

20 GIUGNO 2018

Profili di organizzazione e di evidenza pubblica del sistema di accoglienza

di **Guglielmo Aldo Giuffrè**
Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia

Profili di organizzazione e di evidenza pubblica del sistema di accoglienza *

di Guglielmo Aldo Giuffrè

Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia

Sommario: 1. Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine. 2. Il contesto normativo. 3. Luci e ombre del nuovo sistema di accoglienza. 4. Le forme di gestione dei centri di accoglienza: il servizio di accoglienza come servizio sociale. 5. Il regime degli appalti dei servizi di accoglienza: dalla disciplina dei servizi sociali al nuovo capitolato tipo. 6. Profili problematici: la suddivisione in lotti degli appalti sull'accoglienza. 6.1. La possibilità di suddivisione dell'appalto in lotti prestazionali. 6.2. L'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come miglior rapporto qualità/prezzo. 6.3. L'inserimento delle clausole sociali. 6.4. Il tempo del contratto e il problema della proroga. 6.5. Il monitoraggio e le verifiche sull'esecuzione del contratto. 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine

Il fenomeno dell'immigrazione è uno dei grandi temi dell'attuale dibattito culturale e investe differenti settori: sociale, politico, giuridico ed economico¹.

Gli eventi migratori hanno evidentemente una drammatica connotazione umanitaria, poiché masse di persone sono costrette a lasciare i propri Paesi di origine per motivi legati a condizioni di grave emarginazione e povertà, dovute a fattori economici, politici e religiosi e i Paesi destinati ad accogliere numeri cospicui di migranti devono affrontare a loro volta problemi e scelte molto complessi perché in costante tensione fra l'esigenza del rispetto dei principi di solidarietà umana e, quindi, dei diritti fondamentali di ogni persona², e l'esigenza di tutelare la sicurezza pubblica e di costruire sistemi di accoglienza e integrazione sostenibili dal punto di vista sociale ed economico.

Questa tensione è particolarmente sentita in Italia che, dopo essere stata a lungo un Paese di emigrazione, era diventata punto di arrivo per un cospicuo numero di stranieri che, per motivi politici o economici, sperano di trovare al di fuori della propria nazione condizioni di vita più dignitose. Tuttavia, la forte crisi la ha gradualmente trasformata in un punto di partenza degli immigrati verso la più florida Europa del Nord, anche in considerazione delle sue peculiari caratteristiche geomorfologiche che la rendono uno snodo fondamentale dei processi migratori verso altri Paesi.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In tema, per tutti, M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

² P. BENVENUTI, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Monterotondo, 2008; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 4 ed., 2009.

La sfavorevole congiuntura economica, quindi, ha modificato la composizione dell'immigrazione verso le nostre regioni (e, più in particolare, verso le nostre coste): vi sono infatti sempre meno ingressi qualificati di lavoratori stagionali o lavoratori stranieri con permesso di soggiorno conseguito in un altro Stato dell'UE; al loro posto, giungono, invece, in sempre maggiore quantità, - oltre ai suddetti migranti in transito verso Paesi europei economicamente più floridi - uomini, donne e bambini in fuga dalle guerre e dalle persecuzioni in corso nei rispettivi Paesi di origine e in cerca di protezione internazionale, nonché, in termini più generali, spinti a lasciare tali Paesi in cerca di "miglior fortuna".

Da quanto appena affermato si può dedurre che il fenomeno è particolarmente complesso: le differenti ragioni che causano i fenomeni migratori comportano che, dietro la generica e onnicomprensiva definizione "migrante", si nasconde un'ampia eterogeneità di status giuridici, nonché una vasta gamma di diritti ad essi associati. Occorre, infatti, distinguere i migranti "economici", gli immigrati che arrivano per ricongiungimento familiare, quelli irregolari e, in ultimo, i rifugiati e i migranti c.d. "forzati", ovvero i richiedenti asilo che, pur non avendo diritto allo status di rifugiati, sono costretti a lasciare il proprio Paese, i quali possono essere a loro volta distinti in titolari di protezione sussidiaria e titolari di protezione umanitaria³. Tali distinzioni, se chiare dal punto di vista teorico, non sempre appaiono per vero così nette dal punto di vista pratico, in quanto non è sempre facile inquadrare gli stranieri che giungono sul nostro territorio entro le citate tipologie, soprattutto nelle fasi di primo soccorso.

Il presente contributo si propone di ricostruire l'attuale sistema dei centri di assistenza e di accoglienza dei migranti, sottolineandone le principali criticità a livello organizzativo e gestionale ed evidenziando gli strumenti che potrebbero rivelarsi più adatti alla loro risoluzione per vie sempre meno straordinarie, mediante una più attenta e consapevole programmazione delle procedure volte all'affidamento di tali servizi sociali e dei connessi contratti pubblici.

La tematica degli accessi e del controllo dei migranti, ivi comprese le misure attinenti alle garanzie di sicurezza pubblica nella fase di prima assistenza e di identificazione, è oggi una delle questioni politiche e sociali di più scottante attualità, ma il presente studio si limiterà ad analizzare l'attuale sistema organizzativo nella duplice modalità emergenziale/straordinaria (tuttora, come si vedrà, prevalente) e programmata/ordinaria (ad oggi astrattamente disciplinata, ma in concreto molto poco attuata),

³ Il richiedente asilo è colui che ha fatto domanda di asilo in un Paese al fine di trovarvi rifugio; il rifugiato è, invece, colui che ottiene tale status in quanto vi è ragione di temere che possa essere perseguitato nel proprio Paese di origine a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, delle sue opinioni ovvero della sua appartenenza ad un certo gruppo sociale. Chi non soddisfa i criteri appena citati, può essere destinatario della protezione sussidiaria se si rilevano comunque fondati motivi di ritenere che il ritorno al paese di origine sarebbe rischioso per la propria vita. Infine, se si constatano gravi motivi di carattere umanitario che rendono opportuno una protezione, si ricorre allo strumento della protezione concessa per motivi umanitari. In tema, per tutti, F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, e gli aa. citati, *infra*, nota 7.

concentrando l'attenzione principalmente sulle tematiche relative alla tutela e all'integrazione degli stranieri nella seconda fase di accoglienza, nonché al rispetto del principio della concorrenza nelle procedure di affidamento dei relativi servizi.

Quali che saranno le decisioni assunte in ordine alle politiche di accesso, è invero comunque indubbio l'interesse a esaminare il fenomeno sotto il profilo del diritto amministrativo con specifico riferimento all'organizzazione e gestione del sistema di accoglienza almeno sotto due profili: l'organizzazione di un servizio sociale (di assistenza e di potenziale integrazione); il rispetto delle regole di evidenza pubblica per gli appalti di forniture, servizi e lavori a tal fine necessari.

I pilastri fondamentali della gestione del fenomeno migratorio per i Paesi di approdo sono quelli dell'identificazione, dell'accoglienza e dell'integrazione.

In particolare, il sistema di accoglienza è il filtro che consente il passaggio del migrante avente effettivamente diritto alla protezione da una situazione di estrema emergenza e precarietà a quella di potenziale inserimento e integrazione nel tessuto economico-sociale dello Stato in cui entra.

Questo è uno dei motivi che inducono allo studio e all'analisi dell'organizzazione del sistema vigente nel nostro Paese, al fine di verificare se, all'esito dei controlli di sicurezza, esso sia in grado di garantire un efficace livello di protezione agli aventi diritto, anche in vista di una loro eventuale integrazione nel tessuto economico e sociale.

Non sfugge neppure la rilevanza economica della gestione dell'accoglienza. Infatti, intorno ai centri a ciò deputati si sviluppano ingenti interessi economici legati all'affidamento degli appalti di servizi e forniture per il funzionamento delle relative strutture e per l'erogazione dei servizi socio-assistenziali ai migranti. È, quindi, di estremo interesse lo studio delle modalità attraverso le quali vengono affidati i relativi contratti, per verificare se questi sono improntati a sistemi rispettosi dei principi di legalità e concorrenza.

2. Il contesto normativo

Nell'ottica sopra delineata, il lavoro si propone, innanzitutto, di analizzare l'organizzazione dell'accoglienza del nostro Paese, ripercorrendone l'evoluzione normativa, al fine di studiare le modalità di affidamento delle strutture e dei contratti in tale settore e di verificarne la rispondenza ai principi, europei e nazionali nel settore dell'attività contrattuale delle pubbliche Amministrazioni.

L'evoluzione della normativa relativa al sistema di accoglienza è caratterizzata dal passaggio dalla gestione dell'emergenza alla predisposizione di strumenti ordinari per consentire processi di integrazione.

Fino agli anni ottanta del secolo scorso, il fenomeno migratorio non era stato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore. Solo con le ondate migratorie dovute agli eventi bellici nei Balcani e in

Somalia agli inizi degli anni novanta, si registrò un notevole afflusso di profughi. Per affrontare quelle emergenze venne emanato il d.l. 30 dicembre 1989 n. 416 (cd Legge Martelli), convertito nella legge 28 febbraio 1990 n. 39, che non ha tuttavia affrontato il tema dell'accoglienza in maniera sistematica, quanto nell'ottica di arginare l'emergenza.

Solo successivamente si è iniziato a concepire l'utilizzo di strumenti ordinari e si è iniziato a discutere di programmazione dei flussi migratori e di contrasto all'immigrazione clandestina. Di fondamentale importanza da questo punto di vista è la legge 6 marzo 1998, n. 40 (cd "legge Turco - Napolitano"), che ha delineato le fondamenta di istituti che sarebbero stati disciplinati compiutamente solo con il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo Unico sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero, poi a sua volta di modifiche ad opera della legge 30 luglio 2002 n. 189 (cd "legge Bossi-Fini").

I richiamati testi normativi hanno disciplinato aspetti peculiari del fenomeno migratorio, fra cui la tutela della famiglia e dell'integrazione scolastica, nonché la lotta all'immigrazione clandestina. Il nostro sistema, quindi, ha introdotto interventi sempre più mirati a dare una risposta organica e strutturale a tale fenomeno.

La normativa nazionale in materia è stata peraltro fortemente influenzata dal diritto europeo⁴. Stando solo ai più recenti interventi si deve rilevare l'importanza nell'evoluzione normativa comunitaria della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), proclamata il 7 dicembre 2000, con la quale vengono precisati i valori fondanti ispiratori delle politiche comuni dell'Unione quali dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia e, ovviamente, rifiuto delle discriminazioni⁵.

Ulteriore importante tassello si è aggiunto, nel 2010, con l'istituzione dell'EASO (European Asylum Support Office), Agenzia dell'Unione Europea che svolge un ruolo chiave nella concreta attuazione del CEAS, supportando e assistendo gli Stati membri nell'assolvimento dei propri obblighi internazionali ed europei in materia di protezione ed asilo. Il fondamento giuridico del sistema europeo di asilo è costituito

⁴ In particolare, in tale ambito, il sistema d'asilo si è progressivamente formato partendo dall'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951 e del suo Protocollo del 1967. Alla fine degli anni '90, la Comunità Europea si è infatti dedicata alla creazione di un Sistema Europeo Comune di Asilo (CEAS), che, assicurando la completa attuazione della Convenzione e del Protocollo, è finalizzato a garantire un modello comune per gli Stati membri *in subiecta materia* e ad assicurare elevati standard di protezione per i rifugiati.

⁵ In tale ambito è stato, come noto, delineato il nuovo concetto di cittadinanza europea, inteso come insieme di diritti che accompagnano la persona quale che sia il luogo dove essa si trova e il cui riconoscimento è funzione di una logica solidale che generalizza l'inclusione rafforzando il principio dell'uguaglianza. L'art. 21 significativamente prescrive il divieto di "qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali". Sul punto si veda S. GAMBINO - G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010.

dall'art. 78 del Trattato di Lisbona, che affida all'Unione lo sviluppo di una politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea, che – oltre ad essere conforme alla Convenzione di Ginevra e al relativo Protocollo – è finalizzata ad offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il principio di non respingimento. Lo stesso articolo determina, al comma 2, le principali linee di svolgimento della politica comune attraverso specifiche direttive che hanno costituito la base per la successiva produzione normativa⁶.

Per il presente lavoro assume più specifico interesse lo sviluppo normativo concernente le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria (lett. f), che ha ricevuto attuazione dapprima con la direttiva 9/2003/CE, recepita con il d.lgs. n. 140 del 2005, e, poi, con la nuova direttiva 33/2013, c.d. “direttiva accoglienza”, recepita, unitamente alla citata direttiva 32/2013 sulla protezione internazionale⁷, dal d.lgs. n.142/2015, abrogativo e sostitutivo del precedente.

La richiamata evoluzione normativa ha sicuramente avuto il merito di colmare le evidenti originarie lacune dell’impianto di regolamentazione ma, se da un lato ha fatto fronte a tale esigenza, dall’altro, ha contribuito a creare una disciplina del sistema di accoglienza eccessivamente frammentata, che, solo di recente, con la riforma del 2015, ha avuto una relativa sistematizzazione e razionalizzazione.

