵ Si veda Consiglio di Stato, Comm. spec., 30 marzo 2017, parere n. 782, ove è stato evidenziato che «l'intento del decreto correttivo, come si evince anche dalla relazione illustrativa, è quello di individuare, all'interno dei servizi di cui all'allegato IX, due categorie: una prima categoria, per la quale resta ferma la scelta originaria del codice; una seconda categoria, i servizi espressamente nominati nel comma 5-bis, a cui si applica un regime che non è né quello ordinario, né quello alleggerito europeo, ma "intermedio", attraverso la elencazione nominativa, nei commi 5-ter e seguenti, delle disposizioni, dettate per i settori ordinari, applicabili ai servizi sociali».

³⁶ In linea con la previsione dell'art. 76 della Dir. 2014/24/UE secondo il quale "Gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell'offerta che

Con particolare riferimento ai contratti relativi a servizi sociali, la scelta del Legislatore di imporre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si pone su una linea di continuità con la disciplina settoriale posta dagli articoli 4 e 6 del D.P.C.M. 30 marzo 2001³⁷.

In relazione alle concessioni di servizi sociali, si evidenzia come il decreto legislativo n. 50/2016 non rechi alcuna previsione. Tuttavia, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 19 dalla Dir. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione per i servizi sociali e altri servizi specifici³⁸, non sorgono dubbi in merito all'ammissibilità delle concessioni per i servizi sociali, da ritenersi quanto meno soggette agli obblighi di rendere nota l'intenzione di aggiudicare la concessione mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione e agli avvisi di aggiudicazione³⁹.

3.1 Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore: al via una nuova stagione di dialogo

A rendere ancor più complessa la materia dei contratti pubblici nel settore dei servizi sociali concorre - dal punto di vista soggettivo - il particolare rilievo che nella programmazione, progettazione e gestione di tali servizi assumono gli enti del Terzo settore⁴⁰.

presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali".

³⁷In particolare l'art. 4 - dopo aver previsto, al comma 1, che "I comuni, ai fini della preselezione dei soggetti presso cui acquistare o ai quali affidare l'erogazione di servizi di cui ai successivi articoli 5 e 6, fermo restando quanto stabilito dall'art. 11 della legge n. 328 del 2000, valutano 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" - dispone che "I Comuni procedono all'aggiudicazione dei servizi di cui al comma 1 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". Inoltre il successivo art. 6, comma 2, dispone che "I Comuni, nell'affidamento per la gestione dei servizi, utilizzano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenuto conto anche di quanto previsto all'art. 4".

³⁸L'art. 19 della direttiva, Dir. 2014/23/UE, rubricato "Servizi sociali e altri servizi specifici", dispone che "Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'articolo 31, paragrafo 3, e dagli articoli 32, 46 e 47".

³⁹La possibilità di ricorrere allo strumento della concessione per l'affidamento di servizi sociali trova indiretta conferma nella delibera n. 1197 del 23 novembre 2016, con la quale l'ANAC si è pronunciata su un quesito formulato da Roma Capitale in ordine alla modalità di assegnazione del servizio di asilo nido.

⁴⁰Un chiaro riconoscimento del ruolo svolto dagli enti del Terzo settore nella gestione dei servizi sociali si rinviene nella disposizione dell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo n. 117/2017. Difatti

L'emersione e la pervasività del tema della misurazione dell'impatto sociale degli enti del Terzo Settore trovano il loro meccanismo generativo nella fase di passaggio che il Terzo Settore italiano sta attraversando e che si lega inevitabilmente alla transizione da un modello di *Welfare State* ad uno di *Welfare Society* (o "civile"), due sistemi di welfare che si basano su altrettanti principi. Da un lato, quello di redistribuzione, in cui lo Stato preleva dai cittadini risorse tramite la tassazione e le redistribuisce attraverso il sistema di welfare; dall'altro, il principio di sussidiarietà circolare in cui i cittadini sono coinvolti nel processo di pianificazione e di produzione dei servizi (coproduzione), che supera la dicotomia pubblico-privato (ovvero Stato-mercato) aggiungendovi una terza dimensione, quella apportata dai beni e servizi generati dai soggetti privati che però svolgono una funzione pubblica (cioè di *interesse generale*).

