

Obblighi di trasparenza e di non discriminazione tra imprese in base alla nazionalità nell'aggiudicazione degli appalti di servizi socio-sanitari transfrontalieri

di Francesco Monceri

Title: Obligations of Transparency and non-discrimination between companies on the basis of nationality in the awarding of cross-border health and social services contracts

Keywords: Public service contract; Cross-border interest; Obligation of transparency.

1. – La decisione in epigrafe merita di essere annotata con un certo interesse soprattutto sotto il profilo dell'applicabilità delle regole degli appalti pubblici al settore dei servizi sanitari e sociali, problema che, in ambito nazionale, è stato ridestato dalla recente approvazione del codice del Terzo settore e dai conseguenti problemi applicativi e pratici che ne sono seguiti. Uno su tutti, come si avrà modo di accennare nel corso di queste brevi note a margine della sentenza in commento, quello del controverso rapporto tra affidamento del servizio in convenzione e ricorso al mercato. Tanto più che la materia dei servizi sociali è attraversata da non irrilevanti intersezioni col sistema di regole contenute nel codice degli appalti pubblici, anch'esso recentemente investito dalle novità introdotte dal dlgs 50/2016 (in argomento v. G.M. Esposito, a cura di, *Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2017).

La sentenza che si annota ha, appunto, ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di cassazione italiana, sulla legittimità di una richiesta di remunerazione di prestazioni sanitarie attribuite sulla base di una convenzione "sospettata" di contrastare con il diritto europeo che regola le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici o, almeno, anticipando per esigenze di sintesi il cuore del problema, con i principi di parità di trattamento, obbligo di non discriminazione in base alla nazionalità, obbligo di trasparenza contenuti negli artt. 49, 56, 106 del TFUE. A questo proposito merita di essere sottolineato che, come nel campo dei pubblici servizi, anche nel settore dei servizi (sanitari e) sociali (sulle specificità del settore dei servizi sociali in ambito nazionale v. almeno E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori, a cura di, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007), generalmente ritenuto escluso dalla ferrea applicazione delle regole della concorrenza, vanno tuttavia emergendo, in ambito europeo, profili di tutela di principi legati a tale ultimo valore.

Di converso, merita di essere altrettanto sottolineato il fatto che il settore dei servizi sociali si caratterizza per una forte connessione, soprattutto in ambito nazionale, non solo con i compiti legati alla progressiva realizzazione dell'uguaglianza sostanziale

assegnati alla Repubblica, ma anche al generale principio di solidarietà che si pone alla base di un rilevante intervento del volontariato e del terzo settore nella materia.

Di tal che, nonostante sia innegabile che molte delle prestazioni annoverabili nel numero dei servizi sociali possa avere rilevanza economica per le imprese, lo è altrettanto che la loro erogazione sia per larga parte sostenuta dal volontariato e dagli altri enti solidaristici e *non profit*; circostanza questa che contribuisce a determinare una differenza qualitativa dei servizi sociali rispetto agli altri servizi resi nel mercato, e a rendere oggettivamente difficile pensare che l'estensione dei principi generali della concorrenza a tale settore possa avvenire senza conflitti.

2. – La controversia originaria vede contrapposte, da una parte la Oftalma Hospital srl e, dall'altra, la Commissione Istituti Ospedalieri Valdesi (CIOV) e la Regione Piemonte, per la mancata remunerazione di servizi sanitari forniti dalla Oftalma sulla base di una convenzione firmata tra quest'ultima e la CIOV.

Il giudizio principale procedeva con fasi alterne in quanto il Tribunale di Torino ingiungeva, in un primo tempo, alla CIOV e alla Regione Piemonte di remunerare la Oftalma per le prestazioni rese nel corso del 2004, respingendo le motivazioni delle convenute presentate in sede di opposizione all'ingiunzione; motivazioni fondate principalmente sulla nullità della convenzione in quanto conclusa in violazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici come disciplinate, in ambito nazionale, dal dlgs 157/95.

Lo stesso Tribunale di Torino, tuttavia, respingeva, in un secondo tempo, un analogo ricorso della Oftalma per rimborsi inerenti le annualità 2002, 2003, e primo semestre 2004, in ordine ai quali era stata emessa una precedente ingiunzione.

