

REGIONE LIGURIA

**INDICAZIONI REGIONALI
PER L'APPLICAZIONE DEL TESTO UNICO L.R. n. 42/2012
"Testo Unico delle norme sul Terzo Settore"
NEI RAPPORTI FRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI LOCALI E SOGGETTI DEL TERZO SETTORE**

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

Indice:

PREFAZIONE

- *Premessa*
- *L'evoluzione del contesto socio politico*
- *L'evoluzione del contesto normativo*
- *Alcune considerazioni sui primi risultati delle sperimentazioni, sull'applicazione del Testo Unico, su nuove prospettive*

Introduzione

Sezione 1 : premesse e principi

1.1 – premesse e principi

1.2 – riconoscere e valutare la funzione sociale dei soggetti disponibili

Sezione 2 – La lettura del bisogno

2.1 – Valutare, valorizzare e sostenere la capacità politico – amministrativa della *governance*

Sezione 3 – La qualificazione dell'oggetto del procedimento

3.1 – Valutare l'appropriatezza del *budget* disponibile

Sezione 4 – Adozione del Provvedimento

4.1.0. - I “patti di sussidiarietà”

4.2.0. - Le concessioni

4.2.1. - Impostare e gestire gli accreditamenti ex art. 33/ L.R. n. 42/2012

4.3.0. - L'appalto dei servizi sociali

4.4.0 - La coprogettazione

4.5.0. - Le clausole sociali

4.6.0. - Gli affidamenti alle Cooperative Sociali di tipo B

Sezione 5 - La fase di esecuzione del contratto

Conclusioni

PREFAZIONE

Premessa

La Giunta Regionale il 15 luglio 2011 ha approvato con deliberazione n. 846 le proprie linee di indirizzo in materia di disciplina dei rapporti tra pubbliche amministrazioni locali e soggetti privati senza finalità di profitto.

Tale documento, di cui si conferma la validità di fondo, costituiva uno degli obiettivi del programma di governo della Giunta, presentato al Consiglio regionale ai sensi dell'articolo 39 dello Statuto; esprime una visione del Terzo Settore, e della cooperazione in particolare, quale fattore di integrazione (ancor prima che nell'offerta dei servizi) nella condivisione con le Istituzioni dell'esercizio della funzione sociale, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale; principio, contenuto nell'articolo 118 della Costituzione ed operativamente specificato, per quanto concerne le autonomie locali, nell'articolo 3 del T.U. n. 267/2000 sull'ordinamento degli enti locali.

Le Linee di Indirizzo del 2011 sono il frutto di un percorso partecipativo con i soggetti coinvolti e sono state oggetto di sperimentazione in concrete, nuove relazioni con il terzo settore, prima di essere formalizzate nelle norme di legge approvate con la L.R. n. 42/2012. Era, infatti, nella volontà dell'Amministrazione che i nuovi modelli di relazione riguardassero in modo stabile e collaudato nell'ordinamento regionale.

In altre parole, la scelta dell'Amministrazione è stata quella di invertire la tradizionale sequenza "norma - sperimentazione" che spesso conduce ad innovazioni solo "sulla carta", con deboli ricadute nel contesto reale.

Solo dopo l'avvio ed i primi riscontri su alcuni progetti sperimentali ("Custodi Sociali", "Servizio Civile", "Carceri") l'Amministrazione ha ritenuto che i tempi fossero maturi per l'adozione di un nuovo atto legislativo sul Terzo Settore regionale con l'adozione di un "Testo Unico delle norme sul Terzo Settore". Il Testo Unico è stato approvato con legge regionale 6 dicembre 2012 n. 42, anche in questo caso grazie al confermato impegno collaborativo, politico e tecnico, con i soggetti del Terzo Settore ligure. La prosecuzione del percorso partecipativo era ritenuta necessaria per conservare anche nella formalizzazione legislativa le potenzialità operative e promozionali che avevano positivamente portato all'approvazione delle Linee di Indirizzo più di un anno prima.

Le linee portanti del nuovo Testo Unico sono due.

Innanzitutto, quella di coniugare il principio di sussidiarietà orizzontale - e, dunque, l'apertura dell'esercizio della pubblica funzione sociale alle formazioni sociali senza finalità di profitto - con la conservazione della titolarità istituzionale delle funzioni, e, grazie ad essa, con la salvaguardia dei diritti sociali della popolazione e della democraticità del sistema. Poi, quella di definire un sistema stabile e trasparente di rappresentanza del Terzo Settore nei rapporti con la Regione e le altre Amministrazioni locali, costituito da un "Organismo associativo unitario di rappresentanza dei soggetti del Terzo Settore" (articolo 24 della legge), presente sia a livello centrale regionale che decentrato sul territorio; tale Organismo si è già costituito ed il suo compito è quello di fungere da anello di collegamento tra le Istituzioni e tutte le formazioni sociali senza finalità di profitto che operano nel territorio regionale: ciò, non al fine di promuovere una "generica" partecipazione bensì a quello di condividere vere e proprie decisioni relativamente alla programmazione, progettazione, attuazione e valutazione delle politiche, dei servizi e degli interventi sociali.

Dopo l'approvazione della L.R. 42/2012, l'Amministrazione regionale ed i soggetti del Terzo Settore, rappresentati dal proprio Organismo Unitario di Rappresentanza (O.U.R.), hanno ritenuto necessario riprendere il percorso che si era sviluppato nell'arco di oltre due anni (Linee di Indirizzo e Testo Unico), dando avvio ad una terza fase che offrisse nuovi spunti applicativi alla luce delle nuove scelte normative. Tale fase, tuttora in corso, è finalizzata alla valutazione degli sviluppi pregressi, allo scopo di proporre alle Autonomie locali, al Terzo Settore, oltre che, ovviamente, alla Regione stessa, nuove e viepiù concrete azioni tese a

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

valorizzare operativamente la nuova strumentazione giuridica in un contesto in continua evoluzione, già in parte mutato rispetto a quello in cui aveva visto la luce il precedente atto del dicembre 2011. Tale intento si concretizza ora con il presente documento contenente le indicazioni regionali per l'applicazione del Testo Unico approvato con L.R. n. 42/2012 nei rapporti fra le pubbliche amministrazioni locali ed i soggetti del terzo settore.

Poiché non è concretamente possibile riassumere in un unico documento tutte le problematiche relative ai rapporti fra PP.AA. e Soggetti del terzo settore, il documento si concentra sui profili di maggiore rilevanza, alla luce anche delle indicazioni emerse nei numerosi incontri di studio e riflessione che si sono tenuti nell'arco di oltre un anno, oltre che in occasione di concrete esperienze.

Il nuovo percorso partecipativo si è sviluppato nel corso di incontri in occasione dei quali la Regione e l'O.U.R. hanno dapprima definito la struttura del presente, nuovo atto di indirizzo, tenendo conto dei cambiamenti del contesto e caratterizzando il documento sotto il profilo logico e sistematico, con la necessaria, sinergica partecipazione degli Enti locali.

**** *** ****

L'evoluzione del contesto socio politico

Nei tre anni che ci separano dal periodo in cui si sono formate le "Linee di Indirizzo" approvate con DGR n. 846/2011 (e cioè dalla prima metà del 2011), il nostro Paese è stato attraversato da vicende ben note anche per la loro ricaduta sul sistema dei servizi e degli interventi sociali. Per quanto più specificamente riguarda il contesto regionale ligure, si è affermata la volontà delle Istituzioni locali e dei soggetti del Terzo Settore di salvaguardare un sistema di interventi e servizi sociali attento ai bisogni della gente ed alla tutela dei diritti sociali; abbastanza diffuso è stato anche l'avvio delle necessarie, e, per certi versi, naturali innovazioni con la dovuta attenzione affinché esse evitassero il rischio (reale, sulla spinta delle difficoltà economico finanziarie) di caratterizzarsi negativamente nel senso della "delega" al Terzo Settore anziché della condivisione con esso della funzione sociale e delle relative responsabilità. E' emersa la volontà di evitare atteggiamenti rinunciatari rispetto alla necessità del miglioramento quali-quantitativo delle azioni attuative delle politiche sociali; in tal senso si sono indirizzati anche i più importanti atti della Regione (bilanci, atti di programmazione) oltre che lo stesso intervento legislativo costituito dalla legge regionale n. 42/2012.

E' comunque innegabile il perdurante momento di difficoltà in cui si trovano le pubbliche amministrazioni e l'intera società civile, e dunque gli individui e le famiglie, il sistema produttivo, le imprese non profit e for profit. Non si tratta solo di difficoltà economiche, ma di preoccupanti tendenze all'isolamento, alla frammentazione degli interessi, alla perdita di un realistico senso di appartenenza a comunità in cui le diverse componenti, dalla dimensione locale a quella comunitaria e sovra comunitaria, non possono che operare sinergicamente se intendono veramente raggiungere gli obiettivi di "ben-essere" da tutti auspicati.

Alla luce di tali ovvie considerazioni non va neppure dimenticato che le politiche ed i servizi sociali, da anni e con forza progressiva, sono indicati dalle massime Autorità comunitarie e nazionali quali veri e propri investimenti per una lungimirante crescita: strumenti fondamentali per superare le crisi e le perniciose tendenze che esse hanno innescato, ed anzi, per contribuire a coglierle anche positivamente quali occasioni per un positivo ripensamento dei concetti stessi di crescita, di benessere e di ricchezza.

La stessa visione del ruolo del Terzo Settore e delle sue prospettive è positivamente mutata: sempre più ormai lo si considera come partner delle Istituzioni nell'esercizio delle pubbliche funzioni: vero e proprio tessuto connettivo della coesione sociale e motore della crescita del capitale umano nelle comunità; un Terzo Settore costituito, innanzitutto dagli attori in cui tradizionalmente esso si è, negli ultimi decenni, organizzato anche formalmente (cooperazione sociale, volontariato, associazionismo di promozione sociale, enti ed organizzazioni delle confessioni religiose) o da altri attori che stanno recuperando un ruolo storicamente molto importante ma poi erroneamente sottovalutato (come le società di mutuo soccorso). Tali attori conservano, ed anzi accrescono, tutta la loro importanza, ma è anche maturata la consapevolezza che altre formazioni sociali come la famiglia, l'associazionismo, i singoli cittadini, le reti anche informali di solidarietà, possono essere a tutti gli effetti

componenti del Terzo Settore nel momento in cui esprimano quelle “autonome iniziative” di cui parlano la Costituzione (art. 118) ed il Testo Unico sull’Ordinamento degli Enti Locali (art. 3), impegnandosi nella realizzazione di valori giuridici, e in particolare di quello di eguaglianza sostanziale, alla cui realizzazione doverosamente tende la pubblica funzione definita come “sociale”.

L’evoluzione del contesto normativo

Le linee di indirizzo approvate nel 2011 inquadrano i servizi sociali nel sistema dei servizi pubblici locali. Il testo della DGR n. 846/2011 era stato concepito in un periodo invero particolare, che seguiva l’abrogazione, ad opera della consultazione referendaria del giugno 2011, del sistema delineato dai D.L. n. 112 del 2008 e n. 135 del 2009, ma che precedeva le vicende successive, costituite dalla sostanziale reintroduzione del sistema “ante referendum” ad opera del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011 e del D.L. n. 1/2012, e dalla successiva (del resto prevedibile) dichiarazione di illegittimità costituzionale dello stesso (Corte Costituzionale n. 199/2012).

Il sistema temporaneamente (re)introdotta (subito dopo l’approvazione dell’Atto regionale di Indirizzo) con D.L. n. 138 tendeva a consolidare un sistema che negli ultimi anni era venuto a delineare un quadro assai vincolante per gli Enti locali; a questi erano lasciate limitate possibilità di scelta circa le modalità gestionali dei servizi (caratterizzati dalla rilevanza economica) offerti ai propri cittadini; modalità che, in sintesi, nell’approdo conclusivo, erano distinte fra “ordinarie” (affidamento al mercato, con possibilità di imposizione di obblighi di pubblico servizio) e “straordinarie” (affidamento ad un solo gestore o ad un numero ristretto di gestori privati, gestione in house o in economia), da motivare puntualmente nel secondo caso.