Basti considerare che, ancora nel 2011, a seguito del massiccio afflusso migratorio proveniente dal Nord Africa, il nostro Paese ha dichiarato “lo stato di emergenza”, rafforzando l’orientamento di un approccio emergenziale al tema dell’accoglienza, attraverso strumenti contingibili ed urgenti come le ordinanze di protezione civile che di fatto hanno reso impossibile un approccio strategico al tema dell’accoglienza.

⁶ Il sistema comune di asilo si deve in particolare basare su: “a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l’Unione; b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell’asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio; d) procedure comuni per l’ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda d’asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea”. Queste linee di sviluppo sono state seguite dalla successiva normativa CE/UE. In particolare, la lettera a) e la lettera b), relative ad asilo (quale riconoscimento dello status di rifugiato) e protezione sussidiaria, hanno trovato attuazione nella direttiva 2004/83/CE, sostituita poi dalla direttiva 95/2011/UE (cd. Direttiva qualifiche), attuate nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 251/2007, come modificato dal d.lgs. n.18/2014. La lettera c), riguardante la protezione temporanea, è stata attuata dalla direttiva 55/2001/UE, recepita con il d.lgs. n. 85/2003. La lettera d), sulle procedure per l’ottenimento o la perdita della protezione internazionale, è stata attuata con la direttiva 85/2005/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 25/2008 e con il d.p.r. 21/2015, e, successivamente, modificata dalla direttiva 32/2013/UE.

⁷ In particolare questi atti normativi si inseriscono tra le iniziative adottate in sede europea a seguito del Consiglio dell’Aja del 2004, che ha aperto una seconda fase nella realizzazione di un Sistema Comune Europeo di Asilo, invitando la Commissione europea ad una valutazione degli strumenti giuridici già adottati, con l’obiettivo sia di una ulteriore armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sia di innalzare il livello della protezione e di agevolare l’accesso ad essa.

D'altra parte anche la dottrina ha per molto tempo considerato il diritto dell'immigrazione⁸ come un diritto dell'"emergenza" e dell'"eccezione"⁹, caratterizzato da un sistema normativo frammentato e complesso. Le fonti di disciplina dell'accoglienza, quindi, sono state sempre influenzate dall'andamento dei flussi migratori, senza alcuna visione strategica e seguendo indirizzi politici contingenti¹⁰. Emblematica in tal senso è la previsione della possibilità di considerare gli arrivi dei migranti come presupposto per la dichiarazione dello stato di emergenza al fine di consentire la gestione del fenomeno¹¹ attraverso lo strumento delle ordinanze di protezione civile¹².

Con la più recente evoluzione normativa, il punto nevralgico del sistema, ossia quello dell'accoglienza, è stato oggetto di una importante revisione, in una impostazione essenzialmente strategica ispirata a una logica di programmazione. Tale impostazione è evidente con l'adozione, nel maggio 2015, dell'Agenda Europea sulla migrazione, che ha delineato una strategia di lungo periodo mirata a far fronte alle sfide immediate poste dalla crisi in corso, finalizzata a dotare l'Unione di strumenti utili a gestire la sfida delle migrazioni in tutti i suoi aspetti. La Commissione Europea, infatti, con la pubblicazione di detta Agenda, ha tentato di regolamentare le politiche migratorie secondo una visione complessiva e attraverso una serie di interventi rispondenti a due specifici principi, contemplati ma mai compiutamente attuati, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: la solidarietà e l'equa ripartizione di responsabilità (artt. 78 e 80 TFUE). L'Agenda europea ha anche introdotto due misure straordinarie, attualmente non del tutto funzionanti, predisposte al fine di far fronte agli arrivi sulle coste italiane: la *relocation* ed il *resettlement*.

⁸ B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

⁹ D.-U. GALETTA, *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione Europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'esternalizzazione e politiche nazionali di gestione della c.d. «emergenza immigrazione»*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 6; S. PENASA, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE*, in S. BONINI - L. BUSATTA - I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione del diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Trento, 2015, pp. 141-168; F. SCUTO, *La gestione dell' "emergenza" tra interventi dell'Unione europea e ordinamento nazionale: l'impatto sulle fonti del diritto dell'immigrazione*, in F. CORTESE - G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione*, Napoli, 2017, pp. 373 ss.

¹⁰ Il problema è stato denunciato da M. D'AMICO nella *Relazione su L'Amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, tenuta al primo convegno di studi AIPDA/AIC svoltosi il 20 aprile 2018 presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

¹¹ Dal 2013, si è registrata una consistente ripresa degli sbarchi di stranieri segnata anche da eventi tragici. Il Governo, quindi, ha avviato l'operazione militare ed umanitaria denominata "Mare nostrum", finalizzata al rafforzamento del dispositivo di sorveglianza e soccorso in alto mare, con l'impiego di mezzi navali e aerei, anche delle Forze armate, che hanno operato contestualmente, sia in attività di assistenza umanitaria, sia per contrastare il traffico di esseri umani. Dal novembre 2014 l'operazione "Mare nostrum" è stata sostituita da un'operazione in ambito Frontex, l'Agenzia europea di controllo delle frontiere, denominata Triton, che ha assorbito le missioni europee già in atto.

¹² In tal senso il d.l. 15 maggio 2012, n. 59 ha modificato la legge n. 225 del 1992 (istitutiva del Servizio Nazionale della protezione civile). G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; S. PENASA, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e Cie*, cit., p. 143.

In particolare, la ricollocazione (*relocation*) avrebbe l'intento di ricollocare negli Stati membri persone con evidente bisogno di protezione internazionale; con la relocation, quindi, i migranti in grado di ottenere la protezione internazionale possono, secondo specifiche quote che si qualificano come impegni di solidarietà per ciascuno Stato, essere trasferiti nei Paesi europei. Si tratta di meccanismi che, però, non stanno adeguatamente funzionando stante le difficoltà politiche all'interno di alcuni Paesi europei ad accettare le quote di migranti loro spettanti. Il reinsediamento (*resettlement*), invece, consiste in un piano europeo per trasferire nel territorio dell'Unione rifugiati attualmente collocati in Paesi terzi disincentivando così l'afflusso irregolare¹³.

A fronte di questa nuova impostazione, il sistema dell'accoglienza nella legislazione italiana è stato notevolmente rivisitato, tenendo ben presente, come indispensabile criterio per orientare qualsiasi intervento in materia, l'esistenza di un chiaro obbligo costituzionale, in forza dell'art. 10 Cost., di prestare

¹³ In relazione a tale punto occorre effettuare alcune precisazioni terminologiche in relazione alla classificazione operata dalle norme riguardo ai soggetti che, per le diverse ragioni in precedenza indicate, giungono nel nostro Paese. Innanzitutto occorre chiarire che spesso si confonde la locuzione di "richiedente asilo" con quella di "richiedente protezione internazionale". Sul punto merita precisare che l'istituto del diritto di asilo non corrisponde a quello del riconoscimento dello status di rifugiato, sebbene i due termini siano spesso usati come sinonimi. Il diritto dell'Unione Europea ha previsto l'istituto della protezione internazionale per due distinte categorie: i rifugiati, categoria già prevista dalla Convenzione di Ginevra del 1951, e le persone ammissibili alla protezione sussidiaria. Ciò perché la domanda di protezione internazionale può portare al riconoscimento dello status di rifugiato ovvero a quello della protezione sussidiaria.

A norma del richiamato d.lgs. n. 251 del 2007 smi, in attuazione delle citate "direttive qualifche" del 2004 e del 2011, si qualifica invero come "rifugiato" il cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può - o, a causa di tale timore, non vuole - avvalersi della protezione di tale Paese, oppure l'apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può - o, a causa di siffatto timore, non vuole - farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'art. 10 del medesimo decreto; mentre si qualifica come "persona ammissibile alla protezione sussidiaria" il cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi per ritenere che, se tornasse nel Paese di origine - o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale -, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno (chiarito dall'art. 14) come definito dal citato decreto e che non può - o, a causa di tale rischio, non vuole - avvalersi della protezione di detto Paese. In una logica di estensione delle forme di protezione viene in rilievo anche la protezione umanitaria, che non è una protezione internazionale, ma deriva dall'applicazione concreta dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286/1998, secondo cui il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno non possono essere disposti se ricorrono "seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano"; nonché dell'art. 32 d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 di attuazione della direttiva 2005/85/CE - come modificato dal richiamato d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 - che stabilisce che la Commissione territoriale, nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio dello speciale permesso di soggiorno previsto per tali motivi dal citato art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/1998. Si tratta, quindi, di una protezione di carattere residuale, che nel nostro sistema può essere accordata solo in mancanza dei requisiti per il riconoscimento delle citate due forme di protezione internazionale.

soccorso ed ospitalità e di esaminare l'istanza di protezione internazionale, assicurando accoglienza nelle more della relativa valutazione¹⁴.

3. Luci e ombre del nuovo sistema di accoglienza

L'attività di accoglienza rappresenta un presupposto fondamentale per il riconoscimento della protezione, in quanto, generalmente, i soggetti che si trovano nei centri di accoglienza sono proprio quelli in “attesa del riconoscimento dello status derivante dalla protezione”.

L'accoglienza può essere dunque descritta come l'insieme delle attività che lo Stato è tenuto a svolgere per garantire l'ingresso e la permanenza sul territorio nazionale dei soggetti che hanno diritto alla protezione internazionale; e il relativo sistema ha, come già rilevato, un preciso fondamento costituzionale, in forza del quale a tutti i cittadini stranieri ai quali siano stati negati i diritti e le libertà democratiche nei loro Paesi, ivi compresi gli apolidi, deve essere garantita la possibilità di esercitarli nello Stato italiano grazie al diritto di asilo¹⁵.

Come anticipato, la struttura del sistema di accoglienza delle persone richiedenti asilo o protezione internazionale e dei rifugiati nel nostro Paese risulta alquanto complessa, in quanto regolamentata da una pluralità di fonti normative, comunitarie e nazionali, stratificatesi nel tempo, che hanno continuamente oscillato fra gli obiettivi di gestire il fenomeno migratorio in situazioni di emergenza e quello di disciplinare l'accoglienza tramite strumenti ordinari al fine di assicurare una piena integrazione e inclusione sociale del migrante¹⁶.

Per tali motivi il sistema di accoglienza, come definito dall'art. 8 d.lgs. n. 142 del 2015, risulta strutturato su più livelli, che si articolano in strutture per la immediata e prima accoglienza (art. 9), chiaramente finalizzate alla gestione della fase emergenziale, fino ad arrivare alla c.d. seconda accoglienza, basata sul Sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), che, oltre a fornire protezione al richiedente asilo o rifugiato, tende anche a favorire la sua stabile inclusione sociale (art. 14)¹⁷.

¹⁴ L'art. 10, comma 3, Cost. sancisce invero che “lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge”.

¹⁵ La norma costituzionale, da un lato, precede storicamente la menzionata Convenzione di Ginevra del 1951, aderendo alla quale l'ordinamento italiano ha consentito l'ingresso nel proprio interno al riconoscimento dello status di rifugiato e, dall'altro, è contemporanea al principio fondante del diritto d'asilo che si rinviene nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, adottata nel 1948 dall'Assemblea delle Nazioni unite, dove, all'art. 14, è stabilito che “ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni”.

¹⁶ Per un esame delle ultime innovazioni legislative in materia si veda V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fundamentalità di diritto: il “trattamento degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 2017, 529; A. BARONI - E. DI AGOSTA - G. PACIULLO - G. PINTUS, *Il nuovo diritto dell'immigrazione dopo il decreto Minniti-Orlando*, Roma, 2017.

¹⁷ S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2017, 1.

Il sistema presenta luci e ombre, poiché, come si avrà modo di chiarire, l'accoglienza fondata sullo SPRAR non si è ancora pienamente affermata, in quanto basata sulla adesione volontaria degli enti locali (fino a questo momento piuttosto scarsa), mentre la modalità di gestione centralizzata e obbligatoria operata dai centri di accoglienza straordinari (CAS - art. 11), che spesso, nei fatti, sostituiscono anche i centri di immediata e prima accoglienza, risulta ancora essere di gran lunga prevalente.

Il sistema disciplinato dal d.lgs. 142/2015 è articolato su azioni a livello nazionale e a livello locale e, come detto, consta di più fasi, alle quali corrispondono diverse tipologie di centri di accoglienza, frutto di una stratificazione normativa che spesso ha comportato una certa confusione terminologica nonché sovrapposizioni di funzioni¹⁸. A tale confusione ha cercato, appunto, di mettere ordine la riforma del 2015.

La primissima fase, prodromica all'accoglienza in senso stretto, consiste nel soccorso e nella prima assistenza degli immigrati, che avviene nei luoghi maggiormente interessati dagli sbarchi massicci.