A seguito dell'impugnazione reciproca delle parti, i procedimenti venivano riuniti e decisi dalla Corte d'appello di Torino che dichiarava la nullità della convenzione e condannava la Oftalma a restituire i rimborsi già ricevuti.

Le discordanti pronunce, riflettevano l'evidente incertezza sugli obblighi gravanti sull'amministrazione aggiudicatrice derivanti dal diritto nazionale ed europeo in merito all'obbligo di attivare, anche nel settore controverso, procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente con il quale stipulare la convenzione.

Posto che l'organismo che aveva stipulato la convenzione, la CIOV, dovesse essere considerato un "*organismo pubblico avente la qualità di amministrazione aggiudicatrice*" ai sensi della direttiva 92/50/CEE e del dlgs 157/95.

Rispetto a ciò, un primo elemento di perplessità è dato dal fatto che, in talune delle altalenanti decisioni che si erano susseguite nella causa principale, ai fini del diritto applicabile, veniva assegnata preminenza alle qualifica pubblica del committente piuttosto che, come invero lo stesso ordinamento europeo costantemente riconosce, alla natura e alle finalità sottese al servizio oggetto della convenzione.

Difatti, in sede di ulteriore impugnazione, la Corte di cassazione italiana, giudice del rinvio pregiudiziale da cui origina la sentenza che si sta annotando in queste pagine, individua una serie di questioni da sottoporre alla Corte di giustizia che ruotano intorno alle peculiarità che da sempre contraddistinguono il settore dei servizi sociali.

Da un punto di vista formale, infatti, nel caso di specie, il processo di selezione del contraente appare non assoggettato alle regole dell'evidenza pubblica sia dalla direttiva 92/50 che dall'art.3, secondo comma, del dlgs 157/95.

Inoltre, la Corte di cassazione si interroga sulla legittimità della tendenza del giudice amministrativo italiano a considerare gli appalti pubblici di servizi socio-sanitari come assoggettabili almeno ad una procedura di gara "informale" e ai principi generali di efficacia, imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, dal momento che neppure ciò è espressamente previsto dalla normativa nazionale ed europea.

La vicenda trova un ulteriore momento di complicazione per l'intersecarsi di ulteriori spunti problematici: 1) *in primis* l'obbiettivo europeo di uniformare le regole di aggiudicazione degli appalti pubblici alla disciplina degli appalti pubblici di lavori e

forniture, che impone alle amministrazioni pubbliche di assicurare una concorrenza effettiva anche nelle procedure negoziate (direttiva 93/36/CE, in GU 1993, L 199, 1); 2) *in secundis* il fatto che, anche qualora si proceda a trattativa privata, l'art. 22, terzo comma, dlgs 157/95 (art.27, par.3, direttiva 92/50) prevede che il numero dei candidati non possa essere inferiore a tre.

Dubbi questi che, invero, risulterebbero fugati, a giudizio di chi scrive, dallo stesso tenore della direttiva europea di riferimento, che esclude categoricamente che i servizi in esame sottostiano a norme diverse dagli articoli 14 e 16 della direttiva 92/50, che richiedono, per i servizi quali quello oggetto della causa principale, di individuare le "specifiche tecniche dell'appalto" e "l'invio di un avviso riguardante i risultati della procedura".

Da questo punto di vista, la peculiarità dei servizi in discorso rispetto alla disciplina europea che mira a realizzare la creazione di un mercato europeo dei servizi appare evidente.

Invero, l'Unione europea ha tradizionalmente riconosciuto anche a livello di trattati le specificità del settore dei servizi di interesse economico generale e dei servizi di interesse generale a contenuto non economico, ammettendo anche nel caso in cui il servizio racchiudesse un significato economico, la possibilità di derogare alle regole della concorrenza ogni qual volta lo Stato membro considerasse che affidare il servizio alla concorrenza, ancorchè regolata, avrebbe potuto causare il mancato raggiungimento della specifica "missione" del servizio.