Dopo la citata sentenza della Corte Costituzionale e la cancellazione, in pratica, dell’intero sistema regolativo del sistema dei servizi pubblici locali, i Governi che si sono succeduti nel tempo non hanno più proceduto nel senso di una revisione “strategica” complessiva del sistema stesso e si sono concentrati su azioni “tattiche”, costituite da norme puntuali, mirate soprattutto alla lotta contro gli sprechi ed all’equilibrio economico; peraltro, l’attuale Governo ha annunciato un nuovo intervento organico per la disciplina dei servizi pubblici locali, ma non ne ha ancora chiarito i contenuti, se non sotto il profilo della riduzione del fenomeno, dilagato negli ultimi anni, comunemente indicato come delle “partecipate” degli Enti locali.

Paradossalmente, dunque, le Linee di indirizzo del 2011, nonostante fossero state concepite immediatamente prima degli interventi normativi nazionali seguiti al referendum popolare, e fossero state ampiamente superate poco dopo la loro emanazione, sono ritornate attuali dopo l’intervento del Giudice delle leggi che ha sostanzialmente “riportato indietro l’orologio” ripristinando il quadro generale in cui le Linee di indirizzo liguri erano state pensate.

Anche in questo momento, quindi, gli Enti locali sono formalmente liberi di scegliere per i servizi sociali le modalità gestionali ritenute preferibili, anche se non si può dimenticare che tale scelta è di fatto, ancor più che tre anni fa, fortemente limitata da vincoli, soprattutto, ma non solo, finanziari, che ne condizionano fortemente l’operato.

In attesa dei nuovi interventi nazionali che metteranno meglio e più stabilmente a fuoco il sistema dei servizi pubblici locali e che permetteranno di sviluppare con il dovuto affidamento nuove scelte di ampio respiro, le indicazioni già date con le precedenti linee di indirizzo che riguardano questo profilo possono, comunque, per ora essere confermate, aggiornandole alla luce delle difficoltà che caratterizzano il momento attuale e che impongono, sì, di concentrare l’attenzione in modo concreto, su puntuali problematiche gestionali e di affidamento, ma anche di farlo riconoscendo la massima importanza alle “politiche” sociali in senso lato ed all’integrazione di queste con le altre politiche locali in collaborazione con i soggetti del Terzo Settore.

Alcune considerazioni sui primi risultati delle sperimentazioni, sull’applicazione del Testo Unico, su nuove prospettive

Le Linee di Indirizzo approvate nell'estate del 2011 affrontavano, anticipando il Testo Unico, i temi fondamentali delle relazioni fra le pubbliche Istituzioni ed i soggetti del Terzo Settore nelle politiche, nei servizi e negli interventi sociali:

- *gli affidamenti, sia sotto forma di appalti che di concessioni (evidenziandone le differenze)*
- *l'accreditamento, quale forma di concessione "diffusa"*
- *le collaborazioni pubblico/privato istituzionali (c.d. PPPI), come le società miste con socio operativo*
- *la collaborazione con le Cooperative sociali di tipo B finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate*
- *le clausole sociali in generale*
- *e, infine, le relazioni alternative agli affidamenti*

Queste ultime, sono costituite da quelli che, anticipando il lessico poi fatto proprio dal T.U. n. 42/2002, già venivano chiamati "patti di sussidiarietà": accordi fra pubbliche amministrazioni e soggetti del Terzo Settore finalizzati non allo scambio fra prestazioni (servizi) e prezzi (corrispettivi), bensì a vere "col-laborazioni" rese possibili ed adeguate grazie al sostegno istituzionale. Le Linee di Indirizzo offrivano indicazioni sia di tipo sostanziale (le caratteristiche dei vari rapporti) sia di tipo procedurale (le procedure per individuare il fornitore o il partner) distinguendo fra procedure competitive e non competitive, ma comunque rispettose dell'evidenza pubblica.

Com'è già stato accennato, le Linee di Indirizzo relative ai "patti di sussidiarietà" si sono sviluppate ad opera della Regione attraverso alcune sperimentazioni: i progetti "Custodi Sociali", "Servizio Civile", "Carcere"; quest'ultimo ha visto la qualificata partecipazione anche del Ministero della Giustizia.

Le tre sperimentazioni degli strumenti di relazione pubblico/privato non profit, sono state poi "formalizzate" nel T.U. n. 42/2012 individuando il modello di rapporto denominato "patto di sussidiarietà"; la sperimentazione ne ha confermato la validità e le interessanti potenzialità, evidenziandone anche i nodi problematici; nodi che con questo documento si intende, tra l'altro, contribuire a risolvere.

Non altrettanto può dirsi per quanto nelle Linee di Indirizzo si riferiva allo strumento tradizionale dell'appalto, alla concessione ed all'accreditamento.

A tale proposito, si è constatata una scarsa diffusione delle buone pratiche indicate dalle Linee di Indirizzo; scarsità determinata forse dal carattere (per propria stessa natura) meno innovativo di tali modelli (accreditamento escluso), che ha influenzato lo scarso impegno a ricercare soluzioni nuove e più rispondenti agli interessi delle stesse Amministrazioni oltre che dei soggetti del Terzo Settore.

V'è da dire che anche le gravi difficoltà finanziarie degli Enti Locali hanno in qualche misura contribuito alla conservazione di schemi obsoleti; ma, le prospettive ora offerte dall'esperienza medio tempore fatta in uno con l'entrata in vigore del T.U. n. 42/2012 e dalla definitiva approvazione da parte degli Organi comunitari delle due nuove direttive in tema di appalti pubblici e (novità assoluta) di pubbliche concessioni (pubblicate sulla G.U.C.E. del 28 marzo 2014 e in attesa di recepimento da parte dello Stato) possono contribuire efficacemente, anche attraverso il presente documento, a superare le criticità cui si è accennato.

Quanto alle nuove direttive comunitarie (il cui integrale recepimento da parte degli Stati dovrà avvenire entro la primavera del 2016) v'è da dire che esse offrono spunti assai interessanti non solo alle Autorità nazionali che dovranno recepirle conformando ad esse l'ordinamento nazionale, ma anche (ed è ciò che ora maggiormente interessa) alle Amministrazioni locali (Regione ed Enti locali), che possono direttamente darvi applicazione nella misura in cui - ovviamente - esse siano già compatibili con il quadro giuridico vigente. In tal senso, va ricordato quanto affermato nella nuova "Direttiva appalti" relativamente alla differenza fra le forme di finanziamento e sostegno e gli "affidamenti" veri e propri. Ciò è particolarmente rilevante in quanto conferma la validità del modello di accreditamento indicato all'articolo 22 del T.U. n. 42/2012, che prevede trasferimenti "a compensazione" senza la fissazione di volumi di acquisto predefiniti e perciò senza l'effettuazione di procedimenti di gara.

Della nuova Direttiva Appalti vanno anche ricordati i contenuti relativi:

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

- alle "procedure competitive con negoziato" (che finalmente permettono di dare forma (anche in occasione di affidamenti, che danno necessariamente vita a procedure competitive ad evidenza pubblica) al concetto di "coprogettazione" di cui al D.P.C.M. 30 marzo 2001 "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'articolo 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328")
- al riconoscimento della legittimità di procedure di gara che tengano conto solo della qualità dei servizi offerti (e non del prezzo)
- all'accresciuto interesse per le clausole sociali
- alla definitiva validazione comunitaria del modello della concessione (con l'adozione addirittura, per la prima volta, di una direttiva ad hoc)
- all'espressione della tendenza a superare il limite della "disabilità" negli appalti c.d. "riservati" (a favore della sua sostituzione con il più ampio concetto di "svantaggio"), ecc.

Quanto ai primi riscontri sull'applicazione del Testo Unico, va ricordato innanzitutto che la L.R. n. 42/2012 riguarda l'intera materia della disciplina regionale del Terzo Settore e non solo i peculiari profili presi in considerazione da questo documento. Ciò premesso, le considerazioni già fatte a proposito delle sperimentazioni poste in essere a seguito delle Linee di Indirizzo possono essere richiamate ed arricchite con ulteriori osservazioni.

Occorre innanzitutto prendere atto delle criticità che si sono manifestate nell'applicazione del principio di sussidiarietà e nella realizzazione della rappresentanza unitaria del Terzo Settore. Va inoltre ricordato che la norma transitoria contenuta nell'articolo 45 del T.U. riguarda temi che sono, insieme, i più qualificanti ed i più complessi della legge: l'accreditamento ed i criteri per il riconoscimento della rappresentanza unitaria del Terzo Settore, oltre che la realizzazione della sussidiarietà orizzontale.

Quanto al primo, e cioè alla definizione da parte della Giunta Regionale delle tipologie dei servizi accreditabili, dei relativi standard quantitativi e qualitativi, dei contenuti fondamentali dell'accordo di accreditamento e del rapporto contrattuale, nonché delle modalità relative alla presa in carico professionale degli utenti, la legge regionale ne affida l'approvazione ad apposito atto della Giunta. Tali contenuti non sono, quindi, presi in considerazione da questo documento, che si prefigge lo scopo di indicare la possibilità di dare pratica applicazione alle disposizioni regionali vigenti e non di anticipare i provvedimenti attuativi della legge.

Quanto al secondo, e cioè al percorso che dovrà portare a raggiungere entro la fine del 2017 le percentuali di rappresentatività stabilite per l'Organismo Unitario di Rappresentanza dall'articolo 24 del T.U., v'è da dire che è nell'auspicio di tutti i soggetti istituzionali e del Terzo Settore coinvolti che tale scadenza temporale sia significativamente anticipata; in tal senso potrà contribuire proprio l'applicazione del presente atto di indirizzo che intende anche promuovere da parte dell'O.U.R. l'effettivo svolgimento del ruolo assai significativo che la legge regionale gli attribuisce; dall'effettività e dall'efficacia dello svolgimento di tale ruolo da parte dell'O.U.R. e dei soggetti che vi collaboreranno dipende la concreta autorevolezza dell'Organismo e con essa la decisione dei soggetti non profit liguri che ancora non vi abbiano aderito, di aderirvi.

Quanto all'attuazione del principio di sussidiarietà e quindi al ruolo attribuito dal T.U. al Terzo Settore, quale partner delle Istituzioni nella funzione sociale, va rilevato che la partecipazione dello stesso alla programmazione ed alla progettazione sociale locale e l'utilizzo del modello "patti di sussidiarietà" non sempre sono stati adeguatamente attuati a livello locale; ciò è dipeso soprattutto dalla novità della materia ed è necessario un accresciuto impegno regionale nel supporto, anche tecnico, alle concrete esperienze locali dopo le sperimentazioni già fatte che, per la loro natura sovracomunale, sono state sino ad ora promosse direttamente dalla Regione.