Tali attività venivano svolte dai Centri di Primo Soccorso ed Assistenza (CPSA), istituiti ai sensi del d.l. 30.10.1995 n. 451, convertito nella legge 29 dicembre 1995 n. 563 (c.d. Legge Puglia)¹⁹. Si tratta di centri di primissima accoglienza previsti in occasione dell'emergenza migratoria sulle coste pugliesi occorsa negli anni '90. In tale frangente venne attribuita al Ministero dell'Interno la possibilità di istituire tre centri straordinari per le esigenze di prima accoglienza dei profughi sbarcati dalla zone della ex Jugoslavia. I centri dovevano avere una durata temporale limitata e dovevano essere concentrati solo nelle coste pugliesi.

Una volta terminata l'emergenza in Puglia, l'idea di istituire centri di primissima accoglienza (*id est*, soccorso e prima assistenza) venne peraltro ritenuta valida in termini generali. La criticità di tale impostazione, tuttavia, derivava dalla carenza di copertura normativa all'istituzione dei suddetti centri. Ciò comportava una difficoltà di inquadrare i poteri straordinari delle articolazioni del Ministero dell'Interno di volta in volta utilizzati nella delicatissima fase del soccorso e della prima assistenza a seguito degli sbarchi, compreso quello del trattenimento degli stranieri senza titolo e per un tempo

¹⁸ Il sistema di accoglienza delineato si ispira all'Intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata il 10 luglio 2014, che ha sancito e reso operativa l'azione integrata tra i vari livelli di governo nazionale e locale ed approvato il primo Piano Nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati, nell'ottica del progressivo superamento della logica emergenziale.

¹⁹ L'art. 2 della legge prevedeva l'istituzione di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri. Sulla disciplina della primissima accoglienza si veda C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98. Un'occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 2; L. MASERA - G. SAVIO, *La prima accoglienza*, in M. SAVINO, *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, 2017. Ora i centri operativi si trovano a Lampedusa, Taranto, Trapani e Pozzallo, mentre sono in fase di realizzazione i centri di Crotona, Reggio Calabria, Palermo, Messina e Corigliano Calabro.

indeterminato fino al momento della definizione della loro posizione di richiedente protezione o di irregolare.

Sorgeva, quindi, l'esigenza di disciplinare in modo sistematico la gestione di tali attività di primissima accoglienza, anche alla luce delle nuove indicazioni di approccio metodologico date dalle istituzioni comunitarie.

La nuova disciplina dei centri (che il d.lgs. 142/2015 richiama all'art. 9, comma 3, anche ai fini della "prima accoglienza"), che si propone appunto di recepire il nuovo approccio europeo, si rinviene nell'art. 17 del d.l. 13/2017, convertito in l. 13 aprile 2017, n. 4 (c.d. Decreto Minniti-Orlando), che ha introdotto l'art. 10 *ter* al d.lgs. 286/98. La novella dispone che lo straniero, rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi "punti di crisi" allestiti nell'ambito delle strutture di cui al citato d.l. n. 451/95. Presso tali centri devono essere altresì effettuate attività di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico e deve essere fornita un'adeguata informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di protezione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito. Il modello configura un approccio "hotspot" all'attività di primo soccorso, presentato per la prima volta dalla già citata "Agenda europea sull'immigrazione", diretta, appunto, a tracciare le misure volte a realizzare miglioramenti delle modalità di gestione dei flussi migratori, anche nell'ottica di garantire i diritti fondamentali degli individui²⁰. L'Unione affida infatti, un ruolo di primo piano agli hotspot²¹, istituiti nei Paesi di confine, al fine di "affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori"²². In quest'ottica, l'Agenda propugna "un nuovo metodo basato sui «punti di crisi» (hotspot)", dove "l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Frontex ed Europol lavoreranno con gli Stati membri in prima linea per condurre con rapidità le operazioni di identificazione,

²⁰ Si tratta della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, Commissione europea, Bruxelles, 13 maggio 2015, COM (2015) 240. In particolare, con tale documento la commissione dichiara che "istituirà un nuovo metodo basato sui "punti di crisi": con il coordinamento della Commissione, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, Frontex ed Europol lavoreranno sul terreno negli Stati membri in prima linea per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo (...). Chi presenterà domanda di asilo sarà immediatamente immesso in una procedura di asilo (...). Per chi invece non necessita di protezione, è previsto che Frontex aiuti gli Stati membri coordinando il rimpatrio dei migranti irregolari".

²¹ S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 2017, 2.

²² Regolamento (UE) 2016/1624, su cui v. *infra* nel testo.

registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo e per coordinare le attività di rimpatrio²³.

Gli *hotspot* sono stati quindi disciplinati dal Regolamento (EU) 2016/1624 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea²⁴, del 14 settembre 2016, adottato a più di un anno di distanza dall'Agenda europea.

Nel nostro ordinamento, la disciplina dei “punti di crisi” è fissata da una serie di circolari del Ministero dell'Interno: in particolare, la circolare del Ministero dell'Interno (Road Map) del 28 settembre 2015 definisce gli *hotspot* non solo come mero “metodo” di accoglienza, ma come luoghi fisici “chiusi”, ove “sono disponibili strutture di prima accoglienza (...) per effettuare le attività di preidentificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici²⁵”; e la configurazione e le attività degli *hotspot* vengono ulteriormente definite e implementate da ulteriori circolari che specificano le attività di accoglienza e identificazione, nonché le procedure di avvio delle domande di asilo²⁶.

È stato rilevato che mediamente un immigrato è presente all'interno degli *hotspot* dai cinque ai sei giorni in relazione ai tempi di effettuazione delle procedure di competenza della Polizia e a quelli per il trasferimento ai centri (ordinari o straordinari) di accoglienza²⁷.

²³ Le procedure di cui all'Agenda europea hanno avuto una successiva attuazione con la Comunicazione della Commissione europea del 23 settembre 2015, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio “Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 23 settembre 2015, COM (2015)”.

²⁴ Il regolamento modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, par. 25.

²⁵ M. D'AMICO, cit.

²⁶ Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015 con la quale viene disciplinata una sequenza operativa che riguardano il salvataggio e lo sbarco dei migranti. In seguito, la circolare impone alle autorità presenti negli *hot-spot* di procedere allo screening sanitario e all'informativa sui diritti in materia di immigrazione e asilo. Inoltre, il personale delle strutture è incaricato delle procedure di pre-identificazione (mediante foto identificativa o l'uso dei braccialetti identificativi); procedure che devono ritenersi propedeutiche al controllo sulle banche dati di polizia. Infine, le autorità dovranno espletare le procedure di accoglienza nelle strutture ricettive dell'*hot-spot*, somministrando “informative strutturate sul funzionamento delle procedure di richiesta della protezione internazionale e della procedura di ricollocazione”. Riguardo alle modalità di smistamento delle domande di protezione internazionale e ricollocazione, la circolare del 10 ottobre 2015, rivolta ai prefetti e alle forze di polizia, distingue tre modalità differenti: a) le persone che manifestano la volontà di richiedere la protezione internazionale verranno trasferite “di norma” nei centri di accoglienza presenti sul territorio per la formalizzazione della domanda; b) i migranti che, in base a quanto stabilito dall'Agenda europea, possono essere definiti *in clear need of protection* poiché provenienti da paesi che versano in una grave crisi umanitaria, come la Siria, devono essere informati in relazione alle procedure di ricollocazione in altri Stati membri; c) chi non manifesta la volontà di richiedere asilo, deve essere sottoposto ad ulteriori accertamenti dalle autorità di polizia.

²⁷ Deliberazione Anac 18 marzo 2018, n. 199, Gestione dell'area attrezzata per la prima accoglienza denominata “*hotspot*” di Taranto.

A questa fase di “soccorso e prima assistenza” segue l’attività di accoglienza che si articola in due fasi, secondo quanto stabilito dall’art. 8 del d.lgs. 142/2015²⁸.

Le misure di prima accoglienza, ai sensi dell’art. 9 del decreto, hanno luogo negli appositi Centri governativi²⁹. Si tratta di centri destinati alla permanenza breve dei migranti in vista del trasferimento all’interno delle strutture previste nell’ambito della rete SPRAR. Tali centri, istituiti dal Ministero dell’Interno, hanno la precipua funzione di espletare le operazioni di identificazione, ove non effettuate già negli *hotspot*, e di curare tutti gli adempimenti occorrenti a definire la posizione giuridica dello straniero; inoltre, essi effettuano le verifiche relative allo stato di salute dello straniero anche al fine di accertare eventuali situazioni di vulnerabilità che richiedono forme di accoglienza speciali³⁰.

La gestione dei centri di prima accoglienza può essere affidata a enti locali, anche associati, alle unioni o consorzi di comuni, nonché a enti pubblici o privati che operano nel settore dell’assistenza ai richiedenti asilo o agli immigrati o nel settore dell’assistenza sociale. Tale affidamento deve avvenire nel rispetto delle procedure previste nel codice dei contratti pubblici. Sul punto si tornerà in seguito, ma la precisazione è sintomatica della volontà del legislatore di inquadrare la gestione dei centri e i servizi relativi alla accoglienza nell’ambito del principio di concorrenza, onde consentire di individuare i soggetti più affidabili per la realizzazione di tale delicatissima funzione³¹.

²⁸ Si riporta, per comodità di consultazione, il testo dell’articolo: “1. Il sistema di accoglienza per richiedenti protezione internazionale si basa sulla leale collaborazione tra i livelli di governo interessati, secondo le forme di coordinamento nazionale e regionale di cui all’articolo 16, e si articola in una fase di prima accoglienza assicurata nelle strutture di cui agli articoli 9 e 11 e una fase di seconda accoglienza disposta nelle strutture di cui all’articolo 14. 2. Le funzioni di soccorso e prima assistenza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563”.

²⁹ Tali centri sostituiscono i Centri di Accoglienza per i Richiedenti Asilo (CARA) e i Centri di Accoglienza (CDA), anche se per i centri già istituiti non si prevede una soppressione, ma la continuazione delle attività svolte.

³⁰ In particolare, l’art. 17 del d.lgs. 142/2015 prevede a tali fini che “1. Le misure di accoglienza previste dal presente decreto tengono conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all’orientamento sessuale o all’identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali. 2. Ai richiedenti protezione internazionale identificati come vittime della tratta di esseri umani si applica il programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale (...). 3. Nei centri di cui all’articolo 9 sono previsti servizi speciali di accoglienza delle persone vulnerabili portatrici di esigenze particolari (...), assicurati anche in collaborazione con la ASL competente per territorio. Tali servizi garantiscono misure assistenziali particolari ed un adeguato supporto psicologico”.

³¹ Come si vedrà nei successivi paragrafi, si tratterà di capire la natura giuridica di tali servizi, ossia se essi possano essere inquadrati nell’ambito dei servizi sociali e, di conseguenza, delimitare l’ambito applicativo delle norme del codice dei contratti.

Occorre rilevare che nei suddetti centri non possono essere accolti gli stranieri che autonomamente si recano nelle questure per formalizzare la richiesta di protezione. Essi sono infatti deputati ad accogliere soltanto gli stranieri che necessitino di una prima assistenza anche ai fini di svolgere le relative procedure di identificazione. Ciò significa che il passaggio per i centri di prima accoglienza non rappresenta un requisito necessario per accedere al sistema SPRAR.

Il problema principale è anche in questo caso legato ai tempi di permanenza in tali strutture considerato che la norma la consente solo in via temporanea fino a quando siano state completate tutte le procedure relative alla verbalizzazione della domanda e all'avvio del suo esame.

Terminata la fase di prima accoglienza, il richiedente che ha formalizzato la domanda e che risulta privo di mezzi sufficienti a garantire “una qualità di vita adeguata per il sostentamento proprio e dei propri familiari” ha accesso, con questi ultimi, alle misure di accoglienza del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) (art. 14 d.lgs. 142/1995), istituito dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini).

Si tratta di un sistema finalizzato a realizzare una forma di “accoglienza integrata” che mira a garantire percorsi personalizzati tesi all’inclusione sociale, lavorativa ed abitativa. Lo SPRAR è costituito infatti da una rete di piccoli centri di accoglienza che lo Stato gestisce in collaborazione con gli enti locali. Esso si fonda su un finanziamento del Ministero dell’Interno (mediante l’apposito Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell’asilo – FNPSA – per gli enti locali che prestano servizi finalizzati all’accoglienza dei richiedenti asilo, rifugiati e titolari di protezione umanitaria), che, con bandi annuali, seleziona e finanzia i progetti presentati da tali enti.

Il modello tende quindi a privilegiare un approccio di accoglienza “diffuso”, basato sull’adesione volontaria degli enti interessati, che, a tali fini dovranno predisporre o presentare, anche su indicazione di organizzazioni del terzo settore specifico, i progetti da ammettere alla erogazione dei contributi. Nella sostanza, si può definire come un sistema decentrato composto da una rete di enti locali, che, attraverso la realizzazione di progetti a livello locale, forniscono un’accoglienza “a misura di persona”.