Tuttavia, come si avrà modo di osservare in queste note, la dottrina ha posto in luce come laddove l'Unione europea ha ormai da tempo cominciato a far propri, rivisitandoli anche in sede giurisprudenziale, i valori sociali provenienti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, questi ultimi hanno principiato a considerare con maggiore interesse l'opportunità di introdurre principi di concorrenzialità negli ordinamenti nazionali come mezzo utile al raggiungimento delle finalità sociali che informano la disciplina dei servizi pubblici e dei servizi sociali.

La stessa "soluzione" adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza in epigrafe si pone nel doppio solco di quanti considerano la tutela dei servizi sociali e dei principi della concorrenza come obbiettivi non antitetici ma, spesso, complementari.

3. – Partendo da queste premesse la Corte di Cassazione sottopone alla Corte di giustizia tre ordine di questioni pregiudiziali.

In primo luogo, il giudice del rinvio chiede se l'art.9 della direttiva 92/50, che appunto prevede che appalti rientranti nell'allegato IB della direttiva (come quelli oggetto del giudizio) sottostiano ai soli artt.14 e 16 della medesima, siano comunque assoggettati ai principi generali europei di libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità, trasparenza e non discriminazione, di cui agli artt.49, 56, e 106 TFUE. In altri termini, dunque, ci si interroga se tali ultimi principi investano trasversalmente tutti gli appalti di servizi indipendentemente dalle specifiche esclusioni previste dalla direttiva 92/50.

In secondo luogo, la Corte di cassazione italiana, in caso di risposta affermativa al primo quesito, chiede se l'art.27 della direttiva 92/50, che prevede che in caso di aggiudicazione negoziata il numero di candidati ammessi a negoziare non possa essere inferiore a tre, sia applicabile anche ai contratti di appalto ricompresi nell'elenco di cui all'allegato IB della direttiva.

In terzo luogo, la Corte di Cassazione domanda se lo stesso art.27 della direttiva 92/50 sia di ostacolo a procedure nazionali che, antecedentemente all'emanazione della direttiva 2004/18/CE non abbiano assicurato, rispetto ad appalti riguardanti servizi contenuti nel predetto allegato IB, un'adeguata apertura alla concorrenza nel corso di una procedura negoziata.

4. – La Corte di giustizia, nell'accingersi a rispondere ai quesiti proposti, conferma, in linea di principio, che la direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 2004/18/CE, prevede un'applicazione su due livelli.

Dunque, in via di prima approssimazione, i giudici del Lussemburgo, riconoscono che lo specifico contenuto dei servizi enunciati all'allegato IB è tale da giustificare la mancata applicazione delle regole *pro*-concorrenziali previste dalla direttiva (cfr. Corte giustizia, sentenza del 17 marzo 2011, in C-95/10, *Strong Seguranca*, punto 34).

Tuttavia, la Corte precisa, forse discutibilmente, che tale scelta dipenderebbe dalla natura stessa dei servizi di cui si va discutendo, i quali non presenterebbero -a priori- caratteristiche tali da far presupporre la presenza di un interesse transfrontaliero tale da giustificare l'applicazione necessaria alle regole dell'evidenza pubblica.

La Corte, dunque, in maniera non del tutto convincente, associa la disapplicazione delle regole della concorrenza, nel settore dei servizi socio-sanitari, non tanto alla sussistenza di una disciplina derogatoria o speciale, quanto all'assenza presunta di interesse transfrontaliero alla commessa, ossia alla presunta scarsa appetibilità dei servizi in oggetto per le imprese di altri Stati membri.

Ciò le consente di addivenire ad un'ulteriore graduazione della normativa europea applicabile, pur rispettando formalmente il dato letterale della norma.

Si conferma, infatti, l'che le norme della direttiva 92/50 diverse dagli artt.14 e 16 non si applicano agli appalti di servizi socio-sanitari e, tuttavia, la completa libertà di azione degli Stati membri nella "gestione" della procedura di appalto viene a dipendere dalla sussistenza o meno di un interesse transfrontaliero alla procedura.