Quanto, infine, agli affidamenti in regime di appalto o di concessione, il crescente utilizzo di modalità innovative non ha posto fine all'utilizzo di modalità di affidamento antitetiche, rispetto all'auspicato rinnovamento; anche a tale proposito si ritiene che il presente documento contribuirà al superamento di alcune contraddizioni, ma certo non basterà da solo a disseminare buone prassi ed a promuoverne il radicamento nella cultura e nelle prassi operative. Anche in questo caso, quindi, sarà necessaria la

SCHEMA N. NP/28241
DEL PROT. ANNO 2014

REGIONE LIGURIA - Giunta Regionale

Dipartimento Salute e Servizi Sociali
Dipartimento Salute e Servizi Sociali

collaborazione della Regione con i Comuni, con l'O.U.R. e con gli altri soggetti che intenderanno operare per la diffusione locale; anche anticipando, come già accennato, l'applicazione di modelli di rapporto e procedurali prefigurati dalle nuove direttive comunitarie che non siano incompatibili con il quadro giuridico già oggi vigente

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

AZIONE AMMINISTRATIVA NEI RAPPORTI CON IL TERZO SETTORE

Sezione 1 : premesse e principi

1.1 - I principi e le finalità del T.U., sono stati ricordati nella prima parte di questo documento. Il difficile momento, che caratterizza oggi e in prospettiva continuerà a caratterizzare il contesto, richiama all'attenzione due profili, molto importanti nei rapporti fra Pubbliche Amministrazioni e Terzo Settore:

- 1) la valorizzazione del Terzo Settore come catalizzatore economico e sociale delle risorse della società civile e
- 2) la priorità del consenso, della partecipazione e della collaborazione in un approccio sinergico e – per quanto possibile – non competitivo nel confronto degli interessi da parte dei reciproci portatori

Sotto il primo profilo, il concreto *modus operandi* che la Regione Liguria propone di sviluppare si fonda sulla constatazione della presenza nel tessuto sociale di grandi potenzialità moltiplicative di risorse, di capitalizzazione sociale e generative di una ricchezza che non sia fine a se stessa ma compenetrata positivamente con lo sviluppo della persona ancor prima che con il suo recupero in caso di disagio. Tutto ciò, nella consapevolezza che i modelli di relazione ipotizzabili devono essere compatibili con il sistema di mercato, ma anche nella consapevolezza della necessità di una gerarchia dei valori in cui quelli umani siano sovra-ordinati a quelli economici, e questi, a propria volta, siano sovra-ordinati a quelli finanziari. Tale gerarchia di valori è stata da tempo fatta propria dall'Unione Europea anche nel contesto della disciplina dei procedimenti di gara: procedimenti che per propria natura esprimono in massimo grado la competizione fra i soggetti (le gare d'appalto¹), ma che la volontà comunitaria sceglie di funzionalizzare ai valori sociali di coesione e di solidarietà.

Sotto il secondo profilo, è fondamentale riconoscere che ormai da quasi un quarto di secolo le norme fondamentali che regolano il procedimento amministrativo contenute nella legge n. 241/1990 affermano quali principi generali del procedimento la consensualità, la partecipazione e la co-responsabilità sociale, lasciando alle legislazioni di settore la possibilità di individuare specifiche *eccezioni* ad essi.

In altre parole, anche nei rapporti giuridici “pubblico/terzo settore” la sostituzione del principio di collaborazione, inteso come sinergia degli interessi, con quello diametralmente opposto della valorizzazione della competizione al fine di perseguire il pubblico interesse, va praticata solo in via di eccezione, in quegli specifici procedimenti in cui specifiche norme derogatorie lo stabiliscano. Questo avviene, ad esempio, nell'ambito degli appalti, o delle concessioni selettive di servizi pubblici ad uno o ad un numero ristretto di concessionari rispetto ai possibili interessati².

Del resto, poiché il procedimento amministrativo altro non è che “*il tradursi del potere* - cioè della funzione - *in atto*”³, sarebbe invero curioso se la funzione sociale, per propria intima essenza legata ai valori dell'eguaglianza e della solidarietà, dovesse *di regola* farsi atto attraverso la contrapposizione e non grazie alla sinergia degli interessi coinvolti, anche ove una specifica norma di legge non lo imponesse⁴.

La concreta applicazione nei rapporti fra pubbliche amministrazioni e soggetti del terzo settore del generale principio di consensualità e di collaborazione fra i soggetti, quindi, incontra un preciso limite ove specifiche norme impongano – in via di eccezione – l'applicazione dell'opposto principio di contrapposizione

¹ Vedasi l'articolo 2 del vigente Codice dei Contratti delle Pubbliche Amministrazioni: “*Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile*”.

² Eventualità espressamente esclusa per dal T.U. n. 42/2012 per l'accreditamento dei servizi sociali.

³ Come significativamente espresso da Feliciano Benvenuti.

⁴ Come avviene nel caso di appalto o concessione.

competitiva degli interessi privati coinvolti, come tipicamente avviene nelle procedure per la stipula di contratti di appalto: procedure che non a caso vengono anche nel linguaggio comune definite “gare”

Ciò doverosamente ricordato, non va neppure dimenticato che anche la inevitabile competitività delle procedure di gara può e deve essere assicurata nel modo più consono rispetto all’oggetto dell’affidamento ed ai risultati attesi. A tal fine, la semplicistica applicazione del criterio di aggiudicazione al massimo ribasso non può certo essere considerata il sistema migliore, come è stato ripetutamente affermato anche dagli Organi comunitari; essi privilegiano quale criterio di aggiudicazione quello c.d. dell’ “offerta economicamente più vantaggiosa”, nella quale la scelta del contraente avviene attraverso una equilibrata valutazione sia dei profili attinenti al prezzo sia di quelli riguardanti la qualità del servizio proposto.

A tal proposito è significativo che la nuova Direttiva Appalti preveda la possibilità di aggiudicare le gare solo sulla base della valutazione della qualità delle offerte e, quindi, ad un prezzo già previsto dall’Amministrazione e non oggetto di offerta.

1.2 – riconoscere e valutare la funzione sociale dei soggetti disponibili

Il riconoscimento delle caratteristiche e della concreta volontà dei soggetti che intendono, a vario titolo, di porsi in relazione con le PP.AA. nell’esercizio della funzione sociale o quali esecutori di contratti che loro affidino la gestione di servizi, è di fondamentale importanza; nel secondo caso (affidamento gestionale in appalto in concessione) lo strumento giuridico di relazione non potrà che essere quello contrattuale; nel primo, la partecipazione all’esercizio della funzione sociale (ai sensi dell’articolo 118 della Costituzione e dell’articolo 3 del T.U. n. 267/2000) potranno trovare applicazione i “patti di sussidiarietà” di cui alla L.R. 42/2012 attraverso i quali la libera adesione dei privati all’esercizio della funzione sociale verrà formalizzata – appunto in un “patto” – che stabilirà gli impegni reciproci. In tal modo le “autonome iniziative” delle formazioni sociali (artt. 3 del T.U. n. 267/2000 e 118 della Costituzione), a fronte del sostegno istituzionale, assumeranno il carattere della doverosità.

Cittadini singoli e formazioni sociali sono, infatti, chiamati dall’articolo 2 della Costituzione all’adempimento dei “*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”, e la decisione di agire concretamente per tale adempimento è costituzionalmente tutelata e va riconosciuta e favorita ai sensi dell’articolo 118 a prescindere da qualsiasi valutazione o autorizzazione istituzionale.

Ma, ad eccezione dei casi in cui la doverosità di tale adempimento sia specificamente stabilita e sanzionata in capo al privato dalla legge (c.d. *munera*), affinché ciò caratterizzi concretamente la posizione giuridica dei soggetti interessati occorre che essi assumano negozialmente nei confronti delle pubbliche amministrazioni, titolari delle funzioni di riferimento, i relativi doveri.

Ove, poi tale libera assunzione possa essere oggetto di azioni positive da parte dell’Istituzione titolare della funzione del cui esercizio si tratta, è necessaria la valutazione da parte dell’Amministrazione dell’adeguatezza dell’impegno del privato rispetto al perseguimento dei valori cui la funzione pubblica tende. Tale valutazione compete, ovviamente, alla pubblica amministrazione e va posta in essere in modo partecipato prima della stipula del patto e successivamente nel corso della realizzazione dei progetti. Tale valutazione dovrà essere adeguatamente motivata con riferimento al caso specifico e, per quanto concerne quella in itinere, compiuta applicando i criteri valutativi che saranno parte integrante del progetto proposto e divenuto oggetto del patto.

Da tale incontro di volontà nascono quelli che gli articoli 29 e 30 del T.U. n. 42/2012 definiscono “*patti di sussidiarietà*”

Il T.U. n. 42/2012 distingue fra “*patti per la facilitazione dell’impegno dei privati in attività sociali di interesse generale*” e “*patti per il sostegno dei privati senza finalità di profitto nell’esercizio della funzione sociale*”. I primi, aperti a tutti i soggetti, aventi o non aventi finalità di profitto, non possono comportare l’attribuzione di fondi o di altre utilità economiche; i secondi, aperti solo ai soggetti *non profit*, comportano azioni istituzionali di sostegno (attraverso l’attribuzione di fondi o di altre utilità aventi valore economico) finalizzate a rendere adeguato l’impegno dei privati nella funzione sociale-

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

La sostanziale e radicale differenza fra l'affidamento in appalto, concessione o accreditamento della gestione di servizi e i "patti di sussidiarietà" non può certo essere costituita dalla mera denominazione che nelle diverse situazioni concrete sia loro attribuita. La differenza riguarda innanzitutto la causa del rapporto pubblico/privato cioè la sua effettiva funzione economico sociale, che nel caso dell'appalto o della concessione e accreditamento, è data dallo scambio della prestazione di un servizio con un corrispettivo, mentre nel caso dei patti di sussidiarietà ex art. 30 del T.U. è data dall'attribuzione attraverso apposito provvedimento (sostituito dall'accordo procedimentale, specificamente chiamato dalla L.R. 42, appunto "patto") di benefici economici finalizzati a rendere adeguato l'impegno del privato di partecipare all'esercizio della pubblica funzione attraverso attività di interesse generale.

Ovviamente, tale ontologica differenza non può non rispecchiarsi nella concreta disciplina negoziale dei reciproci impegni, coerentemente con la vera e sostanziale natura del rapporto: nel modello indicato dalla Regione Liguria nel T.U. n. 42/2012, almeno il 30% delle risorse da utilizzare nelle attività progettate nelle autonome iniziative deve essere garantito dal destinatario stesso del sostegno pubblico, e correlativamente l'attribuzione a titolo di sostegno di benefici economici da parte del soggetto pubblico non può eccedere il 70% del valore economico delle risorse complessive da mettere in campo per la realizzazione delle attività di interesse generale da realizzare. I costi finanziabili entro tale limite percentuale devono essere costi vivi e documentati, con esclusione di qualsiasi forfetizzazione anche per quanto concerne i costi generali. Il controllo del rispetto di tale percentuale va posto in essere dall'Amministrazione non solo in via preventiva e cioè al momento della valutazione istituzionale del progetto autonomamente proposto dal Terzo Settore, ma anche in via consuntiva, con conseguente restituzione all'Ente che li abbia concessi dei trasferimenti pubblici che abbiano ecceduto tale limite. Resta comunque in capo al privato il rischio che il sostegno pubblico accordato preventivamente si riveli *in itinere* insufficiente rispetto agli obiettivi indicati nel progetto approvato dall'Amministrazione che devono, in ogni caso, essere raggiunti; pena la decadenza dell'attribuzione dei benefici e l'integrale restituzione dei contributi già corrisposti.

Ciò premesso, emerge in tutta la sua importanza la necessità della corretta e trasparente descrizione e della analitica valorizzazione economica della proposta progettuale con cui il privato (appunto, con una "autonoma iniziativa") manifesti all'Amministrazione la sua volontà di realizzare le attività che esso stesso autonomamente propone e di raggiungere gli obiettivi cui tendono, assumendone gli specifici doveri. Ciò è evidentemente necessario per la corretta qualificazione del rapporto, in uno con la completezza del progetto e la relativa valorizzazione economica.

Con riferimento a quest'ultima, le sperimentazioni fatte hanno ulteriormente evidenziato l'importanza dell'individuazione di volta in volta di criteri ragionevoli e verificabili per la valorizzazione economico finanziaria di tutte le risorse che il privato si impegni a mettere in campo nel progetto e che devono, come già visto, corrispondere ad almeno il 30% delle risorse complessive. Alcune di tali risorse sono di per sé già oggettivamente quantificabili nel loro valore economico: lo sono, ad esempio, le somme raccolte attraverso *fund raising*, o il numero di ore di lavoro di operatori professionali, che possono facilmente essere valorizzate al loro costo vivo.