Il sistema prevede che gli enti locali siano responsabili dei progetti e le organizzazioni del terzo settore provvedano alla relativa attuazione. Si prevede, quindi, che alle azioni di c.d. accoglienza si affianchino iniziative volte alla integrazione sociale e lavorativa dei migranti. L’obiettivo è appunto quello di integrarli gradualmente attraverso l’erogazione di servizi volti a favorire l’acquisizione di strumenti che li portino verso l’autonomia.

Per il buon funzionamento del modello SPRAR, quindi, è fondamentale il coinvolgimento dei territori, nel perseguimento di un equilibrio tra la valorizzazione delle peculiarità locali e la standardizzazione dei

servizi. Il sistema potrebbe avere anche il vantaggio di rivitalizzare realtà in abbandono come le c.d. aree interne del nostro Paese, che potrebbero con l'immigrazione recuperare una solida fascia di popolazione in età lavorativa così da affrontare anche il delicatissimo tema del progressivo invecchiamento della popolazione e del calo demografico³², come previsto dalla Strategia Nazionale delle Aree Interne 2013 (SNAI).

La logica dello SPRAR è quella di ovviare alla permanenza degli stranieri in centri di grandi dimensioni che spesso può dar luogo a rilevanti problemi non solo di integrazione, ma anche di ordine pubblico.

I servizi offerti all'interno della rete SPRAR sono raggruppabili in diverse categorie: assistenza sanitaria, assistenza sociale, attività multiculturali, inserimento scolastico dei minori, mediazione linguistica e culturale, orientamento e informazione legale, inserimento abitativo, inserimento lavorativo e servizi per la formazione.

Accanto al sistema ordinario di accoglienza, l'art. 11 del d.lgs. 142/2015 tiene peraltro ferma la possibilità di allestire strutture straordinarie (Centri di accoglienza straordinaria, CAS) per far fronte alle ipotesi in cui sia temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture di cui agli articoli 9 e 14 (di prima e seconda accoglienza), a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti. Tali strutture, individuate dal prefetto, dovrebbero soddisfare le esigenze essenziali di accoglienza, per un periodo di permanenza limitato al tempo strettamente necessario al trasferimento nelle strutture ordinarie.

I centri straordinari possono essere allestiti in alberghi, agriturismi, abitazioni private, immobili demaniali o di proprietà di enti locali e possono essere gestiti da enti operanti nel terzo settore individuati dalle stesse prefetture, sentito l'ente locale nel cui territorio è localizzata la struttura. In tali casi, comunque, la scelta del centro deve avvenire secondo le regole e le procedure previste dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) o, nei casi di estrema urgenza, in via diretta tramite apposite convenzioni (così espressamente l'art. 11 cit.).

Nelle ipotesi in cui non vi sia disponibilità di strutture, si potrebbe poi ipotizzare il ricorso all'utilizzo di caserme militari dismesse, all'allestimento di tendopoli ovvero all'emanazione di provvedimenti ablatori di requisizione e di occupazione di locali e di immobili.

Nell'ottica di superare la logica dell'emergenza che ha caratterizzato il sistema dell'accoglienza, dall'analisi della normativa risulta evidente che il decreto legislativo privilegia la declinazione in via ordinaria delle misure di accoglienza, guardando con grande favore al sistema SPRAR e prevedendo norme volte ad attuare il principio della programmazione anche in questo delicato settore³³.

³² In www.agenziacoesione.it.

³³ F. BIONDI DAL MONTE, *La disciplina del diritto d'asilo. Il quadro italiano*, in J. WOELK - F. GUELLA - G. PELACANI (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo*

Innanzitutto, l'art. 8 del d.lgs. 142/2015 prevede che “il sistema di accoglienza per richiedenti protezione internazionale si basa sulla leale collaborazione tra i livelli di governo interessati, secondo le forme di coordinamento nazionale e regionale”. Tali strumenti di coordinamento sono meglio precisati al successivo art. 16, il quale definisce le funzioni del “Tavolo di coordinamento nazionale” presso il Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione. In particolare, detto organismo è chiamato ad individuare le linee di indirizzo e a predisporre la programmazione degli interventi diretti a ottimizzare il sistema di accoglienza, compresi i criteri di ripartizione regionale dei posti da destinare alle finalità di accoglienza. Più nel dettaglio, la funzione di coordinamento e di programmazione si esplica con la predisposizione da parte del “Tavolo” del Piano nazionale per l'accoglienza che, sulla base delle previsioni di arrivo per il periodo considerato, individua il fabbisogno dei posti da destinare alle riferite finalità. L'attuazione degli indirizzi e della programmazione nazionale viene affidata ad organismi territoriali (“Tavoli di coordinamento regionale insediati presso le prefetture - uffici territoriali del Governo del capoluogo di Regione”), i quali individuano i criteri di localizzazione delle strutture di prima accoglienza e di quelle straordinarie ex art. 11, nonché i criteri di ripartizione, all'interno della Regione, dei posti da destinare a tali fini, tenuto conto di quelli già attivi con il sistema SPRAR.

La programmazione dei servizi di accoglienza presuppone tuttavia evidentemente un superamento della logica della gestione emergenziale del fenomeno e, in primo luogo, il superamento del sistema di accoglienza basato sui centri straordinari. Se questo intento appare del tutto condivisibile, nei fatti esso non ha però trovato attuazione. Infatti, i CAS, per esplicita previsione normativa temporanei e da utilizzare solo “nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture” del sistema SPRAR e “a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti”, continuano, invece, a svolgere la parte preponderante dell'accoglienza³⁴. Nella realtà, quindi, per l'indisponibilità di posti tanto nelle strutture governative della prima accoglienza quanto in quelle dello SPRAR, l'accoglienza è ancora oggi assicurata per il 70% dai Centri di Accoglienza Straordinaria³⁵.

dal diritto internazionale a quello regionale, Napoli, 2016, p. 83.

³⁴ Infatti, al 30 novembre 2016, su un totale di 176.671 persone presenti, 137.928 risultano “accolti” nelle strutture temporanee e solo 23.158 rientrano nel sistema SPRAR, ai quali si aggiungono 14.490 persone ospitate nei Centri di prima accoglienza (art. 9 decreto legislativo n. 142/2015) e 1.095 negli *hotspot* (Cruscotto statistico giornaliero e relativi al fenomeno degli sbarchi e l'accoglienza dei migranti presso le strutture gestite dalla Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilato (www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/cruscotto-statistico-giornaliero)).

³⁵ La Commissione parlamentare d'inchiesta sul Sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impiegate (Camera dei Deputati), nella Relazione sull'attività svolta fino al 31 gennaio 2016, ha rilevato “la evidente differenza tra il teorico modello disegnato dal decreto legislativo n. 142 del 2015 e la reale configurazione attuale del Sistema di accoglienza che [...] è ancora molto lontano dallo schema legislativo e probabilmente richiede adeguati correttivi per la sua piena

Ne consegue che l'art. 11 del d.lgs. 142, anziché configurarsi come norma di chiusura e di flessibilità dell'intero sistema, dimostra come la soluzione al problema accoglienza segua tuttora una logica di tipo emergenziale.

La ragione di tale ribaltamento di prospettiva è da individuare essenzialmente nella difficoltà di far decollare il sistema SPRAR, basato sull'adesione volontaria degli enti locali. I dati della Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta del 3 maggio 2016 dimostrano che la percentuale dei Comuni che su base volontaria ha aderito al sistema è stata insufficiente in quanto si sono resi disponibili solo 500 comuni su 8.100³⁶.

Sul punto è stato rilevato che le motivazioni di tali difficoltà sono prevalentemente politiche ed economiche³⁷.

L'obiettivo è quello di tentare di eliminare gradualmente i centri straordinari, in favore di incentivazioni all'adesione al sistema SPRAR. In tale ottica si è mosso il Decreto del Ministro dell'Interno 10 agosto 2016, recante le modalità di accesso da parte degli enti locali ai finanziamenti del surrichiamato FNSPA e l'approvazione di apposite linee guida per il funzionamento del sistema SPRAR. Il decreto tende a favorire la stabilizzazione dei progetti SPRAR già attivi, ad affermare il principio della quasi totale coperture delle spese da parte dello Stato (fino ad esaurimento dell'apposito Fondo), e a realizzare un progressivo assorbimento delle strutture straordinarie nel sistema, in quanto per gli enti che vi aderiscono non è prevista l'assegnazione in via straordinaria né la programmazione di ulteriori arrivi da collocare in strutture straordinarie³⁸.

Queste nuove norme hanno avuto il merito di incrementare il numero degli aderenti al sistema SPRAR, ma in modo non ancora così significativo come auspicato. In particolare, i dati forniti dal Ministero dell'Interno affermano che a marzo 2018 gli enti locali titolari di progetti sono 755 di cui solo 654 Comuni³⁹.

4. Le forme di gestione dei centri di accoglienza: il servizio di accoglienza come servizio sociale

L'analisi svolta rivela un quadro estremamente complesso delle modalità di gestione dei servizi di accoglienza che devono conciliare l'esigenza di garantire servizi efficienti ed efficaci in situazioni di

realizzazione”.

³⁶ Commissione d'inchiesta, cit., p. 56.

³⁷ S. PENASA, *L'accoglienza*, cit.

³⁸ Sulla base di queste nuove disposizioni, il ministero dell'interno in data 29 maggio 2017 ha pubblicato il primo decreto di finanziamento agli enti locali dei progetti per il triennio 2017/2020.

³⁹ I dati sono disponibili nel sito www.sprar.it. Oltre ai 654 Comuni sono titolari di progetti, 19 Province; 28 Unioni di Comuni (comprese Comunità Montane e Unioni Montane di Comuni); 54 tra Aziende Sociali Consortili, Ambiti Territoriali, Comuni Associati, Comunità Comprensoriali, Consorzi, Distretti Sanitari.

emergenza con quella, una volta superata la fase di prima accoglienza, di garantire anche la possibilità di una effettiva integrazione nel nostro Paese. Ad entrambe queste esigenze l'Amministrazione deve rispondere attraverso l'individuazione di soggetti idonei che possano ritenersi affidabili nell'espletamento di tali delicate attività. A tali fini risulta di primaria importanza stimolare confronti competitivi proprio per assicurare il migliore esito di una selezione particolarmente "sensibile": si tratta, infatti, di garantire diritti fondamentali ad esseri umani che fuggono da situazioni disperate nei loro Paesi di origine e che meritano trattamenti adeguati alla loro delicata condizione.

Il tema dell'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica ai servizi di accoglienza necessita quindi la massima attenzione, specialmente con riferimento all'esigenza di modulare e calibrare tali procedure alla specificità dei servizi da erogare.

Innanzitutto, in conformità a quanto previsto in via generale per l'affidamento dei contratti pubblici, occorrerebbe prediligere forme di affidamento che si basino sul principio della programmazione degli interventi. Tuttavia, mentre questo modello è certamente più funzionale al secondo livello di accoglienza, ossia a quello SPRAR, dove è in linea di massima possibile predeterminare il numero di persone che possono trovare accoglienza sulla base della disponibilità dei soggetti gestori previamente individuati, e, in parte, al primo livello di accoglienza, per il quale l'art. 9 d.lgs. 142/2015 prevede comunque forme di programmazione attraverso i surrichiamati Tavoli di coordinamento (nazionali e regionali), la programmazione non è evidentemente possibile (o perlomeno è sicuramente molto più difficoltosa) con riferimento ai centri di accoglienza straordinari e agli *hotspot*, dal momento che le prefetture sono costrette di volta in volta ad allocare i richiedenti in base alla disponibilità delle strutture individuate per offrire, nel più breve tempo possibile, i posti di accoglienza necessari per far fronte alle improvvise esigenze derivanti dagli arrivi consistenti e ravvicinati dei migranti. L'organizzazione e la gestione dell'accoglienza e il tempo di permanenza in tali centri sono quindi estremamente flessibili, essendo fondamentalmente rimesse a circostanze contingenti e alla determinazione di ogni singola prefettura, oltre che legate a finanziamenti difficilmente preventivabili. Ciò si riflette inevitabilmente anche sugli affidamenti dei servizi e delle forniture necessari in tali strutture, con conseguente (eccessiva) frammentazione delle procedure di aggiudicazione dei relativi contratti.

Con riferimento al primissimo (*hotspot*) e al primo livello di accoglienza, la gestione delle procedure di affidamento si mostra estremamente difficoltosa anche in ragione di due ulteriori fattori fondamentali.

Il primo è ancora una volta legato all'urgenza di provvedere all'affidamento e, quindi, al frequente utilizzo di procedure derogatorie rispetto al principio della gara pubblica. Come anticipato, l'art. 11 del d.lgs. 142/2015 prevede infatti espressamente due distinte modalità di affidamento: una ordinaria attraverso le

procedure a evidenza pubblica e una di affidamento diretto nelle ipotesi di estrema urgenza, che per sua natura non assicura le garanzie della prima⁴⁰.

