

Associazioni Controllo del Vicinato

CONGRESSO NAZIONALE 2016

La collocazione DIRETTA

delle risorse economiche pubbliche in favore di ACdV

o0o

Avv. Lorenzo Tamos

Socio Onorario e Membro del Comitato Scientifico

di ACdV

o0o

*Lorenzo Tamos, nato a Milano nel 1967 e laureatosi magna-cum-laude in Giurisprudenza all'Università degli Studi Milanese, è stato nei primissimi anni 90 ufficiale del corpo della Guardia di Finanza Italiana e, per i successivi dieci anni, cultore della materia di Diritto Pubblico e Amministrativo presso l'Università Statale e L. Bocconi della propria città, nonché autore di molteplici pubblicazioni giuridiche a livello nazionale ed internazionale. Avvocato Cassazionista e dal 2000 Titolare dello **Studio Legale Tamos & Partners**, svolge con passione da oltre un ventennio la professione forense maturando "sul campo", giorno per giorno, un sempre utile ulteriore "granello" di esperienza quotidiana che, però, non finisce mai di bastare.*

o0o

ACdV e la partecipazione nella collocazione delle ("scarse") risorse economiche pubbliche

ACdV è una giovane associazione che, come altre associazioni, si propone di attuare una essenziale funzione sociale in favore della cittadinanza per sopperire alle difficoltà che la pubblica amministrazione ha di rispondere in modo efficace alla domanda di sicurezza che proviene dai cittadini rispetto a quei diritti che la Costituzione Italiana, al pari di molte altre Carte Costituzionali, qualifica primari ed <<inviolabili>> specularmente alle principali Dichiarazioni Internazionali oggi in vigore: si veda a questo proposito l'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti umani, ove si afferma difatti che <<Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed **alla sicurezza della propria persona**>>; ovvero l'art. 5 CEDU, che conferma come <<ogni persona ha diritto alla libertà e **alla sicurezza**>>.

o0o

Ciò esposto quale doverosa e spero condivisibile premessa, si pone il problema di individuare le modalità attraverso le quali le associazioni di volontariato possano al meglio

interagire con le locali amministrazioni e come sia possibile attuare per mezzo delle stesse il noto principio europeistico di c.d. "sussidiarietà orizzontale" ben recepito dalla Costituzione Italiana (art. 118, comma 4):

*<<Stato, Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia **iniziativa dei cittadini**, singoli e **associati**, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del **principio di sussidiarietà**>>.*

Invero, scendendo più nel particolare della realtà nazionale italiana merita di essere evidenziato che, di recente, la Regione Lombardia, con Legge Regionale n. 6/2015, ha pensato di "rispondere" a tale esigenza proponendo una legislazione atta ad incrementare la sicurezza urbana mediante:

1. *<<la **promozione di attività di formazione professionale rivolta a operatori pubblici, del privato sociale e del volontariato in tema di sicurezza urbana**, avuto particolare riguardo alla formazione congiunta tra operatori della pubblica amministrazione e del **volontariato e operatori delle forze dell'ordine**>>;*
2. *<<la promozione di percorsi formativi presso le scuole, in collaborazione con la polizia locale, per la diffusione della cultura della sicurezza, della prevenzione e della legalità>>;*
3. *<<lo **sviluppo di collaborazioni con le associazioni di volontariato che svolgono attività di educazione alla convivenza**, rispetto della **legalità**, mediazione dei conflitti e **aiuto alle vittime di reato**>>.*

o0o

Rispetto al modello oggi delineatosi bisogna quindi interrogarsi sul come una associazione privata possa al meglio partecipare attivamente allo sviluppo dell'integrazione tra privati cittadini ed istituzioni in tema di sicurezza.

Specularmente a ciò ci si dovrebbe interrogare pure sul come le istituzioni (soprattutto quelle locali) possono legittimamente e direttamente investire le proprie "scarse" risorse economiche interagendo con una associazione privata.