Altre risorse, invece, pur essendo, ovviamente, da prendere in considerazione e da valorizzare, non possono trovare nell'equivalenza al costo orario di Operatori un ragionevole criterio valutativo: si pensi non solo all'apporto del volontariato organizzato che non trovi corrispondenza in figure professionali tipiche, ma anche a quello dato dalla partecipazione di singoli cittadini o di altri soggetti, singoli o collettivi, diversi dal volontariato organizzato (es. l'attenzione solidaristica data dal vicino di casa nei confronti di soggetti fragili); o, anche al contributo esterno offerto da altre imprese, anche for profit, o da formazioni sociali che non siano non parti vere e proprie nel "patto". Tali apporti, molto diversi fra loro, dovrebbero auspicabilmente costituire una componente fondamentale delle risorse attivate e messe in campo; la loro valorizzazione economica richiede l'applicazione di metodologie che possano conciliare la coerenza delle determinazioni con la peculiarità dell'oggetto, assicurando la necessaria attendibilità, non disgiunta dall'altrettanto imprescindibile semplicità della loro applicazione. In certi casi, è relativamente semplice individuare modalità che, con i necessari adattamenti, conducano ad applicare il criterio già visto, consistente nel costo di personale retribuito: ad esempio, nel caso di mancata corrispondenza di qualifica sarà ragionevole contabilizzare il costo del personale inquadrato in qualifica simile; nel caso del vicino di casa sarà ragionevole quantificare presuntivamente le ore di lavoro retribuito che un lavoratore professionale

dovrebbe impiegare per raggiungere l'abitazione della persona aiutata e per dialogare con la stessa; nel caso dell'apporto operativo di imprese for profit potrebbe essere utile il riferimento al costo di mercato di analoghi servizi o forniture, ecc.

Ovviamente, è impossibile predefinire una casistica esaustiva, in senso generale, dei metodi e parametri utilizzabili per la quantificazione dell'apporto del volontariato. E' però certamente possibile e necessario che il singolo progetto espliciti il metodo concretamente utilizzato, consentendo quindi alla Pubblica amministrazione di verificare la ragionevolezza della quantificazione effettuata. Quantificazione che nella maggior parte dei casi, anche per comodità, potrà essere espressa in unità di misura di tipo monetario, ma che, ove ciò possa essere valido e preferibile, potrebbe anche essere espressa in unità di misura diverse dal valore monetario (ad esempio, in unità di misura di tipo fisico o temporale).

Ciò premesso, è forse superfluo precisare che la L.R. n. 42/2012 distingue fra i soggetti che possono essere destinatari di semplici azioni facilitatrici che escludano l'attribuzione di finanziamenti in denaro o in altre utilità economicamente rilevanti e quelli che possono invece essere oggetto di interventi di sostegno consistenti nell'attribuzione di contributi in denaro o comunque di rilevanza economica: questi ultimi, infatti, sono riservati ai soggetti del terzo settore così come individuati all'articolo 4 del T.U. approvato con L.R. n. 42/2012.

Giovi, infine, ricordare un interessante riferimento contenuto nel quarto "Considerando" della nuova Direttiva Appalti, di prossimo recepimento, ove si afferma che:

"(...) La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. È opportuno precisare che a tali acquisizioni di lavori, forniture o prestazioni di servizi dovrebbe essere applicata la presente direttiva se effettuate tramite acquisto, locazione finanziaria o altre forme contrattuali.

(...) Inoltre, il semplice finanziamento, in particolare tramite sovvenzioni, di un'attività che è spesso legata all'obbligo di rimborsare gli importi percepiti qualora essi non siano utilizzati per gli scopi previsti, generalmente non rientra nell'ambito di applicazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici".

Se il ricorso ai "patti di sussidiarietà" rappresenta il modello di relazione pubblico/privato non profit più direttamente coerente con la valorizzazione del Terzo Settore nella funzione sociale, non vanno sottovalutati gli altri strumenti di relazione indicati agli nel Capo II del T.U. agli articoli da 32 a 35, e segnatamente la concessione e l'accreditamento, l'uso delle clausole sociali, gli affidamenti alle Cooperative di tipo B di forniture e servizi, oltre che, ovviamente, la tradizionale modalità di affidamento costituita dall'appalto.

La previsione, ora contenuta al terzo comma dell'articolo 42 del T.U, trova il suo fondamento nella L.R. n. 23/1993. Questa già aveva previsto che, anche al fine di promuovere la qualificazione nel sistema di offerta dei soggetti del Terzo Settore, fossero da privilegiare modalità di affidamento dell'intero servizio, evitando, ove possibile e conveniente la sua parcellizzazione; inoltre la stessa L.R. n. 23/1993 indicava, quale rapporto contrattuale per preferire per l'affidamento di interi servizi a soggetti del Terzo Settore la concessione anziché l'appalto. Quindi, l'affidamento in appalto di specifiche componenti del servizio e non del servizio nel suo complesso, dovrebbe costituire un evento straordinario, da motivare adeguatamente sotto il più generale profilo della convenienza pubblica, e non solo sotto quello strettamente relativo al costo. Ovviamente, scelte e relative motivazioni non possono che dipendere dall'oggetto del servizio, dalle caratteristiche della rete dei soggetti interessati e devono tenere conto delle indicazioni dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici e delle indicazioni del Codice degli Appalti in merito alla partecipazione delle piccole e medie imprese.

Ciò premesso, v'è da chiedersi in quale misura il *favor* per modelli di relazione che consentano l'utilizzo di procedure non competitive possa effettivamente concretizzarsi al fine di valorizzare e implementare le risorse peculiari del territorio. Come già detto, il principio di consensualità non può trovare legittima applicazione ove particolari norme o complessi di norme impongano logiche diverse all'azione

amministrativa; come avviene, ad esempio, a livello nazionale e comunitario, per gli affidamenti (appalto o concessione), se non nei rari casi in cui specifiche norme di stretta interpretazione consentano la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando; a tali norme si rimanda, ricordando che, in ogni caso, per la loro applicabilità la natura for profit o non profit del soggetto affidatario è del tutto irrilevante.

Alla luce, però, delle caratteristiche impresse dalla L.R. n. 42/2012 all'accREDITamento per la gestione di servizi socio assistenziali, e tenendo conto anche delle precisazioni della Commissione Europea contenute nella recente Direttiva appalti, non ancora approvata, e in particolare nel quarto "considerando", che recita "...Analogamente, situazioni in cui tutti gli operatori che soddisfino determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio, non dovrebbero essere considerati sistemi di appalto, bensì semplici sistemi di autorizzazione", emerge una interessante opportunità che può contribuire a perseguire l'obiettivo del miglioramento della qualità dei servizi resi agli utenti in uno con la promozione del Terzo Settore.

Come esplicitato all'articolo 33 del T.U. regionale citato, infatti, non v'è ragione, per pensare che debba essere posta in essere una procedura competitiva fra più eventuali aspiranti gestori di un servizio sociale pubblico ove il sistema di accREDITamento non comporti la selezione di un numero ristretto di soggetti accREDITabili con correlata garanzia agli stessi di volumi predefiniti di attività, essendo, invece accREDITati tutti coloro che siano in possesso dei requisiti per esserlo e si impegnino a garantire ai servizi erogati le caratteristiche anche di relazione con i soggetti pubblici e la rete dei servizi e degli interventi sociali stabilite nel contratto di accREDITamento, alle tariffe definite dall'Autorità competente, ecc.. Le modalità di accREDITamento dei servizi socio assistenziali individuate⁵ dal T.U. al fine di dare attuazione ai principi stabiliti anche a livello nazionale di libera scelta dell'utente e di *par condicio* dei fornitori, non mancherà di produrre l'effetto di dar modo ai soggetti del terzo settore radicati nel territorio di esprimere al massimo le proprie capacità non in formali offerte in sede di gara, bensì nella concretezza dei rapporti con gli Utenti e le Amministrazioni.

L'accREDITamento così posto in essere promuoverà il miglioramento della qualità dei servizi resi, libererà negli Enti risorse burocratico - organizzative ora, poco produttivamente, dedicate ai procedimenti di gara e comporterà un'accresciuta attenzione del servizio sociale professionale per la presa in carico degli Utenti. Sarà anche, per le Organizzazioni di volontariato di *advocacy*, opportunità di svolgere in modo più penetrante il proprio ruolo. Infatti, nel modello di accREDITamento individuato dal T.U. n. 42/2012 l'Utente e la Famiglia potranno esercitare, come previsto dalla stessa legge n. 328/2000, la scelta del fornitore del servizio fra quelli accREDITati (ove ciò sia giuridicamente possibile⁶). Ovviamente tale scelta potrà essere "assistita" da amministratori di sostegno e dalle altre figure professionali e familiari coinvolte, date la "debolezza" e la disparità informativa che spesso contraddistinguono i destinatari dei servizi sociali.

Va, infine, evidenziato come l'ambito di impegno del Terzo Settore e l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale non riguardino solo i servizi socio assistenziali e, a ben vedere, neppure soltanto la funzione sociale, intesa sia in senso stretto che in senso lato.

Poiché il principio di sussidiarietà deve trovare applicazione in tutte le funzioni pubbliche, fatta eccezione per quelle riservate anche nel loro esercizio dalla legge alle pubbliche istituzioni, e poiché i soggetti del terzo settore sono tra loro accumulati dal *modo* e dalle *finalità* del loro operare, ma non necessariamente dall'*oggetto* delle loro attività, pare fondamentale far sì che nell'attuazione del T.U. gli Enti ed i loro

⁵ Ovviamente, ove non contrasti con oggettive necessità che lo impediscano, come ad esempio avviene nei casi in cui sussista la necessità di assicurare ai gestori volumi predefiniti di attività, come recentemente confermato dalla giurisprudenza nazionale; in tali casi però sarà necessario procedere attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica.

⁶ Ad esempio, ove l'affidamento di un minore ad una comunità sia il Giudice stesso ad indicare in modo più o meno preciso l'organizzazione affidataria, la "libera scelta" non è, evidentemente, possibile.

interlocutori del Terzo Settore cerchino di individuare nella vastissima gamma delle funzioni degli Enti locali, e dunque anche fra quelle diverse da quelle socio assistenziali, quelle che meglio possano prestarsi all'applicazione del principio stesso.

Occorre, quindi, evitare di cadere nell'equivoco che sia solo nella funzione e nei servizi sociali o, nell'ambito degli stessi, in quelli socio assistenziali che la sussidiarietà possa trovare applicazione, anche se resta evidente che in tali settori essa può trovare un terreno particolarmente fertile.

Infinite sono le possibilità per gli Enti locali, di qualunque dimensione, e per i soggetti del Terzo Settore, di valutare la misura e le modalità per sviluppare, ex art. 118 della Costituzione ed art. 3 del T.U. sull'Ordinamento degli Enti Locali, con facilità ed immediatezza, autonome iniziative partecipative. In tal senso risulterà fondamentale il contributo che l'O.U.R. potrà dare, in uno con iniziative promozionali, anche formative, delle Amministrazioni e della stessa Regione.

Sezione 2.0 – La lettura del bisogno

Anche se può sembrare ovvio e scontato che qualsiasi scelta concernente le azioni sociali da porre in essere ed i servizi da gestire non è fine a se stessa, ma ha lo scopo di dare efficaci risposte a ben individuati e definiti bisogni sociali, per diverse cause non sempre le scelte si rivelano appropriate.

Anziché chiedersi quali siano i bisogni reali della Comunità e quali siano le migliori *politiche* di risposta ad essi, spesso ci si interroga solo su come i servizi possano essere, ove possibile, aumentati e migliorati se o, tutt'al più, su come il livello dei servizi possa almeno essere conservato. Sfuggono spesso alla riflessione le politiche, che stanno per così dire a monte dei servizi: l'obiettivo della conservazione o del miglioramento dei livelli dei servizi esistenti dovrebbe essere visto solo come uno fra i molteplici strumenti utili per rispondere efficacemente ai bisogni.

La valorizzazione del ruolo del Terzo Settore passa attraverso una accresciuta attenzione delle Amministrazioni per la lettura dei bisogni reali dei propri Cittadini e per il coinvolgimento del Terzo Settore stesso nella funzione pubblica sin dal momento di tale lettura e della formulazione delle *politiche* di risposta e di prevenzione degli stessi.