Passare da una logica di produzione ed erogazione di servizi ad una di produzione condivisa con i beneficiari di quei servizi (co-produzione) postula un cambiamento di prospettiva e rende centrale la valutazione. In altri termini, se dieci anni fa era sufficiente rendicontare (dare conto dell'uso delle risorse), nell'era del welfare generativo è indispensabile valutare, ossia dare valore⁴¹.

A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50/2016 i primi commentatori si sono espressi nel senso che il nuovo codice dei contratti pubblici non avesse abrogato le disposizioni di settore⁴².

Peraltro, a fronte di tale affermazione, residuava e residua tuttora il delicato problema di coordinare la disciplina generale sull'affidamento dei contratti pubblici introdotta in sede di recepimento delle nuove direttive con gli ulteriori strumenti, negoziali e non, previsti dalla legislazione di settore.

Difatti, sul tema della "concorrenza per il mercato" dei servizi sociali in senso stretto il legislatore è nuovamente intervenuto - ma in modo non organico - con il correttivo e con il codice del Terzo settore.

tale disposizione - premesso che tali enti "esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale - reca un elenco di attività considerate di interesse generale, "se svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio", tra le quali spiccano proprio gli "interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328".

⁴¹ Considerazioni tratte nell'ambito di un articolo pubblicato dal direttore di AICCON, P. VENTURI, "La questione della misurazione dell'impatto sociale. Proposta di un percorso intenzionale" sul numero 6/2017 di *Welfare Oggi*, in www.secondowelfare.it.

⁴² In applicazione del principio secondo il quale *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, così C. POLIDORI, cit..

Invero, la tutela della concorrenza, intesa in senso lato come inclusiva anche della promozione della concorrenza, è stata interpretata dalla Corte costituzionale in varie sentenze come una clausola generale trasversale atta a giustificare la legittimità costituzionale di leggi statali di disciplina dei mercati contestate da regioni che le ritenevano invece lesive di proprie competenze legislative specifiche⁴³. La Corte ha ben presente che le procedure competitive costituiscono uno strumento volto a realizzare:

«la concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali...ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese»⁴⁴.

Quanto al decreto legislativo n. 117/2017 contiene soltanto tre disposizioni in materia di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento (art. 55), di convenzioni che le pubbliche amministrazioni possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale (art. 56) e di affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle organizzazioni di volontariato (art. 57).

Entrati in vigore il nuovo Codice dei contratti e il Codice del Terzo settore, l'ANAC, al fine di addivenire all'aggiornamento del documento recante le linee guida del 2016, ha chiesto parere al Consiglio di Stato che si è pronunciato con Adunanza della Commissione speciale in data 26 luglio 2018, fissando i seguenti principi: a) "ai fini del diritto euro-unitario l'impresa è un concetto non normativo ma, per così dire, naturalistico, attenendo ad ogni fenomeno oggettivamente economico"; b) l'affidamento dei servizi sociali di regola "deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea"; c) non si applica la disciplina relativa alla procedura di affidamento di servizi sociali quando la procedura non abbia carattere selettivo, non tenda all'affidamento di un servizio, oppure se tende all'affidamento di un servizio, l'affidatario lo svolgerà a titolo integralmente gratuito;

⁴³ M.CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione per il LI Convegno di Studi Amministrativi "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015, pp. 10-14

⁴⁴ Corte Cost., 23 novembre 2007, sentenza n. 401, cfr. C.LACAVA, *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, n. 6, <http://www.irpa.eu>.

-la gratuità va intesa come escludente la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprendente esclusivamente le sole documentate spese vive.

