

Formazione IFEL
per i Comuni

IFEL
Fondazione ANCI

**L'affidamento dei servizi sociali
alla luce degli articoli 47, 48 e 103
del d. l. n. 18/2020**

Lunedì 27 aprile 2020

a cura di **Luciano GALLO**



Indice

- ✓ *L'erogazione dei servizi alla persona fra continuità ed emergenza sanitaria: inquadramento generale;*
- ✓ *il decreto-legge n. 18/2020: inquadramento generale;*
- ✓ *la sospensione dei servizi ai sensi dell'art. 47;*
- ✓ *la rimodulazione dei servizi, mediante co-progettazione, ai sensi dell'art. 48;*
- ✓ *l'impatto della sospensione dei procedimenti amministrativi, ai sensi dell'art. 103;*
- ✓ *l'applicazione della disciplina d'emergenza fra legalità e bilanciamento degli interessi.*

Cosa faremo e come

- ✓ Tratteremo un **tema specifico**;
- ✓ lo faremo “**per gradi**”;
- ✓ rinviamo da subito ai *webinar* già svolti ed alle note e pareri dell’ANCI e della Fondazione;
- ✓ ragioneremo “**a legislazione vigente**”;
- ✓ cercheremo di far **coesistere** la “**dimensione settoriale**” dei servizi sociali con la “**giuridicizzazione**” della **materia**;
- ✓ faremo un’**analisi esclusivamente tecnica** sulla base di una **metodologia rigorosa**.

Le tappe del percorso

1) 27 aprile 2020

- rapporto fra la disciplina d'emergenza con la normativa vigente

2) 7 maggio 2020

- esame delle FAQ, analisi delle eventuali modifiche del DL 18/20 in sede di conversione, analisi delle ipotesi di lavoro per l'applicazione delle disposizioni.

2) 13 maggio 2020.

- “*oltrepassare l'emergenza*”: cosa e come poter fare.

I servizi sociali fra pandemia e normativa di emergenza

Occorre muovere dalle note figure della “**forza maggiore**” e del c.d. “**factum principis**”.

Non esiste una definizione di “**factum principis**”, ma la **giurisprudenza** ha fornito un supporto interpretativo:

- **Cass. civ. n. 119/1982** e n. **14915/2018** (sull'imprevedibilità e sull'eccezionalità dell'evento, tali da rendere inefficaci i rimedi esistenti);
- **Cass. civ. n. 10113/2005** (sulla configurabilità di tale ipotesi anche nell'ambito della contrattualistica pubblica).

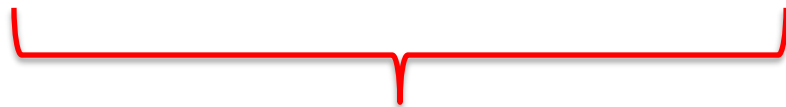
Pandemia=forza maggiore

Normativa d'emergenza= *factum principis*

I servizi sociali fra pandemia e normativa di emergenza

FORZA MAGGIORE
(pandemia)

FACTUM PRINCIPIS
(normativa d'emergenza)



**CONTRATTI
IN ESSERE**

**PROCEDURE
IN CORSO**

**PROCEDURE
DA AVVIARE**

Il decreto “Cura Italia”

Il **decreto-legge** n. **18/2020**, quale “**factum principis**”, conseguente alla pandemia, quale ipotesi di “**forza maggiore**”, evidenzia due elementi, di cui tener conto nell’esame delle norme di interesse:

- a) regime di **emergenza**, con conseguente nomina di commissari ed emanazione di ordinanze di protezione civile;
- b) l’esercizio della “**decretazione d’urgenza**” ai sensi dell’art. **77** della **Costituzione**.

Il contributo della **Corte costituzionale**.

Il decreto “Cura Italia”

La **Corte costituzionale** nella celebre **sentenza n. 127/1995** ha indicato i limiti al potere di deroga alla normativa ordinaria nell’ambito del regime di emergenza; in particolare “(...) *il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di **ordinanza**, sulla base di specifica autorizzazione, implica che lo stesso sia temporalmente delimitato e ben definito nel contenuto, tempi e modalità di esercizio, **dovendo altresì** essere **specificato** il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e **le norme di cui si consente la temporanea sospensione.***

*(...) nell'ipotesi di dubbi applicativi, **tale normativa va comunque interpretata 'secundum ordinem'**, in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti (...).”*

Il decreto “Cura Italia”

La **Corte costituzionale** ha puntualizzato i limiti che il Governo incontra nell’esercizio del potere, previsto dall’art. **77** Cost. della c.d. “**decretazione d’urgenza**”. Con **sentenza n. 171/2007** è stato in particolare ricordato “(...) *che l’assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale.*(...)”.