La stessa valorizzazione del Terzo Settore non è, peraltro, fine a se stessa ma, in ultima analisi, trova ragione d'essere nella prospettiva di migliorare l'esercizio della funzione sociale pubblica istituzionale e comunitaria in risposta e per la prevenzione dei bisogni della Comunità locale. La valorizzazione del Terzo Settore può essere un potente motore in tal senso.

La collaborazione delle Istituzioni pubbliche con il Terzo Settore nell'ambito della funzione sociale deve svilupparsi all'interno di un processo che segua il seguente ordine logico ed operativo:

1. riconoscimento dei bisogni sociali, in senso lato, della Comunità locale, attraverso la lettura condivisa dei fenomeni per arrivare alla definizione dei bisogni sottesi
2. individuazione degli obiettivi da raggiungere rispetto ad essi
3. ricognizione delle possibili interazioni sinergiche delle diverse politiche locali con quelle più specificamente sociali, rispetto agli obiettivi
4. specifica qualificazione delle politiche sociali
5. descrizione delle azioni da sviluppare per il sostegno della sussidiarietà
6. descrizione dei servizi e degli interventi sociali da porre in essere.

Nel concreto sviluppo delle *partnership* Pubblico/III Settore potrà giovare l'applicazione di una sorta di "lista di controllo", di cui si propone un esempio:

- di quali informazioni quantitative e qualitative abbiamo bisogno ?
- come si presenta il bisogno sotto il profilo quantitativo e qualitativo ?
- abbiamo già svolto in passato analisi di questo bisogno? Sono ancora attuali? Cosa manca ?

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

- quanto e come è avvertito il bisogno dalla collettività ?
- quali rischi e quali costi (anche non apparenti) sociali, sanitari, legali e di ordine pubblico sono collegati alla mancata o insufficiente soddisfazione del bisogno in questione ?
- con quali altri bisogni è collegato il bisogno in questione ?
- quali altre politiche realizzabili a livello locale hanno o potrebbero avere, direttamente o indirettamente rilevanza rispetto alla prevenzione ed alla soddisfazione del bisogno ?
- esiste già qualcuno che risponde, anche parzialmente, ai bisogni interessati da tale attività ? In che modo ? Lo si può coinvolgere nell'attività ?
- esistono "Indicatori di Impatto Sociale" per valutare l'efficacia degli interventi per soddisfare il bisogno in questione ? Quali ?
- se non ne esistono, come si potrebbero creare ? quali indicatori potrebbero essere provvisoriamente assunti nel periodo necessario per definire compiutamente quelli "definitivi" ?

Tutto ciò, allo scopo di arrivare ad una sintesi concreta nella "lettura" dei bisogni della comunità locale anche attraverso l'uso di un metodo di analisi dell'impatto sociale delle diverse politiche e degli effetti degli investimenti, degli interventi e dei servizi realizzati, anche diversi da quelli socio assistenziali, oltre che di quelli prevedibili degli interventi da realizzare.

2.1 – Valutare, valorizzare e sostenere la capacità politico – amministrativa della *governance*

Il passaggio dalla lettura del bisogno alla concreta formulazione delle scelte concernenti la qualificazione delle modalità di collaborazione pubblico – privato con riferimento all'oggetto delle politiche e dell'intervento/servizio è particolarmente delicato.

Le scelte da fare nelle politiche e nei servizi/interventi vanno caratterizzate tenendo presente la loro concreta fattibilità soggettiva ed oggettiva. Del resto, anche se il potenziale contrasto di interessi fra le parti non va superficialmente negato o sottovalutato, la peculiare caratteristica, se ben valorizzata, del dialogo fra pubbliche Amministrazioni e Terzo Settore ben può favorire il carattere collaborativo e non egoistico od oppositivo della dialettica fra le parti stesse.

Occorre realisticamente e concretamente interrogarsi intorno alla presenza, all'interno delle compagini coinvolte, e non solo della PA, della effettiva volontà di addivenire alla *partnership*, ma anche e soprattutto della presenza delle concrete dotazioni e capacità tecniche ed amministrative necessarie per porre in essere il procedimento individuato, e soprattutto per condurre adeguatamente l'esecuzione del "patto" o del contratto, il loro monitoraggio e la verifica. Ciò vale soprattutto ove la lettura del bisogno ed una prima prospettazione delle auspicabili modalità di rapporto individuino modelli relazionali di tipo collaborativo, diversi dalle tradizionali modalità dell'appalto di servizi e della concessione.

Per quanto riguarda la capacità tecnico-amministrativa, è scontato affermare che ogni Amministrazione va, in linea di principio, ritenuta idonea a svolgere le funzioni ad essa affidate; formalmente, essa non può non essere presente in ogni PA: ciò non può essere messo in dubbio. Ma si tratta, tuttavia, di verificare, specie con riferimento agli Enti di piccole dimensioni, ai Distretti e ad altre Autorità amministrative meno aduse a gestire processi partecipativi, se *in concreto* sussistano, oltre alle potenzialità ed alle competenze amministrative anche le effettive risorse materiali, le specifiche capacità ed esperienze professionali ed ogni altro presupposto organizzativo necessario per intraprendere e realizzare con successo i percorsi ritenuti opportuni.

Del resto, anche nel caso in cui la possibile scelta ricada sulle modalità consuete dell'appalto o della concessione, soprattutto nel caso della loro configurazione in modelli innovativi (come ad esempio la concessione dei servizi in forma di accreditamento, o l'appalto dei servizi attraverso procedure di coprogettazione ancorchè competitive), potrebbe in certi casi rivelarsi necessario rinforzare le competenze tecniche presenti nella PA. Fra esse, anche, in particolare, quelle del Responsabile del Procedimento cui le norme in materia di contratti delle Pubbliche Amministrazioni affidano un importante ruolo, e quelle del Responsabile dell'esecuzione del contratto, figura la cui importanza è ancora spesso sottovalutata negli appalti di servizi. Si tratta di ruoli cruciali, anche per monitorare efficacemente l'impatto sociale delle azioni programmate.

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

Analogo discorso va fatto per il Terzo Settore, anche e soprattutto ove il modello relazionale preveda forme di collaborazione ispirate al principio di sussidiarietà, tenuto conto del fatto che i soggetti partecipanti alla funzione pubblica, che certamente hanno una propensione ad agire un questa logica, non sempre possono in concreto avvalersi di capacità che derivino da pregresse esperienze in tal senso. Il pericolo che si pensi di applicare surrettiziamente i moduli procedurali partecipativi dei patti di sussidiarietà alla stipula di accordi solo formalmente tali ma costituenti nella sostanza veri e propri affidamenti in appalto o concessione è reale e va con attenzione evitato.

Del resto, anche il ricorso a moduli procedurali innovativi (di cui si parlerà *infra*) per la conclusione di rapporti contrattuali tradizionali, quali l'accreditamento, e financo quelli della concessione o del mero appalto di servizi, richiede anche ai soggetti del Terzo Settore consapevolezza e capacità che in buona parte derivino da esperienze analoghe, che però possono talvolta essere ancora inesplorate.

Le caratteristiche delle azioni di supporto regionali dovrebbero essere definite e monitorate nel corso del tempo dalla Regione, dagli Enti Locali e dagli Organismi Unitari di Rappresentanza del Terzo Settore centrali e locali con la formazione da appositi gruppi di lavoro permanenti formati da tecnici messi a disposizione dalla Regione e da Funzionari esperti degli Enti e dei soggetti del Terzo Settore interessati, anche al fine di individuare eventuali ulteriori percorsi di *empowerment* preventivo e di accompagnamento esecutivo.

Sezione 3 – La qualificazione dell'oggetto del procedimento

La traduzione in atti amministrativi da parte delle Amministrazioni delle scelte operate comporta la qualificazione giuridico amministrativa dell'oggetto del provvedimento in modo da pervenire *ex post*, cioè in modo induttivo, e non *ex ante*, all'inquadramento normativo del modello relazionale prescelto, ed all'assegnazione del *nomen iuris* appropriato. Tale qualificazione andrà effettuata tenendo conto delle caratteristiche oggettive dell'oggetto del provvedimento e non delle mere intenzioni o dei meri auspici sottesi. Il frutto di tale operazione sarà la collocazione, a seconda delle concrete caratteristiche del modello di rapporto, fra gli strumenti contrattuali tradizionali (appalto, concessione, anche caratterizzati dalle possibili loro evoluzioni innovative come ad es. l'uso significativo di clausole sociali, l'accreditamento, la coprogettazione, ecc.) o, infine, fra i rapporti attuativi del principio di sussidiarietà orizzontale (patti di sussidiarietà: artt. da 28 a 31 del T.U.).

Si ritiene di evidenziare che la presente Sezione non riguarda le problematiche di tipo procedurale, la cui disamina non deve mai precedere bensì sempre seguire quella delle questioni sostanziali.

Per qualificare l'oggetto del provvedimento attraverso l'individuazione del carattere innovativo o meno dell'iniziativa è fondamentale esplicitare quali siano gli obiettivi che l'iniziativa si propone di raggiungere.

Ciò premesso, va ricordato che la corretta identificazione dell'oggetto del provvedimento deve inquadarsi nella ricognizione delle politiche "collaterali" (cioè diverse da quelle sociali in senso stretto) che potrebbero essere finalizzate e caratterizzate anche in modo tale da contribuire al raggiungimento degli obiettivi.

Tali politiche collaterali possono rientrare tra le funzioni di Autorità diverse da quella precedente; va posta quindi un'ulteriore domanda: si tratta di attività di esclusiva competenza di tale Autorità? per la sua realizzazione influiscono anche attività amministrative di altre autorità?

Com'è ovvio, data la naturale connessione sotto il profilo della funzione sociale fra le diverse politiche pubbliche di cui sono portatrici le diverse Autorità, si tratterà di chiarire non solo l'esistenza (in genere scontata) di connessioni fra le diverse politiche, ma anche e in particolare le concrete caratteristiche di tale connessione. Ciò non potrà non comportare in certi casi "passaggi" interistituzionali di lettura dei fenomeni sociali.

Solo così sarà possibile definire l'oggetto del provvedimento in modo tale da renderlo armonico rispetto al concreto contesto ed agli obiettivi che si intende raggiungere. quanto accertato.

Non va sottaciuto che il profilo appena evidenziato non può non comportare – per la sua attuazione – l'impiego di risorse, non necessariamente economiche ma, comunque, sempre, ancorché in varia misura, di tipo organizzativo; senza che ciò necessariamente comporti aggravii di costi: la sinergia fra le politiche pubbliche per il raggiungimento di obiettivi sociali non può non comportare benefici in tale senso, quantomeno nel medio – lungo periodo.

Può essere superfluo aggiungere che ulteriori profili da affrontare per la messa a fuoco dell'oggetto del provvedimento sono costituiti dalla ricognizione della titolarità delle diverse funzioni coinvolte e dalle modalità più efficaci attraverso le quali tali soggetti possono essere coinvolti.

Quanto sopra terrà conto dell'esistenza di attività (pubbliche, di mercato, convenzionate, ecc.) già in atto: esse vanno valutate nella loro effettiva rispondenza rispetto agli obiettivi da raggiungere al fine di definire l'oggetto del provvedimento in modo tale da farle rientrare nello stesso ove vengano ritenute del tutto adeguate, ovvero da adattarle o da convertirle ove siano ritenute parzialmente o del tutto inadeguate; tutto ciò, ovviamente, non potrà non tenere conto dei vincoli contrattuali esistenti e dei tempi e costi impliciti a qualunque cambiamento organizzativo.

In ogni caso, la definizione dell'oggetto dovrà scaturire dall'applicazione di quello che può essere definito come "onere di sussidiarietà" (articoli 2 e 118 della Costituzione, articolo 3 del T.U. sull'Ordinamento degli Enti Locali): è fondamentale in tal senso chiedersi se e come un allargamento dell'esercizio della funzione pubblica possa essere inserito tra gli obiettivi del procedimento, individuando gli aspetti partecipativi che si vorrebbe caratterizzassero il modello prescelto nell'ambito degli spazi realisticamente esistenti e promuovibili per uno sviluppo della sussidiarietà.

