

Welfare

marzo | aprile
2018
NUMERO 2

LOGGI

Rivista bimestrale - Anno XXIII - sped. in a.p. - 45%, art. 2, comma 20/b, legge 662/96 - DCI Umbria ISSN 1825-1633

FOCUS

► VERSO L'AMMINISTRAZIONE COLLABORATIVA (come non morire di appalti)

POLITICHE

Ce lo chiede l'Europa
(di combattere la povertà)

ESPERIENZE

Un ponte tra ospedale e territorio

Innovazione e sfide organizzative
della coprogettazione

Sguardi e memorie dell'umanità
in fuga

STRUMENTI

La Riforma del Terzo settore avanza
(un po' per volta)

Segregazione. È una brutta parola
(ma la segregazione esiste ancora)

Sindrome da ipomobilità:
come operare nei diversi
luoghi di cura

VOCI DAL SOCIALE

Innovare il welfare partendo
dai diritti

Da 35 anni l'unica in Italia



EXPOSANITA'

MED • CARE • INNOVATION

21ª mostra internazionale al servizio della sanità e dell'assistenza

18 | 19 | 20 | Tutti i Saloni

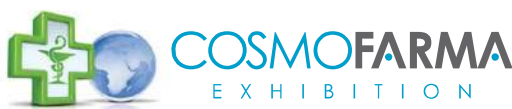
Solo: Horus, Mit, Primo Soccorso | **21 aprile 2018**
BolognaFiere

ACQUISTA ONLINE IL TUO BIGLIETTO INGRESSO

Registrati per ottenere un ticket* al costo di **15,00** euro
anziché a ~~25,00~~ euro

*Il biglietto è valido come abbonamento,
consente l'accesso diretto in fiera per le 4 giornate di manifestazione.

Il 20 e 21 aprile in contemporanea con



Seguici su



In collaborazione con



www.exposanita.it

Progetto e direzione



Gruppo **techniche nuove**

FOCUS – VERSO L'AMMINISTRAZIONE COLLABORATIVA

a cura di Gianfranco Marocchi

- 4** Pubbliche amministrazioni e Terzo settore tra competizione e collaborazione
Gianfranco Marocchi
- 9** Le diverse forme di relazione pubblico-privata nell'organizzazione dei servizi sociali e di welfare
Silvia Pellizzari
- 14** Fin dove si può spingere la concorrenza senza causare danni invece che vantaggi?
Carlo Borzaga
- 19** Una nuova stagione. Il Codice del Terzo Settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le pubbliche amministrazioni
Felice Scalvini
- 26** I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica
Luciano Gallo

POLITICHE

- 33** Ce lo chiede l'Europa
Daniele Ferrocino

ESPERIENZE

- 41** Progetto Bridge: un ponte tra ospedale e territorio per mettere al centro i bisogni della persona con disabilità motoria
Elena Chiara, Riccardo Biella, Giovanna Oliva, Tiziana Redaelli, Verdiana Morando
- 47** La co-progettazione dei servizi di welfare sociale: innovazione, dilemmi istituzionali e sfide organizzative
Paolo Rossi, Monica Colombo
- 53** Umanità in fuga: sguardi e memorie
Emiliana Baldoni, Monia Giovannetti

STRUMENTI

- 59** Terzo settore: i passaggi e i tempi di attuazione della riforma
Luca Degani, Silvia D'Angelo
- 64** Segregazione? Che brutta parola!
Giovanni Merlo
- 68** La gestione della sindrome da ipomobilità nei diversi luoghi di cura
Marina Simoncelli, Lucia Paoloni, Franco Pesaresi

VOCI DAL SOCIALE

- 75** Innovare il welfare partendo dai diritti
Andrea Bernardoni

Welfare OGGI

DIRETTORE RESPONSABILE
MANLIO MAGGIOLI
DIRETTORE SCIENTIFICO
CRISTIANO GORI

DIRETTORE
GIANFRANCO MAROCCHI
gianfranco.marocchi@co-blu.it

REDAZIONE
CARLO ANDORLINI
EDOARDO BARBAROSSA
GIOVANNI MERLO
MAURIZIO MOTTA
MASSIMO NOVARINO
FRANCESCA PAINI
FRANCO PESARESI
GIULIO SENSI
ANTONINO TRIMARCHI

CONSULENTE EDITORIALE
LORENZO TERRAGNA

RESPONSABILE EDITORIALE
FRANCESCO SINIBALDI
fsinibaldi@maggioli.it

CONTATTI
welfareoggi@gmail.com

Grazie ed Emanuela Lustro per la
collaborazione alla rilettura dei testi

Progetto Grafico
Alessandro Dante
Niki Caragiulo
Vladan Saveljic

Registrazione
Presso il tribunale di Rimini dell'8.9.1995
al n. 15/95

Stampa
Maggioli S.p.a. Santarcangelo
di Romagna (RN)



in collaborazione con



www.co-blu.it

Amministrazione e diffusione

Maggioli Editore è un marchio
Maggioli S.p.a.
Via del Carpino, 8
47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
www.periodicimaggioli.it

Servizio Clienti

tel. 0541/628242 – fax 0541/622595
e-mail: clienti.editore@maggioli.it
www.periodicimaggioli.it

Pubblicità

MAGGIOLIADV

Concessionaria di Pubblicità
per Maggioli S.p.a.
Via del Carpino, 8
47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
tel. 0541/628736-531 – fax 0541/624887
e-mail: maggioliadv@maggioli.it
www.maggioliadv.it

Filiali

Milano

Via F. Albani, 21 – 20149 Milano
tel. 02/48545811 – fax 02/48517108

Bologna

Piazza VIII Agosto – Galleria del Pincio, 1
– 40126 Bologna
tel. 051/229439-228676
Fax 051/262036

Roma

Piazza delle Muse, 8 – 00197 Roma
tel. 06/5896600
Fax 06/5882342

Bruxelles (Belgium)

Avenue d'Auderghem, 68
1040 Bruxelles
Tel. +32 27422821
international@maggioli.it

Tutti i diritti riservati

È vietata la riproduzione anche parziale
del materiale pubblicato senza autorizza-
zione dell'Editore. Le opinioni espresse
negli articoli appartengono ai singoli auto-
ri, dei quali si rispetta la libertà di giudizio.
I singoli autori si rendono responsabili
di tutto quanto riportato, di ogni riferi-
mento, delle autorizzazioni alla pubbli-
cazione di grafici, figure, ecc. L'autore
garantisce la paternità dei contenuti invia-
ti all'Editore, manlevando quest'ultimo da
ogni eventuale richiesta di risarcimento
danni proveniente da terzi che dovessero
rivendicare diritti su tali contenuti.

Maggioli S.p.a.

Azienda con Sistema Qualità
certificato ISO 9001:2008
Iscritta al registro operatori
della comunicazione

CONDIZIONI

Dl ABBONAMENTO 2018

I prezzi 2018 dell'abbonamento
annuale alla rivista "Welfare Oggi"
sono i seguenti:

> rivista in formato cartaceo + digitale
Euro 195,00

> rivista in formato digitale
Euro 102,00 (comprensivo dell'IVA
al 4% da versare all'Erario)
Il prezzo di una copia cartacea
della rivista è di **Euro 42,00**
Il prezzo di una copia cartacea
arretrata è di **Euro 45,00**

I Privati e Liberi professionisti

inclusi **Cooperative Sociali** e
soggetti del Terzo settore possono
attivare un abbonamento annuale
alla rivista "Welfare Oggi" in formato
cartaceo + digitale a **Euro 80,00** e in
formato digitale a **Euro 59,00**

L'abbonamento alla rivista

"Welfare Oggi" dà diritto a
ricevere **gratuitamente i seguenti**
Servizi On line:

- Archivio Storico digitale dei
precedenti numeri della rivista
- I Video corsi online di PA Digitale
channel

Per ulteriori informazioni e per
scoprire le promozioni attive visiti il
sito **www.periodicimaggioli.it**.

Il pagamento dell'abbonamento può
essere effettuato con il bollettino di
c.c.p.n. 31666589 intestato a Maggioli
S.p.a. - Periodici - Via del Carpino,
8 - 47822 Santarcangelo di Romagna
(RN)
oppure on line collegandosi al sito
<http://shop.periodicimaggioli.it>.

La rivista è disponibile anche nelle
migliori librerie.

In mancanza di esplicita revoca, da co-
municarsi in forma scritta entro il termi-
ne di 45 giorni successivi alla scadenza
dell'abbonamento, la Casa Editrice, al
fine di garantire la continuità del servizio,
si riserva di inviare il periodico anche per
il periodo successivo. La disdetta non
sarà ritenuta valida qualora l'abbonato
non sia in regola con tutti i pagamenti.
Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli
della rivista non costituiscono disdetta
dell'abbonamento a nessun effetto.
I fascicoli non pervenuti possono essere
richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni
dopo la ricezione del numero successivo.

Welfare Oggi, nato nel 2011 raccogliendo l'eredità di
Servizi Sociali Oggi, è stato ideato da **Cristiano Gori**

VERSO L'AMMINISTRAZIONE COLLABORATIVA

a cura di Gianfranco Marocchi

INDICE FOCUS

- | | | | |
|-----------|---|-----------|--|
| 4 | Pubbliche amministrazioni e Terzo settore tra competizione e collaborazione
Gianfranco Marocchi | 19 | Una nuova stagione. Il Codice del Terzo Settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le pubbliche amministrazioni
Felice Scalvini |
| 9 | Le diverse forme di relazione pubblico-privata nell'organizzazione dei servizi sociali e di welfare
Silvia Pellizzari | 26 | I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica
Luciano Gallo |
| 14 | Fin dove si può spingere la concorrenza senza causare danni invece che vantaggi?
Carlo Borzaga | | |

PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E TERZO SETTORE TRA COMPETIZIONE E COLLABORAZIONE

Gianfranco Marocchi [*]

IL BIVIO

Il punto di partenza della riflessione condotta in questo Focus può essere rappresentato simbolicamente da un bivio.

Ferme restando le caratteristiche fondamentali che ispirano l'azione della pubblica amministrazione – il perseguimento dell'interesse pubblico, l'efficacia, la trasparenza, la parità di trattamento tra i soggetti con i quali si relaziona – davanti agli Enti pubblici con responsabilità istituzionali nell'ambito del welfare si aprono due strade rispetto a come relazionarsi con gli Enti di Terzo settore. Ciascuna di queste due strade è coerente con una concezione della sostanza di questo rapporto.

Se, ci si muove nell'ottica dell'affidamento di servizi verso un fornitore cui è richiesto di eseguire una prestazione definita e quindi di una competizione tra soggetti tra loro concorrenti e controinteressati rispetto alla pubblica amministrazione, la strada è quella dell'affidamento attraverso una gara di appalto.

Se, viceversa, a partire dall'identità di finalità tra Enti pubblici e Terzo settore ribadita dalla legge 106/2016 – la "Riforma del Terzo settore" ci si muove nell'ambito di relazioni collaborative, gli stessi principi generali prima richiamati sono realizzati attraverso un procedimento amministrativo promosso dalla pubblica amministrazione al fine di includere entro gli orientamenti delle politiche pubbliche – e auspicabilmente integrare tra loro – le risorse del territorio; ciò significa, nella pratica, dare vita ad un lavoro comune tra Enti pubblici ed Enti di Terzo settore (e tra Enti di Terzo settore tra loro) per condividere la lettura dei bisogni, definire gli obiettivi, elaborare la programmazione degli interventi, individuare le risorse a tal fine necessarie, per giungere quindi alla progettazione e infine alla realizzazione dei concreti interventi da attivare.

DUE PARADIGMI

Le due possibilità sopra richiamate – acquisto di servizi sul mercato o collaborazione per finalità condivise – fanno riferimento, da un punto di vista amministrativo, rispettivamente al d.lgs. 50/2016, il Codice dei contratti pubblici, per quanto riguarda l'acquisto di servizi e alla legge 241/1990 sul procedimento amministrativo per quanto riguarda gli strumenti collaborativi; fermi restando i principi generali che ispirano l'azione amministrativa già richiamati, queste due opzioni sono a fondamento di azioni amministrative che differiscono in modo sostanziale per presupposti e intenti, in un caso coerenti con un paradigma competitivo, nell'altro con un paradigma collaborativo.

All'interno del paradigma competitivo, la pubblica amministrazione acquista beni o servizi, dei quali ha definito le caratteristiche, dal migliore offerente sul mercato; nel paradigma collaborativo suscita, riconosce, coordina le energie presenti sul territorio utili ad affrontare un determinato problema, eventualmente allocando anche a tale scopo, se necessario, delle proprie risorse utili a potenziarle affinché gli obiettivi condivisi siano meglio perseguiti.

All'interno del paradigma competitivo l'esito dell'affidamento è un processo di selezione in cui i potenziali partecipanti sono concorrenti, uno dei quali risulta infine vincitore; all'interno del paradigma collaborativo l'esito – auspicabile – è l'integrazione e la ricombinazione innovativa delle risorse portate da più soggetti, pur senza escludere che, qualora tale processo concertato fallisca, l'amministrazione riservi a sé la facoltà di selezionare alcuni partecipanti escludendone altri.

Nel paradigma competitivo la pubblica amministrazione e il partecipante ad una gara che interloquiscano sulle caratteristiche del servizio generalmente commettono un reato (o, quantomeno, si sospetta che lo commettano, ipotizzando che un privato voglia orientare a suo vantaggio le caratteristiche di un affidamento); nel pa-

[*] Direttore di Welfare Oggi.

radigma collaborativo è fondamentale e fondante il fatto che, nella massima trasparenza, pubblica amministrazione e soggetti della comunità locale discutano sui bisogni e sulle modalità di risposta.

LA COLLABORAZIONE, QUESTA SCONOSCIUTA

Perché, dunque, un Focus dedicato a questo tema?

Il motivo fondamentale è che, malgrado una pubblica amministrazione abbia ottimi motivi – li elencheremo in seguito – per adottare strumenti di tipo collaborativo, la poca abitudine ad utilizzare le pur consolidate procedure che la governano porta, come per riflesso condizionato, a scegliere la strada più nota e praticata la più rassicurante per il dirigente pubblico, quella dell'affidamento di servizi; o a considerare gli strumenti collaborativi al più come opzione residuale, da adottare solo per interventi di piccole dimensioni o per ambiti molto specifici; o ancora, a considerare, erroneamente, gli strumenti collaborativi come una sorta di *escamotage border line* per semplificare gli aggravi burocratici degli appalti.

Ciò è errato, su più fronti.

Gli strumenti dell'amministrazione collaborativa non sono *border line*, ma – se realizzati nelle modalità rigorose ben illustrate nell'articolo di Luciano Gallo – scelte pienamente legittime e consolidate nel nostro impianto normativo.

Non sono *escamotage* per semplificare gli adempimenti burocratici, ma esiti – peraltro impegnativi in primo luogo rispetto alla costruzione sostanziale del partenariato e al cambiamento di mentalità che ciò implica – di una concezione del welfare come frutto di sforzi congiunti di più soggetti che si si riconoscono reciprocamente sulla base dell'identica *mission* e che dunque dismettono le vesti del controinteresse (nei confronti della Pubblica Amministrazione) e della competizione (con le altre organizzazioni di Terzo settore) per vestire quelli della collaborazione.

PERCHÉ COLLABORARE

I motivi per i quali la collaborazione costituisce un esito auspicabile – laddove autentico, si intende – sono molteplici e riguardano sia i vantaggi della collaborazione che gli svantaggi della competizione, entrambi aspetti ripresi e sviluppati dagli autori di questo focus.

La competizione – lo sottolinea bene Carlo Borzaga – non ha portato con sé gli auspicati vantaggi in termini di risparmio economico, ma decadimenti nella qualità

delle prestazioni, peggioramento delle condizioni di lavoro, *crowding out* dei soggetti migliori (quelli attenti alla qualità e all'innovazione, spesso costose e non premiate dai meccanismi di gara) a vantaggio dei soggetti più spregiudicati, disinvestimento nei servizi (è improbabile investire se si ha la prospettiva di essere sostituiti in breve tempo da altri), distruzione di risorse sociali potenzialmente integrabili in un sistema di interventi, ma sconfitte nella competizione, poca propensione a “fare sistema” (dal momento che le proprie risorse, capacità e relazioni sono un capitale “privato” da giocare nell'agone competitivo e non da mettere a disposizione di soggetti che risultano essere potenziali concorrenti), progressivo svilimento delle organizzazioni di Terzo settore che tendono a mortificare la partecipazione alla programmazione e alla progettazione dei servizi concentrandosi sulla gestione.

La collaborazione, al contrario, è molto più coerente con la cultura del welfare: come è possibile concepire il “sistema integrato” cui fa riferimento la 328/200, laddove i pezzi che compongono il sistema fossero costituiti da soggetti tra loro mutualmente ostili? La collaborazione è inoltre in sintonia con le strategie di intervento sociale che fanno generalmente riferimento a un universo concettuale (il lavoro di rete, il partenariato, gli interventi sistemici) basato sull'azione di una pluralità di soggetti tra loro cooperanti. La collaborazione presenta i vantaggi speculari alle mancanze prima addebitate alla competizione: favorisce l'investimento e il conferimento di risorse per delineare al meglio il sistema degli interventi.