Per quanto riguarda il caso specifico, in mancanza di elementi atti a chiarirlo, la Corte assegna al giudice del rinvio il compito di "procedere ad una valutazione circostanziata" che consenta di evidenziare sulla base di "elementi oggettivi e concordanti" se al momento dell'attribuzione dell'appalto esso abbia carattere transfrontaliero (punti 37, 42, 45).

Di tal che si può concludere che, a giudizio della Corte, gli appalti di servizi socio-sanitari possono essere conclusi in deroga assoluta delle procedure ad evidenza pubblica solo quando il servizio non presenti uno specifico interesse transfrontaliero, ossia quando sia assolutamente inappetibile per le imprese di un altro stato membro.

A questo proposito vale la pena di osservare che gran parte dei servizi pubblici e dei servizi sociali, presentano un apprezzabile valore economico, cosicché è di tutta evidenza che, le imprese straniere potrebbero dimostrare quasi sempre un interesse qualificato a partecipare alla gara. In questo caso un interesse economico ad erogare un servizio socio-sanitario.

Questa impostazione, a giudizio di chi scrive, capovolge almeno in parte la concezione secondo la quale è la natura del servizio a giustificare la deroga alle regole della concorrenza; concezione che, invero, poggiava su un assunto, in fase di profonda riconsiderazione, secondo il quale l'erogazione dei servizi sociali dovesse, per definizione, essere protetta dal mercato al fine di meglio realizzare il soddisfacimento di interessi preminenti dell'ordinamento.

Ma anche a voler condividere *in toto* il percorso logico seguito dalla Corte, che invero si va facendo strada anche nel diritto positivo europeo e nazionale, non se ne comprendono, comunque, se non parzialmente, gli esiti.

Spostando l'attenzione sull'interesse transfrontaliero delle imprese a partecipare a procedure di appalto relative a servizi socio-sanitari, infatti, mal si comprende poi come la Corte di giustizia, una volta che venga ipotizzata la sussistenza di tale interesse, conclude comunque per l'inapplicabilità delle prescrizioni contenute nella direttiva. Infatti, se il discrimine viene ricondotto all'interesse (economico) delle imprese alla partecipazione alla gara non si vede in cosa si differenzino gli appalti di servizi socio-sanitari dagli altri appalti di servizi in cui le regole della concorrenza sono, appunto, dettate a favore della massima apertura del mercato.

La soluzione proposta dalla Corte di giustizia, per questo, non convince del tutto anche situandosi nell'ottica dalla quale essa affronta la questione.

Difatti, essa conclude per una soluzione intermedia.

Statuisce che anche in presenza di un interesse transfrontaliero le norme della direttiva 92/50 diverse dagli artt.14 e 16 non trovano applicazione e, purtuttavia, in detti casi gli appalti di servizi socio-sanitari sono assoggettati "alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, e segnatamente ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva" (punto 36).

Sul punto, la Corte richiama la propria giurisprudenza rammentando che "senza necessariamente imporre di procedere ad una gara, detto obbligo di trasparenza implica l'esigenza di garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione" (Corte di giustizia, sentenza del 13 novembre 2008, in C-324/97, *Coditel Brabant*, punto 25).

Tutto ciò rende il quadro ancora più nebuloso in quanto, a giudizio della Corte l'osservanza di tali obblighi non impone di procedere ad una gara ma rende, comunque, necessario "garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione" (punto 36).

Si conferma, dunque, una tendenza "creativa" della giurisprudenza europea in quanto la disciplina contenuta nella direttiva 92/50 sembra evolvere verso un'interpretazione maggiormente spostata verso l'introduzione di correttivi *pro*-concorrenziali che certamente esorbitano il dato letterale della norma.

Difatti, alla luce delle disposizioni della direttiva sembrava potersi distinguere, in linea di principio, tra i servizi di cui all'allegato IA, assoggettati alle disposizioni stringenti contenute nella direttiva, e i servizi di cui all'allegato IB (tra i quali, come detto, sono ricompresi i servizi socio-sanitari), assoggettati ai soli articoli 14 e 16 della direttiva.

A questo proposito la Corte di giustizia dichiara, come ricordato, di non voler in alcun modo contraddire il tenore letterale della disposizione in esame e, dunque, esclude che ai servizi di cui all'allegato IB siano applicabili norme della direttiva diverse dagli artt.14 e 16 (punto 32).