In tale senso, la riflessione porterà con buona probabilità ad accertare che è realistico pensare che l'ipotesi di perseguire gli obiettivi attraverso progetti di sussidiarietà possa essere in sé adeguata, oppure, più frequentemente, a riconoscere la necessità di affiancarla con modalità di servizio/intervento consistenti nell'affidamento di servizi/interventi. In ogni caso, sarà necessario comprendere quali potrebbero essere i soggetti disponibili ad entrare in un patto di sussidiarietà e con la messa a disposizione di quali risorse necessarie per sostenere il progetto "nella sussidiarietà.

Naturalmente, l'identificazione dell'oggetto sotto il profilo appena affrontato dovrà prendere in considerazione le caratteristiche concrete dei soggetti coinvolgibili (volontariato organizzato e non, presenza di vari portatori di interesse, imprese sociali e altri soggetti del Terzo Settore, ecc.) e dovrà anche prendere in considerazione le risorse (pubbliche e private) attivabili e coinvolgibili, compresi eventuali beni immobili di proprietà pubblica e comprese le risorse organizzative istituzionali valorizzabili anche attraverso interventi di riqualificazione ed aggiornamento professionale.

Infine, la definizione dell'oggetto del provvedimento non potrà prescindere, alla luce delle caratteristiche già come sopra definite, dall'individuazione della *governance* dell'iniziativa tenendo conto dei vincoli e delle opportunità normative (legge sul procedimento amministrativo, testo unico sull'ordinamento degli Enti Locali, recente normativa in tema di collaborazioni interistituzionali e di semplificazione, ecc) definendo un modello di governance appropriato e non ridondante rispetto alla complessità dell'iniziativa ed individuando un responsabile del progetto (c.d. *project manager*).

3.1 – Valutare l'appropriatezza del budget disponibile

Per la concreta adozione dell'atto che porterà all'avvio del procedimento ed alla stipula del patto (e, ove realisticamente possibile ed opportuno anche nel caso dei normali contratti) è fondamentale che con realismo e responsabilità la PA titolare della funzione e gli interlocutori del Terzo Settore si pongano in via definitiva la questione fondamentale della appropriatezza del *budget* che può essere allocato per la realizzazione del progetto in modo tale da poter effettivamente raggiungere gli obiettivi con soddisfazione del

bisogno di riferimento. Il budget dovrà riferirsi sia alle risorse finanziarie indispensabili, sia a quelle consistenti in fattori materiali e strutturali.

E' pur vero che anche il "nodo" relativo alla già avvenuta qualificazione dell'oggetto del rapporto ha necessariamente comportato una prima ricognizione delle risorse disponibili; tuttavia, il passaggio alla definitiva decisione richiede la precisa definizione di un *budget*, la cui effettiva disponibilità costituisce in genere elemento chiave del contributo della PA e del Terzo Settore alla realizzazione degli obiettivi di funzione pubblica assunti come scopo, e quindi come finalità sostanziale del procedimento che verrà posto in essere, oltre che "causa" del provvedimento o dell'accordo finale.

La valutazione condivisa in sede di coprogrammazione, o di coprogettazione, o di proposta nel caso di patti di sussidiarietà dell'appropriatezza del *budget* a disposizione è un elemento fondamentale nel dialogo fra i soggetti pubblici e privati a vario titolo coinvolti; è indispensabile identificare e misurare concretamente il contributo di ciascuno al raggiungimento degli obiettivi.

Particolare attenzione andrà posta alla durata del rapporto: la collaborazione/ affidamento richiede che il *budget* sia garantito con ragionevole margine di affidabilità per tutta la durata della realizzazione del progetto, per non essere solo una velleitaria manifestazione di intenzioni non supportate da adeguata certezza. Va realisticamente valutato, anche al fine di evitare lo spreco di risorse altrimenti utilizzabili in modo più proficuo, il rischio della sospensione o dell'abbandono dopo un primo periodo (la prima annualità od altro) di un progetto che per esprimere adeguatamente la propria utilità richiederebbe periodi più lunghi.

Qualora non sia possibile predeterminare un *budget* preciso, per mancanza di risorse o per altre ragioni, la PA titolare dovrà tenerne conto; nel caso in cui emerga che, per difetto di sufficiente informazione o mancanza di altri presupposti fondamentali, sia radicalmente impossibile intraprendere proficuamente determinate strade di collaborazione con soggetti terzi, tali collaborazioni non andranno avviate, anche per evitare l'inutile dispendio di risorse pubbliche e danni agli utenti ed ai soggetti partner del Terzo Settore. Nel caso, peraltro frequente ove si consideri il problema dei bilanci e dell'incertezza costante delle risorse per gli enti locali, in cui la gravità è l'impellenza dei bisogni possano giustificare l'investimento di risorse non del tutto appropriate rispetto ai fini, le scelte dovranno essere il frutto di attente valutazioni condivise con i soggetti del Terzo Settore anche attraverso il loro Organismo Unitario di Rappresentanza.

Per la verifica dell'appropriatezza del *budget* disponibile occorrerà analizzare i profili fondamentali relativi alla corrispondenza, anche nella durata, fra il *budget* ed il contenuto del progetto di servizio/intervento, al grado di certezza delle fonti di finanziamento individuate e, a tale proposito, ove alcune fonti di finanziamento siano individuate come aleatorie, in quale misura il loro mancato realizzarsi potrà influire sul raggiungimento degli obiettivi e sulla validità complessiva del progetto.

Può essere superfluo precisare che, nel caso di affidamento della gestione di servizi o interventi sociali, qualunque sia la natura sostanziale del rapporto fra l'Amministrazione ed il soggetto esecutore del progetto di intervento o di servizio (concessione, appalto, ecc.), ed a prescindere dalle caratteristiche della procedura per l'individuazione del gestore, l'entità dei corrispettivi da porre a base del procedimento dovrà essere congrua rispetto all'oggetto e tener conto – nel caso di interventi e servizi sociali – dei costi del lavoro previsti dalle relative tabelle ministeriali e di ogni altro costo necessario per la loro produzione ed erogazione; naturalmente, il prezzo da porre a base del procedimento per l'individuazione del gestore sarà oggetto di offerte al ribasso da parte dei concorrenti e valutato anche sotto il profilo della sua congruità in uno con la valutazione del profilo qualitativo dell'offerta.

Sezione 4 – Adozione del Provvedimento

La determinazione del concreto contenuto del provvedimento che l'Amministrazione intende adottare comporta la necessità di affrontare due ordini di problematiche. Il primo concerne la motivazione del provvedimento ed il secondo la procedura prescelta per individuare il/i contraenti o partner.

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

Quanto al primo, si tratterà di richiamare e descrivere nella parte motivazionale del provvedimento il risultato delle fasi che hanno preceduto l'adozione dell'atto e che, a seconda del modello relazionale prescelto e del contenuto dell'intervento/servizio che ne costituisce l'oggetto, potranno assumere i contenuti più diversi.

Ad esempio, ove l'oggetto del provvedimento sia costituito dall'approvazione della proposta di un soggetto del Terzo Settore riguardante un'autonoma iniziativa per cui venga chiesto il sostegno istituzionale⁷, la motivazione dovrà dar conto della positiva valutazione della proposta con riferimento alla sua corrispondenza agli obiettivi della programmazione, alla sua sostenibilità, alla disponibilità delle risorse necessarie per sostenerla, al parere dell'O.U.R. nel caso in cui la proposta non sia stata formulata direttamente dallo stesso, ecc.

Con riferimento alle problematiche di tipo procedurale, occorrerà, ovviamente, distinguere fra due ipotesi fondamentali: quella in cui l'oggetto del provvedimento sia costituito da un "patto di sussidiarietà" ai sensi delle relative norme, contenute nel Capo I del Titolo IV del T.U. n. 42/2012, e quella in cui sia costituito da un affidamento in appalto o in concessione, come previsto al Capo II dello stesso Titolo.

Nel primo caso, il provvedimento che esprime la positiva valutazione del progetto "preliminare" dovrà contenere l'invito all'O.U.R. (ove questo sia il proponente) ad avviare in modo rispettoso dell'evidenza pubblica il processo di coprogettazione fra i soggetti del Terzo Settore, rappresentati o non rappresentati, interessati, ed a portarlo a termine nel rispetto delle regole approvate dall'Amministrazione in uno con il progetto preliminare.

Nel caso in cui l'iniziativa sia stata proposta direttamente da un soggetto del Terzo Settore, dopo l'opportuna acquisizione del parere dell'O.U.R., l'Amministrazione inviterà il proponente che non abbia aderito all'O.U.R. e che non intenda avvalersi a tal fine dell'O.U.R., a porre in essere esso stesso un procedimento ad evidenza pubblica, conforme a quello descritto dal proponente medesimo nel progetto preliminare ed approvato dall'Amministrazione.

In ogni caso, il proponente dovrà assicurare la partecipazione al progetto a tutti i soggetti del Terzo Settore idonei ed interessati, che andranno, ovviamente, coinvolti nella definizione del progetto nella sua versione definitiva.

Ove, dopo la presentazione del progetto preliminare il percorso di stesura del progetto definitivo venga condotto dall'OUR, quest'ultimo dovrà curare, nelle forme coerenti con le caratteristiche concrete del progetto, adeguate forme di informazione al fine di consentire a tutti (e dunque non solo a quelli direttamente rappresentati dall'OUR) i soggetti del Terzo Settore interessati, di partecipare alla stesura del progetto definitivo e alla sua attuazione. Di tali forme e dei relativi esiti l'OUR darà atto nel contesto della proposta del progetto definitivo.

Ovviamente, va ribadito che il procedimento non riguarda pubbliche gare finalizzate alla stipula di contratti d'appalto, ovvero all'affidamento di una concessione, bensì esclusivamente percorsi che potranno sfociare nella conclusione di un accordo ai sensi degli articoli 30 e 31 della L.R. n. 42/2012; nel caso in cui il processo avvenga al di fuori del diretto intervento dell'O.U.R., che comunque dovrà esprimere il proprio parere sulla proposta, che garantirebbe *ex se* la trasparenza del processo, le modalità di pubblicizzazione dovranno essere descritte nella proposta ed essere "adeguate" a garantire in concreto l'evidenza pubblica; ma, ovviamente, non troveranno applicazione le regole disciplinanti la pubblicazione dei bandi di gara non trattandosi di procedimenti per l'affidamento di appalti o di concessioni.

Viceversa, nel caso in cui il modello sia dato dalla concessione del servizio, ovvero dal suo appalto, il contenuto dell'atto dovrà prevedere la pubblicazione secondo le consuete regole stabilite dalla normativa vigente, e cioè la pubblicazione sul "profilo committente" della stazione appaltante, sul sito informativo del Ministero delle Infrastrutture e sul sito informatico presso l'Osservatorio, oltre che sulla Gazzetta Ufficiale

⁷ Attraverso un patto di sussidiarietà attraverso un accordo procedimentale ex art. 11 L. n. 241/1990 sostitutivo del provvedimento di concessione di un sostegno economicamente rilevante.

della Repubblica Italiana, fatte salve, ovviamente, le procedure comunitarie ove prescritte o ulteriori forme di pubblicizzazione lasciate alla libera determinazione degli Enti.

Sempre con riferimento al profilo procedimentale, va posta la massima attenzione all'individuazione delle possibili alternative procedurali, da individuare negli "spazi" di discrezionalità previsti dalla normativa vigente applicabile al caso di specie; tale normativa è, come già detto, costituita dalla legge sul procedimento amministrativo e dai *principi* del Trattato U.E. (per i procedimenti concernenti tutti i tipi di rapporto, compresi quelli di cui al Capo I del Titolo IV del T.U. approvato con L.R. n. 42/2012), nonché dalle specifiche norme nazionali e, ove ne sia necessaria l'applicazione, comunitarie, ove il provvedimento conclusivo del procedimento consista in un affidamento in appalto o in concessione.