“ADDOMESTICARE” LA COMPETIZIONE?

A fronte di questo quadro non stupisce il fatto di avere talvolta notizia di pubbliche amministrazioni che, pur non scegliendo esplicitamente forme collaborative per mancanza di confidenza con i relativi strumenti amministrativi, tentano di volgere in “salsa collaborativa” strumenti competitivi. Insomma, a fare un appalto “perché così è trasparente e inattaccabile”, cercando però poi di orientare le carte per prefigurare un esito la cui auspicabilità è stata definita in luoghi laterali al procedimento stesso. E ciò – evidentemente illegale – non per malaffare, interessi personali, economici o di contiguità politica, ma con la percezione che tale esito corrisponda al bene comune, ma che non vi siano modi per perseguirlo se non “addomesticando” un appalto. Cosa che magari regge provvisoriamente, per portare poi ad esiti disastrosi. Quanti “Lavoriamo insieme, tanto poi la gara la vincete voi” detti in completa buona fede, ancorché

completamente estranei ad ogni principio di legalità abbiamo sentito in questi anni? E quante volte, se non alla prima occasione alla seconda o alla terza, si sono create invece le condizioni perché tale improponibile promessa dovesse essere disattesa, con conseguente perdita di fiducia tra i soggetti coinvolti?

Anche senza arrivare a tali situazioni (queste sì *border line*, anzi, pur con le migliori intenzioni, spesso molto oltre il *border*), quante volte è accaduto che un ente convochi un tavolo di co-progettazione con l'intenzione di porre poi il servizio frutto del lavoro comune in appalto, per poi constatare con rammarico che la partecipazione del Terzo settore è stata (per motivi che non vi è nemmeno bisogno di spiegare) deludente? O invece, guardando una situazione simile con gli occhi del Terzo settore, di avere investito in una co-progettazione con la legittima aspettativa di essere coinvolti nella gestione dei servizi, constatando poi che l'esito della successiva gara ha premiato un soggetto estraneo; e maturando quindi la determinazione a non perdere più tempo e soldi a coprogettare, ma a "fare come gli altri" aspettando che la gara sia bandita e investendo piuttosto in un consulente che sappia confezionare al meglio il progetto?

Tutto ciò accade quando, in servizi la cui cultura e la cui natura sono intrise di logiche collaborative, gli amministratori pubblici ritengono di non poter fare altro che adottare strumenti competitivi.

COLLABORARE È IMPEGNATIVO!

Dunque, in molti casi, vi sono ottimi motivi per verificare l'opportunità di procedere secondo una modalità collaborativa.

Ma, se da una parte si può senza timore di smentita affermare la piena cittadinanza degli strumenti amministrativi collaborativi, sarebbe imprudente non vedere i rischi – sostanziali prima ancora che giuridici – che ciò comporta.

Potrebbe avvenire ad esempio che il tavolo di co-progettazione diventi nei fatti il luogo di ripartizione tra i partecipanti delle risorse esistenti; questo esito, prima ancora che allarmare da un punto di vista della trasparenza, racconta di uno strumento collaborativo di cui è stata distorta la finalità autentica, che non è quella di salvaguardare le posizioni dei partecipanti, ma di mobilitare le loro risorse verso un obiettivo migliorativo per l'interesse generale. E questo può richiedere – spesso richiede, quando si entra nell'ottica dell'innovazione – di ricombinare le risorse proprie e quelle di altri soggetti del territorio, di rinunciare a posizioni acquisite, se respon-

dono a bisogni non più prioritari, di rivedere gli assetti di ciascuno nell'ottica di interessi generali. Gli strumenti collaborativi hanno senso nel momento in cui tutti i partecipanti – il soggetto pubblico e quelli di Terzo settore – si avvicinano con la medesima disponibilità a rimettersi in discussione.

Ma il fatto di disporsi ad agire in questo modo non è per nulla scontato.

Più di due decenni di appalti hanno reso desueta, in molti soggetti di Terzo settore, la propensione a collaborare (al di fuori, si intende, di partenariati contingenti basati sulla convenienza per la propria impresa, cosa che non necessariamente coincide con la ricerca dell'interesse generale); ha fatto perdere a molte organizzazioni risorse preziose di cui disponevano, in primo luogo il volontariato e i legami con le rispettive comunità; spesso scontri in occasione di gare possono aver generato tensioni, sfiducia e qualche volta anche contenziosi aperti tra più soggetti del Terzo settore o tra questi e le pubbliche amministrazioni. E le tensioni, per loro stessa natura, sono pervasive: è difficile che due soggetti possano con serenità e fiducia reciproca coprogrammare e coprogettare relativamente ad un certo ambito di servizio mentre in un altro ambito sono impegnati in una disputa legale all'ultimo ricorso. E il paradigma collaborativo difficilmente può fare a meno di fiducia e di propensione alla collaborazione, che sono capitali preziosi, rari e fortemente deperibili, soprattutto se messi alla prova da anni di competizione.

Ma al di là di possibili eventi conflittuali, il punto è che, anche a livello di mentalità, il consolidarsi di un assetto di mercato può avere orientato soggetti di Terzo settore – in particolare i grandi *player* – verso mentalità acquisitive e arrembanti, che mirano alla supremazia della propria azienda piuttosto che alla crescita del sistema nel suo complesso. Li ha spinti a privilegiare gli interessi della propria impresa, mettendo in secondo piano quelli dei destinatari.

Da parte dell'ente pubblico è poi necessario un capovolgimento di vedute radicale; la responsabilità istituzionale, in un paradigma collaborativo, non è esercitata attraverso il governo diretto dell'articolazione dei servizi, ma, in primo luogo e ogni volta che sia possibile, animando, potenziando e coordinando le risorse presenti sul territorio; ciò ha come corollario anche un'autentica revisione degli stili di *governance*, orientati a condividere letture, poteri e scelte, a stimolare e integrare piuttosto che a esercitare potere.

Insomma, tutto ciò ci fa comprendere come transitare da un assetto competitivo ad uno collaborativo non sia

un passaggio da affrontare con leggerezza, sia per la necessità di maneggiare adeguatamente la relativa cassetta degli attrezzi giuridica, sia – e ancor più – per guidare, spesso con pazienza infinita, i processi sociali che accompagnano questa transizione, spesso annichiliti dalla lunga abitudine alla competizione.

IL CAMMINO DEGLI STRUMENTI COLLABORATIVI

Nonostante queste criticità, i paradigmi collaborativi, oltre ad avere ora ricevuto un indubbio rafforzamento dalla Riforma del Terzo settore, sono fortemente radicati nella storia dei servizi del nostro Paese.

Anticipando alcuni dei contenuti dell'articolo di Silvia Pellizzari, la legge 328/2000 e il successivo d.P.C.M. del 30 marzo 2001 avevano delineato lo strumento delle istruttorie di co-progettazione per servizi sperimentali e innovativi; la *ratio* è, in quel caso, che la novità del servizio rende arduo per l'amministrazione definire *a priori* le caratteristiche dell'intervento, risultando invece consigliabile riunire pubbliche amministrazioni e Terzo settore in un tavolo comune per dare insieme forma alla risposta ad un bisogno sociale. Questo strumento, negli scorsi quindici anni, è stato recepito da una decina di Regioni italiane e riconosciuto, nella sua legittimità, dall'ANAC.

Ma le istruttorie di co-progettazione originate dalla legge 328/2000 non sono state l'unico strumento collabora-

tivo: si pensi ad esperienze locali come i patti di sussidiarietà della Regione Liguria (l.r. 42/2012), o – pur se, solitamente, su interventi con caratteristiche di spontaneità e informalità – agli oltre 130 comuni che in quattro anni hanno approvato un "Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni" a partire dal modello proposto da Labsus (www.labsus.org). Il fondamento della strumentazione pattizia è diverso da quello delle istruttorie di co-progettazione derivate dalla 328/2000, non si basa sulla sperimentaltà ma sul riconoscimento – coerente con l'art. 118 della Costituzione ("Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà") – di un'autonoma iniziativa della società civile che è interesse pubblico sostenere e integrare nelle politiche pubbliche di intervento. Questi e altri strumenti, si evidenzia nel contributo di Felice Scalvini, possono essere da una parte rafforzati e dall'altra collocati in una luce nuova a seguito della Riforma del Terzo settore, che aggiunge un terzo (e assorbente) fondamento per gli strumenti collaborativi, costituito dall'identità di fini tra Enti pubblici e Terzo settore, da cui scaturisce (non solo per l'ambito del welfare, ma in tutti i settori di interesse generale) la scelta di coprogrammare e coprogettare coinvolgendo i soggetti di Terzo settore accreditati, riconosciuti cioè per la loro natura e il loro impegno sul settore oggetto di coproget-

Strumento	Fondamenti	Limiti di utilizzo
1. Istruttorie di co-progettazione basate su 328/2000 e sull'Atto di indirizzo sui rapporti tra enti pubblici e terzo settore (dpcm 30/3/2001 , art. 7) per «interventi innovativi e sperimentali»	Sperimentaltà e innovatività dell'intervento	Non utilizzabile se l'intervento è consolidato
2. Strumenti basati sul sostegno sussidiario di iniziative realizzate dalla società civile (es. patti di sussidiarietà)	Autonomia della società civile nel realizzare gli interventi con risorse proprie	Non utilizzabile se le risorse sono tutte o in grande prevalenza della PA
3. Possibili nuovi strumenti basati su identità di finalità e mission tra enti pubblici e Terzo settore (art. 55, d.lgs 117/2017)	Natura «pubblicistica» della mission del Terzo settore analoga a quella della PA	-

tazione, come partner dell'amministrazione; per questo motivo l'opzione collaborativa diventa, come opportunamente richiamato da Scalvini, la "prima scelta", una sorta di approdo naturale delle relazioni tra Enti pubblici e Terzo settore.

QUINDI, IL FOCUS

In conclusione, e riannodando il filo del discorso che sarà sviluppato in questo Focus, questa breve presentazione evidenzia in primo luogo, come richiamato più estesamente nell'articolo che segue di Silvia Pellizzari, che a disposizione dell'amministratore locale che si rapporta con organizzazioni di Terzo settore vi siano una pluralità di strumenti, da scegliere, combinare e configurare sulla base degli intenti effettivi dell'amministrazione stessa.

Successivamente si passerà, grazie al contributo di Carlo Borzaga, ad evidenziare come la scelta più diffusa,

quella dell'affidamento tramite gara di appalto, sia nella maggior parte dei casi una scelta inadatta ad individuare la soluzione che meglio interpreta l'interesse generale, per i motivi che già qui si è provato a richiamare sinteticamente.

Si passa dunque ad esaminare la seconda strada possibile, quella degli strumenti collaborativi; e lo si fa in questa sede concentrandosi in particolare, grazie al contributo di Felice Scalvini su come il Codice del Terzo Settore consenta di collocarli in un quadro che li rafforza e li legittima sino a farli diventare per un Ente pubblico l'opzione preferibile – ogni qual volta sia possibile con autenticità – per rapportarsi con il Terzo settore.

Luciano Gallo, infine, approfondisce, anche da un punto di vista tecnico, come procedere con strumenti collaborativi in modo coerente e rispettoso della normativa di riferimento: non il codice degli appalti, ma le disposizioni in merito di procedimento amministrativo e quindi la legge 241/1990.

Sei un Ente che gestisce servizi di welfare e vuoi approfondire i contenuti di questo focus e capire quali strumenti diversi dalle gare di appalto puoi utilizzare? Chiedi informazioni su



**“Strumenti per
l'amministrazione collaborativa”**

**Percorso formativo e di accompagnamento
per Enti pubblici che vogliono collaborare con il Terzo settore**

È possibile coprogrammare, coprogettare e in generale utilizzare strumenti amministrativi basati sul principio di collaborazione anziché i tradizionali strumenti fondati sulla competizione come le gare d'appalto.

Strumenti per l'amministrazione collaborativa è un percorso formativo e di affiancamento per Enti locali che vogliono adottare strumenti amministrativi collaborativi pienamente compatibili con le vigenti normative per relazionarsi con il Terzo settore; un percorso che accompagna gli Enti sia nella predisposizione degli strumenti amministrativi (bandi, deliberazioni, ecc.), sia nella gestione del percorso sociale di coprogettazione.

Strumenti per l'amministrazione collaborativa è condotto da Gianfranco Marocchi, Direttore di Welfare Oggi, e Luciano Gallo, avvocato amministrativista.

Per contatti e informazioni: blu@co-blu.it – <http://www.co-blu.it>

LE DIVERSE FORME DI RELAZIONE PUBBLICO-PRIVATA NELL'ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI SOCIALI E DI WELFARE

Forme competitive e forme collaborative a confronto

Silvia Pellizzari [*]

1. PREMESSA

In Italia le amministrazioni pubbliche hanno da sempre fatto ricorso a convenzioni e accordi con gli organismi del Terzo settore al fine di acquistare prestazioni sociali e di affidare loro l'organizzazione e la gestione dei servizi alla persona.

Nonostante il ruolo decisivo assunto da questo settore per lo sviluppo della comunità e per l'inclusione degli individui che la compongono, uno degli elementi maggiormente problematici di queste forme di affidamento e/o collaborazione riguarda la necessità di districarsi tra una pluralità di fonti normative delle quali non sempre risultano chiari opportunità e limiti di utilizzo e per le quali risulta difficile ricomporre un quadro organico. Ad esempio, un Comune che volesse concludere un accordo con una cooperativa sociale per la progettazione e gestione di un servizio sociale a sostegno di famiglie dove sono presenti minori a rischio dovrebbe confrontarsi con una pluralità di regole e di modelli molto diversi fra loro, con il conseguente rischio di incorrere in confusioni e dubbi sul piano applicativo e di operare, così, scelte non appropriate.

Allo stato attuale, il disorientamento potrebbe anche aumentare se l'amministrazione pubblica non volesse semplicemente acquistare una prestazione o un servizio ben definiti che il mercato è in grado di offrirle, ma volesse seguire una logica partecipativa e collaborativa e stimolare di conseguenza idee progettuali, più o meno innovative, da parte del Terzo settore le quali andranno poi condivise e armonizzate con gli interessi pubblici in gioco.

Nel primo caso predomina, infatti, una logica non collaborativa, ma competitiva e l'ente pubblico deve fare riferimento alle regole in materia di contratti pubblici di appalto (o di concessione) contenute oggi nel d.lgs. n. 50/2016, c.d. Codice degli appalti, che ha modificato il precedente d.lgs. n. 163/2006.

Più in linea con gli strumenti collaborativi è invece quanto previsto dalla l. 8 novembre 2000, n. 328 e dal decreto attuativo d.P.C.M. 30 marzo 2001, che si riferisce al sistema integrato dei servizi sociali considerando un sistema di attori pubblici e privati in grado di cooperare tra loro per una finalità comune di interesse generale.

L'impostazione collaborativa pare oggi rafforzata da alcune indicazioni contenute nella recente riforma del Terzo settore di cui al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e, in particolare, all'art. 55 relativo al rapporto tra Enti pubblici ed Enti di Terzo settore in settori che possono essere anche molto diversi e più ampi rispetto alle tradizionali attività socio-assistenziali e ai servizi alla persona.

Questa premessa non sarebbe, però, completa se non si facesse riferimento alle norme regionali e locali dove si possono prevedere forme ulteriori di collaborazione e co-progettazione. Il Comune dell'esempio sopra riportato potrebbe, infatti, guardare con interesse a strumenti analoghi ai Patti di sussidiarietà disciplinati dalla l.r. della Liguria 6 dicembre 2012, n. 42 (Testo unico delle norme sul Terzo settore) o alle procedure di co-progettazione previste in Lombardia dalla determina dirigenziale regionale n. 12884 del 2011 recante "Indicazioni in ordine alla procedura di co-progettazione fra comuni e soggetti del Terzo settore per attività e interventi innovativi e sperimentali nel settore dei servizi sociali".

Questa pluralità di fonti costituisce da una parte una ricchezza, un insieme di strumenti ciascuno adattabile

[*] Lavora presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento e collabora con Euricse occupandosi delle tematiche relative alle forme di partenariato pubblico-privato, alle procedure ad evidenza pubblica e alla gestione e organizzazione dei servizi di interesse pubblico generale

a specifiche esigenze e, all'occorrenza, almeno in parte tra loro integrabili; ma dall'altra può rappresentare un insieme intricato e poco decifrabile, di fronte al quale l'Ente, per timore di sbagliare, è portato a scegliere le strade più note e frequentate (generalmente la gara d'appalto), senza ragionare sul fatto che esse costituiscano o meno l'opzione più adeguata.

In questo articolo si proverà appunto a ricostruire questo quadro, offrendo dei criteri di orientamento.

