

FUNZIONE SOCIALE, SERVIZI, GESTIONE: GLI SPAZI DI INNOVAZIONE

Franco Dalla Mura

Avvocato Amministrativista e docente presso l'Università Pontificia Salesiana di Venezia

L'esame dello specifico tema degli spazi per l'innovazione nell'esercizio della funzione sociale e nella gestione dei servizi sociali e socio sanitari non può prescindere da alcune conoscenze relative alla gestione dei servizi pubblici locali in genere (cui certamente quello sociali appartengono), alla normativa (nazionale e comunitaria, vigente e di imminente introduzione) in tema di contratti pubblici, ai tentativi di individuare, nell'ambito di quest'ultima, spazi di possibile legittimo privilegio per i soggetti del terzo settore e, infine, al principio di sussidiarietà orizzontale ed alla sua concreta applicabilità nell'esercizio della funzione sociale.

Invero, i servizi sociali "vivono" in una sorta di duplice mondo tridimensionale: il mondo della funzione sociale (intesa quale doveroso perseguimento di un valore giuridico) e quello dei servizi pubblici locale (uno dei possibili strumenti per la realizzazione della funzione). Inoltre, ciascuno di questi due "mondi" può essere "esplorato" nelle tre diverse dimensioni delle modalità gestionali, dei modelli di rapporto e delle procedure.

Quanto alla gestione ed alle procedure, la complessità del sistema è ulteriormente caratterizzata anche dalla duplicità delle fonti: nazionali e comunitarie.

L'articolo 112 del T.U.O.E.L. (D. Lgs. n. 267/2000) così, indirettamente, definisce i servizi pubblici: "Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Anche se è ormai prossima l'emanazione di un decreto che detterà in modo sistematico la disciplina dei SPL, quanto affermato dal T.U. rimane valido, nel senso che è agli Enti Locali stessi che l'Ordinamento attribuisce ampia discrezionalità per lo stabilire quali attività, nei rispettivi territori, siano da considerare pubblici servizi.

Anticipando in parte quanto si dirà, va sin da ora chiarito che l'affidamento a terzi della gestione dei SPL può sostanzialmente avvenire in due modi: l'appalto dei servizi ovvero la loro concessione; a tale proposito, è necessario ricordare che mentre con l'appalto la P.A. "acquista" da un soggetto appaltatore la gestione di un servizio (di cui essa è e rimane titolare, poiché l'appaltatore, di norma, gestisce il servizio in nome e per conto della P.A., assumendo solo il rischio connesso alla concreta produzione del servizio), con la concessione il concessionario assume non solo il rischio relativo alla mera produzione, ma, ai sensi della decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 (cui il vigente Codice dei Contratti Pubblici - CCP - rinvia), anche almeno uno fra i c.d. rischi di "disponibilità" e di "domanda", dati dal fatto che i corrispettivi concretamente erogati nella fase operativa siano significativamente correlati all'effettiva qualità contrattualizzata del servizio, anche attraverso l'applicazione di penali e/o che i corrispettivi che il gestore può ottenere siano connessi alla variabilità della domanda essendo escluso il pagamento di prestazioni non effettivamente erogate.

Il vigente CCP definisce la concessione di servizi come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di

servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30".

Quanto alle modalità di gestione, va ricordato che, dopo il ben noto "referendum sull'acqua" (a seguito del quale l'intera disciplina dei SPL venne cancellata), il Governo in carica aveva cercato di ripristinare la normativa abrogata dalla volontà popolare, emanando il D.L. n. 138/2011 ed il D.L. n. 1/2012, che confermavano un assetto dei SPL decisamente spinto verso la loro liberalizzazione o, quanto meno, esternalizzazione individuando modalità "ordinarie", costituite dalla liberalizzazione e gestione concorrenziale (nel rispetto comunque dell'universalità e della accessibilità), dalla gestione concorrenziale con imposizione di obblighi di pubblico servizio (come avviene, ad esempio, nell'accreditamento), accompagnata eventualmente da trasferimenti a compensazione (accreditamento ed accordo contrattuale); e modalità "straordinarie" (fortemente condizionate), costituite dalla concessione di diritti di esclusiva a più gestori (anche come soci operativi), di diritti di esclusiva ad unico gestore (anche come socio operativo), ovvero dalla gestione in house.