Conseguentemente l'ANAC ha elaborato le linee guida da sottoporre a consultazione e aventi ad oggetto "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali" individuando le fattispecie estranee al Codice dei contratti⁴⁵. Tuttavia il Consiglio di Stato, con successivo parere del 19 dicembre 2019⁴⁶, ha invitato l'ANAC a verificare la stessa possibilità di adottare linee guida vincolanti o non vincolanti, in ragione del ritorno da parte del legislatore alla preferenza di un regolamento di attuazione del codice dei contratti in luogo delle linee guida. Inoltre, quel che più conta, il Consiglio di Stato ha evidenziato come l'ANAC non possa stabilire linee guida più restrittive di quanto stabilito dal legislatore, in particolare prevedendo l'applicazione degli artt. 164 ss. del Codice dei contratti in materia di concessioni a quelle aventi ad oggetto i servizi sociali, senza considerare che la direttiva 23/2014 all'art. 19 assoggetta le concessioni per i servizi sociali ai soli obblighi previsti dalla medesima direttiva, in particolare la pubblicità della procedura.

Pertanto ad oggi non sussistono linee guida definitivamente approvate che individuino i criteri di composizione delle disposizioni del Codice dei contratti e del Codice del Terzo settore.

Alla luce del quadro prospettato, si inseriscono alcuni recenti segnali di apertura nei confronti dell'autonomia della disciplina del Codice del Terzo settore, a partire dal predetto parere del Consiglio di Stato del 2019 sullo schema di Linee guida ANAC sugli affidamenti di servizi sociali, cui aveva fatto seguito la previsione nel decreto "Cura Italia" della possibilità di utilizzare la co-progettazione nell'ambito della rimodulazione dei servizi sociali nel corso dell'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 e, da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 26.06.2020⁴⁷ che, in un lungo inciso, valorizza lo spirito collaborativo che

⁴⁵ Nello specifico: le procedure non aventi carattere selettivo (co-programmazione e/o co-progettazione aperte a tutti gli operatori che chiedano di partecipare, senza che sia stato previamente individuato un numero o un contingente prefissato); quelle che non tendano, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; quelle disciplinate dal diritto interno e miranti all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale, ma lo stesso sia svolto a titolo integralmente gratuito ossia in assenza di un corrispettivo e quindi con aumento patrimoniale da parte della collettività a cui corrisponda una diminuzione patrimoniale del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore.

⁴⁶ Cons. St., Sez. atti norm., 27/12/2019, n. 3235.

⁴⁷ Il Governo ha presentato ricorso alla Corte costituzionale per la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5, comma 1, lett. b) della L.R. Umbria 11 aprile 2019, n. 2, recante "Disciplina delle cooperative di comunità", in quanto la norma impugnata avrebbe esteso anche a tali cooperative,

caratterizza i rapporti degli enti del Terzo settore con la pubblica amministrazione e gli istituti di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore⁴⁸.

Codice dei contratti e Codice del Terzo settore hanno oggetti solo parzialmente coincidenti, da un lato, in quanto gli enti del Terzo settore non necessariamente svolgono servizi d'interesse generale per effetto di affidamenti disposti da amministrazioni pubbliche e, d'altra parte, in quanto il Codice dei contratti disciplina l'affidamento di una molteplicità di servizi, oltre che di lavori e forniture. Tuttavia, vi è un ambito di formale sovrapposizione tra i due Codici, che concerne l'affidamento da parte di un'amministrazione pubblica, di un appalto o di una concessione di servizi sociali, educativi, culturali.

In tale contesto, la legge di conversione del decreto Semplificazioni (l. 11/09/2020, n. 120) inserisce alcuni riferimenti al Titolo VII del Codice del Terzo settore – quello appunto che disciplina i rapporti con gli enti pubblici – nel corpo del Codice dei contratti pubblici (cfr. art. 8, co. 5, del decreto-legge come modificato dalla legge di conversione⁴⁹). Con la revisione dell'articolo 8 del Decreto Legge n. 76/2020, sono stati modificati l'articolo 30 comma 8 del Codice dei Contratti, all'articolo 59 comma 1, all'articolo 140 comma 1.