E a tal fine, occorre tener conto di alcune variabili che possono facilitare il loro inquadramento giuridico. Il punto di partenza è dato dal fatto che, indipendentemente dal nome giuridico che viene attribuito al singolo patto o al singolo accordo, vale sempre la pena indagare la funzione che l'amministrazione attribuisce all'iniziativa di collaborazione e alcuni profili legati alla regolazione economica del rapporto in gioco.

2. LA LOGICA COMPETITIVA: IL MODELLO CLASSICO DEL CONTRATTO PUBBLICO E LE DISPOSIZIONI RILEVANTI IN MATERIA DI APPALTI

Nella misura in cui l'amministrazione è titolare della funzione e della responsabilità di garantire un servizio sociale nei confronti della collettività, è possibile che il rapporto con i soggetti privati segua lo schema giuridico dell'affidamento "classico", secondo il quale l'organizzazione e la gestione delle prestazioni, individuate dall'autorità nelle loro caratteristiche essenziali, sono affidate a un operatore economico (non profit, ma anche for profit) già operante in quel particolare mercato.

A tal fine l'autorità pubblica competente deciderà a monte di prevedere un prezzo che sarà, salvo ribassi, corrisposto a chi farà l'offerta migliore e che diventerà così la parte contraente. Come è noto, le norme in materia di evidenza pubblica derivano in parte dall'ordinamento dell'Unione europea e impongono che la scelta del contraente avvenga a seguito di una procedura selettiva più o meno aperta e concorrenziale. Le regole applicabili nel dettaglio dipendono dal valore economico del contratto e dalla sua maggiore o minore rilevanza transfrontaliera.

In ogni caso, è necessario rispettare alcuni principi comuni alle diverse procedure per l'aggiudicazione del contratto, vale a dire quelli di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, non discriminazione e rotazione tra gli operatori potenzialmente interessati.

Il nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), che ha recepito la direttiva dell'Unione 2014/24/UE, disciplina le procedure di aggiudicazione dei contratti in materia di servizi sociali in un apposito capo. In conformità

a quanto previsto a livello europeo, se in questo settore economico è necessario procedere all'aggiudicazione di un contratto di appalto di importo pari o superiore a 750.000 euro, il regime giuridico da seguire risulta piuttosto alleggerito rispetto a quello previsto per le altre tipologie di servizi. La ragione risiede nella constatazione che i servizi sociali e i servizi alla persona hanno una scarsa dimensione transfrontaliera, in quanto vengono generalmente prestati in ambiti territorialmente limitati e caratterizzati da particolari caratteristiche socio-culturali, essenzialmente legate alla tradizione storica propria di ciascuna comunità.

In tale regime speciale si prevede anche la possibilità di riservare la partecipazione alle gare di appalto ad organizzazioni che: i) abbiano come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla natura delle prestazioni oggetto di selezione; ii) reinvestano i profitti per il perseguimento delle proprie finalità o iii) li redistribuiscano su considerazioni partecipative. Infine, le strutture di gestione o proprietà di queste organizzazioni private devono essere basate su principi di azionariato dei dipendenti o, comunque, partecipativi, ovvero devono richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.

Se il valore del contratto è inferiore alla soglia comunitaria, si aprono, poi, diverse opzioni: nel caso in cui il valore sia inferiore ai 40.000 euro è possibile l'affidamento diretto, salvo il rispetto dei principi di rotazione e trasparenza in ragione dei quali, alla scadenza del contratto, l'amministrazione dovrà rendere esplicite le ragioni che giustificano un nuovo affidamento allo stesso soggetto.

Nel caso invece in cui il valore del contratto si collochi tra i 40.000 e i 750.000 euro, sarà possibile ricorrere ad una procedura negoziata informale previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, che sono stati, per esempio, già accreditati. Anche in questo caso, tuttavia, dovrà essere rispettato un criterio di rotazione degli inviti. In entrambe le ipotesi da ultimo descritte non si può escludere che la prestazione oggetto del contratto sia il frutto di un confronto tra l'ente pubblico e il soggetto (o i soggetti) coinvolti i quali possono apportare le loro competenze e la loro progettualità. L'amministrazione dovrà però concludere il contratto soltanto con uno dei proponenti.

Per comprendere quando un accordo o una convenzione siano riconducibili al modello contrattuale e debbano essere conclusi secondo le regole sopra descritte, è

necessario fare riferimento alla natura economica della relazione e, quindi, al prezzo dedotto nel contratto, che deve rendere quest'ultimo "a titolo oneroso". Salvo espressa previsione legislativa di tenore contrario, si presume infatti che il prezzo di aggiudicazione, accettato dal soggetto privato (anche non profit), superi i costi del servizio e generi quindi un profitto in quel determinato scambio rendendo quest'ultimo "a titolo oneroso". In linea generale si può dire che rispondano alla logica competitiva anche ipotesi in cui le amministrazioni acquistano prestazioni sociali da soggetti, precedentemente qualificati o accreditati, attraverso la corresponsione di tariffe. Nella prassi giuridica si tratta molto spesso di un particolare utilizzo dello strumento giuridico, ben più ampio e complesso, dell'accredimento tale per cui i Comuni corrispondono ai soggetti accreditati tariffe per le prestazioni erogate nell'ambito della programmazione regionale e locale e sulla base di requisiti precisati dalle leggi regionali. In questo contesto l'istituto del previo accreditamento consente di accertare che le attività acquistate corrispondano a determinati livelli qualitativi.

Al sistema di accreditamento viene dunque collegato un sistema di acquisto delle prestazioni da parte dell'amministrazione, sulla base di tariffe che vengono predeterminate da quest'ultima e la cui corresponsione può dipendere anche dalla conclusione di accordi paracontrattuali o di collaborazione per l'erogazione delle prestazioni dove sono stabilite le tipologie, le quantità, nonché le modalità di erogazione, di verifica e di controllo dei servizi forniti.

3. LA LOGICA COLLABORATIVA: FORME PATTIZIE DI COLLABORAZIONE E DI CO-PROGETTAZIONE

Come visto, anche gli strumenti giuridici che si ispirano a una logica competitiva possono assicurare oggi un equo bilanciamento tra principi di concorrenza e valori sociali, valorizzando, ove possibile, il ruolo degli Enti di Terzo settore che, per esempio, possono essere invitati alle negoziazioni per contratti che non superano la soglia comunitaria.

Tuttavia, il nostro ordinamento promuove anche una logica diversa, che possiamo definire propriamente collaborativa, e che si esprime ogniqualvolta la pubblica amministrazione e i soggetti della società civile organizzata riconoscono di perseguire analoghe finalità di interesse generale. In contesti di questo tipo gli stessi soggetti privati non si considerano come concorrenti rispetto a un dato mercato (dato per esempio dalla conclusione del contratto pubblico di appalto), ma sono disposti an-

che a condividere idee e progettualità per realizzare finalità condivise.

Non è un caso, quindi, che negli anni più recenti si siano sviluppate nuove forme di relazione e collaborazione tra Enti pubblici e soggetti del Terzo settore per l'organizzazione e la progettazione di servizi sociali.

Tali accordi, che sono del tutto alternativi rispetto alle procedure selettive e non possono costituire un tentativo di aggiramento delle stesse, attuano direttamente il principio di sussidiarietà orizzontale, ex art. 118, comma 4 della Costituzione, e sono rivolti a coordinare le azioni dei soggetti pubblici e di uno o più soggetti privati in vista del perseguimento di un fine comune (es. l'organizzazione di un determinato servizio sociale con certi caratteri e livelli qualitativi).

Una prima ipotesi teorica, meno problematica sul piano dell'interpretazione giuridica, si pone quando tali accordi sono conclusi a "titolo gratuito", il che non esclude vi siano comunque sinergie organizzative tra la sfera pubblica e i soggetti privati o che parte del personale pubblico amministrativo sia destinato alla gestione e attuazione del progetto o, ancora, che le parti del rapporto investano risorse proprie nella realizzazione dell'iniziativa.

Affinché la relazione sia considerata a titolo gratuito ed escluda così, senza alcun dubbio, ogni possibile interferenza con le regole in materia di appalti e contratti pubblici, è necessario che non vi sia alcun pagamento a titolo di corrispettivo rispetto ad una prestazione o a un servizio da parte del soggetto pubblico nei confronti dei soggetti privati. Come si vedrà di seguito rispetto a quest'ultima ipotesi va distinto il caso in cui l'amministrazione riconosca o metta a disposizione un contributo a favore dei soggetti del Terzo settore, in quanto questa fattispecie è del tutto compatibile con la logica collaborativa e con l'ordinamento giuridico.

Da un punto di vista tecnico-giuridico, accordi di questo tipo, indipendentemente dal nome che viene loro attribuito da eventuali leggi regionali o regolamenti locali, sono riconducibili alla figura più generale degli accordi pubblici o amministrativi tra soggetti pubblici e privati, disciplinati dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990, cd. legge generale sull'azione amministrativa. Tale disposizione consente che l'amministrazione nell'esercizio della propria attività e nell'espletamento delle proprie funzioni di pubblico interesse possa concludere accordi con soggetti privati interessati. Tali accordi vincolano le sue successive determinazioni o, addirittura, le possono sostituire. In particolare, gli accordi diventano veri e propri "accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi" quando sono accompagnati dall'erogazione di contributi.

In questi casi, l'accordo di collaborazione sostituisce il provvedimento di erogazione del contributo e il procedimento per la sua conclusione dovrà conformarsi anche a quanto stabilito dall'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici nel rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità.

Nei singoli casi, quindi, il procedimento-tipo potrebbe strutturarsi come segue.

Generalmente l'iniziativa può partire dai privati o dalle organizzazioni della società civile o dalla stessa amministrazione che dovrebbe stimolare, magari con un avviso pubblico, gli organismi del Terzo settore a impegnarsi nella realizzazione di un intervento di interesse pubblico, evidenziando altresì le risorse economiche e di altro genere disponibili e necessarie per contribuire alla miglior realizzazione dell'iniziativa. Come anticipato si tratta di risorse che sono chiamate ad integrare quelle già conferite dai soggetti di Terzo settore proponenti e che non devono essere un corrispettivo per l'attività prestata. I soggetti del Terzo settore possono aver costituito sin dall'inizio o dar vita nel corso della procedura a una rete che integra una pluralità di soggetti del territorio.

Se la pubblica amministrazione riconosce che l'iniziativa o la proposta formulata a seguito del suo invito è in linea con le sue strategie di intervento e con il perseguimento dell'interesse pubblico si perviene alla conclusione di un accordo (di collaborazione) con il quale le parti si vincolano e che definisce gli interventi di supporto all'azione amministrativa presentati dai privati proponenti e/o negoziati direttamente con l'amministrazione interessata.

È importante ricordare che nell'avviso con cui l'amministrazione stimola i soggetti del Terzo settore a presentare proposte e iniziative, così come nella motivazione che dovrà accompagnare la conclusione dell'accordo di collaborazione, l'Ente pubblico dovrà indicare in modo trasparente le voci di spesa alle quali il contributo erogato va imputato (es. acquisto o noleggio di materiali strumentali, beni di consumo necessari per lo svolgimento dell'attività e costi relativi a servizi necessari per l'organizzazione degli interventi).

Allo schema appena descritto in termini generali vanno ricondotti, per esempio, i patti di sussidiarietà di cui alla legge regionale Liguria 6 dicembre 2012, n. 42 (Testo unico delle norme sul Terzo settore), che infatti richiama espressamente gli accordi di diritto pubblico di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241. In particolare, l'art. 30 della legge regionale prescrive che "le azioni per il sostegno dell'impegno dei privati senza finalità di profitto, iscritti nelle competenti sezioni del Regi-

stro regionale [...] consistono nella messa a disposizione, da parte della Regione, degli enti locali, degli enti del settore regionale allargato [...], di risorse economiche, organizzative e/o finanziarie a fronte dell'impegno a partecipare ai processi di co-progettazione dei servizi e degli interventi e/o alla loro autonoma realizzazione, anche in collaborazione con le organizzazioni pubbliche, nell'ambito della programmazione sociale locale". Per accedere al sostegno istituzionale, l'impegno partecipativo dei soggetti del Terzo settore deve prevedere la loro disponibilità a mettere a disposizione risorse economiche, organizzative e finanziarie proprie o autonomamente reperite in una percentuale minima (per esempio il 30%) che consenta la compartecipazione alle spese complessive necessarie per la realizzazione del progetto.

Si precisa, infine, che gli impegni assunti dalle parti devono essere formalizzati attraverso gli accordi con cui si preveda eventualmente la concessione dei benefici. Deve in ogni caso intendersi esclusa la corresponsione, sotto qualsiasi forma, di utilità economiche sostanzialmente riconducibili a corrispettivi per la fornitura di servizi o di beni o a trasferimenti connessi alla concessione di pubblici servizi.

Analogo ragionamento può essere svolto per altre forme di co-progettazione a cui molte realtà territoriali hanno fatto ricorso (es. Brescia, Crema, Reggio Calabria e molti altri).

Se si esaminano i casi lombardi si può agevolmente notare che la determina dirigenziale regionale n. 12884 del 2011, recante "Indicazioni in ordine alla procedura di co-progettazione fra comuni e soggetti del Terzo settore per attività e interventi innovativi e sperimentali nel settore dei servizi sociali", afferma chiaramente che "la co-progettazione non è riconducibile all'appalto di servizi e agli affidamenti in genere". In questo caso, rispetto all'esempio ligure, la co-progettazione lombarda si basa essenzialmente sull'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 attuativo della l. 328 del 2000 il quale si riferisce a interventi innovativi e sperimentali che richiedono soluzioni non reperibili nel mercato e specifici percorsi di approfondimento del contesto per rispondere a bisogni ed esigenze non ancora consolidati.

Per rimanere coerenti con l'impianto collaborativo è importante che, in sede applicativa, le amministrazioni utilizzino questo strumento giuridico per selezionare, previa pubblicazione di un avviso, i soggetti cui compete la formulazione dell'idea progettuale da sviluppare, senza che sia tuttavia previsto un prezzo a base d'asta per la prestazione da erogare. In caso contrario, vi è infatti il rischio che, in sede contenziosa, la procedura

venga ricondotta a una procedura ad evidenza pubblica analoga a quella prevista per la conclusione di un contratto d'appalto (v. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza n. 1080 del 2014, che infatti per inquadrare giuridicamente l'istituto ha richiamato espressamente l'art. 27 del previgente Codice dei contratti pubblici).

4. LA PORTATA GENERALE DELLA LOGICA COLLABORATIVA: L'IMPORTANZA DELLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE PER IL FUTURO

Indipendentemente dalla previsione di strumenti di collaborazione a livello regionale, il richiamo all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 consente sempre alle pubbliche amministrazioni di concludere accordi di questo tipo.

Da ultimo questa facoltà pare confermata dalla riforma del Terzo settore che indica un chiaro *favor* per meccanismi collaborativi che vadano nella direzione espressa nel paragrafo precedente.

In particolare all'art. 55 del d.lgs. 117/2017 si prevede che anche in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione e responsabilità dell'amministrazione le autorità pubbliche assicurino il coinvolgimento attivo degli organismi del Terzo settore nello svolgimento delle funzioni di programmazione e organizzazione, a livello territoriale, degli interventi e dei servizi di interesse sociale e generale attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa.

La fase di co-programmazione è finalizzata all'individuazione da parte dell'amministrazione responsabile dei bisogni da soddisfare, degli interventi potenzialmente necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili. La fase di co-progettazione è, invece, finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti in sede di programmazione.

Al fine di realizzare al meglio entrambe le fasi la pubblica amministrazione individua gli enti del Terzo settore con cui attivare un partenariato anche mediante forme di accreditamento e nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento che consentano agli aspiranti partner di conoscere gli obiettivi generali e specifici dell'intervento, le sue caratteristiche essenziali e i criteri da soddisfare.

La riforma è tanto più significativa se si considera che il suo ambito di applicazione si estende oltre le attività tipicamente socioassistenziali e i servizi alla persona comprendendo, solo per fare alcuni esempi, attività in

materia di salvaguardia dell'ambiente e delle risorse naturali, valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, commercio equo e solidale, accoglienza umanitaria, agricoltura sociale e housing sociale (sul punto si veda in particolare l'art. 5 del decreto legislativo).

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Volendo tirare le fila del percorso svolto e riprendendo l'esempio ipotizzato in premessa, il Comune che volesse concludere un accordo con una cooperativa sociale per la progettazione e gestione di un servizio sociale a sostegno delle famiglie con minori a rischio dovrebbe innanzitutto chiarire le finalità che intende perseguire con lo strumento giuridico prescelto rispetto al contesto in cui si trova ad operare.