Il secondo fattore di difficoltà è rinvenibile invece nella eterogeneità delle prestazioni rese nei centri (ordinari e straordinari) di prima accoglienza, che comporta il problema della difficile scelta tra un affidamento unitario e affidamenti distinti per lotti prestazionali.

Per comprendere le dimensioni del fenomeno è utile prendere ad esempio la già richiamata delibera ANAC sulla gestione dello *hotspot* di Taranto, che ha significativamente precisato che in occasione degli sbarchi devono essere erogate le seguenti prestazioni (fra servizi e forniture): 1) Servizio di assistenza generica alla persona consistente in: a) mediazione linguistico/culturale; b) informazione di massima sulla condizione dello straniero e sulla relativa normativa; c) distribuzione, conservazione e controllo dei pasti; d) sostegno socio-psicologico; e) servizio di lavanderia. 2) Servizio di gestione amministrativa consistente in: a) registrazione degli ospiti (dati anagrafici, nazionalità, entrata, data e motivo della dimissione, tempi di permanenza) comprensivo della produzione di un report giornaliero destinato alla Prefettura ed alla Questura; b) registrazione dei visitatori; c) tenuta del magazzino; d) controllo e verifica delle utenze telefoniche, elettriche, idriche, gas e combustibile per riscaldamento. 3) Servizio di assistenza sanitaria consistente in: a) prime misure di profilassi e sorveglianza sanitaria, visita preliminare degli ospiti, soccorso sanitario, tenuta della scheda sanitaria per ciascun ospite da espletarsi con apposito ambulatorio inserito all'interno della struttura con presidio medico e di personale sanitario; b) eventuali trasferimenti presso strutture ospedaliere; c) forniture di medicinali e di presidi sanitari necessari per il primo soccorso e per l'assistenza sanitaria ordinaria. 4) Fornitura di beni: a) pasti; b) effetti lettereci; c) prodotti per l'igiene personale; d) vestiario. 5) Servizio di pulizia e igiene ambientale e manutenzione ordinaria: a) pulizia di locali diurni e notturni, uffici ed aree comuni; b) disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e deblattizzazione delle superfici; c) raccolta e smaltimento rifiuti (compresi quelli speciali); d) raccolta di liquami provenienti dalla rete fognaria interna; e) manutenzione ordinaria.

Ebbene, come è possibile rilevare dalla riportata elencazione, i servizi e le forniture da affidare nei centri hanno carattere estremamente eterogeneo e ciò rende estremamente difficile per l'Amministrazione individuare la strategia migliore per selezionare i relativi appaltatori, in quanto, per un verso, un affidamento unico, certamente più agevole sotto il profilo procedimentale, rischierebbe di pregiudicare le imprese di minori dimensioni, mentre, per altro verso, un affidamento per lotti valorizzerebbe la

⁴⁰ N. MORANDI, G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in *Rivista Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, 3-4, pp. 84-116.

diversità delle prestazioni da aggiudicare, ma renderebbe la gestione delle procedure estremamente complessa⁴¹.

Un problema più generale, comune a tutti i livelli di accoglienza, si lega alla circostanza che alcuni dei servizi oggetto di affidamento rientrano chiaramente nella categoria dei servizi sociali⁴², che, ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. 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”) comprende “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”.

Il codice dei contratti pubblici si occupa specificamente di tale categoria agli artt. 140, 142, 143, 144 e all'allegato IX, che esplicitamente riconduce ai “servizi sociali” (cui si applicano le predette disposizioni) le seguenti tipologie di prestazioni: 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'art. 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 in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. h); servizi investigativi e di sicurezza; servizi postali.

⁴¹ Nel caso affrontato dalla citata delibera Anac il comune di Taranto non aveva indetto una gara unica per l'affidamento della gestione dell'*hotspot*, ma non aveva nemmeno proceduto a suddividere la stessa in lotti funzionali, mentre aveva indetto tante singole procedure diverse per affidare i diversi servizi (per es, nell'abito delle forniture di vestiario in tre forniture diverse (scarpe e tute/intimo/giubbotti) ciascuna aggiudicata con procedura separata. L'Anac ha ritenuto che il comune di Taranto, in conformità ai principi di efficacia ed economicità enunciati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016, avrebbe potuto più correttamente gestire l'*hotspot* tramite una gara unica o, comunque, un limitato numero di procedure, suddivise in lotti (funzionali e prestazionali) aventi ad oggetto prestazioni omogenee, finalizzate alla sottoscrizione di un contratto o di un accordo quadro, per una durata pari a quella delle convenzioni con la Prefettura. Con le relative conseguenze in materia di calcolo del valore stimato dell'appalto, pubblicità e requisiti richiesti agli operatori economici. Anche perché sul piano operativo sono notevoli le difficoltà operative connesse al controllo sulla corretta esecuzione dei tanti appalti affidati con numerose distinte procedure.

⁴² Ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, per “servizi sociali” si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

La direttiva 2014/24/UE ha previsto per tali peculiari servizi una disciplina derogatoria e semplificatoria, solo in parte ripresa dal legislatore delegato italiano, che si è sostanzialmente limitato a riprodurre le disposizioni precettive della direttiva per i settori ordinari, senza abrogare le numerose leggi vigenti in materia di affidamento dei servizi sociali⁴³.

Come specificato dalle “Linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali” (delibera Anac 20 gennaio 2016, n. 32), “le disposizioni di settore in materia di servizi sociali summenzionate prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all’applicazione del Codice dei Contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità”, che però, proprio in quanto ipotesi derogatorie, “possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive”.

Ovviamente, poiché l’erogazione di servizi sociali comporta un significativo impiego di risorse pubbliche, nell’espletamento delle procedure volte al relativo affidamento devono essere necessariamente garantiti i principi cardine dell’*agere* amministrativo e quindi l’economicità, l’efficacia e la trasparenza dell’azione, oltre che la parità di trattamento tra gli operatori del settore.

In questo particolare settore, quindi, è quanto mai fondamentale un adeguato “contemperamento”, per il vero non semplice, tra i principi di solidarietà e sussidiarietà e quelli volti alla tutela della concorrenza⁴⁴. Il punto è stato oggetto di specifica attenzione da parte della Corte di Giustizia dell’Unione europea, che, in particolare, nella sentenza 11 dicembre 2014, C-113/13, ha affermato che il punto di equilibrio fra concorrenza e sussidiarietà deve essere “subordinato alla condizione che il volontariato contribuisca in modo effettivo al perseguimento delle finalità sociali e degli obiettivi di solidarietà, non permettendosi quindi che le deroghe al principio della competizione economica celino in realtà vantaggi indebiti per gli enti del terzo settore”.

A tale contemperamento è appunto preordinata l’individuazione da parte del d.lgs. 50/2016 di norme specifiche per l’aggiudicazione dei servizi sociali. In particolare, la nuova normativa non fa più rientrare i relativi appalti fra i contratti (in parte) esclusi come era originariamente previsto dall’art. 20 d.lgs. 163/2006⁴⁵, ma li colloca fra i “particolari regimi di appalto” (Titolo VI della Parte II) sottoposti ad una

⁴³ Cfr. S. PICONE, *Appalti nei servizi sociali*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, 809.

⁴⁴ L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1001.

⁴⁵ In particolare, ai sensi dell’art. 20 del d.lgs. n. 163/2006, all’aggiudicazione degli appalti aventi a oggetto alcuni servizi, ossia quelli elencati nell’Allegato IIB, tra cui i servizi sanitari e sociali, si applicavano solo l’art. 68 (Specifiche

disciplina “alleggerita”, meno stringente di quella generale (distinta, almeno in parte, a seconda che il contratto ricada nei settori ordinari – artt. 142 e 143 – o in quelli speciali – art. 140), ma, comunque, improntata al rispetto dei richiamati principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

Anche le regole di affidamento dei contratti relativi ai servizi sociali differiscono peraltro a seconda del superamento o meno della soglia comunitaria⁴⁶.

Prima delle citate linee guida, la questione dell'affidamento dei servizi di accoglienza era già stata affrontata dall'Autorità⁴⁷, la quale, ne aveva affermato la riconducibilità alla categoria dei servizi sociali di cui all'allegato IIB del d.lgs. 163/2006, per cui, nel relativo affidamento, “le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare i principi del Trattato, dai quali discende anche il vincolo di predeterminazione dei criteri selettivi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione di un'analitica indicazione delle componenti della prestazione”; inoltre, “quando il valore dell'appalto sia superiore alla soglia comunitaria è opportuna una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 d.lgs. 163/2006 come applicabile anche ai contratti c.d. esclusi”; “in caso di utilizzo di risorse pubbliche, nell'ambito di un progetto di co-progettazione, l'individuazione del soggetto privato affidatario dei servizi va effettuata

tecniche), l'art. 65 (Avviso sui risultati delle procedure di affidamento) e l'art. 225 (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

⁴⁶ In particolare, la relativa soglia è individuata dall'art. 35 comma 1 lett. d) del d.lgs. 50/2016 in € 750.000 e aumenta a € 1.000.000 nei settori speciali, ai sensi del comma 2, lett. c), del medesimo art. 35.

⁴⁷ Sul punto si veda le deliberazioni Anac 8 marzo 2012, n. 25 avente a oggetto i servizi di gestione dei centri di accoglienza per immigrati affidati nell'ultimo biennio dai Comuni Città di Torino, Comune di Bologna, Comune di Foggia, Comune di Bari”, secondo la quale per gli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi di accoglienza per immigrati, qualificati nella categoria dei “servizi sociali” normativamente inquadrati nell'allegato IIB del d.lgs. 163/2006, le Amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare i principi del Trattato, dai quali discende anche il vincolo di predeterminazione dei criteri selettivi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione di una analitica indicazione delle componenti della prestazione; ritiene che quando il valore dell'appalto sia superiore alla soglia comunitaria è opportuna una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 d.lgs. 163/2006 come applicabile anche ai contratti c.d. esclusi; ritiene che il ricorso agli istituti della proroga e del rinnovo, inteso come “replica” del contratto originario, pur nell'ottica della improrogabile necessità, non sia allineato ai principi di cui all'art. 2 del d.lgs. 163/2006; inoltre è stata ravvisata la necessità di assicurare la continuità del servizio, e ciò facoltizza l'Amministrazione a prolungare la durata del contratto in essere, nelle more dell'indizione di una nuova procedura; inoltre si è ritenuto che in caso di utilizzo di risorse pubbliche, nell'ambito di un progetto di co-progettazione, l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi debba essere effettuata mediante il ricorso ad un confronto concorrenziale nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio. Si veda anche la delibera Anac 30 settembre 2014, n. 7 “*Gestione dei servizi di accoglienza, integrazione e tutela per richiedenti protezione internazionale – Progetto S.P.R.A.R.*”, secondo la quale anche per l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento dei servizi nell'ambito dei progetti SPRAR, l'Amministrazione debba procedere ad un confronto concorrenziale nel rispetto dei principi generali di cui al citato art. 27.

mediante confronto concorrenziale nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio”⁴⁸.

Con precipuo riferimento agli affidamenti di servizi e forniture nei centri di accoglienza l’Autorità Nazionale Anticorruzione ha rilevato profili di criticità⁴⁹, non solo per l’improprio frazionamento degli appalti, affidati ciascuno in base a procedure separate, per lo più negoziate, ma anche con riguardo all’illegittimo utilizzo delle proroghe, in contrasto con gli artt. 35, comma 4, e 106, comma 11, del d.lgs. 50/2016 e alla carenza o al difetto di motivazione dei presupposti di estrema urgenza per il ricorso alla procedura negoziata di cui all’art. 63, comma 2, lett. c), e alla violazione dell’art. 63, comma 6, del d.lgs. 50/2016.

Ad esempio l’Autorità, già con parere 25 febbraio 2015 n. 15, riguardante la procedura di gara per l’affidamento della gestione del centro di accoglienza di Mineo, aveva rilevato che la scelta procedurale di appaltare con un’unica procedura e ad un unico operatore economico una pluralità di attività eterogenee relative a lavori, servizi e forniture, senza adottare una procedura di suddivisione in lotti relativi alle differenti attività da appaltare, appariva in contrasto con i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, applicabili anche agli appalti esclusi, categoria nella quale, come detto, ai sensi del d.lgs. 163/2006 rientravano anche quelli relativi a i servizi sociali⁵⁰.