Alla luce del fatto che (in attesa del recepimento delle recenti, nuove Direttive comunitarie in tema di concessioni ed appalti) i servizi sociali sono compresi fra quelli elencati nell'allegato IIB al Codice dei Contratti, è opportuno riflettere sulle peculiarità procedurali che ne contraddistinguono l'affidamento in appalto o in concessione. Non è tanto l'articolo 20 del D. Lgs. n. 163/2006 ad offrire elementi di riflessione, quanto, per gli appalti, l'articolo 27, che disciplina proprio i principi applicabili ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice. Com'è facilmente riscontrabile dalla copiosa giurisprudenza, le prescrizioni contenute in tale articolo sono talvolta interpretate in modo eccessivamente restrittivo, e le Amministrazioni finiscono con darne un'applicazione sostanzialmente elusiva. Un utile strumento per la corretta applicazione dell'articolo 27 citato è costituito dalla Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea 2006/c 179/02, cui si rimanda.

Non vanno però sottovalutati i rischi opposti, e cioè quelli che l'Amministrazione corre nel caso in cui l'interpretazione dell'articolo 27 del Codice finisca con l'estendere anche alle procedure relative all'affidamento di servizi di cui all'allegato IIB l'applicazione *in toto* delle ordinarie norme codicistiche che presiedono le procedure di gara. In tal caso, si finisce col perdere le opportunità che l'ampia elasticità procedurale concessa per i servizi di cui all'allegato IIB può offrire, se adeguatamente sfruttata; a titolo di esempio, per gli affidamenti relativi ai servizi di cui all'allegato IIB è possibile porre in essere quei procedimenti di "coprogettazione" che sono raccomandati dalla normativa nazionale da oltre un decennio (D.P.C.M. 30 marzo 2001) ed il cui modello è stato recentemente "ripreso" dalla nuova Direttiva Appalti, pubblicata sulla G.U.C.E. del 28 marzo 2014. Tale Direttiva afferma la possibilità di porre in essere "procedure competitive con negoziato"; tale modello procedurale appare sin da ora legittimamente praticabile (quindi, ancor prima del recepimento da parte dello Stato della nuova Direttiva) ove l'oggetto dell'affidamento sia costituito da servizi ricadenti nell'allegato IIB: la procedura descritta nella nuova Direttiva, infatti, è compatibile con il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità di cui al citato articolo 27 del Codice. Va da sé che il concetto di coprogettazione non potrà intendersi legittimamente realizzato ove il procedimento individuato non rispetti tali fondamentali principi dei procedimenti di gara, e non sia caratterizzato (ancorchè nell'ambito di un processo di coprogettazione) da una vera competizione fra i soggetti partecipanti: infatti, non va confusa la coprogettazione intesa quale mera definizione partecipata di progetti di servizio o di intervento sociale (procedura che sarà sempre auspicabilmente caratterizzata dal consenso e dalla sinergia degli interessi) con la coprogettazione intesa quale modalità che si spinga sino all'affidamento (in appalto o in concessione) della realizzazione del progetto precedentemente coprogettato (in tal caso la procedura dovrà essere di tipo competitivo, come ben illustrato dalla nuova Direttiva a proposito delle "procedure competitive con negoziato")⁸.

4.1 I "patti di sussidiarietà"

Quanto alle procedure da seguire per la costruzione dei "patti di sussidiarietà" indicati agli articoli 30 e 31 della L.R. n. 42/2012, e l'individuazione dei *partner* del Terzo Settore, vale quanto già detto nelle Linee di

⁸ A titolo di esempio, vedasi, *infra*, il punto 4.4. del presente documento, ove si riporta il contenuto dell'articolo 29 della Direttiva comunitaria n. 24 del 26 febbraio 2014, che può costituire un utile modello di riferimento direttamente fruibile in quanto compatibile con l'articolo 27 del vigente Codice dei Contratti

Indirizzo del 2011 alla luce della formalizzazione legislativa data dall'articolo 31 del Testo Unico. Si tratterà, come in parte già anticipato, di procedimenti sempre caratterizzati dall'evidenza pubblica e sempre avviati su "autonoma iniziativa" delle formazioni sociali, intendendo per "evidenza pubblica" l'esistenza di un momento iniziale in cui il processo di coprogettazione (da parte dei privati senza finalità di profitto concretamente operanti nel territorio di riferimento) venga adeguatamente reso pubblico, offrendo così la possibilità a tutti i soggetti interessati a parteciparvi (che siano in possesso delle caratteristiche definite in un progetto preliminare positivamente valutato dall'Amministrazione) di poterlo effettivamente fare, con regole anch'esse predefinite nel progetto preliminare. Per "autonome iniziative" si intendono, ovviamente, le iniziative di soggetti del Terzo Settore che non costituiscano risposta ad iniziative istituzionali tese nella sostanza (a prescindere dalla forma) all'affidamento di servizi.

Un'importante novità seguita all'adozione delle Linee di Indirizzo del 2011 è costituita dalla nascita dell'Organismo Unitario di Rappresentanza del Terzo Settore, cui è *ex lege* riconosciuta la rappresentanza di tutti i soggetti del Terzo Settore regionale.

Ciò comporta che il rispetto dell'evidenza pubblica relativamente ai procedimenti per la stipula dei Patti di Sussidiarietà vada riconosciuto come sussistente ogni volta in cui sia lo stesso O.U.R. a sottoporre all'Ente competente autonome iniziative per la quali venga chiesta la stipula di un patto (ovviamente, dichiarando l'avvenuto rispetto ed impegnandosi ulteriormente al rispetto – da verificare – di tale principio anche nelle fasi successive), ovvero ogni volta in cui un soggetto del Terzo Settore che non aderente all'O.U.R. decida di avvalersi dello stesso per la concretizzazione della propria iniziativa.

E' forse superfluo ricordare che per garantire il rispetto dei fondamentali principi costituzionali di libertà e di partecipazione non potrà essere negata la possibilità di avanzare proposte di iniziativa anche ai soggetti del Terzo Settore che non aderiscano all'O.U.R. e che non intendano neppure avvalersi dello stesso per la concreta realizzazione delle iniziative; in tal caso, come già accennato, la pubblicizzazione dell'iniziativa dovrà essere assicurata attraverso la pubblicizzazione, da parte del promotore, in forme la cui idoneità andrà di volta in volta valutata dall'Ente cui la proposta è indirizzata.

E' forse superfluo ricordare che la consensualità del procedimento non potrà concretizzarsi ove non si realizzi (nell'ambito delle regole predefinite ed approvate dell'Amministrazione) il consenso di tutti i soggetti partecipanti alla coprogettazione; in tal caso, il "patto", così come proposto, non potrà essere concluso e sarà facoltà dell'Amministrazione far propria la proposta e promuovere sulla base della stessa un nuovo procedimento (questa volta necessariamente competitivo) per individuare i possibili *partner*, ferma restando la natura del "patto".

Sarà in ogni caso l'Ente destinatario della proposta di *partnership* avanzata dai Cittadini singoli o associati nelle formazioni sociali, a valutare – al solo fine di deciderne il sostegno istituzionale – la loro compatibilità con la programmazione di settore o, più in generale, con il pubblico interesse. Per garantire la funzionalità delle relazioni è necessario che i soggetti del Terzo Settore proponenti elaborino nel modo migliore i progetti da sottoporre alle valutazioni istituzionali; a tal fine, si ritiene di ricordare che un progetto può dirsi veramente tale solo ove descriva in modo analitico, completo ed esauriente gli obiettivi da raggiungere, i soggetti coinvolti e da coinvolgere, le risorse da impiegare, le risorse che gli stessi proponenti si impegnano a rendere disponibili e quelle che essi ritengono debbano essere messe a disposizione dall'Ente partner al fine di garantire la fattibilità e l'adeguatezza del progetto, i prodotti ed i risultati attesi, i tempi di realizzazione, le azioni da porre in essere, i possibili nodi critici e le strategie da attuare ove essi si verifichino, ecc.; per supportare una corretta impostazione del progetto potrà (ove ritenuto opportuno anche dallo stesso proponente) essere utilizzato uno dei numerosi *software* disponibili sul mercato anche a prezzi modesti.

In ogni caso, nella redazione del progetto è fondamentale tenere presente che alla sua articolazione sotto il profilo organizzativo deve parallelamente corrispondere quella del relativo piano economico – finanziario e che entrambe dovranno estendersi analiticamente a tutta la durata del progetto.

Al progetto di servizio/intervento andrà allegata anche una bozza dello statuto e degli eventuali regolamenti di funzionamento dell'A.T.S. che i proponenti si impegnano a porre in essere con tutti i soggetti che chiederanno di farvi parte per l'elaborazione della progettazione definitiva e per la sua attuazione.

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

A tale proposito, può essere superfluo ricordare che l'Associazione Temporanea di Scopo (A.T.S.) dei Patti di Sussidiarietà non va confusa con l'Associazione Temporanea di Imprese (A.T.I.) dei contratti d'appalto. Nonostante l'assonanza dei due termini si tratta evidentemente di due fattispecie giuridiche del tutto diverse fra loro; per quanto ora di interesse, va ricordato che l'A.T.S. dei Patti di Sussidiarietà⁹ può essere ricondotta al modello associativo codicistico (Libro I, Titolo II del Codice Civile) e che essa non può certo essere finalizzata a creare un mero canale di finanziamento pubblico a singoli soggetti, ancorchè coordinati da un "capofila". E' evidente come una simile impostazione dell'A.T.S. metterebbe in discussione il modello stesso di relazione pubblico / privato posto a suo fondamento e con esso la legittimità dei trasferimenti di risorse pubbliche, con particolare (ma non esclusivo) riferimento a quelle destinate ai soggetti, aderenti all'A.T.S., aventi natura imprenditoriale (es. cooperative sociali). E' pacifico, infatti, che il titolo (rimborso di costi sostenuti) sulla base del quale avverrebbe il trasferimento di risorse al singolo partecipante all'A.T.S. non potrebbe da solo, e sempre, bastare a differenziare tale rapporto da un contratto di affidamento (ad esempio, appalto) di un servizio. Al fine di evitare qualsiasi dubbio circa l'effettiva natura di "Patto di Sussidiarietà" del rapporto fra l'Amministrazione (che offre il sostegno) e i soggetti privati (che lo ricevono) è necessario che il soggetto con cui l'Amministrazione stipula in patto abbia natura *unitaria* (ancorchè associativa, e dunque collettiva) e che i trasferimenti vengano *unitariamente* attribuiti all'A.T.S. in quanto tale, a fronte di un progetto *unitario* le cui risorse sono in quota significativa (almeno per il 30%, *unitariamente* accertato) messe *unitariamente* in campo dagli stessi associati; in altre parole, il sostegno pubblico non va semplicemente attribuito ai singoli associati ancorchè "attraverso" l'A.T.S. (che agirebbe quindi quale mero rappresentante degli stessi) per finanziare singoli progetti ancorchè fra loro coordinati, bensì attribuito e corrisposto ad un soggetto unitario (l'Associazione, appunto) per sostenere un progetto in cui il 30% delle risorse è autonomamente garantito dall'Associazione che ne è titolare.

Si evidenzia inoltre, che al momento della proposta il progetto, pur nella necessaria completezza, potrà essere elaborato in forma semplificata, riservando l'elaborazione del dettagliato progetto definitivo al momento successivo all'approvazione da parte dell'Amministrazione.

Il progetto oggetto dell'accordo e del sostegno avrà durata predefinita e potrà essere oggetto di modificazioni nel corso della sua attuazione; modificazioni che dovranno seguire lo stesso iter procedurale seguito per la stipula del patto originario. Anche l'eventuale "ingresso" *medio tempore* di nuovi soggetti prima non presenti dovrà essere resa possibile secondo regole trasparenti e predefinite.