Se rispetto ai bisogni individuati sa di trovare nel mercato prestazioni adeguate rispetto alle quali è in grado di ipotizzare un giusto prezzo, potrebbe essere conveniente seguire una logica competitiva e valorizzare i margini di flessibilità che oggi la normativa in materia di contratti pubblici prevede per gli affidamenti dei servizi sociali. Se il valore del contratto è inferiore alla soglia comunitaria, fissata per questi servizi a 750.000 euro, l'ente locale potrebbe invitare soggetti appartenenti al Terzo settore e negoziare con loro, presi singolarmente, il contenuto delle prestazioni e il prezzo definitivo, aggiudicando il contratto a chi presenterà l'offerta considerata migliore.

Se, invece, in una logica del tutto diversa – non competitiva, ma collaborativa – il Comune vuole individuare soluzioni innovative e/o consentire che più organizzazioni trovino soluzioni condivise, anche dando vita a una rete tra loro, potrà fare ricorso a procedure meno formalizzate che conducano alla conclusione di accordi di diritto pubblico o amministrativo diretti al perseguimento di un pubblico interesse. Tali accordi, che possono essere differentemente qualificati e disciplinati dalle leggi regionali, possono essere ricondotti alla disciplina di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 e sono, quindi, uno strumento giuridico a disposizione dell'amministrazione interessata anche indipendentemente dalla norma regionale o locale *ad hoc*.

Affinché si mantenga la netta separazione tra strumenti competitivi e strumenti collaborativi, sul piano strettamente giuridico, occorre che l'eventuale contributo economico messo a disposizione dall'amministrazione nella fase esecutiva dell'accordo o erogato direttamente ai soggetti partner non sia qualificabile come prezzo o corrispettivo della prestazione o del servizio.

FIN DOVE SI PUÒ SPINGERE LA CONCORRENZA SENZA CAUSARE DANNI INVECE CHE VANTAGGI?

IL CASO EMBLEMATICO DEI SERVIZI SOCIALI

Carlo Borzaga [*]

CONCORRENZA E APPALTI, LA NUOVA RELIGIONE

Le pubbliche amministrazioni, nel garantire servizi socio-sanitari ed educativi e più in generale servizi di interesse pubblico, ricorrono in misura sempre maggiore a soggetti privati e di Terzo settore, che si trovano così ad avere un ruolo di grande rilievo nel garantire ai cittadini l'accesso a servizi che rappresentano un inderogabile dovere istituzionale per le pubbliche amministrazioni e che sono alla base del riconoscimento alle stesse del potere di imposizione fiscale.

Le modalità con cui questi rapporti sono stati implementati sono cambiate nel tempo in linea con il progressivo aumento delle unità di offerta, con la necessità di soddisfare con risorse limitate una domanda crescente di servizi e sulla base delle indicazioni del diritto comunitario che prevede anche nell'affidamento di servizi sociali (con eccezioni limitate) il rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Secondo l'orientamento prevalente, da questi principi, in particolare da quelli di parità di trattamento e non discriminazione, consegue che la forma giuridica degli operatori economici debba considerarsi irrilevante e che, salvo espressa previsione da parte del legislatore comunitario, non sia consentito il ricorso a gare riservate o trattative dirette.

Sul punto la Corte di Giustizia europea ha sostenuto che

ogni forma di *partnership* tra un'amministrazione pubblica e un'organizzazione senza scopo di lucro debba essere gestita secondo le procedure di evidenza pubblica salvo nel caso in cui il corrispettivo sia limitato alla pura copertura dei costi necessari per lo svolgimento del servizio.

Nonostante i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza possono essere rispettati adottando varie procedure e nonostante in molti casi gli affidamenti non solo ad associazioni ma anche a cooperative e a imprese sociali – che a oggi sono in Italia il principale produttore di questi servizi – non coprano che i meri costi – soprattutto se ai costi diretti si aggiungono quelli indiretti e gli ammortamenti (che queste imprese facciano chissà quali profitti è una convinzione tanto diffusa quanto priva di evidenza empirica) –, in Italia si è progressivamente imposta la modalità che tra tutte simula maggiormente il mercato concorrenziale: quella dell'appalto. Si è cioè sposata la tesi che l'appalto sia, tra tutte quelle possibili, la modalità in grado di garantire – anche nel settore dei servizi sociali, sanitari e di interesse generale – non solo la massima concorrenza e con essa il rispetto dei principi del diritto comunitario, ma anche la massima efficienza e il conseguente contenimento della spesa. Di conseguenza – nonostante precedentemente alla diffusione del ricorso all'appalto la gran parte della produzione di servizi sociali socio-assistenziali e socio-sanitari fosse di fatto gestita con generale soddisfazione da organizzazioni senza scopo di lucro – si è optato per la massima apertura ai potenziali offerenti, indipendentemente dalle loro caratteristiche dimensionali e societarie, inclusa l'eventuale limitazione nella distribuzione di utili o nella tipologia di proprietari. Inoltre, per evitare possibili valutazioni che tenessero conto dei fattori sopra richiamati o di altre valutazioni basate su preferenze prive di giustificazione economica, si è progressivamente ridot-

[*] Professore ordinario di Politica Economica dal 2001 presso la Facoltà di Economia dell'Università di Trento. È Presidente di Euricse – European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises e Coordinatore del Master in Gestione di Imprese Sociali (GIS); è membro fondatore e consigliere del network Emes (The Emergence of Social Enterprise in Europe); ha presieduto Iris Network (Istituti di Ricerca sull'Impresa Sociale) dalla sua fondazione sino al 2016. È direttore scientifico della rivista "Impresa Sociale" ed è membro del Comitato Editoriale di diverse riviste tra cui Economia e Lavoro, Revue des études coopératives mutualistes et associatives, Social Enterprise Journal.

ta la discrezionalità delle amministrazioni affidatarie. Dopo oltre vent'anni – il primo atto normativo che travasò con forza la logica degli appalti nei servizi socio-assistenziali è il d.lgs. 157/1995 – in cui la concorrenza e gli appalti sono diventati lo strumento più utilizzato per affidare servizi alla persona, ci si dovrebbe aspettare di godere dei risultati positivi associati a questi strumenti: maggiore qualità dei servizi a vantaggio dei destinatari, risparmi per la pubblica amministrazione a parità di servizio offerto, espulsione dal mercato degli operatori peggiori.

I RISULTATI

I risultati non sono invece in linea con queste aspettative. Anzi.

Anche se – pur in tempi in cui sembra che la “valutazione di impatto sociale” sia destinata a diventare la nuova bussola in grado di guidare sia le politiche sociali che le organizzazioni che le implementano – non sono disponibili analisi sistematiche degli esiti dell'applicazione del sistema degli appalti, le molte situazioni segnalate in convegni, seminari e dibattiti, oltre che sui media, sembrano più che sufficienti a formulare un giudizio complessivamente negativo.

In molti casi infatti è stata lamentata una riduzione della qualità dei servizi, sono risultate penalizzate le unità di produzione a vocazione più locale e più attente ai bisogni delle rispettive comunità a favore di unità di offerta di grandi dimensioni, prive di radicamento territoriale, che propongono spesso servizi standardizzati e di bassa qualità; sono spesso denunciate situazioni caratterizzate da una riduzione talvolta anche molto rilevante della qualità del lavoro – sino a casi decisamente censurabili dal punto di vista dei diritti dei lavoratori – e una contrazione della propensione all'innovazione, con un appiattimento dell'offerta sulle condizioni minime indispensabili per vincere l'appalto. Tutto ciò senza che, se si includono tra i costi anche quelli dovuti alla gestione del processo – compresi quelli dei ricorsi contro le decisioni delle commissioni e quelli dei controlli –, vi sia una qualche evidenza di un effettivo risparmio di spesa. L'insoddisfazione per il modo in cui sono gestite le procedure di affidamento ai privati di servizi sociali da parte delle amministrazioni pubbliche non è comunque solo un fenomeno italiano, ma interessa tutti i Paesi europei, inclusi quelli come l'Inghilterra e la Francia con pubbliche amministrazioni più efficienti di quella italiana; e le critiche sono ovunque più o meno le stesse di quelle riportate in questo articolo, il che sarebbe sufficiente ad avviare una seria riflessione sull'opportunità

di applicare ai servizi sociali i principi generali su cui è stato fondato il mercato unico.

LE CONTROMISURE E IL LORO FALLIMENTO

Per contenere tali conseguenze negative si è recentemente cercato di agire sia da parte del Governo, con l'approvazione del Codice degli appalti, sia da parte dell'Anac, con una propria deliberazione; il punto su cui questi atti si concentrano riguarda i criteri di valutazione e di scelta, soprattutto per cercare di tenere conto anche della qualità dei servizi e del progetto di gestione; a tale fine si prevede l'obbligo di applicare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quindi della considerazione congiunta di prezzo ed elementi di qualità, con l'esclusione, almeno formalmente, degli appalti al massimo ribasso.

Sull'efficacia di questi meccanismi è tuttavia possibile nutrire seri dubbi per almeno due ragioni: perché il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa era già applicabile e consigliato in passato, ma è stato ampiamente disatteso nei fatti, e perché si tratta di correttivi difficili da applicare in questo particolare contesto. Gli elementi qualitativi si risolvono infatti generalmente in un elaborato progettuale – sempre più spesso prodotto da professionisti esterni – che: 1) interessa elementi – ad esempio tutti quelli che fanno riferimento alla qualità della relazione che si dichiara di voler instaurare con i destinatari – difficilmente riducibili in forma di elaborato cartaceo e difficilmente verificabili *ex post* e 2) può, senza eccessivi timori di sanzione, azzardare nel “promettere” qualità ben sapendo che contestazioni successive all'aggiudicazione, salvo casi estremi, diventano defatiganti per l'ente che le volesse intentare. Il risultato è spesso – o per un sostanziale appiattimento delle indicazioni progettuali su standard predefiniti, o per lo “scoraggiamento” delle commissioni aggiudicatrici che tendono a parificare i giudizi – un'aggiudicazione degli affidamenti solo o quasi in base al prezzo.

Quello che non si è ancora capito, o voluto capire, è che il problema sta a monte, sta cioè nella scelta di applicare il meccanismo della concorrenza – basata poco o tanto sul prezzo, non importa – ad un ambito come quello dei servizi alla persona. E che il problema si aggrava quando lo si applica in modo acritico non considerando ad esempio che – almeno con riferimento a questo particolare settore – la diversità nelle caratteristiche proprietarie e di *governance* dei soggetti di offerta assume una particolare rilevanza dal punto di vista sia dell'efficienza che della qualità dei servizi stessi.

Le ragioni a sostegno di queste affermazioni sono di due ordini: (i) le diversità tra organizzazioni di offerta che nel settore dei servizi sociali e sanitari sono molto più importanti e incisive di quanto sembra ritenere la Corte di giustizia europea e (ii) le particolari caratteristiche di questi servizi che ne rendono difficile produzione e allocazione secondo logiche concorrenziali, indipendentemente dal fatto che ad acquistarli siano singoli utenti, familiari o amministrazioni pubbliche.

LA FORMA GIURIDICA NON È INDIFFERENTE

Sul primo punto la legislazione e la prassi sia nazionale che comunitaria non tengono adeguatamente conto del senso profondo della diversità dei soggetti di Terzo settore, incluse le imprese sociali impegnati nella erogazione di questi servizi – con o senza sostegno pubblico – e delle conseguenze di tale diversità. Ciò che rende queste organizzazioni di particolare interesse e giustificerebbe un loro diverso trattamento non sono infatti né le dimensioni (punto di riferimento per molte politiche europee), né il vincolo formale alla distribuzione di utili (che come noto è facilmente aggirabile), ma anche e soprattutto gli obiettivi dell'attività imprenditoriale, le particolari forme proprietarie e di *governance* e la composizione delle risorse umane e finanziarie caratterizzata dalla presenza di lavoro gratuito e di donazioni. Tutti aspetti che si ritrovano nella definizione di *Social Business* adottata dalla Commissione europea e nella recente legislazione istitutiva di forme diverse di impresa sociale e di economia solidale di diversi importanti Paesi europei e non solo.

Considerate complessivamente, queste caratteristiche fanno sì che i gestori di servizi qualificabili come imprese sociali o senza scopo di lucro non solo abbiano obiettivi simili o uguali a quelli delle amministrazioni pubbliche – “obiettivi di interesse generale” come recita la recente legge italiana sul Terzo settore – ma contribuiscano in via autonoma e con proprie risorse al raggiungimento di questi obiettivi. Spesso contribuendo con la loro azione a individuare e soddisfare bisogni che per le ragioni più diverse sfuggono alle amministrazioni pubbliche e a inventare nuovi servizi o nuove modalità di organizzarli e gestirli. Poiché una delle condizioni affinché le gare competitive possano funzionare è che le due parti del contratto perseguano obiettivi diversi se non opposti – il prezzo minimo da una parte e quello più alto possibile dall'altra – è intuitivo che esse non possono funzionare correttamente quando invece una delle parti è un'organizzazione senza scopo di lucro, dal momen-

to che in questo caso gli obiettivi dei contraenti in gran parte convergono. E ciò è tanto più vero quando la competizione è aperta – come pare esigere il diritto comunitario – ad organizzazioni che perseguono finalità diverse, sociali alcune e lucrative le altre. Poiché infatti le prime hanno per natura un'attenzione particolare agli esiti sociali dell'attività esse sono inevitabilmente gravate di costi che le seconde possono evitare. Inoltre è del tutto probabile – e ci sono indagini empiriche che lo dimostrano – che, se per poter fare il loro lavoro le organizzazioni a finalità sociale sono costrette a competere, magari solo o soprattutto sul prezzo, è facile che si verifichi il fenomeno del *crowding out* delle motivazioni e cioè che le motivazioni sociali che stanno alla base della partecipazione all'attività di lavoratori, volontari e finanziatori vengano meno perché non valorizzate, con conseguente riduzione delle risorse complessive impiegate nel servizio e quindi delle risorse che una comunità dedica al sostegno dei suoi componenti più deboli. In altri termini – e con buona pace della Corte di giustizia europea – non si può costringere ad operare nello stesso modo soggetti diversi solo perché chi decide non sembra in grado, per cultura e sensibilità, di apprezzare le differenze.

Se poi a queste osservazioni si aggiunge che se, per rendere il processo di scelta il più trasparente possibile, si fissano a monte caratteristiche del servizio molto dettagliate, spesso più coerenti con la cultura e le modalità gestionali delle amministrazioni finanziatrici che con le caratteristiche delle organizzazioni di offerta, il sistema degli appalti produce un danno ulteriore: riduce la varietà dell'offerta e inibisce l'innovazione e la sperimentazione che, pur costando, non assegnano alcun vantaggio nella gara.

L'ASIMMETRIA INFORMATIVA E LE SUE CONSEGUENZE

Sul secondo punto – quello che riguarda le particolari caratteristiche dei servizi sociali, sanitari ed educativi – le questioni che vanno considerate sono almeno di tre ordini. Innanzitutto, si tratta di servizi che presentano in modo pervasivo e rilevante quelli che gli economisti chiamano “fallimenti del mercato”, tra cui in particolare quelli derivanti da asimmetria informativa sia tra utenti e produttori che tra questi e i lavoratori. Si tratta cioè di servizi dei quali è in primo luogo molto difficile per gli utenti valutare la corrispondenza tra prezzo, qualità e utilità, sia prima della decisione di acquisto che nel corso della prestazione. Inoltre (si pensi ai servizi scolastici) l'eventuale uscita dal contratto a seguito del non rispetto delle clausole pattuite è spesso molto costoso.

In queste situazioni le imprese, specie se il loro obiettivo è il profitto, hanno tutta la convenienza a comportarsi in modo opportunistico, offrendo una qualità inferiore a quella promessa o concordata all'atto della stipula del contratto con l'utente o con l'amministrazione pubblica che finanzia l'offerta del servizio, riducendo così i costi senza che né la domanda né i prezzi subiscano variazioni e riuscendo quindi ad aumentare i profitti. Questo problema colpisce in particolare le amministrazioni pubbliche che, non essendo le dirette beneficiarie dei servizi che sono fruiti dai cittadini, per garantire il rispetto dei contratti dovrebbero investire molto più di quanto non facciano ora in costose attività di controllo. Negli scambi tra privati invece ci sono maggiori possibilità di contenere questo tipo di fallimenti: imparando dall'esperienza quando l'utilizzo dei servizi si ripete nel tempo, oppure attribuendo un peso rilevante nella scelta alla reputazione dell'impresa che sarà così incentivata a comportarsi in modo corretto, rispettando promesse e contratti per non perdere i clienti. Questi strumenti non possono invece essere utilizzati se non con difficoltà negli appalti pubblici. Quando anche fosse consentito di tener conto della reputazione (ponendo che essa possa in qualche modo entrare, anche indirettamente, nell'attribuzione di punteggi in procedure basate sul criterio della scelta "economicamente più vantaggiosa") le commissioni si ritroverebbero a gestire un potere discrezionale di cui dovranno dare conto in caso di ricorsi. Inoltre, la possibilità di ricorrere all'esperienza maturata in qualità di acquirente è esclusa dalla stessa regolamentazione che impone di fatto, anche per i contratti sotto soglia, il principio della rotazione. Imponendo questo principio è come se il regolatore dicesse: "adesso che hai finalmente trovato chi ti offre un servizio di qualità, sostituiscilo con uno sconosciuto perché anche lui ha il diritto di entrare sul mercato", antepoendo così incredibilmente un ipotetico diritto delle imprese a quello dei cittadini e altrettanto incredibilmente postulando una sostanziale "indifferenza" – e dunque una sostituibilità – tra un soggetto prestatore e l'altro, con una drammatica svalutazione di ogni elemento di qualità e di esperienza nella realizzazione di un servizio.