Inoltre, con altre pronunce ha Corte ha chiarito:

- ✓ la necessità dei **presupposti** dell’eccezionalità dell’**urgenza** e della **necessità** (n. **170/2017**);
- ✓ il rapporto fra decreto-legge e **materie riservate alla legge** (n. **10/2015**);
- ✓ il rapporto fra decreto-legge e principi fondamentali nelle materie di **competenza concorrente** (n. **196/2004**).

Il decreto *Cura Italia* “in pillole”

Il **DL n. 18/2020** contiene alcune disposizioni che impattano sull'attività degli enti locali nel periodo dell'emergenza sanitaria:

- ✓ art. **47** sulla **sospensione** delle attività nei centri semi-residenziali di assistenza ai **disabili**;
- ✓ art. **48** sulle **prestazioni individuali domiciliari**;
- ✓ art. **91** ai fini dell'esclusione della **responsabilità del debitore** per ritardo o inadempimento;
- ✓ art. **103** sulla **sospensione** dei termini dei **procedimenti** amministrativi.

Applicando i principi della **Corte costituzionale**, le norme del DL devono essere *calate* all'interno del **vigente ordinamento giuridico**.

Le disposizioni “laterali”

Alcune norme appaiono sicuramente applicabili, anche solo indirettamente, al tema di analisi:

- ✓ artt. **2, 3, 97 e 118 Cost.**;
- ✓ artt. **1, 2, 5, 14, 19 e 22** della **legge n. 328/2000** e **DPCM 30.3.01**;
- ✓ artt. **13, 30-33, 112, 114 e 116** d. lgs. n. **267/2000 (TUEL)**;
- ✓ artt. **4, 5, 16, 18, 55, 56, 92 e 93** d. lgs. n. **117/2017 (CTS)**;
- ✓ art. **2, c. 2, lett. j)**, **Direttiva 123/2006/CE** e d. lgs. n. **59/10**;
- ✓ d. lgs. n. **175/2016**;
- ✓ legislazione **regionale**, generale e di settore, normativa regolamentare e tecnica;
- ✓ **Statuti comunali**;
- ✓ **DM 31 dicembre 1983** sui **SPL a domanda individuale**;
- ✓ d. lgs. n. **50/2016** (rinvio).

Il dl 18/20 e le altre disposizioni

L'art. **91** prevede *“1. All'articolo 3 del decreto – legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: “6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.*

La disposizione richiama il **codice civile**:
art. **1218** (*Responsabilità del debitore*);
art. **1223** (*Risarcimento del danno*).

L'art. 91 del DL e la limitazione della responsabilità

L'art. **91** richiama solo alcune norme del **codice civile**. Tuttavia, altre disposizioni possono in concreto essere d'interesse:

- ✓ art. **12** delle preleggi (*interpretazione della legge*);
- ✓ art. **1362** (*Intenzione dei contraenti*);
- ✓ art. **1363** (*Interpretazione complessiva delle clausole*);
- ✓ art. **1366** (*Interpretazione di buona fede*);
- ✓ art. **1367** (*Conservazione del contratto*);
- ✓ art. **1375** (*Esecuzione di buona fede*);
- ✓ art. **1467** (*Contratti con prestazioni corrispettive*) ai fini dell'eccessiva onerosità.

Alcune sentenze di interesse sul **factum principis** (**Cass. n. 16135/2015** sulla sorte del contratto; **CdS n. 858/2018** sulla legittimità dell'autotutela).

Il DL ed il rapporto con il codice dei contratti

Le **disposizioni** del **CCP** non derogate dal DL 18/20:

- ✓ artt. **4** e **30** sui principi per l'affidamento dei contratti;
- ✓ art. **23**, c. **15** (progetto dei servizi) e **16** (calcolo del costo del personale);
- ✓ art. **31** sul RUP;
- ✓ art. **63** sulla procedura negoziata senza bando;
- ✓ art. **80** sui motivi di esclusione;
- ✓ artt. **100** e ss. e DM **49/18** in materia di esecuzione;
- ✓ art. **106** sulle modifiche al contratto;
- ✓ art. **107** sulle sospensioni;
- ✓ art. **142** sui servizi sociali;
- ✓ artt. **165** e ss. sulle concessioni e sul PPP;
- ✓ art. **206** sull'accordo bonario nei servizi;
- ✓ art. **208** sulla transazione.

L'art. 47 e la sospensione dei servizi

Art. 47 (Strutture per le persone con disabilità e misure compensative di sostegno anche domiciliare)

“1. Sull'intero territorio nazionale, allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 e tenuto conto della difficoltà di far rispettare le regole di distanziamento sociale, nei Centri semiresidenziali, comunque siano denominati dalle normative regionali, a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, socio-occupazionale, sanitario e socio-sanitario per persone con disabilità, l'attività dei medesimi è sospesa dalla data del presente decreto e fino alla data di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 marzo 2020. (...)”.