E, tuttavia, la Corte introduce un nuovo elemento di graduazione che riguarda proprio i servizi come quelli socio-sanitari, ossia quelli contenuti nell'allegato IB.

La Corte sostiene, infatti, che quando tali servizi presentino un interesse transfrontaliero, pur non essendo assoggettabili alle norme poste a tutela della concorrenza contenute nella direttiva, sono comunque assoggettati ai principi generali posti a tutela della concorrenza e della libera prestazione dei servizi contenuti in altre norme di provenienza europea, ossia nei trattati.

Questa impostazione, che, come detto, rappresenta una lettura evolutiva dell'art.9 della direttiva 92/50 piuttosto evidente, fa sì che gli unici servizi che risultano completamente esclusi dal rispetto di qualsivoglia normativa europea a tutela della concorrenza/concorrenzialità di settore siano quelli contenuti nell'allegato IB che non presentino carattere transfrontaliero.

Diversamente da quanto affermato in altre parti della sentenza che si annota, dove si afferma che la normativa in discorso è articolata su due livelli, è proprio il ragionamento seguito dai giudici del Lussemburgo a dimostrare che il sistema si va articolando in tre ipotesi cui corrispondono obblighi diversi per le stazioni appaltanti.

Abbiamo, infatti, che a) i servizi di cui all'allegato IA sono senz'altro assoggettati alle norme della direttiva ed al rispetto dei principi contenuti nei trattati; b) i servizi di cui all'allegato IB che presentino interesse transfrontaliero non sono disciplinati dalle norme della direttiva 92/50 diverse dagli artt.14 e 16, ma devono comunque rispettare i principi generali europei in materia di concorrenza; c) i servizi di cui all'allegato IB che

non presentino interesse transfrontaliero sono esclusi dal raggio di applicazione sia dei principi comunitari in materia di concorrenza che dalle specifiche disposizioni contenute nella direttiva diverse dagli art. 14 e 16 della stessa.

5. – La nozione di interesse transfrontaliero si mostra, quindi, come dirimente rispetto agli obblighi ulteriori rispetto all'osservanza degli artt. 14 e 16 della direttiva 92/50, che gravano sulle stazioni appaltanti di servizi socio-sanitari e, più in generale, di tutti i servizi contenuti nell'elenco di cui all'allegato IB di detta direttiva.

Ciò rende non superfluo soffermarsi brevemente sul concetto di "interesse transfrontaliero" e sulla natura degli obblighi di trasparenza cui la sussistenza dell'interesse transfrontaliero dà origine che, a giudizio della Corte, non impongono *tout court* l'espletamento di una gara, e tuttavia generano la necessità di rispettare obblighi di pubblicità ed imparzialità dell'azione amministrativa che potrebbero essere sottoposti al vaglio del giudice amministrativo.

Sul primo punto, pare utile osservare come la nozione di interesse transfrontaliero pare suscettibile di diverse interpretazioni oltre che di un certo grado di storicità, dal momento che l'erogazione di servizi della stessa natura può mostrarsi assolutamente inappetibile per le imprese di altri Stati membri o, al contrario, estremamente vantaggiosa in conseguenza di una moltitudine di fattori altamente variabili anche in un relativamente breve lasso di tempo.

A questo proposito la Corte, peraltro, prevede che l'interesse transfrontaliero non può considerarsi sussistente sulla base di una valutazione in astratto ma deve risultare da una valutazione concreta delle caratteristiche del singolo appalto (punto 39. Nel medesimo senso v. Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, punto 22). In conseguenza di ciò, neppure l'alto valore economico dell'appalto può essere considerato sicuro sintomo della natura transfrontaliera della procedura (così, infatti, si esprime Corte di giustizia, Sentenza del 29 aprile 2010, in C-160/08, *Commissione/ Germania*, punti 18, 54, e 123, proprio in riferimento ad un servizio avente ad oggetto prestazioni di tipo sanitario).

Emerge, dunque, che l'interesse transfrontaliero costituisce la risultante della combinazione di una pluralità di fattori tra i quali certamente figura il valore economico dell'appalto, ma anche il luogo di esecuzione dei lavori, le caratteristiche tecniche dell'appalto, le caratteristiche specifiche dei prodotti in questione.