IL DEPERIMENTO DELLE CONDIZIONI DI LAVORO

Le asimmetrie informative caratterizzano anche i rapporti tra lavoratori e organizzazione e possono incidere in modo determinate sia sulla qualità dei servizi che sui costi di produzione. Mentre esse sono generalmente gestite attraverso incentivi monetari finalizzati a far

coincidere il più possibile gli interessi dei lavoratori con quelli dei datori di lavoro, in molta parte dei servizi sociali e sanitari, dove le forme classiche di controllo dei lavoratori sono difficilmente applicabili – è difficile applicare controlli standard ad elementi come la qualità della relazione instaurata con i destinatari – le asimmetrie informative possono essere contenute solo attraverso l'impiego di lavoratori particolarmente attenti al valore sociale e non solo economico del loro impegno. Numerose sono ormai le ricerche che hanno dimostrato la capacità sia del settore dei servizi sociali, sia soprattutto delle organizzazioni senza scopo di lucro di attrarre lavoratori con questo tipo di motivazioni e i conseguenti vantaggi, tra cui in particolare riduzione del *turn over* e dei costi dei controlli e aumento della produttività e della flessibilità dell'offerta. Tutti vantaggi che il sistema degli appalti mette in forse. Infatti, poiché si tratta di vantaggi che tendono a manifestarsi e a crescere in presenza di rapporti di lavoro di lungo periodo, essi si riducono o si annullano quando la gestione del servizio è assegnata per un periodo limitato e viene periodicamente messa in appalto con l'invito più o meno esplicito a evitare troppi rinnovi. Il fatto che il nuovo assegnatario sia obbligato ad assumere i lavoratori alle dipendenze del precedente, se da una parte tutela la continuità del posto di lavoro, non impedisce la perdita di tutti questi altri vantaggi, con tutta probabilità soprattutto a discapito della qualità del lavoro e dei servizi.

Sempre con riferimento ai rapporti di lavoro va tenuto conto di un'altra peculiarità del settore, in questo caso condivisa con altri settori a minor rilevanza sociale: quella di caratterizzarsi per l'elevata intensità di lavoro. Questa peculiarità ha almeno due conseguenze: quella di ridurre la competizione solo o quasi sul costo del lavoro e quella di favorire le imprese neocostituite e quindi con meno esperienza. La concorrenza sul costo del lavoro è favorita in Italia dalla molteplicità dei contratti di lavoro che popolano il settore e dall'assenza di un salario minimo di legge. In concomitanza con l'aumento del ricorso agli appalti si è così assistito alla ricerca di assetti societari, forme giuridiche o adesione a contratti di lavoro tese a minimizzare il costo del lavoro con il conseguente deperimento delle condizioni dei lavoratori. Vincono di conseguenza con maggior probabilità le imprese con meno scrupoli nella gestione della forza lavoro e sono sfavorite le imprese che hanno a cuore anche il benessere dei propri lavoratori. I vantaggi per le imprese neocostituite derivano invece dall'influenza sulla struttura delle remunerazioni del principio di anzianità che prevede aumenti automatici del sa-

lario al crescere dell'anzianità di servizio, nonché dalla frequente presenza di incentivi pubblici che diminuiscono il costo del lavoro del personale neoassunto. Ne consegue che le gare competitive finiscono inevitabilmente per favorire i soggetti appena costituiti o comunque con minor esperienza. Con l'ulteriore conseguenza che, anche quando l'impresa subentrante è obbligata ad assumere i lavoratori di quella che gestiva precedentemente il servizio, lo fa offrendo ai lavoratori condizioni che escludono le componenti del salario legate all'anzianità. Nell'affidamento dei servizi sociali la competizione, quindi, non garantisce né efficienza né qualità e porta generalmente a salari inferiori, rischiando di produrre un doppio danno: per gli utenti e per i lavoratori.

I DISINCENTIVI AD INVESTIRE

Sempre rimanendo nell'ambito delle peculiarità del settore dei servizi sociali, sanitari ed educativi occorre tenere presente un'ulteriore diversità rispetto agli altri settori dell'economia, che in questo caso impatta sull'attività di investimento. Nei settori industriali e nella maggior parte dei servizi diversi da quelli qui considerati, gli investimenti in beni strumentali e tecnologie sono fatti direttamente dall'impresa su se stessa e ne influenzano direttamente la competitività in tutte le situazioni in cui si trova ad operare. Di conseguenza in un regime di appalti ci si aspetta che se li aggiudichi l'impresa che ha investito di più e quindi, costringendo le imprese a competere per ottenere le commesse, si contribuisce anche ad aumentare l'efficienza dell'intero sistema. Nel settore dei servizi sociali e sanitari invece sia l'efficienza (intesa come minimizzazione dei costi di produzione) che l'efficacia (in termini di contenimento o riduzione dello stato di bisogno degli utenti) dipendono non tanto da investimenti in beni strumentali e tecnologie, bensì soprattutto se non esclusivamente dagli investimenti sulle relazioni con gli utenti stessi che, a loro volta, sono influenzate dalla qualità del personale impiegato, dall'esperienza dello stesso e dagli investimenti nella sua formazione, che anche quando non comportano uscite nette rilevanti impegnano tempo di lavoro e incidono quindi sui costi. In questi settori quindi anche l'investimento specifico in capitale umano è soprattutto investimento in relazioni dei lavoratori con gli utenti e le comunità di riferimento. Ma le imprese e le organizzazioni che operano in questi settori avranno convenienza a fare investimenti di questo tipo solo in presenza di contratti di fornitura o di bacini di domanda stabili. Il che significa che se ogni due o tre anni c'è il rischio – se

non la certezza – di perdere il contratto viene meno anche l'incentivo a investire non solo, come tutte le altre imprese, sulle infrastrutture, ma anche sulle relazioni con gli utenti e sul personale, con perdita di qualità su ambedue i fronti. Un risultato ben diverso da quelli attesi dai sostenitori della concorrenza.

CONCLUSIONI

Non sembrano quindi esserci dubbi che il ricorso al principio di concorrenza e la sua applicazione attraverso il sistema degli appalti (comunque congegnati) nella formazione di *partnership* tra pubblico e privato ripropongano esattamente o quasi le stesse situazioni in cui il mercato fallisce: mancato rispetto non controllabile dei contratti, bassa qualità dei servizi e soprattutto lavori – e lavoratori – di serie B, poco pagati in un settore di particolare delicatezza. Tutti esiti di cui in genere vengono accusati non le modalità con cui sono gestite le relazioni contrattuali e chi ha il potere di sceglierle – cioè le pubbliche amministrazioni appaltanti – ma le imprese e le organizzazioni sociali che gestiscono, spesso con notevoli sacrifici, i servizi.

Ma non basta. Il ricorso agli appalti ha di fatto un effetto discriminatorio – quindi in contrasto con uno dei principi del mercato comune – a sfavore delle organizzazioni di minori dimensioni che non hanno le risorse per dotarsi di personale dedicato esclusivamente a preparare e seguire le gare d'appalto, ma che sono spesso quelle che per vicinanza al territorio e flessibilità offrono i servizi di maggior qualità e meno standardizzati. Inoltre, rischiano di rimanere non finanziate le organizzazioni che offrono servizi che non sono facilmente "appaltabili" e quindi quelli più innovativi e dove proprio le organizzazioni di Terzo settore sono maggiormente presenti e utili nell'individuare bisogni e innovare l'offerta. La legge sul Terzo settore sembra proporre un cambio di marcia. Infatti, nelle parti in cui tratta dei rapporti tra pubblico e Terzo settore, i principi della trasparenza e della non discriminazione vengono per la prima volta associati non più a quelli della concorrenza o della competizione, ma a quelli della cooperazione e della sussidiarietà. Una possibile interpretazione di questo cambio di rotta è che esso sia una delle conseguenze del pieno riconoscimento del Terzo settore e della valorizzazione delle sue specificità rispetto alle altre istituzioni private. Se questa via sarà seguita con coerenza, la nuova legge potrebbe rappresentare l'occasione per rivedere a fondo tutta la questione delle relazioni tra pubblico e privato nei settori in cui operano le organizzazioni di Terzo settore.

UNA NUOVA STAGIONE. IL CODICE DEL TERZO SETTORE E LE RELAZIONI TRA ENTI DEL TERZO SETTORE E LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Felice Scalvini [*]

IL CODICE E LA RIDEFINIZIONE DEI TERRITORI DEL TERZO SETTORE

Il Codice del Terzo Settore (CTS) e la connesse disposizioni sull'impresa sociale si avviano ad andare a regime. La fase di transizione è accompagnata da diffuse attività di presentazione, analisi, dibattiti circa la nuova normativa. Tanto gli Enti Pubblici (EEPP) quanto gli Enti di Terzo settore (ETS) guardano alla riforma soprattutto dal punto di vista degli adempimenti che sono loro richiesti; e come di consueto in questi casi, gli orientamenti e le deliberazioni conseguenti saranno assunti in prossimità dei termini previsti. Sino ad allora l'attenzione di tutti sarà concentrata soprattutto sulla fase di passaggio.

Vi è però una disposizione nel Codice che non detta termini imperativi e pertanto non è al centro dell'attenzione, ma merita di essere presa in attenta considerazione, trattandosi di uno degli snodi più rilevanti dell'intero codice. Si tratta dell'art. 55, dedicato ai rapporti tra Enti Pubblici e Organizzazioni di Terzo settore, la cui rilevanza va molto al di là del fatto di configurare quali saranno le relazioni tra singoli enti. L'art. 55 va infatti collegato alle caratteristiche fondative alla base della Riforma del Terzo settore.

La scelta del legislatore di promulgare un "Codice" concretizza, anche dal punto di vista della tecnica legislativa, il carattere istituzionale e ordinamentale che va riconosciuto al nuovo apparato normativo. Tra lo "Stato" e il "mercato", con le loro estese e molteplici forme di regolamentazione, il "Terzo settore" non si insinua più come un acquitrinoso insieme di leggi speciali non ben coordinate, ma come un nuovo e ben definito spazio istitu-

zionale, legittimato e retto da una legge di livello primario, un "Codice", appunto. Un territorio nuovo si è creato. Là dove sino ad oggi si erano mossi nell'esplorazione soprattutto economisti e sociologi, che ne segnalavano l'emersione e la sempre maggiore rilevanza, e si era insediato qua e là qualche avamposto normativo, configurando nel complesso uno spazio aggregato perifericamente ad ambedue i grandi spazi istituzionali – quello pubblico e quello privato – e di conseguenza attraversato dal non ben decifrabile confine tra i due, è intervenuta in forma costituente la forza della legislazione positiva. Il Terzo settore ha ricevuto pari riconoscimento e si trova oggi a vedere definiti, secondo quanto disposto da vari articoli del Codice, i propri confini tanto con l'area pubblica quanto con quella privata mercantile. Con l'articolo 55 viene poi regolato il nuovo sistema di rapporti con la Pubblica Amministrazione (PA) che scaturisce sia dalla nuova definizione dei confini, sia dalle caratteristiche specifiche dei soggetti che operano all'interno del nuovo spazio: gli Enti del Terzo settore.

UNA SCELTA CON RADICI PROFONDE

Per comprendere appieno la portata, credo epocale, del riassetto istituzionale determinatosi con la promulgazione del Codice e le conseguenze che possono determinarsi, soprattutto riguardo agli sviluppi futuri, vanno considerate innanzitutto le dinamiche remote, le linee di trasformazione profonde, che hanno portato sin qui. Due in particolare.

La prima ha visto nel corso degli ultimi decenni una straordinaria crescita e una profonda trasformazione dell'insieme dei soggetti oggi confluiti sotto l'unificante definizione di ETS, registrata dalle successive rilevazioni dell'Istat e da molteplici dati di ricerca. È pur vero che, come talvolta si osserva, una parte della progressione del Terzo settore registrata dai dati Istat potrebbe essere dovuta

[*] Leader storico della cooperazione sociale e del Terzo settore. Docente all'Università di Trento e direttore della rivista *Impresa sociale*. Assessore al welfare del Comune di Brescia.

all'affinamento delle tecniche di rilevazione, ma la serie storica rimane impressionante. In quarant'anni, dal 1980 al 2010, le organizzazioni rilevate dall'Istat sono passate da 57.000 a 301.000 (+ 530%) e gli addetti da 165.000 a 680.000 (+ 410%). E lo sviluppo non accenna a interrompersi, come risulta dai dati del Censimento permanente recentemente presentati sempre dall'Istat, che rilevano al 31 dicembre 2015 336.000 enti e 780.000 addetti, con una crescita rispettivamente del +11,6% e del +15,8% rispetto al 2011. La colonizzazione di un sempre più rilevante spazio sociale ed economico da parte degli ETS è sotto gli occhi di tutti, anche se non completamente percepita. Raramente le persone hanno infatti la consapevolezza di come una parte rilevante dei soggetti con i quali entrano in contatto nel corso della vita quotidiana, siano Enti del Terzo settore. Riguardo a ciò l'obbligo di denominazione e l'istituzione del Registro unico previsti dal Codice, aiuteranno sicuramente a costruire una maggiore consapevolezza diffusa.

Non solo di crescita s'è trattato, ma anche di ampliamento degli spazi operativi, fenomeno in buona misura connesso alla prepotente irruzione della dimensione economico-commerciale. L'impresa sociale, in particolare nella forma pilota della cooperazione sociale, ma non solo, ha conquistato al Terzo settore spazi operativi un tempo non considerati. Il lungo elenco delle attività, contenuto nell'art. 5 del Codice, dà conto, più di qualsiasi altra considerazione, degli esiti della dinamica espansiva che ha caratterizzato il Terzo settore. La sostanziale coincidenza di tali attività con quelle definite dal decreto sull'impresa sociale conferma inoltre quanto sia stato e continui ad essere rilevante il contributo della componente "market" allo sviluppo del Terzo settore. Campi di attività, ma anche numeri: secondo quanto emerso dal Censimento del 2011 oltre il 66,3% degli occupati nel settore non profit opera nei 20.431 ETS (meno del 6% del totale delle organizzazioni censite) per i quali la componente commerciale delle entrate supera il 50% e che hanno almeno un addetto; inoltre gli enti di Terzo settore con lavoratori dipendenti crescono dal 2011 al 2015 di circa 14 mila unità, pari al 32%, crescita quasi tripla rispetto a quella della generalità degli enti di Terzo settore (Istat, *Censimento permanente delle Istituzioni non profit. Primi risultati*) pubblicato on line il 20 dicembre 2017.

Accanto alla crescita, all'espansione e alla diversificazione verso la dimensione imprenditoriale, vi è una seconda dinamica che va letta e considerata per meglio comprendere il processo legislativo e ipotizzarne, se possibile, gli esiti futuri. Si tratta della progressiva istituzionalizzazione del principio di sussidiarietà.

Sono note le radici nel pensiero e nel magistero cattolico dell'idea che l'individuo e le formazioni sociali intermedie, dove liberamente ciascuno sviluppa la propria cittadinanza nell'interesse della collettività, cominciando dalla famiglia, non possano né essere sostituite né esaurirsi nello Stato. Anzi da questo debbano essere riconosciute, promosse e sostenute, così da creare un sistema sociale ed economico in grado di garantire ad un tempo libertà e sostegno alle azioni con finalità e impatto sociale di tutti i cittadini. Altrettanto noto è che questo principio, nel suo profilo cosiddetto "orizzontale", cioè relativo al rapporto Stato-universo dei soggetti privati, è considerato presente sin dall'origine nella nostra Costituzione, grazie al riconoscimento delle diverse formazioni sociali intermedie presente in vari articoli. Però è con la riforma costituzionale del 2001 che esso diviene norma esplicita grazie al quarto comma dell'art. 118, in forza del quale "sulla base del principio di sussidiarietà" Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni sono tenuti a "favorire l'autonoma iniziativa di cittadini singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale". Quelle "Attività di interesse generale" minuziosamente dettagliate all'articolo 5 del Codice. Caratteristica dei processi legislativi costituzionali è di generare normalmente effetti solo col passare del tempo. Sia inducendo la rilettura delle leggi esistenti, sottoposte a una prova di resistenza circa la compatibilità col nuovo quadro costituzionale, sino all'eventuale giudizio della Corte costituzionale. Sia, più propriamente, con l'emanazione di leggi ordinarie attuative del dettato superiore. Per quanto concerne il comma 4 dell'art. 118 della Costituzione, il Codice del Terzo Settore costituisce probabilmente la prima legge ordinaria espressamente attuativa, come testimoniano i rinvii espliciti, in particolare quello dell'art. 1, che in parte ne ripete esattamente la formulazione e quello all'esordio del primo comma dell'art. 55.