⁴⁸ In tale contesto il Ministero dell’interno ha adottato il “*Manuale operativo per l’attivazione e la gestione dei servizi di accoglienza e integrazione per richiedenti e titolari di protezione internazionale*” e le “*Linee guida per la presentazione delle domande di contributo per il Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell’asilo*”, specificando che la prestazione oggetto dell’affidamento deve essere l’accoglienza integrata dei beneficiari, finalizzata alla riconquista dell’autonomia individuale degli stessi e, pertanto, deve prevedere la messa in atto di interventi materiali di base (vitto e alloggio), contestualmente a servizi volti al supporto di percorsi di inclusione sociale. Si tratti dei servizi minimi garantiti che sono stati identificati in tale documentazione nella: mediazione linguistico-culturale; accoglienza materiale; orientamento e accesso ai servizi del territorio; formazione e riqualificazione professionale; orientamento e accompagnamento all’inserimento lavorativo; orientamento e accompagnamento all’inserimento abitativo; orientamento e accompagnamento all’inserimento sociale; orientamento e accompagnamento legale; tutela psico-socio-sanitaria.

⁴⁹ A tal proposito si veda la delibera Anac 1 marzo 2018, n. 199, cit.

⁵⁰ In quel caso l’Autorità si era espressa in merito alla opportunità che la stazione appaltante procedesse con una suddivisione in lotti. Inoltre, era stata riscontrata l’assenza di una specifica motivazione in ordine alla mancata suddivisione, e ciò aveva fatto emergere dubbi sulla legittimità della scelta compiuta dalla stazione appaltante. La stessa Autorità, in un atto di segnalazione al Ministero dell’Interno in data 27 maggio 2015, aveva ribadito che “l’indicazione dell’unicità della gestione non può compromettere la necessaria apertura alla concorrenza”; inoltre, con riferimento ad appalti particolarmente complessi, non è possibile impedire che l’aggiudicazione avvenga per lotti separati “ove le attività messe a gara, specie se non prettamente rientranti nell’assistenza e nell’accoglienza alla persona, si caratterizzano per una loro autonomia funzionale e per un valore economico tale da ritenere rispondente sia ai principi di economicità e di efficacia sia al principio di concorrenza, la ricerca del più ampio confronto concorrenziale sul singolo servizio o fornitura in affidamento”.

L'ANAC ha parimenti rilevato la necessità di procedere a una standardizzazione dei documenti contrattuali da parte del Ministero dell'Interno per tutti i centri, in modo tale da evitare inammissibili differenziazioni nella erogazione delle prestazioni agli ospiti dei centri di accoglienza e di prevedere una disciplina stringente per i controlli sulla regolare esecuzione del servizio da parte del gestore, che imponga anche una frequenza minima dei controlli⁵¹.

5. Il regime degli appalti dei servizi di accoglienza: dalla disciplina dei servizi sociali al nuovo capitolato tipo

I surrichiamati interventi dell'ANAC hanno quindi posto le basi per ridisegnare la disciplina in materia. A tali fini è peraltro di primario rilievo anche il quadro euro-unitario. In particolare, la Commissione europea, con la Comunicazione al Parlamento e al Consiglio COM(2015)-454 del 9 settembre 2015 ha precipuamente individuato le modalità di affidamento più idonee al soddisfacimento adeguato e tempestivo dei bisogni più immediati dei richiedenti asilo, attraverso la rapida messa a disposizione di infrastrutture (alloggi), beni e servizi di prima necessità, fornendo indicazioni sull'ambito di applicazione della normativa euro-unitaria con riferimento agli affidamenti di lavori, servizi e forniture nel settore dell'asilo e indicando le rispettive soglie di rilevanza.

La Comunicazione ha più specificamente distinto le procedure di affidamento di lavori quali la manutenzione e la predisposizione di strutture idonee all'accoglienza, da quelle relative a forniture di beni di prima necessità e servizi, prevedendo l'applicazione della direttiva 2014/24/UE per gli affidamenti di lavori, forniture e dei servizi diversi da quelli sottoposti a un regime "alleggerito" (i servizi sociali e altri specifici servizi, come i servizi di catering e sanitari) e da quelli espressamente "esclusi" (come i servizi di soccorso e di ambulanza in determinate condizioni).

Il documento evidenzia che, per gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva, l'Amministrazione aggiudicatrice può scegliere di aggiudicare l'appalto seguendo una procedura aperta o ristretta nel rispetto dei termini per la ricezione delle offerte previsti dalla normativa, oppure, in caso di urgenza, mediante il ricorso a procedure aperte o ristrette "accelerate" (che prevedono la riduzione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione e/o delle offerte), mentre, soltanto per le ipotesi

⁵¹ Con la delibera n. 803 del 20 luglio 2016, relativa alla "Gestione del Centro di accoglienza richiedenti asilo (CARA) di Castelnuovo di Porto (Rm)", l'Anac ha rilevato che l'aggiudicatario aveva subappaltato il servizio di distribuzione dei pasti ad un'altra società la quale non forniva i pasti in porzioni monodose ma in contenitori "multi porzione", trasferiti con propri automezzi presso la linea di distribuzione della mensa del Centro di accoglienza e che la società subappaltatrice forniva, inoltre, a ciascun ospite un quantitativo di cibo inferiore rispetto a quello previsto nel capitolato.

di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili, può avvalersi, in via del tutto eccezionale, della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando⁵².

Sulla base delle suesposte considerazioni, derivanti anche dalle indicazioni del diritto euro-unitario, le citate linee guida ANAC hanno dunque ribadito la necessità dell'affidamento di detti appalti con procedure di evidenza pubblica per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza e per assicurare la selezione di soggetti in possesso di adeguati requisiti soggettivi e di sufficiente capacità tecnica e professionale, così da favorire “la massima partecipazione, la rotazione dei soggetti affidatari e l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, anche prevedendo l'affidamento per lotti, la partecipazione in forma aggregata, il ricorso all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti di capacità economica, tecnica e professionale oppure la possibilità di subappaltare una parte del servizio”⁵³.

Le linee guida hanno altresì affrontato la complicata tematica degli immobili da destinare all'accoglienza, sottolineando che, dal momento che la c.d. “prima accoglienza” deve essere necessariamente fornita appena si riscontri la necessità di far fronte a situazioni emergenziali quali gli sbarchi dei migranti sulle coste italiane, non prevedibili con sufficiente anticipo se non in via del tutto approssimativa, le strutture adibite a tale scopo devono essere individuate preventivamente ed essere pronte a farsi carico di volta in volta delle esigenze di accoglienza che si vengano inaspettatamente a creare. Tale rilievo è collegato all'esigenza di una tendenziale separazione fra la struttura e la gestione del servizio, in modo tale da consentire che la selezione dei gestori risulti indipendente dalla proprietà della struttura e che essa possa essere operata tenendo esclusivamente conto dell'effettiva capacità dei contraenti di eseguire al meglio le prestazioni contrattuali oggetto della gara.

Secondo l'ANAC tale auspicata separazione consentirebbe di evitare il verificarsi di fenomeni di *lock-in* “che legherebbero di fatto l'Amministrazione al gestore in quanto proprietario della struttura, con conseguente difficoltà di affidare il servizio a soggetto diverso alla scadenza dell'affidamento originario”⁵⁴.

Il problema era stato del resto già rilevato dal Ministero dell'Interno, che, nel DM 2 gennaio 1996 n. 233, rappresentava l'opportunità che venissero utilizzati “ove possibile, se immediatamente funzionali e previo

⁵² Imprevedibilità dell'evento (es. improvviso e imprevedibile aumento dei richiedenti asilo); impossibilità di rispettare i termini di scadenza generali e quelli previsti per le procedure accelerate (es. per la necessità di far fronte ai bisogni immediati dei richiedenti asilo); nesso di causalità tra l'evento imprevedibile e l'estrema urgenza; utilizzo della deroga nella misura strettamente necessaria: le procedure negoziate senza previa pubblicazione possono dare la possibilità di rispondere adeguatamente alle necessità immediate e supplire fino a quando non si troveranno soluzioni più stabili, quali contratti-quadro di forniture e servizi aggiudicati tramite procedure regolari (comprese quelle accelerate).

⁵³ Così Anac, Delibera 20 gennaio 2016, n. 32, cit.

⁵⁴ Così, ancora, Anac, Delibera 20 gennaio 2016, n. 32, cit.

parere del Ministero delle finanze – beni immobili di proprietà dello Stato, che sono conferiti in uso gratuito per servizio governativo dell'amministrazione demaniale al Ministero dell'Interno”.

Le linee guida rinvencono poi un ulteriore elemento distorsivo nell'eccessivo ricorso alle deroghe costituite dalle proroghe delle convenzioni in atto e dagli affidamenti diretti dei servizi allo scopo di far fronte più rapidamente alle necessità di accoglienza in situazioni di estrema urgenza o emergenza.

In tali casi è quindi ancora più importante cercare di approntare una adeguata programmazione che tenga conto anche delle possibili situazioni di emergenza individuando preventivamente i mezzi per farvi fronte. A questo proposito, l'Autorità ha individuato la modalità più adeguata a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, concorrenza e trasparenza nello strumento degli accordi-quadro, che consentono di selezionare preventivamente, mediante procedure di evidenza pubblica, i possibili erogatori dei servizi con i quali sottoscrivere specifici accordi nel momento in cui le esigenze di accoglienza si manifestino.

Il documento si è soffermato anche su un altro tema che appare oggi di grande attualità, ovvero quello relativo al rispetto della c.d. “clausola sociale” a tutela del personale dell'appaltatore uscente. A tale riguardo l'ANAC, ha chiarito che “è consentita l'apposizione della c.d. clausola sociale, ma la stessa deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti, la clausola in questione lesiva della concorrenza”.

L'orientamento dell'Autorità in merito si è andato consolidando nel tempo, in coerenza con gli approdi della giurisprudenza amministrativa⁵⁵: in definitiva, il vincolo, che la pubblica Amministrazione può discrezionalmente imporre, a tutela dei lavoratori, tra le condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra comunque un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante.

L'esame delle criticità emerse ha fatto comunque emergere l'esigenza di disciplinare in maniera unitaria gli appalti per la gestione dei centri di prima accoglienza. Per tale motivo, il Ministero dell'Interno, ha adottato, con DM 7 marzo 2017, un capitolato generale tipo per gli affidamenti di forniture e servizi relativi alla gestione e al finanziamento delle strutture di accoglienza dei migranti.

Gli obiettivi della nuova disciplina contrattuale sono molteplici. Innanzitutto, quelli di garantire livelli uniformi di accoglienza su tutto il territorio nazionale tenendo conto della peculiarità di ciascuna tipologia di centro; favorire una maggiore articolazione e flessibilità della fornitura dei servizi relativi al funzionamento e alla gestione dei centri di identificazione ed espulsione e dei centri di accoglienza, adattandoli anche alle loro caratteristiche, tenendo conto dell'eventuale sussistenza di particolari esigenze tra i soggetti beneficiari; e, ovviamente, garantire la piena applicazione, anche in questo settore, dei principi di imparzialità e trasparenza.

⁵⁵ Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, in www.giustizia-amministrativa.it.

Prima di esaminare le procedure individuate dal capitolato-tipo, è necessario però evidenziare che esso si applica agli appalti di fornitura dei beni e dei servizi per la gestione ed il funzionamento dei centri di primo soccorso ed accoglienza, dei centri di prima accoglienza e delle strutture temporanee di cui agli artt. 9 e 11 del d.lgs. n. 142 del 2015, nonché dei centri di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 s.m.i.

Il capitolato non si occupa invece dell'individuazione della struttura di accoglienza, limitandosi a stabilire (art. 3) che, qualora il centro sia allestito in un immobile di proprietà o nella disponibilità dell'Amministrazione dell'Interno o comunque di proprietà demaniale, esso è concesso in comodato d'uso per la durata del contratto senza oneri a carico dell'ente gestore che e la relativa consegna all'ente gestore e la successiva riconsegna all'Amministrazione sono preceduti dalla redazione dello stato di consistenza dell'immobile e dalla inventariazione dei beni e delle attrezzature esistenti.

L'uso della forma ipotetica e la genericità della formula “nella disponibilità dell'Amministrazione dell'Interno” rilevano che si è persa un'importante occasione per prevedere che le infrastrutture necessarie per l'accoglienza siano individuate preventivamente tra quelle di proprietà dell'ente pubblico, permettendo che la selezione degli operatori che gestiranno i servizi della struttura sia totalmente indipendente dalla scelta di quest'ultima, favorendone l'individuazione in esclusiva considerazione della effettiva capacità di eseguire le prestazioni contrattuali, nell'ottica del già richiamato intento di operare una separazione fra la gestione della struttura e quella del servizio.