Tale tentativo di ripristino era però evidentemente incostituzionale; ed infatti la Corte Costituzionale ne decretò di lì a poco l'incostituzionalità e con essa la scomparsa con effetto *ex tunc*.

È ora in fase di elaborazione una nuova disciplina organica del sistema dei SPL che, c'è da ragionevolmente aspettarsi, proseguirà (ormai immune da possibili censure di incostituzionalità) sulla strada della loro liberalizzazione ed esternalizzazione.

Un tentativo assai noto (e spesso male applicato e strumentalizzato) di instaurare un regime "privilegiato" per l'affidamento di servizi a soggetti del Terzo Settore è il DPCM 30 marzo 2001, che afferma il principio di coinvolgimento di tali soggetti nella progettazione dei servizi e del favor per forme di aggiudicazione che ne consentano la piena espressione della capacità progettuale ed organizzativa. Molti hanno cercato, con esiti talvolta forieri di gravi conseguenze anche di tipo penale, di interpretare il citato DPCM nel senso di legittimare forme di affidamento in deroga alle norme contenute nel CCP. Tale prassi, a ben vedere dannosa per gli interessi degli stessi soggetti che hanno inteso o che intenderebbero avvalersene, è fortunatamente destinata ad essere superata dalla ormai prossima attuazione delle recenti Direttive Comunitarie in tema di appalto e di concessione.

Anche lo specifico regime stabilito dalla vigente normativa nazionale e comunitaria per i servizi sociali (che sono da considerare "contratti esclusi" dall'applicazione del CCP nella sua integralità, in quanto indicati nell'allegato IIB del Codice), anche esso oggetto di frequenti stravolgimenti nella sua concreta applicazione, è destinato ad essere superato dall'imminente recepimento della Direttive Comunitarie relative agli appalti ed alle concessioni. Del resto, i citati stravolgimenti applicativi avrebbero ben potuto essere facilmente evitati se si fosse tenuto conto della chiara "comunicazione interpretativa" della Commissione U.E. 2006/C 179/02.

Non va però trascurato il fatto che il vigente CCP contiene disposizioni che, se adeguatamente valorizzati, potrebbero offrire notevoli spazi di innovazione negli affidamenti ora in esame; si tratta dell'articolo 2 che afferma, tra l'altro, che "Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile" e dell'articolo 69 che afferma che "Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con

i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali”.

Ma è nelle nuove Direttive Comunitarie che possiamo trovare gli spunti più interessanti al fine di individuare possibili spazi di innovazione anche per gli affidamenti.

In particolare (e nel timore che il Legislatore nazionale non avrà l'accortezza di tener conto di tutto quanto affermato dalle Direttive nei “considerando) che sono in esse contenuti, va osservato che la nuova Direttiva Appalti contiene alcuni “considerando” di fondamentale importanza al fine di individuare “spazi di innovazione” nei rapporti fra pubbliche amministrazioni e soggetti del Terzo Settore nell'esercizio della funzione sociale e nella gestione dei servizi.

Con riferimento a questo ultimo profilo, ricordiamo il 114° “considerando”, che evidenzia, tra l'altro, che le pubbliche amministrazioni sono libere di fornire i servizi anche con modalità che non comportino la conclusione di contratti di appalto, ad esempio con il semplice loro finanziamento oppure con la concessione di “licenze o autorizzazioni” (alias: con l'accreditamento) “a tutti gli operatori economici aventi i requisiti”, a condizione, ovviamente, che non vengano fissati “limiti o quote” (alias: con accreditamento “aperto”).

Il 42° “considerando” chiarisce che va perseguita maggiore flessibilità nelle procedure di affidamento con negoziati, a condizione che si rispettino i principi fondamentali; il successivo 47° “considerando” afferma che ricerca e innovazione (anche sociale) sono veri e propri motori della crescita e che dunque è opportuno utilizzare strategicamente gli appalti per stimolare l'innovazione ed affrontare le sfide a valenza sociale, anche con specifiche procedure per partnership a lungo termine per lo sviluppo ed il successivo acquisto di servizi.