È dunque in attuazione del principio di sussidiarietà che risultano costruiti sia l'impianto complessivo del Codice, sia la regolamentazione dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e ETS. Ed è questo riferimento che deve guidare la lettura, l'interpretazione e l'attuazione di quanto disposto in particolare dall'art. 55 in combinazione con gli altri articoli, soprattutto quelli del Titolo 1.

UNA FASE COSTITUENTE DA COMPLETARE

Il Codice giunge dunque come esito finale di diverse dinamiche trasformative che nel corso degli ultimi decen-

ni hanno attraversato la società, l'economia, le istituzioni. Non è esente da limiti e imperfezioni, anche marcate, ma va riconosciuto che, complessivamente, rappresenta un passo in avanti poderoso, che credo sia andato ben oltre le attese particolari di molte singole realtà che adesso con esso debbono fare i conti.

Proprio questa caratteristica "costituente" rappresenta la questione principale di questo momento. Essa infatti sfida una molteplicità di soggetti – tanto del Terzo settore, quanto nell'ambito pubblico o privato mercantile – ad assumere un approccio che vada al di là della semplice analisi delle varie disposizioni per – un po' gattopardescamente – adeguarsi cambiando il meno possibile.

Si tratta di prendere atto che una nuova stagione si è aperta, segnata da una profonda innovazione di carattere ordinamentale e istituzionale. Essa va interpretata con coraggio e lungimiranza, cercando di costruire una visione d'insieme intorno a cosa potrà essere il Terzo settore nelle trasformazioni dei prossimi anni, per poi muoversi di conseguenza anche riguardo alle scelte che i singoli enti sono chiamati a compiere.

In questa prospettiva risulta evidente quanto sia rilevante cercare di approfondire come, in modo coerente con il dettato normativo, ma anche con l'impostazione prospettica e innovativa del Codice, potranno configurarsi i rapporti tra gli ETS e i soggetti dell'area pubblica da una parte e del privato profit dall'altra.

Il Codice, con un insieme di definizioni e con la regolamentazione complessiva, ha perimetrato un'area con chiari e abbastanza robusti confini. L'effettività delle distinzioni e le modalità dei rapporti, alla prova dei fatti, dipenderanno in buona parte dalle volontà e dai comportamenti dei diversi soggetti protagonisti di questa fase. Andiamo dunque incontro a una fase di assestamento che potrà protrarsi anche per un periodo non breve: in modo in cui si assesterà nel tempo il rapporto tanto con l'area for profit quanto con l'area pubblica dipenderà da molti fattori, che in altra sede varrà la pena di esaminare e discutere.

Per questo è importante approfondire con attenzione lo specifico dettato normativo, ma al tempo stesso inquadrarlo nelle dinamiche complessive che attraversano e guidano l'evoluzione del Terzo settore. È quello che abbiamo fatto nella prima parte di questa riflessione, prima di affrontare il tema specifico del rapporto tra ETS e EEPP come configurato all'articolo 55 del Codice. Si tratta di considerazioni di sfondo che andranno tenute presenti e che spesso riemergeranno a guidare tutta la successiva trattazione.

L'ARTICOLO 55

Le particolarità da considerare riguardo a questo articolo iniziano dalla titolazione che recita "Coinvolgimento degli enti del Terzo settore", fissando il campo entro il quale si situa il disposto normativo. Quel termine "coinvolgimento" ci proietta entro l'ambito della cosiddetta "amministrazione condivisa", che ha iniziato in questi anni ad essere sempre più compresa e riconosciuta grazie soprattutto agli studi e all'azione di Gregorio Arena, che attraverso Labsus (www.labsus.org) ha promosso l'adozione di Regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni in oltre 130 comuni italiani. Ora, oltre a costituire una interessante e condivisibile costruzione dottrina, l'Amministrazione condivisa entra, a pieno titolo, nell'alveo del diritto positivo, grazie a questa disposizione che, oltre al titolo, propone anche nel dettato la novità di imporre agli EEPP un approccio attivo, promozionale e di condivisione nei confronti degli ETS.

Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 "Codice del Terzo Settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106"

Art. 55 – Coinvolgimento degli enti del Terzo settore

1. In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili.

3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti

di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2.

4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner.

Infatti, già nel primo comma è previsto che le Amministrazioni Pubbliche operino "assicurando il coinvolgimento attivo" degli ETS "nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'art. 5". È dunque chiaro che la condizione relativamente alle azioni amministrative richiamate – programmazione e organizzazione – rappresenta una modalità che le amministrazioni sono tenute ad "assicurare" e che deve realizzarsi in modo "attivo", costituendo pertanto un onere al quale gli EEPP non possono sottrarsi.

Si determina così in capo alla PA un vero e proprio obbligo di mettere in campo strumenti idonei a sostenere la capacità degli ETS di implicarsi nelle diverse forme di partecipazione attiva. Obbligo che, presumibilmente, risulterà esigibile dai destinatari – gli ETS – e pertanto suscettibile di eventuale tutela anche in sede giurisdizionale.

Un secondo elemento che non deve sfuggire è quale sia l'estensione del dettato normativo, riguardo tanto ai soggetti quanto alle attività.

Riguardo ai soggetti, il rinvio all'art. 1, comma 2 del d.lgs. 165/2001 rende la norma applicabile alla totalità delle amministrazioni dello Stato, ivi comprese scuole di ogni ordine e grado, Istituti autonomi case popolari, enti strumentali, Camere di commercio, ecc. Ciò significa che non soltanto gli Enti locali, ma tutto l'apparato pubblico è tenuto ad applicare la normativa del Codice. E deve applicarla in tutti i settori di attività indicati all'art. 5. Cioè a un insieme molto esteso e multiforme di campi d'azione. Dunque non solo ai servizi sociali, ma anche a molte altre attività nelle quali la presenza e, in alcuni casi, la compresenza anche operativa di EEPP e ETS è molto diversificata e, talvolta, anche in trasformazione.

È immaginabile che la messa a regime di questa nuova normativa richiederà un congruo numero di anni e si svilupperà progressivamente attraverso specifiche esperienze, legate anche alla presenza e al ruolo che tradizionalmente gli EEPP svolgono in un determinato comparto. A titolo d'esempio, sarà diverso il dispiegarsi e l'asstarsi delle relazioni nell'ambito dell'agricoltura sociale rispetto a quello dei servizi sociali o dell'inserimento lavorativo.

La seconda parte del comma 1 dell'art. 55 disegna poi una "filiera" di strumenti per dare attuazione alle previsioni della prima parte, indicando come strumenti attuativi:

- i. la co-programmazione
- ii. la co-progettazione;
- iii. l'accredimento.

Si tratta di strumenti la cui attivazione deve avvenire "nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona". Siamo quindi di fronte a procedimenti amministrativi da porre in essere nel rispetto della legge generale, nonché di eventuali specifiche normative settoriali, con un richiamo esplicito a quelle relative alla programmazione sociale di zona per la quale la previsione della co-progettazione già compare nel dettato della legge 328/2000.

Ai commi successivi dell'art. 55, coerentemente con l'art. 1 della legge 241/1990, vengono indicati i fini degli specifici procedimenti amministrativi sopra individuati. Fini che, sempre ai sensi dell'art. 1, legge 241/1990, dovranno essere perseguiti nel rispetto dei criteri generali di economicità, efficacia e pubblicità.

Esaminiamo dunque alla luce di questi principi gli specifici procedimenti.

La co-programmazione è finalizzata all'individuazione:

- dei bisogni da soddisfare;
- degli interventi necessari;
- delle modalità di realizzazione;
- delle risorse disponibili.

Siamo qui di fronte a un procedimento di carattere generale, che nell'ambito di un unico dispositivo concettuale dovrà poi trovare diverse modalità di attuazione in relazione ai diversi settori di attività previsti dall'art. 5, sempre e comunque tali da assicurare il coinvolgimento attivo degli ETS.

Non è facile ipotizzare qui la varietà di strumenti per procedere per i 26 settori di attività e nei vari ambiti, settoriali e territoriali, della PA all'attuazione di forme di co-programmazione. Si può al massimo provare og-

gi a formulare alcuni primi criteri di riferimento, che le prassi concrete potranno poi validare, correggere o smentire.

Riguardo ai bisogni da soddisfare va sottolineata l'importanza che avrà la condivisione delle informazioni da parte dei soggetti implicati. Informazioni generate dalla PA, ma apportate anche da ETS. Questi saranno chiamati anche a dare, attraverso idonee forme di consultazione, approfondimento e confronto, il loro contributo anche riguardo all'individuazione degli interventi e delle modalità di realizzazione. Una sfida non di poco conto perché comporterà per gli ETS la necessità di porsi in modo imparziale dal punto di vista degli interessi generali, proprio della PA.

Ma è riguardo soprattutto alla individuazione delle risorse che il dettato normativo potrebbe aprire approcci particolarmente innovativi. Il coinvolgimento attivo degli ETS non può infatti riguardare semplicemente l'individuazione delle risorse pubbliche, di per sé determinate attraverso procedure proprie della PA, ma deve permettere di individuare quali ulteriori apporti possono giungere da parte dell'area del Terzo settore e più in generale dal sistema privato delle famiglie e delle imprese. Questo tanto in termini economici quanto di lavoro volontario o di altre forme di partecipazione.

Complessivamente si tratta di immaginare nuove metodologie di lavoro, da realizzare anche attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie, in grado di integrare conoscenze, competenze e risorse per costruire visioni e programmi condivisi tra sfera pubblica e mondo del Terzo settore. Una sfida non semplice, ma ora legittimata e promossa da questo preciso dispositivo normativo. A valle delle previsioni sopra analizzate, il successivo comma 3 regola la co-progettazione, definendola come il procedimento finalizzato "alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento" nell'ambito di quanto definito in sede di co-programmazione.

Si tratta quindi di un'attività concettualmente e, in linea di massima, temporalmente successiva rispetto alla precedente. Richiede infatti un approccio più di dettaglio, con elementi operativi tali da rendere possibile la effettiva attuazione di interventi e servizi. In questa prospettiva va letta la "eventuale realizzazione" di quanto progettato, espressamente prevista dalla norma. La co-progettazione assume così la caratteristica di una concreta azione di intervento sociale, ambientale, culturale, ecc. realizzata grazie al coinvolgimento attivo degli ETS.

Anche in questo caso è immaginabile che la prassi at-

tuativa offrirà nel tempo una vasta gamma di concrete ipotesi di lavoro.

Qualche prima considerazione va però riservata al rapporto tra questa normativa e quella della legge 328/2000 e del d.P.C.M. 30 marzo 2001, anche perché espressamente richiamata al primo comma dell'art. 5.

Appare evidente la continuità di visione culturale e istituzionale tra i dispositivi della legge 328 e del CTS, tra i quali opera da cerniera, ma anche da punto di riferimento sovraordinato, la riforma costituzionale dell'art. 118, intervenuta, è bene ricordarlo, successivamente alla legge 328.

Il CTS offre oggi all'attività di programmazione sociale di zona un quadro di riferimento meglio definito riguardo:

- ai soggetti con i quali condividere il procedimento,
- ai principi, enunciati in apertura dell'art. 5,
- alle fasi distinte di co-programmazione e co-progettazione.

Un simile quadro normativo impone l'apertura di un imponente cantiere di lavoro. Si impongono la rilettura e la ridefinizione, a livello nazionale, ma soprattutto a opera dei legislatori regionali, del quadro normativo complessivo relativo ai servizi sociali territoriali, secondo una visione e il dettato del CTS e dell'art. 55 in particolare. E non a caso, quindi, mentre la co-progettazione basata sulla legge 328/2000 (in particolare sull'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 che la attua rispetto alle relazioni con il Terzo settore) – in assenza della previsione Costituzionale e dell'individuazione, ora, attraverso il Codice, del perimetro del Terzo settore – appariva legata ad una circostanza specifica, la sperimentale e l'innovatività degli interventi da mettere in campo, qui la co-progettazione diventa il modo ordinario e prevalente con cui una pubblica amministrazione si relaziona con il Terzo settore.

Al comma 4 vengono poi indicati i criteri a cui rifarsi nella costruzione di partenariati finalizzati a dare attuazione alle progettualità messe a punto sulla base del comma precedente.

Da un punto di vista procedurale, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene, anche mediante forme di accreditamento – e quindi di creazione di albi di ETS che desiderino prendere parte alla coprogrammazione, alla co-progettazione e alla gestione e che abbiamo in requisiti necessari per farlo –, nel rispetto dei principi di:

- a) trasparenza;
- b) imparzialità;
- c) partecipazione;
- d) parità di trattamento.

Inoltre, l'amministrazione procedente deve previamente definire:

- 1) gli obiettivi generali e specifici dell'intervento;
- 2) la durata e le caratteristiche essenziali dello stesso;
- 3) infine, i criteri e le modalità per l'individuazione degli enti partner.

Il primo punto da chiarire è l'estensione di questa previsione, in particolare rispetto al dettato dell'art. 179 e seg. del Codice dei contratti pubblici, che pure prevede forme di partenariato. A differenza della norma appena richiamata, applicabile in casi molto specifici, questa del Codice va considerata come previsione di carattere generale. Essa permette di ricondurre una molteplicità di relazioni tra PA e ETS a forme collaborative, superando la struttura del rapporto meramente sinallagmatico tipico del contratto di appalto.

Un secondo punto è dato dall'esplicito richiamo all'accreditamento come modalità per attivare i partenariati. Si tratta di un dettato in linea con quanto disposto al comma 1, dove la sequenza co-programmazione, co-progettazione, accreditamento è espressamente prevista. Credo vada letta innanzitutto come la (ri)legittimazione in termini generali delle modalità di accreditamento già molto diffuse e consolidate in vari e importanti ambiti di attività. Si pensi alla sanità e all'istruzione. Al medesimo tempo rappresenta una indicazione ad estendere anche agli altri ambiti di attività forme di accreditamento; ovviamente i contenuti delle procedure e degli standard di accreditamento nei diversi settori, dovranno essere configurati in modo coerente con le caratteristiche delle diverse attività e, soprattutto, interpretare adeguatamente la spinta verso assetti realmente partecipativi e di controllo diretto dei beneficiari introdotta dal Codice.

A tale ultimo proposito, va precisato che le forme di partenariato e accreditamento previste e regolate dalla normativa regionale vigente e dalle regolamentazioni degli enti territoriali, nell'esercizio delle proprie prerogative, andranno verificate e, se del caso, riconsiderate alla luce della più compiuta normativa del CTS.

UNA PROSPETTIVA DI LAVORO PER GLI EEP: IL REGOLAMENTO DEI RAPPORTI CON IL TERZO SETTORE

Credo che la lettura analitica dell'art. 55 faccia percepire come i diversi e molteplici ambiti della PA interessati dalla riforma realizzata col Codice siano oggi chiamati ad aprire dei cantieri applicativi della riforma stessa. I principi e le modalità in essa previsti andran-

no infatti combinati con i diversi principi di carattere generale, pure richiamati dal Codice medesimo, al primo e al quarto comma dell'art. 55, che vanno letti anche in combinato disposto tra di loro. Il tutto reso coerente con le specifiche linee dell'azione amministrativa nei molteplici e diversificati ambiti di attività previsti all'art. 5.

In proposito, oltre al principio di sussidiarietà, sul quale ci si è già ampiamente soffermati in apertura, appare decisivo il richiamo al principio di autonomia organizzativa e regolamentare dei diversi soggetti della PA. Esso configura la possibilità per un ente di declinare i diversi strumenti previsti dal Codice a partire da un regolamento, deliberato dagli organi competenti, contenente gli indirizzi generali, i criteri ed i principi direttivi. Quanto questa prospettiva sia promettente è confermato dalla recente già citata esperienza dei "Regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani". Introdotta per la prima volta dal Comune di Bologna, sulla spinta di una autorevole e originale scuola di pensiero nell'ambito del diritto amministrativo promossa da Labsus, questa forma di regolamentazione è stata, nel volgere di pochi anni, fatta propria da decine di amministrazioni locali e ha generato l'instaurarsi di migliaia di rapporti di partenariato locale (i "patti di collaborazione").

È ipotizzabile e auspicabile che analogo approccio venga fatto proprio dalle diverse Amministrazioni per quanto riguarda i diversi profili che devono presidiare le forme di relazione collaborativa fra PA ed ETS, analogamente a quanto avviene nelle distinte procedure di gara competitive, regolate dal Codice dei contratti pubblici. I richiami contenuti nell'art. 55, introducendo e riconoscendo, in termini generali, i nuovi strumenti, rendono dunque evidente che l'attuazione del Codice è favorita da una serie di atti e procedimenti relativi quanto meno a:

- principi generali e forme di evidenza pubblica;
- procedure e bandi di co-programmazione;
- procedure e bandi di co-progettazione;
- procedure e bandi per i partenariati e gli accreditamenti;
- attivazione e regolamentazione di sistemi di controllo e di valutazione.