6. Profili problematici: la suddivisione in lotti degli appalti sull'accoglienza

Come illustrato nei paragrafi che precedono, numerosi sono i nodi problematici emersi nelle procedure di aggiudicazione e nella gestione dei centri di accoglienza, puntualmente individuati dalle linee guida in materia di servizi sociali e da altre specifiche deliberazioni dell'ANAC, che, per tale ragione, ha coadiuvato il Ministero dell'Interno nella stesura del capitolato speciale che si propone darvi soluzione. I profili di maggiore interesse ai fini delle presenti riflessioni attengono all'affidamento dell'appalto anche mediante diverse procedure a seguito della sua suddivisione in lotti prestazionali, all'applicazione del criterio prioritario di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche al settore dei servizi sociali, all'inserimento nei contratti delle c.d. “clausole sociali” per far fronte alla emergenza occupazionale, ai limiti di ammissibilità delle proroghe contrattuali che, come anticipato, spesso hanno impedito in passato di procedere ad affidamenti nel pieno rispetto del principio di concorrenzialità creando ingiustificate situazioni di gestioni monopolistiche dei centri e, infine, al monitoraggio e al controllo dell'attività dei soggetti affidatari dei servizi di accoglienza.

6.1. La suddivisione dell'appalto in lotti prestazionali

Una delle più rilevanti innovazioni della disciplina dei contratti pubblici nel settore dell'accoglienza investe la suddivisione dell'appalto in lotti prestazionali, superando, quindi, la logica del gestore unico.

In particolare, il capitolato individua quattro diversi lotti, che si differenziano tra loro in ragione della tipologia di prestazione erogata (lotto 1 per i servizi, lotto 2 per la fornitura dei pasti, lotto 3 per il servizio di pulizia e igiene ambientale, lotto 4 fornitura di beni). Tale suddivisione, di per sé vincolante, incontra una deroga unicamente in relazione ai centri con capacità inferiore ai 300 posti, nei quali la scelta di provvedere o meno alla suddivisione dell'appalto è rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, che si attiverà o meno per la previsione di diversi lotti dimensionali in relazione al numero massimo di migranti accoglibili in ciascuna struttura, anche al fine di favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese.

L'ANAC, nelle linee guida, aveva chiarito che “l'indicazione dell'unicità della gestione non può compromettere la necessaria apertura alla concorrenza”, soprattutto per gli appalti di una certa complessità ed entità economica, né può impedire di procedere ad una aggiudicazione per lotti separati “ove le attività messe a gara, specie se non prettamente rientranti nell'assistenza e nell'accoglienza alla persona, si caratterizzano per una loro autonomia funzionale e per un valore economico tale da ritenere rispondente sia ai principi di economicità e di efficacia sia al principio di concorrenza, la ricerca del più ampio confronto concorrenziale sul singolo servizio o fornitura in affidamento”.

D'altra parte, la suddivisione in lotti dei contratti pubblici corrisponde a quanto disposto anche dalla normativa comunitaria di ultima generazione, che pone l'esigenza di favorire l'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra gli obiettivi fondamentali delle nuove direttive, che individuano lo strumento principale per perseguirlo proprio nel frazionamento degli appalti, in modo da renderli accessibili alle inferiori capacità economiche di tali imprese⁵⁶. D'altronde, già nelle direttive del 2004, benché con esclusivo riferimento alla necessità di prevedere disposizioni in materia di subappalto, si affermava l'obiettivo di “favorire l'accesso alle piccole e medie imprese agli appalti pubblici”⁵⁷, come pure il d.lgs. 163/2006, ai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 2 (“Principi”), proprio al fine di allargare l'accesso delle PMI al mercato, prevedeva la possibilità per le stazioni appaltanti, “ove possibile ed economicamente conveniente”, di suddividere gli appalti in lotti funzionali e l'onere in capo alle stesse di motivare un'eventuale scelta contraria⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. direttiva 2014/24/UE, considerando 2, 78 e 79, ma soprattutto l'art. 36.

⁵⁷ Cfr. direttiva 2004/18/CE, considerando 32.

⁵⁸ A dire il vero siffatta previsione non differisce particolarmente da analoga disposizione contenuta nel r.d. 23 maggio 1924 n. 827 (Regolamento di Contabilità pubblica), che imponeva le procedure ad evidenza pubblica per

Le successive direttive del 2014 si segnalano per una più forte spinta alla facilitazione dell'accesso delle PMI al mercato. La normativa interna di recepimento appare, tuttavia di impatto per lo più programmatico, caratterizzandosi per l'esiguità di disposizioni dirette a specificare le concrete modalità mediante le quali i criteri di partecipazione dovrebbero garantire tale risultato⁵⁹.

In particolare, l'art. 36 del nuovo codice dei contratti si limita a prescrivere, in termini generali, che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 debba avvenire, oltre che nel rispetto dei principi generali di cui all'art. 30, comma 1, anche nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI. Più incisivo l'art. 51 secondo il quale "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti" funzionali o prestazionali, di valore adeguato a garantire l'effettiva partecipazione delle PMI, obbligandole a motivare la mancata suddivisione in lotti dell'appalto messo a gara nel bando oppure nella lettera di invito.

Con riferimento ai servizi in esame, la suddivisione in lotti prestazionali ed omogenei rappresenta invero un soddisfacente punto di equilibrio tra varie esigenze: quella di non svilire il principio della concorrenza attraverso affidamenti unitari e quello di non frammentare eccessivamente (come è accaduto in passato) le prestazioni in modo tale da porre in essere micro gare poco gestibili dal punto di vista amministrativo e affidate comunque secondo logiche non concorrenziali data l'esiguità degli importi. Inoltre, è da apprezzare la decisione di lasciare alla scelta discrezionale della pubblica Amministrazione di individuare le modalità che si ritengono più opportune per operare gli affidamenti riguardanti i piccoli centri di accoglienza nel pieno rispetto del principio di semplificazione e non aggravio di procedimenti amministrativi.

la stipula di contratti che comportassero un'entrata o una spesa dello Stato e stabiliva che le forniture, i trasporti e i lavori fossero "possibilmente" suddivisi in lotti quando ciò fosse "più vantaggioso per l'amministrazione" (art. 37). Il decreto statuiva inoltre che, con riferimento ad una sola opera oppure ad un solo lavoro, la suddivisione era possibile "in caso di speciali necessità indicate nel decreto di approvazione del contratto" (art. 43) e che, qualora l'appaltatore o il fornitore fossero la stessa persona e le forniture e i lavori fossero parte di una sola impresa, era vietata la "divisione artificiosa in plurimi e diversi contratti". Successivamente, la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro sui lavori pubblici – c.d. Legge Merloni) ha previsto la possibilità per le Amministrazioni di inserire nella programmazione annuale uno solo o più lotti d'intervento, purché fosse stata elaborata la progettazione preliminare dell'opera nella sua interezza e fossero state quantificate le risorse per la realizzazione, oltre alla nomina ad opera dell'Amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito del personale ad essa addetto, di un soggetto idoneo a certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto ex art. 14, comma 7, norma poi sostanzialmente trasfusa nell'art. 128, comma 7, del Codice dei contratti pubblici.

⁵⁹ La scarsa incisività della normativa interna in tema di promozione delle PMI era del resto stata evidenziata già all'esame della sola legge delega 11/2016 da R. INVERNIZZI, *L. 11/2016; la suddivisione in lotti e le PMI*, Milano, 2016, che esprimeva le perplessità dell'autore in merito all'utilità dei generici criteri ivi contenuti in materia ai fini di un effettivo miglioramento delle condizioni di accesso al mercato delle PMI.

6.2. L'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Altro punto qualificante del nuovo capitolato è la previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul rapporto qualità/prezzo come criterio prescelto per l'aggiudicazione degli appalti concernenti i centri di accoglienza.

Il capitolato ne impone infatti l'utilizzo per le procedure relative ai primi tre lotti (servizi, pasti e pulizia/igiene) mentre unicamente per il quarto lotto (forniture di beni) è ammesso l'utilizzo del criterio del prezzo più basso, in ragione della natura standardizzata dei beni da fornire.

La scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa deriva innanzitutto da una espressa previsione legislativa. Infatti, l'art. 95, comma 3, lett. a), del Codice, prevede che "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1", codificando così la scelta del legislatore comunitario prima e di quello nazionale poi, che, proprio al fine di meglio tutelare il principio della concorrenza, hanno preferito intervenire sul rapporto fra i criteri di aggiudicazione degli appalti, trasformandolo da paritario a quello tra regola e eccezione. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è divenuto la regola generale da seguire, caratterizzato, più che dal prezzo offerto, dall'incidenza di diversi tipi di costo, quali quelli del ciclo di vita e quelli di natura ambientalistica, relegando l'applicazione del criterio del prezzo più basso ad ipotesi meramente residuali, tassativamente indicate dal comma 4 del medesimo art. 95.

Con un'evidente inversione di rotta rispetto alle precedenti indicazioni normative e giurisprudenziali, la direttiva 24/2014/UE, all'art. 67, afferma invero testualmente che "le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa" e riconosce espressamente agli Stati membri la possibilità di escludere l'utilizzo del prezzo o del costo "come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto", relegando conseguentemente il criterio del prezzo più basso a un ruolo residuale.

In attuazione di tale principio, il Codice elenca, al comma 4 dell'art. 95, gli unici tre casi in cui è possibile, sempre previa adeguata motivazione, utilizzare il criterio del "minor prezzo". Tali ipotesi tassative si caratterizzano per il fatto che la qualità dell'offerta è stata già garantita *aliunde* (per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo) o per il fatto che la standardizzazione del servizio o della fornitura messa a gara esclude la necessità di accertare la qualità delle singole offerte (lett. b: "i servizi e le forniture con

caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” e lett. c: “i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all’articolo 35, [e cioè le soglie comunitarie] caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”).

Fuori dalle suddette ipotesi derogatorie, l’unico criterio di aggiudicazione utilizzabile è dunque quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sia esso declinato sulla base del costo più basso o del rapporto qualità/prezzo⁶⁰.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato⁶¹, infatti, una delle principali novità portate dal [d.lgs. 50/2016](#), e in particolare dall’art. 95, è proprio la creazione di una vera e propria gerarchia fra i due tipici metodi di aggiudicazione di un appalto, ovvero l’offerta economicamente più vantaggiosa e il massimo ribasso, dal momento che, mentre nell’[art. 83 del d.lgs. 163/2006](#) tali criteri erano posti su una posizione di parità e spettava unicamente all’Amministrazione nella sua discrezionalità optare per l’uno per l’altro, l’art. 95 dopo avere affermato che “I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell’offerta” e che “Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l’efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte”, ha imposto l’offerta economicamente più vantaggiosa come criterio “principale”, e il massimo ribasso come criterio del tutto “residuale” utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione.

Tale ricostruzione è stata recentemente avvalorata anche dall’Adunanza Plenaria dello stesso Consiglio di Stato che, con la pronuncia 4/2018, ha confermato che il nuovo codice dei contratti pubblici “ha introdotto all’ art. 95 una rilevante novità sistematica (sulla scorta del considerando 89 della direttiva 24/2014, laddove si afferma che l’offerta “economicamente” più vantaggiosa è “sempre” quella che assicura il miglior rapporto tra qualità e prezzo), esprimendo un indiscutibile *favor* per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e prevedendo un “sistema di gerarchia” tra i metodi di aggiudicazione”. Come è facile constatare, il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è indubbiamente mutato rispetto alla sua originaria accezione, che riguardava esclusivamente parametri incentrati sulla valutazione qualitativa dell’offerta. L’art. 67, infatti, impone ora, per la prima volta in modo espresso, l’inclusione tra i parametri di valutazione qualitativa delle offerte, non solo di indici “sincronici”, come il rapporto

⁶⁰ Cfr. Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 1 aprile 2016 n. 855, *cit.*

⁶¹ Il riferimento è alla nota sentenza n. 2014/2017 con cui la III Sezione aveva, anche su tale presupposto, affermato l’immediata impugnabilità della scelta del criterio del prezzo più basso (onere poi disconosciuto dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 4 del 2018).

qualità/prezzo, ma anche di termini di raffronto “diacronici”, quale la comparazione costo/efficacia, che impone un’analisi, anche dilazionata nel tempo, delle proposte in competizione, tenendo conto, in linea con l’attenzione che la direttiva 24/2014 riserva alle tematiche ambientali, di diversi indicatori tra i quali il costo del ciclo di vita, oltre che il rapporto qualità/prezzo, valutato però sulla base di diversi criteri, di tipo qualitativo, ambientale e sociale, che avranno maggiore o minor peso in relazione all’appalto in questione. L’elemento “costo”, peraltro, potrà assumere la forma di un prezzo fisso, con la conseguenza che la competizione fra gli offerenti si svolgerà esclusivamente in relazione agli elementi di tipo qualitativo, ambientale e sociale⁶². L’art. 68 riconduce conseguentemente ai costi, sempre che pertinenti all’oggetto del contratto, i costi sostenuti dall’Amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali, a titolo esemplificativo, i costi relativi all’acquisizione del prodotto, servizio o lavoro, i costi connessi al relativo utilizzo (ad esempio il consumo di energia elettrica) e alla manutenzione, oltre a quelli più propriamente relativi al “fine vita”, quali i costi di raccolta e di riciclaggio del bene/servizio. A essi si aggiungono i costi imputati a esternalità ambientali, legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, sempre che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato, oltre ai costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché agli altri costi legati all’attenuazione dei cambiamenti climatici. Si segnala peraltro l’introduzione, tra i criteri qualitativi di aggiudicazione, anche di profili di carattere tipicamente soggettivo, quale, ai sensi dell’art. 67, comma 2, lett. b), quello dell’“organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto”.