A tali due “considerando” corrispondono, nell'ordine due norme dispositive: gli articoli 27 e 29 della Direttiva, che disciplinano, rispettivamente, la procedura competitiva con negoziato (novità assoluta, che dovrebbe por fine ad ogni incertezza alle modalità per la c.d. “coprogettazione” ove la stessa sfoci in un contratto di appalto) e il “partenariato per l'innovazione” (anche questa rilevante per la finalità di cui si è appena detto).

Anche la radicale scomparsa, nella nuova Direttiva Appalti, dell'allegato IIB è fatto di grande rilevanza in quanto con essa scompare il regime “derogatorio” per gli appalti di servizi sociali, sostituito dall'innalzamento della soglia di rilievo comunitario a 750.000 euro.

Infine, sempre con riferimento all'appalto di servizi, sono di grande interesse il 93° ed il 94° “considerando” che consacrano la possibilità di effettuare procedure di gara a prezzo fisso (e quindi, con valutazione della sola qualità), con possibilità di valutare al fine dell'aggiudicazione anche il profilo “soggettivo” della qualità del personale che sarà effettivamente addetto all'appalto.

Nella nuova Direttiva Appalti, però, il profilo di maggiore, straordinario interesse al fine di individuare spazi di innovazione va ricercato nella seconda parte del 4° “considerando” e 7°.

Con riferimento al primo dei due, è di eccezionale interesse riscontrare che lo stesso offre un prezioso “assist” alla realizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 della Costituzione, art. 3 del T.U. sull'Ordinamento degli Enti Locali n. 267/2000); il “considerando” ora in esame, così recita:

“(…) La normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all’acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico (…). Inoltre, il semplice finanziamento, in particolare tramite sovvenzioni, di un’attività che è spesso legata all’obbligo di rimborsare gli importi percepiti qualora essi non siano utilizzati per gli scopi previsti, generalmente non rientra nell’ambito di applicazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici.”

Ora, non vi è possibilità di equivocare circa la compatibilità con l’ordinamento comunitario di rapporti pubblico / privato che consistano in partnership (nella programmazione, nella progettazione e nella gestione) che non comportino alcun trasferimento economico oppure che comportino trasferimenti aventi rilevanza economica (in denaro o in altra forma) ma che non costituiscano un corrispettivo, bensì strumento per il sostegno delle “autonome iniziative” delle formazioni sociali di cui parla l’articolo 118 della Costituzione; a condizione, ovviamente, che non si tratti di formali qualificazioni del rapporto, ma di reale contenuto dello stesso, che deve essere non solo nominalmente ma anche sostanzialmente diverso dall’appalto e dalla concessione del servizio; tale condizione si avvera certamente quando i trasferimenti coprano soltanto lo squilibrio fra le entrate e le uscite previste per l’attuazione del progetto, all’ulteriore condizione che tale divario sia oggetto di puntuale verifica ex post, con restituzione delle utilità economiche che fossero, eventualmente, state trasferite in eccesso.

La conclusione degli accordi di collaborazione pubblico / privato cui si è appena fatto cenno, potrà concretizzarsi in accordi procedurali ai sensi dell’articolo 11 della legge n. 241/1990, sostitutivi del provvedimento di attribuzione dei benefici economici di cui si è detto.

Sotto l’aspetto procedurale va, infine, ricordato, che tali accordi (che potremmo significativamente chiamare “patti di sussidiarietà”, come fatto dalla Regione Liguria con la legge regionale n. 42/2012 agli articoli 28 e seguenti) dovranno rispettare i principi generali del procedimento individuati dalla legge n. 241/1990, e in particolare i principi di trasparenza, parità di trattamento, ecc.: principi cui è estraneo quello di concorrenza/competizione che, invece, caratterizza indefettibilmente le procedure relative agli appalti ed alle concessioni. Si apre così la strada ad innovativi processi relazionali e procedimenti amministrativi fondati sulle sinergie e sulle collaborazioni anziché sulla contrapposizione degli interessi.