Analogamente all'esperienza sopra citata, questo insieme di disposizioni potrà trovare collocazione in un "Regolamento generale dei rapporti con gli Enti del Terzo settore", adottabile dagli organi competenti; per quanto riguarda i Comuni, dal Consiglio comunale.

LA POSSIBILITÀ DI APPROCCI DIVERSI

Oggi, grazie al Codice, gli EEPP si trovano dunque ad avere a disposizione una più ampia gamma di strumenti per approcciare e sviluppare le politiche relative alle diverse aree di attività entro le quali la loro azione si esplica in integrazione con quella degli ETS. Questo dato appare particolarmente rilevante per il settore dei servizi sociali dove tradizionalmente la presenza degli ETS è molto estesa e, in molti casi, insostituibile. Per questo motivo le conclusioni di questa nota saranno dedicate ad una riflessione specifica su questo ambito; sapendo peraltro che considerazioni per certi versi analoghe sono proponibili anche riguardo ad altre aree di attività.

Per quanto riguarda i servizi sociali, la novità del CTS è quella di rendere effettivamente possibile per la PA e in particolare agli Enti Locali, singoli o associati, di decidere se, nel proprio territorio, applicare nella prassi amministrativa il principio di sussidiarietà, definendo i limiti e le caratteristiche di tale opzione. Si tratta di una scelta di carattere politico che, sino ad oggi, risultava difficile da compiere perché, pur legittimata sul piano costituzionale, non prevedeva coerenti e completi dispositivi attuativi.

Si tratta altresì di una scelta fondata su una visione molto precisa dell'intervento pubblico volto a promuovere e sostenere l'autonoma azione del privato sociale nella produzione e allocazione dei servizi. Approccio diverso da quello fondato su un'altra, più tradizionale e consolidata visione, che vede nell'ente pubblico il titolare della funzione di erogare ai cittadini quegli stessi servizi di welfare. Si tratta di approcci ambedue legittimi nel nostro ordinamento, pur essendo tra loro alternativi e, finalmente, ambedue in grado di essere tradotti in modo coerente e compiuto nell'azione amministrativa in ragione della disponibilità sul piano applicativo di due diversi strumenti normativi di pari livello: il Codice del Terzo Settore e il Codice dei contratti pubblici.

Ci aiuta in questa analisi il confronto tra gli articoli 1 delle due leggi che ne definiscono gli oggetti.

Mentre il Codice dei contratti recita: "Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione (...) aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavoro e opere", il CTS ha per oggetto "Il fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli (...) di coesione e protezione sociale". È evidente la diversità di visione e di azione che sottende ai due approcci. Nel primo caso l'azione pubblica, esercitata direttamente nei confronti dei cittadini, incorpora all'interno del proprio ambito operativo le capacità operative e realizzative dei soggetti privati. Nel secondo l'intervento pubblico si pone a sostegno dell'autonoma capacità del tessuto sociale organizzato in funzione di finalità di interesse generale e ne alimenta e indirizza la propensione a realizzare attività e servizi a favore dei cittadini.

In ambedue i casi viene esercitata la "funzione pubblica" nei suoi elementi di governo e di garanzia nei confronti di tutti i cittadini. Ma le modalità sono diverse quanto ad approccio, salvo poi rispettare, in ambedue i casi, come sopra abbiamo visto, i principi e i criteri di buona amministrazione.

A chi governa i diversi enti pubblici il compito di scegliere, con la consapevolezza che, rispetto al portafoglio complessivo dell'azione pubblica nel campo del welfare, può risultare non opportuna una scelta aprioristica di campo, ma di volta in volta è opportuno valutare contesti, possibilità e obiettivi e scegliere l'opzione più utile in quel momento.

Va peraltro considerato che l'alternatività delle opzioni non riguarda soltanto gli Enti Pubblici, ma anche gli ETS. Sta a loro decidere se essere e proporsi come subfornitori della PA e allora la strada della regolazione risulterà quella del Codice dei contratti pubblici. Oppure, come protagonisti attivi del perseguimento in forma organizzata del bene comune, e dunque incorporandone con grande attenzione e sapienza le diversità e la complessità, imboccare la strada, non meno rigorosa e trasparente, e – a parere di chi scrive – più attraente e proficua per il Paese, del Codice del Terzo Settore.

I NUOVI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE FRA PA ED ENTI DI TERZO SETTORE ALLA PROVA DELL'EVIDENZA PUBBLICA

Luciano Gallo [*]

PREMESSA

Come evidenziato nel contributo introduttivo di Gianfranco Marocchi, la riflessione di questo Focus muove dall'esistenza di una possibile opzione fra due modelli di riferimento: da un lato, considerare enti pubblici e Terzo settore come soggetti controinteressati e conseguentemente modellare le loro relazioni sulla base di affidamenti governati e disciplinati dal Codice dei contratti pubblici (le cui problematiche sostanziali sono evidenziate nell'articolo di Carlo Borzaga) o, al contrario, vedere questi due soggetti come accomunati da una identica *mission* – e questo è il contenuto dell'articolo di Felice Scalvini – con il conseguente utilizzo di procedimenti amministrativi basati sulla legge 241/1990 tesi a far emergere, valutare, integrare i contributi di ciascuno per il raggiungimento di una finalità condivisa.

Senonché, dal momento che questa seconda opzione, pur consolidata da un punto di vista normativo, è spesso meno nota a chi nella pubblica amministrazione si trova a gestire le relazioni con il Terzo settore, possono nascere interrogativi circa il fatto che essa sia legittima, con la conseguente scelta di incamminarsi per strade più note – quella dell'affidamento di servizi – anche se meno coerenti con la sostanza del rapporto.

È quindi utile affrontare un tema specifico, ovverosia quello delle condizioni e delle misure minime per poter condurre, in modo pienamente legittimo e coerente con la Riforma del Terzo settore, i procedimenti amministrativi che portano a definire una collaborazione tra Pubblica amministrazione e Terzo settore e che sono stati trattati nei diversi articoli di questo Focus.

In termini generalissimi, intendiamo “mettere alla prova” dell'evidenza pubblica i diversi strumenti introdotti e/o valorizzati dalla Riforma del Terzo settore, in modo da poter evidenziare – fra l'altro – i punti di collegamento con la vigente disciplina in materia di contratti pubblici.

I contributi che precedono hanno chiaramente evidenziato che i vari decreti delegati, oggetto di esame, hanno attuato i principi contenuti nella legge delega nella direzione di costruire e snodare una riforma di ampio respiro, chiamata – principalmente – a “riscrivere” l'assetto normativo, organizzativo e funzionale degli enti di Terzo settore e, al contempo, anche la relazione di tali soggetti, per la prima volta individuati in modo chiaro, con gli enti pubblici.

Una relazione, è bene ribadirlo, nel solco dell'attuazione piena ed effettiva del principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto dall'art. 118, quarto comma, della Costituzione.

In questa prospettiva, pertanto, anche il tema del rispetto dell'evidenza pubblica e, correlativamente, dei principi dell'azione e dei procedimenti amministrativi diventa un “perno” che, unitamente agli altri, è chiamato a qualificare la riforma e la sua attuazione.

In altri termini, i nuovi strumenti e la valorizzazione di quelli esistenti, nella prospettiva della relazione fra pubbliche amministrazioni (in avanti anche solo “PA”) ed enti di Terzo settore (in avanti solo “ETS”), devono soddisfare una sorta di “precondizione”; quella di garantire il rispetto delle norme e dei principi del giusto procedimento amministrativo, e ciò a prescindere dal merito delle attività nelle quali si sviluppa la stessa relazione. È evidente la ragione della scelta del legislatore delegato, chiamato a fugare un pregiudizio ricorrente a fronte della relazione fra PA ed ETS, ovverosia che si tratti di relazioni “fiduciarie”, talvolta di favore, come tali sganciate da criteri obiettivi, pur nella consapevolezza della meritorietà degli obiettivi e dei risultati di tali relazioni. Un pregiudizio ancor più significativo laddove la PA

[*] Avvocato amministrativista, esperto di rapporti fra PA e Terzo settore, membro del Gruppo Tecnico di ANCI per il Codice dei contratti pubblici, consulente della Commissione Welfare di ANCI, collabora con varie Amministrazioni pubbliche, componente quale esperto della Consulta sulla cooperazione sociale della Regione Emilia-Romagna, autore di varie pubblicazioni, svolge abitualmente attività di docenza e di partecipazione a convegni.

“compartecipa” mediante la messa a disposizione di beni immobili o di risorse economiche.

La Riforma, dunque, è chiara nel bilanciare le due finalità principali: sostenere e valorizzare il ruolo attivo degli ETS e assicurare che la relazione fra PA ed ETS si svolga all'interno di procedimenti amministrativi corretti e rispettosi del principio di legalità, formale e sostanziale. L'evidenza pubblica – da intendersi quale complesso di forme e strumenti di controllo da parte dei pubblici poteri, ma anche della piena conoscibilità da parte dei terzi dell'attività in cui si è materializzata la relazione fra PA ed ETS, anche all'eventuale finalità di eccipirne l'illegittimità dinanzi il giudice amministrativo, quale giudice naturale – è rinvenibile all'interno della riforma e specificamente:

- nelle finalità e nel meccanismo di funzionamento del Registro unico degli enti di Terzo settore;
- nella disciplina sulle attività di interesse generale e, correlativamente, nella distinzione fra quelle principali e quelle secondarie, nonché delle attività diverse;
- nella disciplina sul bilancio sociale;
- nella disciplina sul sistema dei controlli;
- nella disciplina relativa agli strumenti in senso stretto (impresa sociale, affidamento dei beni, convenzioni e forme di coinvolgimento previste dall'art. 55).

1. L'EVIDENZA PUBBLICA FRA CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E RIFORMA DEL TERZO SETTORE

Un tema di rilevanza centrale, che aiuterà la comprensione dell'esame dei singoli istituti previsti dalla Riforma, è quello della distinzione fra l'evidenza pubblica disciplinata dal codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm., e quella contemplata dalla nuova disciplina sul Terzo settore, con la precisazione che – in taluni casi – esse si sovrappongono.

Da un lato, infatti, il codice dei contratti pubblici rappresenta la disciplina generale per l'affidamento, mediante procedure “competitive”, della realizzazione di lavori, dell'approvvigionamento di forniture e per l'erogazione di servizi.

L'evidenza pubblica in commento è finalizzata a “tracciare” le fasi di cui si compone una procedura di gara (programmazione, indizione, svolgimento, aggiudicazione ed esecuzione), in modo che risulti evidente che l'aggiudicazione disposta in favore di uno solo dei concorrenti sia avvenuta nel rispetto dei principi, soprattutto, di tutela della concorrenza, della massima partecipazione, di correttezza della valutazione delle offerte, oltre – evidentemente – all'assenza di vizi “patologici”

degli atti di gara (ad esempio, per un bando contenente regole contrarie a disposizioni di legge o che prevedano requisiti di partecipazione escludenti o sproporzionati). La “tracciabilità” del procedimento competitivo è, pertanto, in funzione della “giustiziabilità” delle scelte operate dall'amministrazione aggiudicatrice, con l'onere riconosciuto ai concorrenti che si ritengono lesi, di rivolgersi al giudice amministrativo.

A tale ultimo riguardo, il legislatore ha previsto il c.d. rito accelerato, con onere di presentare il ricorso nel ridotto termine di trenta giorni dalla ritenuta lesione, in modo da bilanciare l'interesse privato ad “aggredire” giudizialmente il responso della gara con l'interesse pubblico a poter disporre dell'opera, della fornitura o del servizio oggetto dell'affidamento.

Il codice dei contratti, unitamente agli atti di gara predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici per quanto attiene agli ambiti di discrezionalità loro riconosciuti, detta dunque le regole per lo svolgimento del particolare procedimento amministrativo, al quale possono partecipare i soli operatori economici in possesso dei previsti requisiti di partecipazione, con l'ulteriore conseguenza che – tecnicamente – i soli soggetti in possesso del c.d. interesse a ricorrere, vale a dire di una qualificata posizione dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, possono rivolgersi al TAR.

I privati, singoli ed associati, pur a conoscenza degli esiti di una procedura di gara, oggi resa obbligatoria in applicazione della disciplina generale in materia di trasparenza amministrativa, di cui al d.lgs. n. 97/2016, non possono proporre impugnazione avverso gli atti della procedura di gara.

Dall'altra parte, invece, si situa l'evidenza pubblica relativa ai procedimenti amministrativi, secondo la disciplina contenuta nella legge n. 241/1990 e ss.mm., richiamata – fra l'altro – dal Codice del Terzo Settore.

Si tratta di un'evidenza pubblica diversa da quella propria delle procedure di gare competitive, perché la dimensione non è competitiva, ma collaborativa, con l'eventuale comparazione in presenza di proposte e/o domande plurime.

La legge n. 241/1990 e ss.mm. costituisce la disciplina organica in materia di procedimenti amministrativi, integrata dalle eventuali disposizioni – statali e/o regionali – di settore, di integrazione e di dettaglio delle “regole minime” che tutti i procedimenti amministrativi devono rispettare.

Come è noto, il procedimento si articola in varie fasi (iniziativa, istruttoria, decisione e c.d. integrazione dell'efficacia).

L'iniziativa può essere pubblica e di parte (privata). Le discipline di settore specificano quando i procedimenti sono solo ad iniziativa pubblica.

L'iniziativa di parte privata, per lo più coincidente con una domanda o un'istanza, di norma non determina l'obbligo per l'amministrazione competente di avviare il procedimento e, soprattutto, di accogliere la domanda e/o l'istanza, ma semmai di prenderla in considerazione. In ogni caso, ogni volta che viene attivato un procedimento derivano alcune conseguenze procedurali importanti:

- viene nominato un responsabile del procedimento;
- viene accordato ai soggetti interessati il diritto di partecipare al procedimento;
- viene scandito il “tempo” del procedimento;
- è prevista l'obbligatoria conclusione del procedimento entro tempi definiti;
- la conclusione del procedimento avviene sulla base di un provvedimento espresso e motivato.

Il responsabile del procedimento è l'interfaccia fra l'amministrazione “precedente”, gli altri soggetti pubblici eventualmente interessati, la parte privata interessata e/o richiedente ed i terzi.

Si tratta di una figura chiave nella conduzione del procedimento amministrativo ed in tale prospettiva l'art. 6-bis della legge richiama l'obbligatoria inesistenza di conflitti di interesse.

La partecipazione al procedimento è altro elemento significativo, perché agisce a più livelli:

- da un lato, gli interessati possono “arricchire” l'istruttoria del procedimento, mediante memorie e documenti;
- dall'altro, possono diventare potenziali soggetti “lesi”, laddove dovessero dolersi della mancata acquisizione e valutazione dell'apporto procedimentale.

La conclusione del procedimento, come detto, deve avvenire entro termini definiti; in assenza di specifiche previsioni di legge, per esempio riconducibili a discipline di settore, il termine di conclusione è di norma pari a trenta giorni; può essere interrotto per una sola volta nel caso sia necessario acquisire documenti e/o informazioni mancanti.

La mancata conclusione del procedimento entro il termine di legge comporta l'illegittimità del comportamento dell'ente e ciò a prescindere dal “merito” del procedimento, ovverossia se l'interessato trova soddisfazione o meno nel procedimento medesimo.

La maggiore insidia di un procedimento amministrati-

vo è, tuttavia, nella decisione finale, che – come anticipato – deve avere un contenuto espresso e deve essere la risultante di un'istruttoria effettiva, ad esito della quale sono stati correttamente acquisiti tutti gli interessi privati coinvolti e bilanciati con quelli pubblici, sia quelli dell'amministrazione “precedente”, che quelli delle altre eventuali amministrazioni comunque interessate.

La mancata e/o parziale istruttoria costituisce da sola motivo di illegittimità del provvedimento finale del procedimento; tanto più se, solo per fare un esempio, di segno contrario a quanto contenuto nella motivazione del provvedimento medesimo.

In definitiva, i procedimenti amministrativi sono assoggettati ad un penetrante controllo del giudice amministrativo, entro un periodo maggiore di quello tipico previsto per l'impugnazione degli atti delle procedure di gara competitive, ovverossia pari a sessanta giorni (per vizi del procedimento e del provvedimento), nonché di centoventi giorni per vizi di c.d. legittimità, censurabili mediante ricorso al Capo dello Stato.

I vizi del procedimento amministrativo, come noto, sono i seguenti:

- a) incompetenza;
- b) violazione di legge;
- c) eccesso di potere.

Statisticamente, maggiormente ricorrenti sono i vizi dell'ultima specie; la giurisprudenza amministrativa ne ha tipizzato le forme, di seguito esemplificate:

- i) assenza o parziale istruttoria;
- ii) travisamento dei fatti;
- iii) assenza o parziale motivazione;
- iv) disparità di trattamento;
- v) sviamento di potere;
- vi) manifesta illogicità o irragionevolezza;
- vii) violazione del principio di proporzionalità;
- viii) contraddittorietà (ad esempio, fra istruttoria e motivazione del provvedimento).

