

**Sulla possibile ratio e portata
dell'art. 48 DL n. 18/2020**

parere dell'Avv. Luciano Gallo

Preliminarmente occorre muovere dalla disposizione in commento e dalla relazione illustrativa del Governo

Art. 48 - (Prestazioni individuali domiciliari)

1. Durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici, di cui all'art 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, disposta con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art.3 c. 1 del D.L. del 23 febbraio 2020 n. 6, e durante la sospensione delle attività socio sanitarie e socio assistenziali nei centri diurni per anziani e per persone con disabilità, laddove disposta con ordinanze regionali o altri provvedimenti, considerata l'emergenza di protezione civile e il conseguente stato di necessità, le pubbliche amministrazioni forniscono, avvalendosi del personale disponibile, già impiegato in tali servizi, dipendente da soggetti privati che operano in convenzione, concessione o appalto, prestazioni in forme individuali domiciliari o a distanza o resi nel rispetto delle direttive sanitarie negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente i servizi senza ricreare aggregazione. Tali servizi si possono svolgere secondo priorità individuate dall'amministrazione competente, tramite coproiezioni con gli enti gestori, impiegando i medesimi operatori ed i fondi ordinari destinati a tale finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previsti, anche in deroga a eventuali clausole contrattuali, convenzionali, concessorie, adottando specifici protocolli che definiscano tutte le misure necessarie per assicurare la massima tutela della salute di operatori ed utenti.

2. Durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici e dei servizi socio sanitari e socio assistenziali di cui al comma 1 del presente articolo, le pubbliche amministrazioni sono autorizzate al pagamento dei gestori privati dei suddetti servizi per il periodo della sospensione, sulla base di quanto iscritto nel bilancio preventivo. Le prestazioni convertite in altra forma, previo accordo tra le parti secondo le modalità indicate al comma 1 del presente articolo, saranno retribuite ai gestori con quota parte dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio secondo le modalità attuate precedentemente alla sospensione e subordinatamente alla verifica dell'effettivo svolgimento dei servizi. Sarà inoltre corrisposta un'ulteriore quota che, sommata alla precedente, darà luogo, in favore dei soggetti cui è affidato il servizio, ad una corresponsione complessiva di entità pari all'importo già previsto, al netto delle eventuali minori entrate connesse alla diversa modalità di effettuazione del servizio stesso. La corresponsione della seconda quota, sarà corrisposta previa verifica dell'effettivo mantenimento, ad esclusiva cura degli affidatari di tali attività, delle



strutture attualmente interdette, tramite il personale a ciò preposto, fermo restando che le stesse dovranno risultare immediatamente disponibili e in regola con tutte le disposizioni vigenti, con particolare riferimento a quelle emanate ai fini del contenimento del contagio da Covid-19, all'atto della ripresa della normale attività.

3. I pagamenti di cui al comma 2 comportano la cessazione dei trattamenti del fondo di integrazione salariale e di cassa integrazione in deroga laddove riconosciuti per la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e dei servizi degli educatori nella scuola primaria, o di servizi sociosanitari e socioassistenziali resi in convenzione, nell'ambito dei provvedimenti assunti in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e con ordinanze regionali o altri provvedimenti che dispongano la sospensione dei centri diurni per anziani e persone con disabilità”.

La **Relazione del Governo** al fine di precisare il senso e la portata della disposizione precisa che *“La disposizione prevede che nel periodo di sospensione dei servizi educativi e scolastici, le pubbliche amministrazioni garantiscono, anche avvalendosi di gestori privati, prestazioni individuali domiciliari. Le priorità di tali prestazioni sono individuate dall'amministrazione competente, tramite coprogettazioni con gli enti gestori. Dette prestazioni sono retribuite ai gestori convenzionati con quota parte dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio standard; la corresponsione della restante quota è subordinata alla verifica del mantenimento delle strutture attualmente interdette.*

Tali pagamenti comportano la cessazione dei trattamenti del fondo di integrazione salariale e di cassa integrazione in deroga laddove riconosciuti per la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia”.