Una volta stabilita in concreto la natura transfrontaliera dell'appalto, l'amministrazione interessata sarebbe, dunque, costretta ad adottare procedure di adeguata pubblicizzazione della volontà di appaltare il servizio con l'unica eccezione riguardante la sussistenza di circostanze "oggettive" aventi il (tradizionale) effetto di far ritenere giustificabile la limitazione della concorrenza quale conseguenza della "specifica missione del servizio" che non sarebbe raggiungibile nel mercato (v. Corte di giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2014, in C-113/13, *Azienda sanitaria locale n.5 "Spezzino" e a.*, punto 52, in cui la limitazione alle regole della concorrenza viene giustificata dalla necessità di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico equilibrato ed accessibile a tutti).

A questo primo elemento di incertezza, inerente alla nozione di interesse transfrontaliero concreto, si aggiunge, come detto, un secondo ordine di problemi che attiene alle "indefinite" caratteristiche della procedura di aggiudicazione degli appalti di servizi sociali che presentino un interesse transfrontaliero, dal momento che la direttiva 92/50 risulta comunque inapplicabile.

Sul punto le indicazioni della Corte di giustizia risultano piuttosto frammentarie in quanto la necessaria tutela della concorrenza, che essa riconduce alla natura transfrontaliera del servizio, si sostanzia nella garanzia di un "adeguato livello di pubblicità", e all'obbligo di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa sanciti nelle norme fondamentali dell'Unione europea in materia di non discriminazione tra imprese.

Il che potrebbe equivalere a dire che il mercato dei servizi sociali tende ad essere assoggettato all'obbligo di espletare procedure capaci di garantire la concorrenza, con l'eccezione dei soli casi in cui sussistano comprovati ed oggettivi motivi di interesse pubblico che rendano necessaria la restrizione delle regole della stessa.

Ma rimane, tuttavia, indefinito il contenuto minimo formale delle procedure di aggiudicazione di tali servizi, il che sembra lasciare molto spazio di valutazione al giudice amministrativo.

Tanto più che la Corte, respingendo la richiesta di limitazione degli effetti temporali della sentenza sulla base del fatto che ritiene questa posizione come ormai consolidata nella giurisprudenza europea (punti 36 e 58. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 luglio 2008, in C-426/07, *Krawczynski*, punti 42 e 43), apre, di fatto, la strada alla possibilità che sia la sussistenza dell'interesse transfrontaliero, che le procedure di attribuzione dell'appalto seguite o non adottate dall'amministrazione aggiudicatrice, quando non anche le stesse motivazioni "oggettive" addotte dall'amministrazione per limitare la concorrenza in uno specifico settore, possano essere valutate *ex post* in sede di ricorso giurisdizionale.

6. – Nel rispondere alla seconda e terza questione la Corte conferma il medesimo orientamento intermedio che, prima di tutto la pone al riparo dall'eventuale accusa di contraddire il diritto positivo europeo, ma non secondariamente le consente di affermare la necessità di garantire una certa apertura alla concorrenza anche nel mercato dei servizi socio-sanitari.

In sintesi, dunque, la Corte statuisce che il tenore letterale dell'art.9 della direttiva 92/50 è sufficientemente esplicito nell'affermare che al settore dei servizi ricompresi nell'allegato IB non siano applicabili norme diverse dagli artt. 14 e 16 della direttiva.

Di conseguenza l'art.27, paragrafo 3, della direttiva, che impone il coinvolgimento di un numero minimo di candidati anche in una procedura negoziata, non troverebbe applicazione nel caso di specie anche qualora il giudice del rinvio accertasse che il servizio socio-sanitario in discorso avesse avuto, al tempo della sua attribuzione, carattere transfrontaliero.

In caso contrario, sostiene la Corte, si priverebbe del cosiddetto "effetto utile" la distinzione stessa tra servizi rientranti nell'allegato IA e servizi ricompresi nell'allegato IB (oggi IIA e IIB della direttiva 2004/18/CE), che si fonda appunto sulle norme della direttiva applicabili alle distinte categorie di servizi rientranti nell'uno o nell'altro elenco (punto 54).