2. L'EVIDENZA PUBBLICA PER L'ATTIVAZIONE DEGLI STRUMENTI PREVISTI DALLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE

Possiamo passare, a questo punto, all'esame del rapporto fra l'evidenza pubblica e gli strumenti previsti dalla riforma del Terzo settore, analizzati nei contributi che precedono, tralasciando – considerate le finalità del presente Focus – altri temi di sicuro interesse, quali le regole per la costituzione di un'impresa sociale, partecipata da enti pubblici, di cui al d.lgs. n. 112/2017 e la valoriz-

zazione dei beni pubblici, oggetto di varie disposizioni del Codice del Terzo Settore (artt. 71, 81 e 89).

Ci concentreremo, pertanto, sull'attivazione degli strumenti dell'art. 55 del CTS.

Il contributo di Felice Scalvini analizza gli strumenti previsti dall'art. 55 del CTS ed a quello rinviato.

Scopo del presente commento è capire quale sia il regime dell'evidenza pubblica ai fini dell'utilizzo "in sicurezza" di tali strumenti, per come declinato dalla disposizione del Codice. Procederemo con l'analisi di ciascuno degli strumenti più volte richiamati, muovendo – tuttavia – dai principi comuni previsti dal primo comma dell'art. 55 CTS.

2.1. I principi comuni

Il primo comma contiene una serie di principi, criteri e indicazioni utili a comprendere la *ratio*, il contenuto e la portata dell'intera disposizione.

Intanto, essa si applica a tutte le amministrazioni pubbliche, elencate nell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001 e ss.mm. e segnatamente:

- tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative;
- le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo;
- le Regioni;
- le Province;
- i Comuni;
- le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni;
- le istituzioni universitarie;
- gli Istituti autonomi case popolari;
- le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni;
- tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali;
- le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale;
- l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN);
- le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

Tali soggetti – per espressa previsione normativa, come messo in rilievo da Felice Scalvini – "assicurano" il coinvolgimento "attivo" degli enti del Terzo settore e ciò in "attuazione" dei principi, taluni di rango costituzionale, espressamente richiamati dalla norma e dunque:

- a) sussidiarietà;
- b) cooperazione;

- c) efficacia;
- d) efficienza;
- e) economicità;
- f) omogeneità;
- g) copertura finanziaria e patrimoniale;
- h) responsabilità ed unicità dell'amministrazione;
- i) autonomia organizzativa e regolamentare.

Il richiamo ai principi di "sussidiarietà" e di "cooperazione" conferma *per tabulas* che gli strumenti dell'art. 55 del CTS agiscono nell'ambito della dimensione "collaborativa" fra PA ed ETS, ponendosi su un piano distinto dalle forme di relazione propriamente competitive, disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

Di certo, l'attivazione di questi strumenti deve preliminarmente garantire il rispetto di altri principi (di azione amministrativa) e ciò a prescindere dalla bontà delle intenzioni delle parti (PA ed ETS).

I principi di economicità, efficacia ed efficienza sono, infatti, il diretto portato del più generale canone del buon andamento della PA, previsto dall'art. 97 della Costituzione.

L'evidenza pubblica rispetto all'attivazione degli strumenti dell'art. 55 significa in concreto che il procedimento amministrativo deve dare esaustivamente conto che l'azione della PA è capace di coniugare il "coinvolgimento attivo" degli ETS con le macro-finalità di interesse pubblico del buon andamento della PA.

Il che significa l'illegittimità degli atti del procedimento posti in violazione del combinato disposto di cui agli articoli 97 della Costituzione e 55 CTS.

La disposizione in esame, poi, stabilisce ed indica chiaramente l'ambito oggettivo di applicazione, che riguarda non tutti gli ambiti di intervento delle amministrazioni, ma più precisamente "*l'esercizio delle funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5*".

Si tratta, per la verità, di un ambito molto vasto, ma comunque non illimitato e, cosa più rilevante, correlato all'esercizio da parte degli ETS, con i quali attivare speciali partenariati, delle sole attività di interesse generale individuate dal Codice (nel citato art. 5).

Il primo comma dell'esaminato art. 55 contiene, infine, due norme di chiusura, che consentono – sul versante applicativo – di disporre di solidi ancoraggi per l'attuazione della stessa disposizione.

In primo luogo, si precisa che trovano applicazione i principi previsti dalla collaudata legge n. 241/1990 e ss.mm. ("forme di co-programmazione e co-progetta-

zione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241”), dall’altro che restano ferme le discipline di settore, relativamente all’indizione e svolgimento dei relativi procedimenti, con particolare riguardo alla normativa in materia di piani sociali di zona.

L’espresso richiamo alla legge 241/1990, per altro verso, consente di demarcare la distinzione fra il regime normativo proprio degli strumenti di collaborazione, previsti dall’art. 55, da quello proprio delle procedure di gara competitive, disciplinate dal vigente codice dei contratti pubblici.

Vediamo, a questo punto, l’incidenza dei principi dell’evidenza pubblica e del procedimento amministrativo in relazione ai singoli strumenti dell’art. 55 del CTS.

2.2. Come attivare procedimenti di co-programmazione

Il secondo comma dell’art. 55 – come già rilevato nel contributo di Felice Scavini – indica le finalità della co-programmazione, ma nulla si dice in ordine alla procedura da seguire per la corretta attivazione dello strumento.

L’unico riferimento contenuto nella disposizione è alla “*pubblica amministrazione procedente*”; si tratta, a questo punto, di riempire la norma.

In primo luogo, la specificazione sopra richiamata rafforza il rinvio alla disciplina sul procedimento amministrativo, contenuto nel CTS, atteso che è necessario avere formalmente l’attivazione di un procedimento, da parte dell’amministrazione competente, e, dunque, la nomina del responsabile del procedimento.

Solo l’amministrazione competente può dar luogo ad un procedimento di co-programmazione.

I principi indicati nel primo comma del più volte citato art. 55 del CTS ci aiutano ad individuare le modalità per l’indizione delle procedure di co-programmazione. Intanto, restano ferme le discipline di settore e, pertanto, quella statale e regionale in materia di pianificazione sociale di zona.

Come è noto, la legge 328/2000 e ss.mm. e la normativa regionale di attuazione disciplinano il procedimento di elaborazione ed approvazione degli strumenti di pianificazione sociale di zona, nell’ambito del quale è riconosciuto un ruolo attivo e non meramente consultivo ai soggetti del Terzo settore.

Ovviamente, nulla vieta alle Regioni – nell’esercizio delle prerogative loro riconosciute, sia a livello legislativo, che regolamentare – di integrare la vigente normativa alla luce della sopravvenuta legislazione statale.

Da un punto di vista procedimentale, l’amministrazio-

ne pubblica competente deve attivare un “giusto” procedimento, secondo la terminologia coniata dalla giurisprudenza amministrativa. Intanto, un procedimento rispettoso delle regole dell’evidenza pubblica.

La “via maestra” è la pubblicazione di un avviso, rispondente ai seguenti elementi costitutivi minimi:

- a) pubblicazione dell’avviso nel rispetto della vigente disciplina in materia di trasparenza della PA, ai sensi del d.lgs. n. 97/2016 e ss.mm.;
- b) previsione di un termine congruo – in relazione al contenuto dell’avviso, alle attività richieste ai partecipanti e alla complessità della eventuale documentazione posta a corredo dell’avviso – sia relativamente alla “durata” della pubblicazione sul sito istituzionale, in apposita sezione, ben visibile, posta all’interno della sezione “amministrazione trasparente”, sia per la presentazione della domanda di partecipazione alle sessioni di co-programmazione, da parte degli ETS interessati;
- c) indicazione del responsabile del procedimento, nonché dei punti di contatto al fine di acquisire eventuali informazioni e/o documentazione relativa al procedimento medesimo;
- d) indicazione dei requisiti di partecipazione alla procedura (almeno, requisiti di ordine generale e di pertinenza dell’avviso con le attività svolte);
- e) indicazione delle fasi della procedura, nonché delle modalità per la partecipazione al procedimento da parte degli ETS interessati, con particolare riguardo alle figure plurisoggettive ed al contenuto e formalità delle deleghe;
- f) eventuali indirizzi, formulati dall’amministrazione procedente, ai fini dell’attivazione del procedimento di co-programmazione, nonché indicazione delle finalità e dei risultati attesi ad esito della procedura medesima;
- g) indicazione delle modalità di acquisizione dei contributi partecipativi, anche da parte di altri enti e amministrazioni pubblici;
- h) previsione di un documento finale, di conclusione del procedimento di co-programmazione;
- i) modello di domanda di partecipazione, con annessa autodichiarazione resa dai legali rappresentanti degli ETS partecipanti al procedimento in ordine all’inesistenza di ipotesi di incompatibilità e/o di conflitto di interesse oppure, in caso negativo, delle misure adottate per il superamento di tali ipotesi.

Le sessioni di co-programmazione, eventualmente programmate secondo un calendario reso pubblico, nonché

articolate secondo “temi” o sulla base del “regime giuridico” specifico dei diversi ETS (ad esempio, associazioni, fondazioni, cooperative sociali, imprese sociali), devono avvenire in seduta pubblica, ovviamente intendendosi in tal senso necessaria la partecipazione di tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta ed in possesso dei requisiti previsti dall'avviso, oltre ai rappresentanti dell'amministrazione procedente e degli eventuali amministrazioni ed enti pubblici interessati.

Delle sessioni di co-programmazione, condotte dall'amministrazione procedente, è redatto apposito verbale. I verbali delle varie sessioni sono pubblicati unitamente al provvedimento conclusivo del procedimento di co-programmazione, tenendo eventualmente conto di esigenze di riservatezza dei soggetti partecipanti al tavolo.

Nella conduzione delle sessioni di co-programmazione l'amministrazione procedente deve assicurare che i lavori avvengano nel rispetto dei principi di terzietà, di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione.

Il provvedimento conclusivo del procedimento di co-programmazione deve dare esaurientemente conto dell'istruttoria realizzata, con particolare riguardo ai contributi partecipativi dei soggetti intervenuti.

Ovviamente, applicandosi le regole del procedimento amministrativo, previste dalla legge 241/1990 e ss.mm., gli atti del procedimento di co-programmazione sono impugnabili innanzi al TAR territorialmente competente entro il termine di 60 giorni, decorrenti dalla pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione procedente e, comunque, dall'avvenuta piena conoscenza, o nel termine più lungo di 120 giorni, mediante ricorso al Capo dello Stato per soli vizi di legittimità dei provvedimenti.

2.3 Come attivare procedure di co-progettazione e di accreditamento

In questo paragrafo procederemo con l'analisi del tema dell'evidenza pubblica in relazione allo specifico istituto della co-progettazione.

Anche in questo caso, al pari della co-programmazione, la “via maestra” per assicurare il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica è quella di pubblicare un avviso e seguire i relativi procedimenti, applicando quanto esposto con riferimento alla co-programmazione nel precedente paragrafo al quale integralmente si rinvia. Sia consentito svolgere alcune notazioni specifiche.

Il primo tema da affrontare è se un procedimento di co-progettazione possa essere attivato su iniziativa di parte e dunque non su impulso dell'autorità procedente.

Chi scrive ritiene che la norma non vieti tale ipotesi, ma un eventuale regolamento a livello locale potrebbe precisare presupposti e proceduralizzazione dell'iniziativa privata (ovviamente ETS singolo o associato), fermo restando l'attivazione con atto dell'autorità “procedente”.

La seconda questione è se possa e/o debba essere inibita la partecipazione alla successiva co-progettazione degli ETS che abbiano precedentemente preso parte alla co-programmazione.

Chi scrive ritiene che tale ipotesi possa legittimamente verificarsi in un solo caso; laddove l'amministrazione abbia affidato il compito della programmazione ad uno o più ETS, riconoscendo loro un controvalore economico, a prescindere dalla qualificazione giuridica di tale apporto economico (e dunque come corrispettivo, contributo, sovvenzione o altro).

Al di fuori di tale limitata ipotesi, l'estromissione degli ETS “co-programmanti” non solo appare in contrasto con la *ratio*, le finalità e lo spirito dell'art. 55 più volte richiamato e, più in generale, della riforma, ma – su un piano pratico – controproducente per lo stesso ente “procedente”.

Viene da chiedersi quale interesse possa avere un ETS a partecipare ad un procedimento di co-programmazione, spendere risorse ed energie, socializzare competenze, idee e contributi senza poter ricevere alcuna utilità da tale attività.

Un altro tema è “chi” può partecipare alla co-progettazione.

Chi scrive ritiene che non vi siano dubbi che tutti i soggetti partecipanti al precedente procedimento di co-programmazione – a prescindere dalla loro spontanea adesione all'avviso pubblicato dall'autorità procedente – dovrebbero comunque essere individualmente invitati. Del pari, considerate le finalità della co-progettazione, non dovrebbe essere preclusa la partecipazione – in forma aggregata (di ATI/ATS/contratto di rete) – di ETS unitamente a soggetti aventi diversa natura giuridica (ad esempio, c.d. autonomie funzionali, quali Camere di commercio o associazioni di rappresentanza, oppure soggetti privati, anche imprenditori), a condizione che il soggetto capofila sia un ETS, che tali soggetti “cooptati” abbiano formalmente condiviso l'iniziativa del raggruppamento e, infine, che tale coinvolgimento non alteri la natura dell'attività oggetto di co-progettazione quale “attività di interesse generale”, per come disciplinata dal CTS.

Infine, resta da chiarire se ETS che non abbiano preso parte al procedimento di co-programmazione possano

partecipare al distinto e successivo procedimento di co-progettazione.

Chi scrive ritiene tale ipotesi possibile, proprio alla luce della distinzione delle due procedure, pur legate da un nesso di collegamento.

L'avviso, inoltre, deve esplicitare in modo chiaro ed inequivoco i requisiti di partecipazione di tali soggetti.

In primo luogo, quelli di moralità e di onorabilità, nonché di ordine generale, di fatto coincidenti con quelli previsti dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici.

Lo stesso avviso, inoltre, potrebbe inibire la partecipazione di ETS che abbiano in corso con l'autorità procedente un contenzioso comunque riconducibile agli ambiti considerati dall'avviso medesimo.

I requisiti di capacità tecnico-professionale e quelli di tipo economico-finanziario saranno la conseguenza dell'ambito (oggettivo) dell'avviso e, dunque, della co-progettazione, nonché delle finalità e delle aspettative dichiarati espressamente dall'autorità procedente.

Tali requisiti dovranno essere ragionevoli, proporzionati e non discriminatori.

L'avviso, poi, deve specificare se l'autorità procedente pone a base dei lavori del tavolo di co-progettazione un documento/proposta progettuale/progetto preliminare, con relativi allegati, sui quali chiedere l'apporto migliorativo ed implementativo degli ETS partecipanti.

In quest'ultimo caso, l'avviso dovrà garantire il rispetto di un termine minimo congruo intercorrente fra la pubblicazione dell'avviso e la prima sessione del tavolo di co-progettazione.

A tale ultimo proposito, nell'avviso potrebbe essere disciplinato l'utilizzo dei documenti e degli allegati posti a disposizione dei partecipanti al tavolo di co-progettazione (per esempio per garantire le esigenze di riservatezza in ordine ai dati ed alle informazioni di cui verranno in possesso).

Così come appare importante chiarire sia nell'avviso

che nello schema di convenzione allegato che l'autorità procedente diventerà il proprietario delle proposte e/o dei progetti presentati dagli ETS partecipanti, con espressa manleva da qualsiasi profilo di responsabilità per l'utilizzo di tali materiali da parte della richiamata autorità procedente.

L'avviso, infine, dopo aver precisato se alla co-progettazione seguirà anche l'affidamento della gestione di servizi o la realizzazione degli interventi, indicati negli atti del procedimento, dovrà ulteriormente chiarire se si forma, a conclusione del procedimento medesimo, una vera e propria "graduatoria di merito"; in tale ultima ipotesi l'avviso dovrà predeterminare i criteri di valutazione ed i relativi meccanismi di attribuzione di punteggio e/o di giudizio.

Questo per assicurare una valutazione, da parte di una commissione, preferibilmente composta da soggetti che non abbiano preso parte al tavolo di co-progettazione, al tempo stesso fatta sulla base di elementi e criteri obiettivi e predeterminati e di uno spazio, legittimo e non anormale, di discrezionalità, soprattutto tecnica.

Le considerazioni che precedono valgono anche nell'attivazione di procedimenti di co-progettazione mediante forme di accreditamento, in applicazione del quarto comma dell'art. 55, a mente del quale *"4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner"*.

L'avviso pubblico dovrà disciplinare le modalità di attivazione dell'accREDITAMENTO, evidentemente nel rispetto della legislazione e regolamentazione regionale eventualmente esistente in materia.