In realtà, quando da più parti si auspicava un raccordo tra i due Codici, presumibilmente si prefigurava un intervento più organico di quello appena descritto. Peraltro, i tre inserimenti non appaiono a prima lettura del tutto coerenti fra loro: la nuova formulazione dell'art. 30 potrebbe essere intesa nel senso di un'applicazione del Codice dei contratti pubblici agli istituti collaborativi

non contemplate dal Codice del Terzo settore, i benefici che il Codice riconosce agli enti del Terzo settore, quali il coinvolgimento nelle attività di programmazione, progettazione e accreditamento. La Corte costituzionale ha colto l'occasione per sottolineare le specificità della disciplina recata dal Codice e la sua aderenza al dettato costituzionale, in "I codici dei contratti pubblici e del terzo settore- Una relazione in costruzione" a cura di Massimo Simonetta, frutto delle attività dei Laboratori del progetto Lab Impact 2020 (Integrazione dei Migranti con Politiche e Azioni Co-progettate sul Territorio) del progetto europeo FAMI (Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014-2020), *AnciLab Editore*, pp.28-35.

⁴⁸ Si comprende come la Corte costituzionale assuma una interpretazione dei rapporti tra Codice dei contratti e Codice del Terzo settore ribaltata rispetto a quella seguita dal Consiglio di Stato. Per quest'ultimo le norme euro unitarie, caratterizzate dalla pervasività della nozione di servizi di interesse economico generale, dovevano avere il primato rispetto alle disposizioni del Codice del Terzo settore, le quali finivano per essere disapplicate o quanto meno confinate nell'ambito di una gratuità intesa come elargizione necessariamente in perdita dell'ente del Terzo settore; per contro la Corte costituzionale vede nel Codice del Terzo settore l'attuazione di fondamentali principi costituzionali che consentono di sottrarre i servizi sociali svolti dal terzo settore dal novero delle attività economicamente rilevanti e dalla correlativa disciplina, centrata sul principio di concorrenza in funzione dell'unicità del mercato.

⁴⁹ R.DONATI, *Il Codice del Terzo Settore è (finalmente) richiamato dal Codice dei Contratti*, in www.giurisprudenzappalti.it, 9 settembre 2020.

del Codice del Terzo Settore, mentre le modifiche agli artt. 59 e 140 tutelano l'autonomia della disciplina di tali diverse modalità di relazione fra pubblico e privato ("fermo restando").

Anche tali formule più pregnanti, comunque, lasciano aperti alcuni interrogativi, fra cui quelli relativi alle concrete modalità di svolgimento delle procedure e agli affidamenti sopra soglia. Ciononostante, la modifica innegabilmente riconosce la possibile sovrapposizione delle due discipline e al contempo l'autonomia del Codice del Terzo settore, superando la posizione del parere del Consiglio di Stato dell'automatica prevalenza della disciplina degli appalti pubblici.

4. Gli aiuti statali in ambito di servizio locale a rilevanza economica ai tempi del Covid-19: il caso emblematico del servizio di trasporto scolastico

Nella categoria dei servizi pubblici di interesse generale vi rientrano i servizi pubblici locali⁵⁰. È noto come la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 113 bis del Tuel⁵¹, abbia favorito la creazione di uno "spazio per una specifica e adeguata disciplina di fonte regionale e locale" che, tenuto conto anche del principio eurounitario di indifferenza⁵², delinea le caratteristiche del servizio mettendo in risalto la sua idoneità a generare redditività. Ed è proprio entro questo spazio che, secondo un indirizzo ormai prevalente, si colloca la scelta gestionale in grado di conferire al servizio rilevanza economica.

A riguardo, inoltre, si osserva che l'art. 1 della direttiva 2006/123/CE e l'art. 14 del TFUE rimettono agli Stati membri⁵³ il compito di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico

⁵⁰ Corte Conti, sez. Lombardia, parere n. 506 del 27 novembre 2012.

⁵¹ Disposta dalla Corte Costituzionale con sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

⁵² Oggi codificato dall'art. 166 del Codice dei contratti pubblici.

⁵³ Il Consiglio di Stato si è soffermato più di una volta su questo aspetto, affermando come "per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno è ragionevole pensare che si debba prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione di cui si sta parlando può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato nel caso di specie, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo. Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica"; cfr. Cons. St., V, 23 ottobre 2012, n. 5409.

generale ed in che modo essi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, ed a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti⁵⁴.