* * *

La norma, pertanto, sembra indicare alcuni elementi costitutivi:

- a.** la possibilità per la PA di rimodulare, mediante co-progettazione, i servizi esternalizzati, che non sono temporaneamente sospesi e/o che non possono essere svolti sulla base delle previsioni contrattuali originarie, e ciò in ragione dell'emergenza sanitaria COVID-19 [comma 1];
- b.** la possibilità per le PA, che abbiano proceduto con la rimodulazione dei servizi in modalità “domiciliare”, di riconoscere all'ente gestore l'originario importo previsto a titolo di corrispettivo, imputandolo in due sotto-voci, una relativa al servizio (rimodulato) erogato, l'altro a fronte del mantenimento operativa della struttura nella quale svolgere nuovamente l'attività “standard” con la cessazione della situazione di emergenza [comma 2];



c. il rapporto fra la rimodulazione dei servizi ed il conseguente riconoscimento del corrispettivo, da un lato, ed il regime degli ammortizzatori sociali attivabili nel periodo di emergenza [comma 3].

Ciò posto, sono molteplici le ragioni per ancorare il riconoscimento del corrispettivo, nella originaria misura prevista contrattualmente, all'effettiva erogazione delle prestazioni, anche se rimodulate, ed in contraddittorio con l'ente gestore; di seguito schematicamente compendiate:

- i. è la rubrica della stessa norma a sottolineare l'oggetto della stessa, ovverosia le *"prestazioni"*;
- ii. la facoltà accordata alla PA di riconoscere l'originario corrispettivo – a prescindere dal negozio giuridico con il quale è stato arrivato il rapporto, elemento sul quale si avrà modo di ritornare oltre – è normativamente ancorata a precisi presupposti, fattuali e giuridici (ricavabili dal comma 1) e dunque:
 1. la rimodulazione del servizio mediante coprogettazione;
 2. l'impiego dei medesimi operatori e dei fondi ordinari destinati a tale finalità;
 3. l'applicazione delle stesse condizioni assicurative, contrattualmente previste;
- iii. a fronte della rimodulazione del servizio, il pagamento del corrispettivo, di importo analogo a quello previsto nel titolo contrattuale in essere, è comunque legato all'effettiva erogazione del servizio, per una quota, e dall'effettivo mantenimento della struttura nel quale era stato svolto il servizio antecedentemente alla sospensione, per la restante quota;
- iv. a tale ultimo proposito, è la stessa norma a contemplare l'ipotesi, non meramente astratta, delle "minore entrate" (*"al netto delle eventuali minori entrate connesse alla diversa modalità di effettuazione del servizio stesso"*) [comma 2].

Alle medesime conclusioni si perviene, per la verità, laddove si abbandona l'esegesi dell'art. 48 per passare ad un esame sistematico di quest'ultima nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Ebbene, occorre muovere dalla stessa previsione dell'art. 48 più volte citato, nella parte in cui richiama i diversi titoli contrattuali sulla base dei quali è attivato il rapporto obbligatorio fra la PA e gli enti gestori. Il riferimento è, nello specifico [comma 1]:

- a) alle *convenzioni*;
- b) agli *appalti*;
- c) alle *concessioni*.



Con riferimento alle convenzioni, gli enti gestori, a fronte dello svolgimento della propria attività sono tenuti alla rendicontazione delle spese sostenute, al fine di ottenere il riconoscimento del contributo stabilito in convenzione (da ultimo Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, PAR/146/2019).

In termini generali, trovano applicazione l'art. 12 della legge n. 241/1990 e ss. mm., nonché – laddove gli enti gestori siano Enti del Terzo settore, ai sensi del D. lgs. n. 117/2017 e ss. mm., recante il Codice del Terzo settore (in avanti anche solo “CTS”) – gli enti pubblici devono svolgere i controlli sull'utilizzo dei contributi, ai sensi degli articoli 92 e 93 del CTS.

Nel caso in cui, invece, l'esternalizzazione del servizio sia avvenuta per mezzo di appalti, occorrerà fare riferimento alla vigente disciplina, prevista dal d. lgs. n. 50/2016 e ss. mm., recante il codice dei contratti pubblici (in avanti anche solo “codice” o “CCP”), in ordine alle modifiche legittime del contratto, nonché al rispetto dei principi generali per l'affidamento dei contratti pubblici (art. 30), fra cui quelli di *economicità, proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento*.

Con riferimento alle modifiche del contratto, in particolare, dovrà essere previamente verificato se possano ricorrere ipotesi ostantive, coincidenti con le c.d. *modifiche sostanziali* e previste dall'art. 106, comma 4, lett. a) [*la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione*], e dalla lett. b) [*la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale*].

Infine, nell'eventualità che il servizio (da rimodulare) venga prestato in regime di concessione, ancora una volta occorrerà fare riferimento al CCP e, segnatamente, all'art. 165, il quale stabilisce che è il c.d. “rischio operativo” (da tenere distinto dal rischio d'impresa, tipico dell'appalto) a connotare tale forma di affidamento, con la conseguente previsione delle ipotesi, tassative e di stretta interpretazione, di revisione dell'equilibrio economico-finanziario della concessione.