A chi scrive pare evidente che i due quesiti non sono di scarso peso perché se è ben vero che **molti privati cittadini sono desiderosi di dare il loro contributo in materia di sicurezza**, è altrettanto vero che **sarebbe profondamente ingiusto imporre a questi stessi virtuosi cittadini di consumare, oltre al proprio tempo ed energie, i loro risparmi economici per attuare un diritto**

primario Costituzionalmente previsto¹.

o0o

Per tentare di dare delle preliminari risposte a questa (a mio avviso delicata) tematica si dovrebbe, dapprima, guardare alle principali norme europee in termini generali ed astratti ma vevoli per tutti i paesi dell'Unione per poi, quindi, considerare la situazione concreta di ogni singolo territorio, tenuto conto dello specifico tessuto sociale che indubbiamente varia da Stato a Stato, da Regione a Regione, così come, da ultimo, anche nel corso del 2016, ci ha spiegato la Corte di Giustizia Europea in due sentenze che fanno da epilogo a questo mio modesto contributo che vuole essere esclusivamente lo spunto di sollecitazione per una seria riflessione sul tema.

o0o

La direttiva 2014/24/UE ed alcune norme nazionali italiane

La regola cardine in base alla quale le risorse pubbliche debbano essere collocate in favore di soggetti privati secondo chiari principi di **concorrenza, trasparenza e correttezza** (ossia mediante le procedure di appalto), costituisce un principio immanente nell'ordinamento europeo a cui SOLO in casi "eccezionali" l'Amministrazione pubblica di ogni singolo Stato membro può derogare.

E l'eccezione conferma la regola anche secondo quanto da ultimo disposto dal "Legislatore Europeo" con la recente **direttiva 2014/24/UE** in tema di **appalti pubblici di servizi**.

In detta Direttiva si stabilisce infatti che gli Stati membri dell'Unione sarebbero liberi di organizzare le **prestazioni di servizi sociali** obbligatori o di **altri servizi**, SOLO <<*in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi*>> e che, perciò, SOLO i detti <<*servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva*>> e, quindi, potrebbero essere svolti direttamente dai privati anche senza (particolari) procedure di gara per la collocazione delle relative risorse economiche necessarie alla loro esecuzione da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

La stessa Direttiva consente anche che per servizi **privi di interesse** denominato (cosiddetto) <<*transfrontaliero*>> (ossia quei servizi che possono interessare solo un certo delimitato territorio di un certo paese) si possa **derogare al predetto principio dell'evidenza pubblica**.

Trattasi, nella sostanza di quei servizi primari necessari che hanno una fortissima **caratterizzazione territoriale** e che non sono/sarebbero in grado di suscitare l'interesse di altri

¹ I volontari non intendo in alcun modo speculare sull'attività di volontariato ma neppure dovrebbero impoverirsi per ottenere un diritto primario inviolabile che, *in primis*, proprio lo Stato dovrebbe loro garantire e che, tuttavia, senza di loro non riesce a garantire.

operatori ubicati nei diversi paesi membri dell'Unione.

Va da sé che al detto riguardo, volendo ipotizzare le possibili caratteristiche di un simile servizio **privo di interesse transfrontaliero**, il pensiero correrebbe veloce proprio a ciò che propone **ACdV**: essendo un servizio che l'associazione offre ai cittadini di un certo territorio, “limitatamente” alla tutela/protezione dello stesso.

ACdV propone infatti un servizio sociale tipico, caratteristico e concepito, di norma, rispetto ad una certa determinata zona urbana, svolto relativamente ad un ben circoscritto territorio e che, oltretutto, ben difficilmente attirerebbe l'interesse di altri operatori transfrontalieri, ovverosia non appartenenti a quel territorio (anche perché, "in fin dei conti", si tratta di un servizio eseguito direttamente dai cittadini che un certo territorio vivono).

E la normativa europea sancisce infatti che *<<certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una **dimensione limitatamente transfrontaliera**, segnatamente i cosiddetti **servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici** //>>*.

*<<I **Servizi alla persona** [ad oggi con valori al di sotto di euro 750.000,00], in genere, **non saranno di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri**, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione di progetti transfrontalieri>>* (punto 114 della Direttiva in parola).

Nella sostanza la norma europea NON esclude affatto che taluni servizi di interesse nazionale, caratterizzati dalla **non economicità**, ossia dall'impossibilità di formare realmente oggetto di ordinario scambio commerciale ed economico e dalla **mancanza di interesse transfrontaliero**, possano derogare all'applicazione della regola generale dell'affidamento mediante evidenza pubblica.

Si dovrebbe pertanto capire quando detta rilevante possibilità sussiste.

o0o

L'Ordinamento Italiano prevede da tempo la possibilità per le Amministrazioni di derogare al citato principio dell'evidenza pubblica (in alcuni casi).