La disciplina dei servizi pubblici locali (art. 34, commi 20 e ss., D. L. n. 179 del 2012) per come definita dopo un travagliato percorso di stratificazione normativa⁵⁵, che ha pure conosciuto un referendum abrogativo e molteplici dichiarazioni di incostituzionalità⁵⁶, pur ammettendo la selezione libera tra le diverse opzioni gestorie, purchè rispettosa del diritto europeo, contempla anche una previsione di favore per l'affidamento del servizio in regime di concorrenza. L'art. 3 bis, comma 3, d.l. n. 138 del 2011 dispone, invero, una regola di favore finanziaria e contabile per gli enti locali che decidono di esternalizzare i servizi, sulla base del presupposto che sia più economico, con ciò inducendo, seppur indirettamente, un regime di favore per l'affidamento a terzi; così come il comma 4 della predetta norma riconosce carattere primario alla erogazione di finanziamenti statali in favore di gestori di servizi pubblici locali selezionati in esito a procedure di evidenza pubblica.

Le norme citate comportano un chiaro svantaggio per le gestioni in house, nella misura in cui generano effetti giudiziari e finanziari di vantaggio per gli enti locali che hanno deciso di affidare, tramite gara, i servizi pubblici a operatori economici terzi, nonché a vantaggio di questi ultimi. In tal senso si può parlare di *gold plating*, giustificato con l'esigenza di tutelare con strumenti più efficaci il mercato e la concorrenza.

Sul punto è d'uopo richiamare la questione pregiudiziale rimessa dal Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia vertente sulla compatibilità con il principio europeo della libera amministrazione e della equivalenza delle modalità di gestione dei servizi pubblici dell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici nella misura in cui vincola gli affidamenti *in house* alla dimostrazione del fallimento del mercato e alla manifestazione delle ragioni di convenienza per la collettività di tale forma di affidamento.

La Corte europea, per quel che qui interessa, con ordinanza 6 febbraio 2020 (nelle cause C-89/19, C-90/19, C-91/19-Rieco S.p.A.) ha ritenuto (richiamando i

⁵⁴ F. TRAMONTANA, *Servizi pubblici a tassonomia diversificata: la ristorazione scolastica*, in www.dirittoamministrativo.it

⁵⁵ M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'inarrestabile forza dell'ente pubblico*, *Munus*, 2012.

⁵⁶ In particolare, Corte Cost., sentenza. 199 del 2012, con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 4 del d. l. n. 138/2011, in quanto sostanzialmente riproduttivo dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, abrogato in esito al referendum del 2011.

principi già enunciati nella sentenza *Irgita*) che la regola della libertà di scelta delle modalità di prestazione dei servizi sancita dal considerando n.5 della direttiva n.2014/24/UE e dall'art.2, par. 1, della direttiva n.2014/23/UE dev'essere intesa (anche) come libertà degli Stati membri di disciplinare discrezionalmente le modalità di organizzazione e di gestione dei servizi ed applicata in ossequio alle regole fondamentali del Trattato UE, oltre che in coerenza con la disciplina dell'*in house providing* cristallizzata all'art.12, par. 1, della direttiva n.2014/24/UE, e, quindi, non osta a una disciplina nazionale, quale quella contenuta negli artt.192, comma 2, d.lgs. n.50 del 2016⁵⁷.

La crisi economica indotta dalla pandemia in atto da Covid-19 evidenzia che difficilmente può essere fronteggiata al meglio con gli strumenti normativi a disposizione, proprio perché l'eccezionalità delle circostanze mostra le lacune che ogni sistema normativo inevitabilmente presenta e spetta alla dottrina prima e alla giurisprudenza poi trovare le soluzioni tecnicamente e giuridicamente più idonee.

In questi mesi di regime eccezionale varie sono state le ricadute pratiche sui contratti di appalto e sulle concessioni amministrative con controparte gli Enti Locali dettate dallo stop imposto dalla pandemia.

Un caso emblematico è rappresentato dalla inevitabile sospensione del servizio pubblico locale a rilevanza economica di "Trasporto scolastico" con le conseguenze negative subite dagli appaltatori che a più riprese hanno cercato di vedersi comunque riconosciuti i corrispettivi o quantomeno delle somme a titolo di indennizzo per la copertura degli investimenti compiuti⁵⁸.