Non deve, inoltre, essere dimenticata la vigente disciplina in materia di enti locali, di cui al d. lgs. n. 267/2000 e ss. mm., recante il Testo unico degli enti locali (in avanti anche solo “TUEL”).

In particolare, l'articolo 184 (*Liquidazione della spesa*) stabilisce “1. *La liquidazione costituisce la successiva fase del procedimento di spesa attraverso la quale in base ai documenti ed ai titoli atti a comprovare il diritto acquisito del creditore, si determina la somma certa e liquida da pagare nei limiti dell'ammontare dell'impegno definitivo assunto.*”



2. La liquidazione compete all'ufficio che ha dato esecuzione al provvedimento di spesa ed è disposta sulla base della documentazione necessaria a comprovare il diritto del creditore, a seguito del riscontro operato sulla regolarità della fornitura o della prestazione e sulla rispondenza della stessa ai requisiti quantitativi e qualitativi, al termini ed alle condizioni pattuite”.

L'obbligo della verifica dell'esatto adempimento contrattuale, da parte degli affidatari di contratti pubblici, trova, infine, conferma nella disciplina – prevista dal CCP – in materia di esecuzione contrattuale (artt. 101 e ss. mm. del CCP e DM n. 49/2018 in materia di Direttore dei Lavori e di Direttore dell'Esecuzione, nell'ambito dei servizi).

Ne discende che la violazione delle disposizioni sopra richiamate può integrare l'ipotesi del danno erariale (nei termini, fra le tante, Corte dei conti per il Piemonte, sezione giurisdizionale, sentenza n. 6 del 23 gennaio 2017).

Sia consentito, da ultimo, richiamare l'obbligo per le PA di garantire la continuità di quei servizi, non sospesi dal DL, e, pertanto, la necessità di bilanciare i due interessi pubblici, da un lato, alla corretta applicazione dell'art. 48, nel senso fin qui esposto, con la continuità dei servizi, dall'altro.

A tale ultimo proposito, va ricordato che laddove la prestazione avvenga mediante appalto, il prestatore dei servizi ha diritto all'utile di impresa, come risultante dall'offerta presentata all'amministrazione aggiudicatrice, con la conseguenza che – in caso di sopravvenuta onerosità non dipendente dalla volontà o da fatto del prestatore del servizio – è consentito a quest'ultimo di potersi liberare del vincolo contrattuale senza addebiti da parte della PA affidante.

Ad una considerazione complessiva della *ratio* e della portata, eccezionale, dell'art. 48, pertanto, deve essere colto lo sforzo fatto dal Legislatore, finalizzato ad offrire agli enti pubblici, al ricorrere dei presupposti, fattuali e normativi, di bilanciare i due esposti interessi della continuità dei servizi, previa rimodulazione, e l'equilibrio economico-finanziario degli enti gestori privati.

In proposito, gli atti con i quali le PA assumono la decisione di formalizzare la rimodulazione dei servizi (determina a contrarre nell'art. 32 del CCP e determina dirigenziale nell'ipotesi dell'erogazione dei servizi in convenzione) dovrà essere assunta ad esito di un'approfondita istruttoria e di una motivazione chiara sull'esistenza dei presupposti previsti dal citato art. 48.

In ragione, infine, dell'*alternatività* fra utilizzo del personale originariamente impiegato nel servizio in forma “rimodulata” o attivazione degli ammortizzatori sociali, previsti dalla disciplina di settore, potrebbe essere valutata l'opportunità di acquisire da parte del legale rappresentante dell'ente gestore, preliminarmente alla sottoscrizione dell'atto integrativo al titolo contrattuale in essere, apposita autodichiarazione,



resa ai sensi del DPR n. 445/2000 e ss. mm., in ordine al mancato utilizzo, in tutto o in parte, degli ammortizzatori sociali in favore del personale impiegato originariamente nel servizio e da confermare nel nuovo assetto.

Anna Messina Segretario di Parma

L'articolo 48 se dovesse essere letto con i contenuti da qualcuno auspicati ossia di una autorizzazione a pagare in virtù di contratti/convenzioni il corrispettivo pattuito in assenza totale delle prestazioni contrattualizzate rischierebbe la palese incostituzionalità : per la diversità di trattamento che riserverebbe agli operatori economici che operano nei servizi educativi e scolastici che non sono gli unici servizi per i quali i provvedimenti emergenziali hanno disposto la sospensione ; per la violazione dei principi costituzionali in materia di autonomia degli enti locali.