Si possono riportare come esempi i seguenti:

- quello della legge quadro n. 266/91 sull'attività di volontariato ivi definita come *<<quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, **senza fini di lucro** anche indiretto ed **esclusivamente per fini di solidarietà**>>*;
- ovvero quello della legge n. 328/2000, denominata *<<Legge quadro per la realizzazione del*

sistema integrato di interventi e servizi sociali>>, ove difatti è stato espressamente sancito che, proprio mediante il convenzionamento diretto le associazioni di volontariato possono svolgere un ruolo di primaria importanza unitamente agli enti locali territoriali ed allo Stato.

o0o

I problemi applicativi di queste norme nazionali, però, sono e sono stati molti e le conseguenti contestazioni connesse alla collocazione diretta di denari pubblici in favore di un soggetto privato piuttosto che di altri, non sono mai mancate negli anni.

Il tema della collocazione diretta delle risorse della Pubblica Amministrazione è stato a lungo dibattuto soprattutto avuto riguardo al concetto della "**onerosità della prestazione**" che, ad esempio, l'associazione privatistica offre in favore della collettività, nonché in ordine alla corretta identificazione del concetto del "**mero rimborso delle spese**".

In particolare, dalla **messaggio in forse della ritenuta neutralità** del concetto di "mero rimborso spese" è conseguito il convincimento in base al quale non si sarebbe potuta escludere l'onerosità dell'attribuzione convenzionale e, quindi, neppure escludere l'esistenza di un vero e proprio contratto d'appalto in favore delle associazioni private da comunque assoggettarsi alle regole delle pubbliche gare.

Il dubbio venne sollevato formalmente nel 2013 dal **Consiglio di Stato** Italiano che, difatti, richiese una pronunzia pregiudiziale di attinente corretta interpretazione dei principi europei alla Corte di Giustizia in materia di affidamenti diretti di servizi di trasporto in autolettiga (la c.d. "Crocerozza" per intenderci) a livello regionale.

Nel caso i Giudici italiani mettevano in dubbio che una legge regionale italiana potesse permettere l'affidamento di un servizio (*id est* **l'attribuzione di soldi**) **senza gara** alle **associazioni di volontariato** e ciò pure nel caso in cui il contratto di esecuzione di servizio ne avesse stabilito la totale **gratuità** con <<*l'esclusiva erogazione dei rimborsi delle spese effettivamente sostenute*>>.

I Giudici italiani evidenziavano infatti che tra i **costi** rimborsabili venivano ricompresi, oltre a quelli **diretti** legati all'esecuzione della singola convenzione, anche quelli **indiretti** e **generali** derivanti dall'attività svolta in modo stabile dalle associazioni affidatarie (quali, ad esempio, le spese generali, le utenze, le assicurazioni, *etc.*), non senza contare che pure i costi diretti sarebbero stati (sempre stando al pensiero dei Giudici Italiani) da riferirsi a **spese fisse e ripetibili nel tempo** quali, *in primis*, le retribuzioni del personale (quindi, ad esempio, una cooperativa avrebbe potuto alimentare gli stipendi dei propri soci anche senza gara pubblica!).

Nella sostanza, perciò, il Consiglio di Stato Italiano chiedeva alla Corte di rispondere se non

dovesse <<qualificarsi **come oneroso** [e quindi NON affidabile in modo diretto] **un accordo** // che prevedesse il rimborso anche di **costi fissi e durevoli nel tempo**>> e, perciò, come tale, contrario ai principi dell'Unione Europea.

La Corte, alla fine dell'anno 2014 e, da ultimo, nell'anno 2016, “ha risposto due volte” al detto quesito negando in radice la violazione delle regole dell'Unione di simili affidamenti diretti.

o0o

La sentenza della Corte di Giustizia in data 11/12/2014 nella causa c 113/13: la conferma del principio dell'affidamento diretto nell'ottica del rispetto della solidarietà reale che ne costituisce anche il limite (il c.d. limite dell'interesse transfrontaliero)

La Corte di Giustizia rispetto all'anzidetto rinvio pregiudiziale ha così disposto:

*<<Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE² devono essere interpretati nel senso che **non ostano ad una normativa nazionale** che, come quella in discussione nel procedimento principale, **prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto**, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle **associazioni di volontariato** convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata>>.*

Al pari di questo, altri significativi passaggi motivazionali della anzidetta sentenza meritano di essere evidenziati.