Preliminarmente è d'uopo osservare che una corretta gestione emergenziale dell'appalto relativo al servizio di trasporto scolastico presupporrebbe il ricorso agli strumenti forniti dal Codice dei Contratti pubblici, ed in particolare agli artt. 107 e 106, in tema di sospensione, modifica ed eventuale proroga del servizio,

⁵⁷ Tali disposizioni, infatti, a parere dei giudici di Lussemburgo, prevedendo un regime "aggravato" per il ricorso all'opzione di un'operazione interna (*in house*), non possono intendersi contrastanti con il quadro normativo delle direttive di riferimento che, sebbene non prescrittive degli oneri ulteriori stabiliti dal legislatore nazionale italiano per l'anzidetta modalità di gestione, consentono una loro trasposizione che, entro gli ampi spazi di libertà riconosciuti agli Stati membri, risulti ossequiosa dei principi generali di tutela del mercato interno (e, in particolare, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi) e della concorrenza. ⁵⁷ In tal senso, C.DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi alla collettività: il conflitto irrisolto tra mercato e tutela sociale dei bisogni della collettività*, cit.

⁵⁸ M.PUCCI, *Enti Locali: contratti di appalto e concessioni ai tempi del "Covid-19"*, 2020, <https://www.entilocali-online.it/enti-locali-contratti-di-appalto-e-concessioni-ai-tempi-del-covid-19>.

ma quel che rileva in questa sede è se ed in che misura è dovuto il corrispettivo da parte dell'Ente.

Il regime eccezionale che ha cristallizzato l'impossibilità del pagamento per le decurtazioni del servizio di trasporto scolastico introducendo forme di ristoro trova le sue origini nella previsione normativa, introdotta dall'art. 92, comma 4-*bis*, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, cosiddetto "Decreto Cura Italia", secondo la quale anche per il "Trasporto scolastico" come per il "Trasporto pubblico locale e regionale" non sarebbe stato possibile operare decurtazioni di corrispettivo in presenza di minori corse effettuate o di minori percorrenze realizzate nel periodo dal 23 febbraio al 31 dicembre 2020.

La stessa norma al successivo comma 4-*quater* precisa che l'efficacia di tale norma eccezionale è peraltro condizionata all'autorizzazione della Commissione europea relativa agli "aiuti di Stato". In sostanza gli Enti possono essere tenuti al pagamento del corrispettivo anche a fronte di un servizio non reso portando così un "indebito" vantaggio per i vari appaltatori⁵⁹.

Tuttavia la predetta disciplina introdotta dall'art. 92 comma 4-*bis* del D.L. n. 18/2020, convertito con Legge n. 27/2020 è stato poi modificato dall'art. 109 de D.L. 19 maggio 2020 n. 34, cd. "Decreto Rilancio", che ha previsto la soppressione delle parole "e di Trasporto scolastico" così che la norma non risulta più applicabile alla fattispecie in esame.

Pertanto gli Enti non sono più tenuti a pagare il servizio di trasporto scolastico nel periodo in cui non è stato erogato.

In tal senso la Corte dei Conti Veneto, con deliberazione 2 novembre 2020, n. 147, ha chiarito che:

«non è possibile provvedere ad alcun pagamento di detto servizio per il periodo in cui esso non è stato reso neanche per il periodo di breve vigenza della disposizione di favore (19 giorni, ossia dal 30/04/2020 data di entrata in vigore del D.L. 18/2020 al 19 maggio successivo, data di entrata in vigore del D.L. n. 34/2020) in quanto le statuizioni contenute nel menzionato comma 4-bis non hanno mai acquistato efficacia poiché sottoposte alla preventiva autorizzazione della Commissione europea, stante la natura di "aiuto di Stato" del pagamento ivi previsto»,

aggiungendo che: «detta autorizzazione non risulta, allo stato degli atti, essere intervenuta e, pertanto, sebbene la novella non abbia effetto retroattivo, le disposizioni che attribuiscono al gestore del servizio di trasporto scolastico il diritto a pretendere il pagamento dei corrispettivi per prestazioni non eseguite

⁵⁹ *Ibid.*

non sono, di fatto, mai state operative per espressa previsione normativa (comma 4-quater, art. 92 D.L. n. 18/2020) che ne ha condizionato l'efficacia al rilascio dell'autorizzazione della Commissione europea»⁶⁰.