È stato in proposito rilevato che, in base alla precedente giurisprudenza comunitaria, tali profili, investendo l’elemento soggettivo, non potevano tendenzialmente essere utilizzati ai fini della selezione dell’appaltatore, per i possibili effetti distorsivi che avrebbero potuto comportare a favore di aziende da più tempo presenti sul mercato. Si riteneva, infatti, che non si potessero includere tra i criteri di valutazione delle offerte elementi attinenti alla capacità tecnica dell’impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), ma solo quelli relativi alla qualità dell’offerta, alla luce dei principi ostativi a ogni commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e criteri afferenti alla valutazione dell’offerta ai fini dell’aggiudicazione⁶³. La giurisprudenza aveva peraltro da tempo elaborato

⁶² Il ciclo di vita è definito dall’art. 2, comma 1, n. 20), della direttiva, come “tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l’utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall’acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all’utilizzazione”.

⁶³ Cfr. sul punto, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 28 agosto 2013, n. 4191, in www.giustizia-amministrativa.it.

anche un orientamento, meno rigido, che riteneva che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di qualificazione e criteri di aggiudicazione dovesse essere interpretato in modo tale da consentire alle stazioni appaltanti – nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, direttamente riguardanti l’oggetto del contratto, potessero essere valutate anche per la selezione dell’offerta – di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell’offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara⁶⁴.

6.3. L’inserimento delle clausole sociali

Il capitolato – nel rispetto dei principi dell’Unione europea in materia di iniziativa imprenditoriale e concorrenza – impone poi il rispetto della c.d. “clausola sociale”, misura finalizzata a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato per svolgere le prestazioni messe a gara, a prescindere dal mutamento dei rispettivi gestori.

Più in particolare, l’art. 9 del capitolato prevede che il nuovo aggiudicatario del contratto di appalto, conformemente a quanto previsto nei bandi e nei disciplinari di gara, si impegni ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante nel centro, come previsto dall’art. 50 del codice dei contratti, previa verifica di compatibilità che il numero di lavoratori e la qualifica degli stessi siano armonizzabili con l’organizzazione dell’impresa e con le esigenze tecnico-organizzative previste per l’erogazione del servizio, garantendo l’applicazione dei CCNNL di settore, di cui all’art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

In tal senso il capitolato è in linea con quanto specificato dalla giurisprudenza amministrativa e dalle più volte richiamate linee guida dell’ANAC nel senso che, a tutela della concorrenza, le stazioni appaltanti devono formulare la clausola in modo chiaro (dandone evidenza nei diversi atti di gara) e che l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell’appaltatore uscente - nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto - deve essere armonizzato e reso compatibile con l’organizzazione d’impresa prescelta dall’imprenditore subentrante⁶⁵.

⁶⁴ Cfr., *inter alia*, Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ Cfr. Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2569. La c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d’impresa, riconosciuta e garantita dall’art. 41 Cost., che sta a fondamento dell’autogoverno dei fattori di produzione e dell’autonomia di gestione propria dell’archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell’appaltatore uscente, nello stesso

6.4. Il tempo del contratto e il problema delle proroghe

Il problema della durata del contratto è stato adeguatamente affrontato dal capitolato. In particolare, l'art. 11 del capitolato prevede che “la durata dell'appalto è di tre anni non rinnovabile e decorre dalla data di approvazione del contratto da parte degli organi competenti. Per le strutture temporanee di cui all'art. 11 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 14, la durata del contratto è di due anni, sempre non rinnovabili e con decorrenza dalla data di approvazione del contratto da parte degli organi competenti”.

Come precedentemente rilevato, fino all'avvento del capitolato, la durata dei contratti di appalto non era specificamente predeterminata, ciò che, per un verso lasciava spazio a un improprio ricorso al sistema delle proroghe, favorendo la creazione di posizioni di monopolio in questo delicato settore, e, per l'altro, in senso esattamente opposto, dava adito ad affidamenti di servizi per pochissimi mesi (affidamenti per esempio trimestrali), rendendo eccessivamente difficoltosa la realizzazione del programma contrattuale. Con riferimento al primo profilo, come noto, il codice dei contratti circo-scrive l'utilizzo dell'istituto della proroga entro precisi limiti. In particolare, l'art. 106, comma 11, dispone che “La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante”⁶⁶.

posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2018, n. 731, in www.giustizia-amministrativa.it)

⁶⁶ Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha precisato che l'istituto della proroga contrattuale è consentito solo se la relativa clausola venga già inserita nel bando quale opzione da esercitarsi da parte della Stazione Appaltante in favore dell'operatore economico aggiudicatario della selezione, alle condizioni fissate sin dall'inizio nella *lex specialis* di gara, definendosi preventivamente condizioni e termini della proroga (con modalità proporzionate all'oggetto del contratto e capaci di escludere pregiudizi alla leale concorrenza nel mercato economico di riferimento), tanto che tutti i partecipanti alla gara siano posti in grado di presentare un'offerta economica che comprenda anche l'eventuale periodo di proroga, i cui effetti quindi sono stati anch'essi oggetto della selezione (ipotesi di c.d. proroga tecnica). È altresì consentita se, una volta scaduta l'efficacia di un contratto ed una volta che siano state avviate concretamente e formalmente le procedure per l'espletamento della nuova selezione pubblica (con la pubblicazione del bando o attraverso altra formalità propria della procedura di scelta utilizzabile nel caso di specie), si renda necessario garantire la prosecuzione del servizio o della fornitura per tutto il tempo utile al completamento delle procedure selettive e alla stipula del nuovo contratto con il nuovo affidatario (ipotesi di c.d. proroga ponte). L'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 6, l. n. 537 del 1993 e poi con l'art. 23, l. n. 62 del 2005, al fine di adeguare l'ordinamento interno ai precetti comunitari, ha valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre

Con specifico riferimento agli appalti nel settore dell'accoglienza, il tema è stato espressamente affrontato anche dall'ANAC, che, con la Delibera 120 del 23 novembre 2016, relativa al sistema SPRAR, riprendendo il richiamato principio codicistico, ha affermato che le proroghe sono configurabili esclusivamente nei “casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente”.

Il capitolato non disciplina in modo espresso alla possibilità di proroga (che potrebbe peraltro ritenersi consentita nei limiti di quanto stabilito dal codice), limitandosi a stabilire, all'art. 29, che, in fase di prima applicazione delle proprie disposizioni, in caso di mancata aggiudicazione di un lotto, l'Amministrazione procede, in presenza di tutti i presupposti, a una proroga tecnica limitata ai servizi oggetto del lotto non ancora aggiudicato, per il tempo strettamente necessario all'aggiudicazione, se la proroga risulta necessaria alla funzionale integrazione con le forniture ed i servizi oggetto dei lotti già aggiudicati.

Nell'ambito della problematica relativa al tempo di esecuzione del contratto viene in rilievo anche il delicato tema della relativa sospensione.

Il capitolato si conforma a quanto stabilito dall'art. 107 del Codice dei contratti secondo il quale l'Amministrazione ha facoltà di sospendere gli effetti del contratto per il tempo strettamente necessario, previa comunicazione agli aggiudicatari, per ragioni di necessità o di pubblico interesse o anche nel caso di riduzione delle presenze in misura superiore al 50% della capienza massima teorica, per almeno 60 giorni. La disposizione (art. 14) prevede, altresì, che la sospensione comporta la corresponsione di un indennizzo pari al 30% del valore dei beni deperibili acquistati prima della comunicazione della sospensione, comprovati da documenti fiscali. È, inoltre, stabilito che, cessate le cause di sospensione, l'aggiudicatario provvede alla ripresa dell'esecuzione del contratto e che in caso di inadempimento l'Amministrazione può chiederne la risoluzione. Nell'ipotesi di sospensione il termine contrattuale viene ridefinito dalla pubblica Amministrazione.

disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. In definitiva, la legislazione vigente non consente di procedere al rinnovo o alla proroga automatica dei contratti in corso, ma solo alla loro proroga espressa per il tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica. Tale divieto, pure se fissato dal legislatore in modo espresso con riguardo agli appalti di servizi, opere e forniture, esprime un principio generale attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato e, come tale, operante per la generalità dei contratti pubblici ed è addirittura estensibile anche alle concessioni di beni pubblici (Tar Lazio, Lazio, Roma, sez. II, 4 settembre 2017, n. 9531, in www.giustizia-amministrativa.it).

6.5. Il problema del monitoraggio e del controllo

Il capitolato affronta infine il problema del monitoraggio e del controllo dell'esecuzione dei contratti e, quindi, della regolare gestione dei centri di accoglienza. Si tratta di un tema delicatissimo anche in considerazione delle problematiche relative al ruolo delle ONG nella gestione e nello smistamento degli immigrati negli stessi centri, anche perché la fase di esecuzione risulta essere oggetto di minori controlli e verifiche rispetto a quella dell'affidamento del servizio.

Il capitolato introduce una specifica disciplina per rendere più stringenti le fasi di controllo e monitoraggio. La competenza spetta alle Prefetture ed è finalizzata alla verifica del rispetto delle modalità di erogazione dei servizi oltre che della congruità qualitativa e quantitativa alle specifiche tecniche dei beni e servizi forniti.

Il monitoraggio e il controllo si esplicano sia attraverso la verifica della regolarità della documentazione prodotta dall'aggiudicatario sia attraverso l'ispezione anche senza preavviso, con cadenza periodica ravvicinata, nei centri, mediante l'invio di soggetti appositamente incaricati, oltre che mediante l'ascolto degli stranieri ospitati. La tematica era stata presa in considerazione anche dalle linee guida ANAC, che avevano richiamato l'attenzione sull'importanza e sulla necessità del monitoraggio dell'esecuzione del contratto, in relazione agli esiti e agli scostamenti tra quanto preventivato e quanto effettivamente fornito.

In particolare, l'Autorità rilevava la necessità che il servizio di accoglienza si concludesse con un momento di sintesi e di verifica che mirasse a ricevere un primo riscontro dall'utente in merito al gradimento e alla soddisfazione riguardo il servizio erogato, così da poter verificare l'efficacia, l'efficienza e la qualità delle prestazioni fornite e il raggiungimento degli obiettivi di accoglienza, assistenza, recupero e integrazione.

Il controllo della gestione viene poi specificato con riferimento ai singoli servizi prestati: esemplificativamente, per il lotto 1, esso deve investire la regolarità della gestione amministrativa, con specifico riferimento alla registrazione degli stranieri tramite l'installazione di un sistema di rilevamento automatico delle presenze o tramite la tenuta del registro delle presenze ove ammesso, alla tracciabilità dei beni forniti e dei servizi erogati, quali per esempio la distribuzione dei *pocket money*; la regolarità delle prestazioni oggetto dell'appalto, con particolare riferimento alle unità di personale impiegate nei diversi turni e alle qualifiche professionali possedute; all'efficacia del servizio di assistenza generica alla persona; all'adeguatezza delle prestazioni sanitarie.

7. Considerazioni conclusive

Dall'analisi dell'evoluzione normativa, della cospicua attività dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa emergono alcune linee fondamentali dell'evoluzione del sistema dell'accoglienza nel nostro Paese.

Innanzitutto, il sistema è caratterizzato da due modelli di gestione che convivono: uno ordinario, ma residuale in termini di persone accolte, rappresentato dai centri governativi e dallo SPRAR, e uno straordinario, ma prevalente in termini di presenze, rappresentato dai CAS.

Il decreto legislativo 142/2015 ha lo scopo evidente di invertire il rapporto fra detti sistemi, favorendo la piena realizzazione di quello ordinario o nell'ottica di un'accoglienza diffusa e realmente inclusiva.

Il problema è tuttavia di difficile soluzione anche per la non sempre lineare evoluzione degli indirizzi politici (nazionali e locali) in tal senso.

A tal fine occorrerebbe comunque prevedere forme di forte incentivo economico agli enti locali per indurli ad aderire al sistema SPRAR.

Ovviamente, la prospettiva futura è quella di un totale assorbimento dei CAS all'interno dello SPRAR.

In attesa della piena realizzazione di tale obiettivo, la seconda linea direttrice della evoluzione normativa in materia è quella di rendere le modalità di accoglienza straordinarie realmente efficienti, efficaci ed economiche, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona.

In tal senso, quindi, è apprezzabile lo sforzo che ha condotto all'adozione del nuovo capitolato generale in materia di affidamenti dei servizi poiché tende a eliminare uno dei problemi più rilevanti in materia di gestione della accoglienza, ossia quello della distorsione del principio della concorrenza.