In primo luogo la Corte menziona il fatto che *<<un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al **rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto**// Di conseguenza // ha scarsa rilevanza accertare se i costi che devono essere rimborsati dalle pubbliche amministrazioni alle associazioni // coprano unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni*

2 **Articolo 49** (ex articolo 43 del TCE) <<Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. **La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali**>>. **Articolo 56** (ex articolo 49 del TCE) <<Nel quadro delle disposizioni seguenti, **le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione**. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione>>.

interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali>> perché, difatti, <<Il legislatore dell'Unione, si è basato sulla presunzione che gli appalti relativi ai servizi ricompresi nell'allegato II B della direttiva 2004/18 [ossia quei servizi particolari o a sfondo sociale non soggetti all'intera applicazione della normativa sugli appalti] **non presentino, a priori, // un interesse transfrontaliero tale da giustificare che la loro aggiudicazione avvenga in esito ad una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto**>>³.

La Corte ha poi affermato che <<quanto ai criteri oggettivi atti ad indicare l'esistenza di un **interesse transfrontaliero**>>, gli stessi <<potrebbero sostanzarsi, in particolare:

- **nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori/servizi o, ancora,**
- **nelle caratteristiche tecniche dell'appalto//**
- **nell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie>>**

così giustificando l'esistenza di forme di convenzionamento dirette laddove, di contro, esistano circostanze obiettive motivate da <<**principi di universalità, di solidarietà, di efficienza economica e di adeguatezza, giacché il ricorso in via prioritario alle associazioni di volontariato convenzionate è specialmente diretto a garantire che detto servizio di interesse generale sia assicurato in condizioni di equilibrio economico a livello del bilancio.** Poiché prevede la partecipazione di associazioni ad un servizio di interesse generale e si richiama **al principio di solidarietà**>>⁴.

<<Di conseguenza, uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire //ed organizzare il proprio **sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni corrisponda alla finalità sociale del servizio// idoneo a contribuire al controllo dei**

3 <<affinché siffatti principi possano essere applicati in materia di appalti pubblici ad attività i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro, è necessario che l'appalto in discussione nel procedimento principale presenti un interesse transfrontaliero certo>>. <<**Il giudice del rinvio non ha tuttavia indicato gli elementi necessari a consentire alla Corte di verificare se, nel procedimento principale, sussista un interesse transfrontaliero certo.** Orbene// la constatazione degli elementi necessari per consentire di valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, così come, in via generale, tutte le constatazioni cui spetta ai giudici nazionali procedere e dalle quali dipende l'applicabilità di un atto di diritto derivato o di diritto primario dell'Unione, dovrebbero essere effettuate prima di adire la Corte>>.

4 Occorre <<ricordare che, al punto 32 della sentenza Sodemare e a. (EU:C:1997:301), la Corte ha giudicato che uno Stato membro può, nell'ambito della competenza ad esso spettante per organizzare il suo sistema previdenziale, considerare che un sistema socio-assistenziale per le persone anziane, il cui stato renda indispensabili prestazioni sanitarie, implichi necessariamente, per raggiungere i suoi obiettivi, nella fattispecie il rispetto delle finalità esclusivamente sociali di tale sistema, che l'ammissione di operatori privati a tale sistema in quanto prestatori di servizi d'assistenza sociale venga subordinata alla condizione che essi **non perseguano fini di lucro**>>.

costi legati a tale servizio>>.

La Corte conclude sostenendo infine e dunque che *<<spetta al giudice del rinvio [ossia al Giudice Nazionale] effettuare tutte le valutazioni necessarie al fine di verificare se il sistema di organizzazione del servizio in discussione// disciplinato dalla normativa applicabile e attuato con l'accordo quadro regionale e le specifiche convenzioni [dirette] che da esso discendono, contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato>>.*

E, come detto, nel 2016 la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea Sez. V, 28/01/2016, n. 50/14** ha riconfermato che *<<Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni.>>.*

<<Qualora uno Stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale Stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte. Detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime.>>

<<Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.>>

Vedremo come tali principi verranno a concretizzarsi con il Nuovo Codice degli Appalti italiano di cui al Decreto Legislativo del 03/03/2016...