Il parere della **Corte dei conti**, sez. Controllo per la **Regione Sicilia**, n. **35/2020/PAR** e le indicazioni di carattere generale.

L'art. 48 e la rimodulazione dei servizi

L'art. **48** (*Prestazioni individuali domiciliari*) in sintesi stabilisce:

- a) la possibilità di **rimodulare**, mediante **co-progettazione**, i servizi esternalizzati, in ragione dell'emergenza sanitaria COVID-19 [comma **1**];
- b) la possibilità per le PA, che abbiano proceduto con la rimodulazione dei servizi in modalità “domiciliare”, di riconoscere all'ente gestore l'originario importo previsto a titolo di **corrispettivo**, imputandolo in due sotto-voci, una relativa al servizio (rimodulato) erogato, l'altro a fronte del mantenimento operativa della struttura nella quale svolgere nuovamente l'attività “standard” con la cessazione della situazione di emergenza [comma **2**];
- c) il rapporto fra la rimodulazione dei servizi ed il conseguente riconoscimento del corrispettivo, da un lato, ed il regime degli **ammortizzatori sociali** attivabili nel periodo di emergenza [comma **3**].

L'art. 48 e la rimodulazione dei servizi

L'art. **48** (*Prestazioni individuali domiciliari*), prescindendo dalla questione del pagamento del corrispettivo, in ogni caso presuppone:

- a) la co-progettazione e la rimodulazione del servizio originariamente previsto;
- b) la formalizzazione del nuovo assetto gestionale e negoziale;
- c) l'esecuzione del servizio;
- d) la verifica della corretta esecuzione del servizio;
- e) il pagamento del corrispettivo.

La co-progettazione dei servizi

La **co-progettazione** non è disciplinata dalla norma; occorre al riguardo chiarire **COME** può essere attivata e quale **CONTENUTO** può avere. Qualche riflessione:

- a) partire dal titolo contrattuale in essere (*contratto, concessione, convenzione*) e dalle relative pattuizioni;
- b) laddove il gestore sia un ETS potrebbero essere svolte ai sensi dell'art. **55**, comma **3** CTS (dunque, **anche ad iniziativa di parte**);
- c) occorre partire dagli atti della procedura originaria di affidamento;
- d) occorre tener conto delle previsioni contenute nella legislazione, statale e regionale, di settore (ad esempio, sui requisiti funzionali e prestazionali degli immobili e del personale);
- e) l'attivazione del tavolo telematico di co-progettazione.

La co-progettazione dei servizi

La **co-progettazione** dovrà essere **FORMALIZZATA**:

- a) intanto, l'istruttoria e la determina "a contrarre";
- b) la forma dell'atto (regime dell'analogia al titolo negoziale);
- c) il contenuto dell'atto e gli eventuali allegati;
- d) la pubblicazione degli atti assoggettati al regime normativo in materia di trasparenza (e lato ETS dall'art. 1, commi 124-129 della legge n. 124/2017 e ss. mm.).

Può essere evitata la co-progettazione?

La modifica dei contratti e la sospensione dei servizi

L'art. **106** del codice dei contratti disciplina le ipotesi di **MODIFICHE** al **contratto**, che - al ricorrere dei relativi presupposti – possono essere legittimamente attivate.

Si tratta di una possibile soluzione, anche in modo integrato con la disciplina sulla **SOSPENSIONE**, **totale** o **parziale**, dei **servizi**, ai sensi dell'art. **107** del CCP, che si aggiunge o supplisce alla possibile rimodulazione dei servizi ai sensi dell'esaminato art. **48**.

Il ruolo del **RUP** e del **DEC**.

Qualche spunto giurisprudenziale

Qualche pronuncia della giurisprudenza amministrativa di interesse:

- 1) **CdS, Ad. Plen. n. 10/2020** sull'**accesso civico** in materia di **gare**;
- 2) **TAR Lombardia, n. 284/2020** sul rapporto fra **quinto d'obbligo** e determinazione del **valore** dell'affidamento;
- 3) **CdS n. 608/2020** sui **presupposti** per l'affidamento mediante procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63 del codice;
- 4) **TAR Catanzaro n. 259/2020** e **TAR Campania 1392/19** sulla differenza fra **proroga tecnica** e rinnovo;
- 5) **CdS n. 607/2020** sull'**interpretazione** del **bando** di gara;
- 6) **TAR Toscana n. 86/2020** sulle **modifiche** del **contratto** ai sensi dell'art. **106**, c. **1**, lett. **b**);
- 7) **CdS parere n. 3235/2019** sulle **concessioni di servizi sociali** e **TAR L'Aquila n. 598/2019** sulla **proroga delle concessioni**

Formazione IFEL
per i Comuni



Grazie per l'attenzione

Luciano GALLO

gallo@numerienorme.it

I materiali didattici saranno disponibili su
www.fondazioneifel.it/formazione



Twitter



Facebook



YouTube