Tuttavia, pur esclusi dal raggio di applicazione della direttiva, gli appalti di servizi socio-sanitari, quando presentino carattere transfrontaliero, vengono comunque ritenuti come assoggettabili alle norme generali europee poste a tutela della concorrenza tra imprese.

7. – Le considerazioni che precedono consentono di osservare, conclusivamente, che l'assoluta impermeabilità del settore dei servizi sociali all'applicabilità delle regole della concorrenza tende lentamente a sgretolarsi a favore di forme "ibride" e tutt'oggi non esattamente definite di obblighi di trasparenza e di apertura al mercato che vengono, nei fatti, imposti alle amministrazioni nazionali. Una tendenza, invero, sempre latente nel percorso comunitario di "sovrapposizione silenziosa" del diritto europeo al diritto nazionale, che non sembra diminuire.

Ciò, oltre a confermare la tradizionale fiducia delle istituzioni europee nella "funzione sociale del mercato" pare poter determinare grande incertezza soprattutto nelle amministrazioni locali, posto che lo stesso diritto nazionale tende sempre di più ad uniformarsi alle "indicazioni" europee.

A conferma di questo, la recente entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, dlgs 50/2016, che recepisce le Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, prevede,

in piena sintonia con la sentenza in epigrafe, per l'affidamento dei servizi sociali, un regime "alleggerito, ma comunque ispirato al rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento tra imprese (Sul rapporto tra diritto amministrativo nazionale ed europeo in materia v. già E. Picozza, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. Franchini, a cura di, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo secondo, Torino, 2007, 28 ss.).

A questo proposito non si può, tuttavia, non tener presente come l'erogazione dei servizi sociali, anche a contenuto economico, si ricolleggi direttamente alla realizzazione di principi fondamentali quali quello della "solidarietà", anche svolta a titolo individuale (sulla rilevanza del fenomeno v., di recente, L. Gori, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *AIC*, 1/2018; v. anche P. Michiara, *I «servizi sociali privati senza scopo di lucro» e i principi del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009) che, ad esempio in ambito nazionale, si connette all'attività degli enti riconducibili al volontariato ed, in genere, al terzo settore (v. A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *RTDP*, 1/2015, 89-137).

Da questo ultimo punto di vista, la grande incertezza che si va facendo strada anche nella disciplina nazionale è palpabile nella stessa riforma del Codice del terzo settore, di cui al dlgs 117/2017 (In argomento R. Dabormida, *La riforma del terzo settore*, Milano, 2017; per una puntuale analisi del percorso di riforma v. L. Gori, E. Rossi, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2/2016).

Laddove, infatti, l'art.55 dello stesso rende obbligatoria l'insaturazione di procedure di "co-progettazione" e "co-programmazione" dei servizi sociali tra amministrazioni e enti del terzo settore in vista dell'affidamento (diretto) degli stessi ai soggetti privati coinvolti in tali processi, l'art. 56, primo comma, del medesimo codice statuisce che le convenzioni tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale "finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale" possono essere stipulate "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato". In effetti, non appare del tutto coerente che, nel momento in cui si sancisce formalmente il diritto degli enti del Terzo settore alla "partecipazione attiva" alla decisione amministrativa inerente il contenuto e l'organizzazione dei servizi sociali, che proprio gli enti del Terzo settore contribuiscono in larga parte ad erogare sui territori, rispondendo alla loro vocazione solidaristica, si rende altresì obbligatorio valutare se sia più favorevole aprire al mercato.

In conclusione si può, dunque, osservare che, nel settore dei servizi sociali, la tradizionale alternativa tra Stato e mercato che costituisce l'eterno dilemma nell'erogazione/gestione dei pubblici servizi, si vada riarticolarlo nel triplice rapporto tra stato/mercato/enti del terzo settore (sul problema v., di recente, D. Caldirola, *Stato, Mercato e Terzo settore nel d.lgs. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, 3/2018).

Un rapporto che, anche a breve, potrebbe mostrarsi non privo di conflittualità.