* nella lingua italiana autorizzare significa , tra gli altri " dare facoltà di fare una cosa " e nell'articolo 48 questa facoltà ha una sua precisa disciplina ossia consente all'ente di effettuare il pagamento dei servizi ai gestori privati interessati dalla sospensione , ma detta una disciplina che comunque presuppone che le prestazioni oggetto del contratto siano convertite in altra forma previo accordo tra le parti e chiarisce quali componenti e con quali modalità possono essere tenute in considerazione per determinare il corrispettivo da corrispondere . Se si giungerà a tale accordo e solo dalla data della sua sottoscrizione potrà essere disposto il pagamento del corrispettivo determinato a fronte delle prestazioni che verranno rese in tale contesto. Giusto per inciso l'articolo 48 è contenuto nel Dl 18 datato 17 marzo e come noto le norme dispongono per l'avvenire salvo che non sia dettata una esplicita applicazione retroattiva delle stesse.

* Non è scritta nell'articolo 48 alcuna deroga esplicita alla disciplina contenuta nel codice dei contratti e nel codice civile per la gestione del sinallagma contrattuale (in diritto, di contratto a prestazioni corrispettive). Tutt'al più viene eccezionalmente consentito un intervento modificativo dei contenuti contrattuali in atto temporalmente definito con riferimento all'oggetto e al corrispettivo.

* Il comma 3 dell'articolo 48 si limita ad affermare che i pagamenti disposti ai sensi del comma 2 comportano la cessazione dei trattamenti CIG e FIS, ma non dice che la disciplina della CIG e della FIS viene applicata agli operatori economici interessati con contenuti e modalità diverse dalla sua disciplina standard e ovviamente ammette che la cessazione dei trattamenti CIG e FIS avvenga nella misura in cui la applicazione del comma 2 determina dei pagamenti per l'utilizzo anche solo parziale di personale dipendente nei servizi riprogrammati e coprogettati.



Marco Mordenti Direttore generale e Segretario dell'Unione Bassa Romagna

L'articolo 48 del decreto legge 18/2020 dedica agli appalti o concessioni di servizi socio-assistenziali e educativi una norma speciale volta a garantire la remunerazione integrale dell'appaltatore nella fase di emergenza.

L'esecutivo si pone l'obiettivo in astratto condivisibile di contemperare tre diversi punti di vista: quello della pubblica amministrazione chiamata a fornire servizi di pubblica utilità; quello delle imprese, che vedono ridotti i loro margini economici; quello dei lavoratori, che in ogni caso devono essere posti in condizioni di massima sicurezza.

Tuttavia, il dettato normativo ha dato luogo a notevoli incertezze interpretative da parte dei diversi soggetti interessati, a fronte della rigidità del meccanismo che dispone il mantenimento del corrispettivo contrattuale e di conseguenza il venir meno della cassa integrazione (terzo comma); peraltro, la soluzione prospettata ci pare difficilmente applicabile stante la difficoltà di individuare attività sostitutive "adeguate" e tenuto conto - in alcuni casi - della significativa riduzione delle entrate legate al servizio.

Si ritiene in ogni caso, in base alle argomentazioni formali e sostanziali formulate dall'avvocato Gallo, che l'applicazione dell'articolo 48 costituisca una mera facoltà in capo al singolo Ente, che può sempre in alternativa procedere alla sospensione del contratto in base all'articolo 107 del codice dei contratti, prorogando se del caso la scadenza per il periodo interessato dalla sospensione e con applicazione nel frattempo della cassa integrazione; in particolare, si sottolinea come l'istituto della coprogettazione citato nella norma abbia natura evidentemente pattizia, e non certamente automatica, e come il compenso erogabile non possa che essere vincolato allo svolgimento effettivo di prestazioni di valore corrispondente. Ciò anche per ragioni di equità rispetto agli altri servizi, in appalto o in concessione, sospesi nella fase di emergenza (ad es. i servizi bibliotecari).

Da valutare semmai alla luce dell'articolo 48 la configurabilità di una possibile soluzione mista, basata sulla erogazione di servizi sostitutivi "parziali" da assicurare con una parte del personale e sul ricorso alla cassa integrazione per le unità residue; soluzione che sarebbe forse opportuno ribadire all'interno di un apposito emendamento, grazie al quale si potrebbe rendere più chiaro e univoco il disposto complessivo.