A fronte dell'impossibilità del pagamento per un servizio non reso, al fine di garantire un riequilibrio di alcune situazioni contrattuali particolarmente compromesse dalle misure restrittive conseguenti al Covid-19, il comma 2-bis dell'art.229 del Decreto Rilancio, inserito dalla Legge di conversione n. 77/2020, ha costituito un "Fondo" le cui risorse "sono destinate ai Comuni interessati per ristorare le Imprese esercenti i servizi di trasporto scolastico delle perdite di fatturato subite a causa dell'emergenza sanitaria".

Il citato art. 229, comma 2-bis del DL 34/2020 "Decreto Rilancio" prevede che il riparto dei 20 milioni stanziati per il ristoro delle imprese del trasporto scolastico, debba essere effettuato, tra i Comuni, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'istruzione, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, pubblicato su Gazzetta Ufficiale il 4 gennaio 2021⁶¹.

Il contributo è destinato ai Comuni interessati per ristorare le imprese esercenti i servizi di trasporto scolastico delle perdite di fatturato subite, nel periodo intercorso dalla sospensione dei servizi e fino al termine dell'anno scolastico 2019/2020, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Le risorse disponibili sono assegnate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a ciascun Comune che presenta apposita richiesta e che poi provvede all'erogazione del contributo alle singole imprese istanti, esercenti servizi di trasporto scolastico in forza dei contratti con esso conclusi.

Per ciascuna impresa esercente servizi di trasporto scolastico il contributo corrisponde alla differenza, ove positiva, tra l'importo del corrispettivo per i servizi di trasporto scolastico previsto da ciascun contratto per l'anno scolastico 2019/2020 e quanto corrisposto dal Comune all'impresa a seguito delle minori prestazioni del predetto servizio erogate in ragione dell'emergenza epidemiologica. A ciascuna impresa il contributo è erogato dal comune in misura

⁶⁰Peraltro, la Corte dei Conti Veneto ha chiarito anche, nello stesso parere, che "il trasporto scolastico è completamente estraneo alla disciplina di finanziamento prevista dall'art. 48 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, così come modificato dall'art. 109 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, che ha introdotto la possibilità per le amministrazioni pubbliche di riconoscere ai gestori di servizi di cui al comma 1 un contributo a copertura delle spese residue incompressibili, che è riservata esclusivamente ai servizi nella stessa richiamati".

⁶¹ Decreto MIT 4 dicembre 2020.

pari alla differenza, ove positiva, di cui al periodo precedente ed entro il limite di 200.000 euro.

Qualora le risorse utilizzabili siano inferiori alla somma dei contributi ammissibili comunicati da tutti i Comuni, le risorse trasferite a ciascun comune interessato sono ridotte proporzionalmente fino alla capienza delle stesse e, pertanto, proporzionalmente sono ridotti i contributi erogati a ciascuna impresa. Il Comune verifica l'entità e l'eventuale esecuzione delle proprie obbligazioni pecuniarie previste dal contratto di erogazione del servizio di trasporto scolastico concluso con l'impresa istante e determina la eventuale differenza.

Con successivo decreto direttoriale del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da emanarsi entro venti giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle domande, sentita l'ANCI, sono individuati i Comuni beneficiari e gli importi spettanti in base all'applicazione dei criteri e delle modalità descritte.

Gli aiuti di Stato, elargiti ai sensi del presente decreto, non possono essere cumulati se non nei limiti dalla normativa comunitaria vigente. Per la verifica del rispetto delle norme sul cumulo fra aiuti di Stato, i Comuni si avvalgono del registro nazionale sugli aiuti di Stato (R.N.A.) gestito dal Ministero dello sviluppo economico.

La crisi economica indotta dalla pandemia in atto mette in evidenza come le istituzioni pubbliche debbano confrontarsi quotidianamente con una situazione di ristrettezza economica; il problema è individuare quale sia l'opzione più coerente nella gestione dei servizi alla collettività con la garanzia dell'erogazione universale e necessitata di prestazioni caratterizzate da standard minimi di qualità.