Va anche ricordata l'opportunità che la realizzazione del progetto definitivo sia organizzata attraverso l'utilizzo di tecniche di *project management*, ove, naturalmente, l'importanza e la complessità della realizzazione ne consiglino l'uso. Ciò a beneficio sia dei soggetti attuatori sia dell'Amministrazione che sostiene il progetto.

Nel valutare il progetto nel suo complesso, al fine di verificarne la validità, la sostenibilità, e l'eventuale sostegno ai sensi dell'articolo 30 del T.U. n. 42/2012, l'Amministrazione dovrà basarsi anche su oggettivi indicatori di impatto sul bisogno sociale cui il progetto risponde e sul relativo contesto, ponendo in secondo piano i profili formali che andranno comunque adeguatamente rispettati in conformità all'ordinamento.

E' forse superfluo precisare che la valutazione del progetto "nella sussidiarietà" non è certo caratterizzata dalla stessa logica che deve contraddistinguere processi valutativi solo apparentemente analoghi che riguardano altre procedure, di tipo competitivo, e in particolar modo quelle concernenti gli appalti e le concessioni di pubblici servizi. In tali casi, evidentemente, il "motore" dell'intera procedura è dato dalla competizione fra gli opposti interessi economici di cui sono portatori i soggetti imprenditoriali che ambiscono all'aggiudicazione, mentre (ed è l'esatto contrario) nella costruzione di *partnership* con i "patti di sussidiarietà" il "motore" del procedimento è dato dalle sinergie fra i soggetti senza finalità di profitto interessati a partecipare al progetto senza esclusione alcuna che non sia dovuta alla loro soggettiva inadeguatezza ovvero alla mancata loro adesione alla disciplina del patto approvata dall'Amministrazione.

⁹ Fermo restando che l'Associazione va costituita con atto scritto, non è certo necessario che tale atto si redatto in forma pubblica con atto notarile e, del resto, la spesa relativa alla stipula in forma pubblica dell'atto, in quanto superflua, non potrebbe neppure essere riconosciuta al fine del finanziamento pubblico.

Tale peculiarità fa sì che la valutazione della proposta progettuale comprenda una fase interlocutoria durante la quale il dialogo pubblico / privato sarà finalizzato alla migliore definizione del progetto ed alla sinergia (e non allo scontro competitivo) fra gli interessi coinvolti in applicazione del principio generale di consensualità stabilito dalla legge n. 241/1990 (in particolare: art. 11, comma 1 bis) e dei correlati principi di trasparenza e di *par condicio* individuati, in particolare, all'articolo 1 della stessa legge.

4.2 Le concessioni

L'articolo 32 del T.U. approvato con L.R. n. 42/2012, pur nella concisione che lo caratterizza va interpretato nel senso dell'espressione di *favor* per modalità di affidamento che valorizzino il principio di sussidiarietà (in questo caso, gestionale, e quindi in una accezione diversa da quella che caratterizza i "Patti") della P.A., da un lato, e dall'altro quello (già richiamato *supra*) per cui l'affidamento dovrebbe riferirsi preferibilmente all'attribuzione del servizio nella sua totalità, allo scopo di ottimizzare la prestazione dello stesso nei confronti della collettività.

Inoltre, lo stesso articolo nell'elencare le possibili forme di affidamento indica per prime quelle aventi natura concessoria (e fra esse colloca al primo posto l'accreditamento), e per seconda quella dell'appalto del servizio.

Il *favor* per la concessione, come già detto, non è del resto una novità, in quanto era già espressamente affermato nella L.R. n. 23/1993.

Ciò premesso, ciò che talvolta non è chiaro è in che cosa si differenzi concretamente la concessione dall'appalto di un servizio.

A tal fine, va ricordato innanzitutto quanto già contenuto nelle Linee di Indirizzo approvate con D.G.R. n. 846/2011.

Mentre l'*appalto* di servizi, che ha natura giuridica di diritto privato, altro non è che l'*acquisto* di un servizio da parte dell'Amministrazione titolare, o di "componenti" di un servizio sociale da parte del soggetto pubblico che lo gestisce (ad esempio: un ente locale che gestisca in proprio un asilo nido può appaltare a terzi il servizio di preparazione dei pasti, o le pulizie o la componente educativa propria delle educatrici, ecc.), la *concessione* del servizio rappresenta una *modalità di gestione* attraverso cui l'ente *titolare della funzione* di cui quel servizio è attuazione affida ad un altro soggetto la *titolarità nella gestione del servizio*; che comunque resta un servizio *pubblico* locale (la concessione non ha nulla a che fare con la c.d. privatizzazione del servizio).

Con il rapporto concessorio l'Ente locale conserva una posizione di tipo autoritativo nei confronti del concessionario, ed il relativo rapporto (disciplinato nel "contratto" di concessione) è caratterizzato in senso pubblicistico. Ciò significa anche che esso sarà relativamente "plasmabile" nel corso del tempo e che le sue peculiarità lo rendono uno strumento assai interessante per i rapporti con i soggetti *non profit* ed in particolare con le cooperative sociali, offrendo loro l'opportunità di instaurare con la pubblica amministrazione reali rapporti di *partnership*.

Lo strumento della concessione è, del resto, come già evidenziato, previsto dalla L.R. n. 23/1993 come "la regola" negli affidamenti alle cooperative sociali, mentre da lungo tempo ormai l'appalto avrebbe dovuto costituire l'eccezione. La considerazione della concessione quale modalità privilegiata di affidamento alle cooperative sociali non è, evidentemente, motivata solo da ragioni tecnico - giuridiche, ma anche dalla peculiare natura delle stesse e dalla constatazione del fatto che molte realizzazioni ad opera di tali soggetti nascono proprio da autonome iniziative e dal forte ruolo promozionale che essi svolgono con le pubbliche amministrazioni.

L'affidamento in concessione non può che avvenire, come l'appalto, attraverso procedimenti di gara ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, economicità ecc. indicati dal Codice dei Contratti (art. 30) per molti aspetti analoghi a quelli stabiliti all'articolo 27 per gli appalti di cui all'allegato IIB. Ciò, comunque, come da lungo tempo affermato dalla normativa e dalla giurisprudenza, non

significa affatto che la scelta concorrenziale debba avvenire solo o prevalentemente con riferimento al prezzo; anzi, e ciò vale in particolare per i servizi sociali, l'affidamento dovrebbe di regola avvenire anche attraverso la valutazione (in misura significativa) di elementi qualitativi dell'offerta, compresi tutti gli aspetti che caratterizzino la gestione valorizzando i legami con il territorio nell'esecuzione del contratto. Per costante giurisprudenza, infatti, le caratteristiche soggettive (quali sono la presenza e le attività pregresse sul territorio) non può essere valutata al fine dell'aggiudicazione e non può costituire barriera all'accesso ai procedimenti di gara di operatori economici diversi da quelli aventi sede od operanti in un certo territorio. Occorre comprendere che (nelle gare per l'affidamento in appalto o in concessione di cui ora si tratta) sarebbe giuridicamente insostenibile pretendere di ammettere alle gare¹⁰, o di privilegiare nelle aggiudicazioni, certi concorrenti rispetto ad altri in quanto dimostrino di essere *soggettivamente* "radicati" nel territorio; è però certamente concesso, ed anzi auspicabile, nei limiti della ragionevolezza, che i progetti di servizio che contengano l'impegno a porre in essere azioni concrete che valorizzino, appunto, la territorialità, vengano significativamente premiati al fine dell'aggiudicazione in quanto le concrete azioni proposte dai progetti siano oggettivamente apprezzabili in relazione alla valorizzazione, promozione delle specificità, coinvolgimento attivo del territorio?). Ovvero, imporre tali azioni quali clausole sociali nel contenuto del capitolato.

Va anche ricordato quanto contenuto nel Codice dei Contratti non solo con diretto riferimento alla concessione di servizi (articolo 30), ma anche, a proposito delle concessioni di opere pubbliche all'articolo 143 del Codice. In modo particolare, da tali norme emergono importanti indicazioni a proposito delle condizioni e delle modalità attraverso cui nel corso del tempo il contenuto della concessione potrà essere adeguato al fine di migliorare la qualità dei servizi resi, con riferimento anche agli oneri che ne discendano.

Un utile strumento per l'identificazione della reale natura (concessoria o meno) di un affidamento è costituito anche dalla Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, cui si rimanda nel dettaglio, che riassume in modo schematico i criteri distintivi fra la concessione e l'appalto; criteri che sono stati validati in senso generale dalla copiosa giurisprudenza comunitaria sul tema.

Secondo Eurostat, affinché al concreto rapporto che si instaura fra Amministrazione e Gestore possa essere riconosciuta la natura di concessione occorre che il contratto attribuisca al contraente privato almeno due rischi: quello che Eurostat definisce come il "rischio di gestione" e di (almeno) un altro rischio, che può essere a propria volta costituito o da quello che Eurostat chiama "rischio di disponibilità", o da quello definito "rischio di domanda".

Poiché il linguaggio impiegato risulta più appropriato al caso di concessione di costruzione e gestione di opere che non a quello della concessione della sola gestione di servizi, è opportuno chiarire che:

- il "rischio costruzione" è costituito da tutti i rischi relativi alla fase progettuale e di realizzazione del servizio: si tratta in sostanza degli ordinari rischi che il gestore sopporta, anche nel caso degli appalti, nella gestione del servizio (es. assenze del personale, che va rimpiazzato ovviamente a spese del gestore; danneggiamento di mezzi impiegati nel servizio; aumenti di costo dei fattori produttivi impiegati; eventuali danni da risarcire agli utenti, scarsa produttività del lavoro degli operatori, ecc.);
- il "rischio disponibilità" attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione del servizio, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultino inferiori ai livelli previsti nell'accordo contrattuale. Si tratta, evidentemente, di variazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle che normalmente caratterizzano i contratti d'appalto (es. c.d. "sesto quinto"). Perché sussista il rischio ora in esame, il Concedente deve avere il diritto di ridurre significativamente i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione non vengano raggiunti. Quindi, il contratto deve escludere pagamenti di fatto costanti, tenendo conto di volumi effettivamente e significativamente aleatori, e, soprattutto, l'entità dei corrispettivi deve essere legata alla qualità misurata *ex post* dei servizi erogati, anche attraverso l'applicazione di significative penali automatiche;

¹⁰ Fatte salve le novità in tema di gare riservate a certe categorie di soggetti contenute nella nuova Direttiva comunitaria; novità che, però, non possono trovare immediata applicazione e che attendono l'eventuale loro recepimento da parte dello Stato.

- il "rischio domanda": è connesso alla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato. Il rischio domanda si considera assunto dal soggetto privato nel caso in cui i pagamenti pubblici siano correlati all'effettiva quantità domandata dall'utenza per quel servizio. Si tratta con tutta evidenza anche del rischio che viene assunto dai soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 33 della L.R. n. 42/2012.

In presenza del rischio "costruzione" e di almeno uno fra gli altri due rischi ("disponibilità" e "domanda") il rapporto fra Amministrazione e Gestore del servizio sarà di tipo concessorio; ove si realizzi solo il rischio "costruzione" si sarà invece in presenza di contratto di appalto.

L'impostazione di un buon capitolato e di una efficace procedura di gara per una *concessione* di servizi sociali presentano marcate differenze rispetto alle analoghe problematiche riferite ad un appalto di servizi.

Il trasferimento in capo al concessionario del rischio domanda o del rischio disponibilità può rappresentare un elemento chiave per promuovere la qualità dei servizi. Si pensi al forte incentivo al miglioramento della qualità dei servizi che tali rischi comportano il capo al gestore; si pensi, ad esempio, all'incentivo che può derivare dal collegamento del corrispettivo con la qualità del servizio *effettivamente* reso.

Si pensi anche alla possibilità di tradurre in un contratto di concessione lo strumento costituito dal c.d. "budget di cura": operazione, non si può negare, molto complessa e delicata, ma che può offrire interessanti prospettive innanzitutto sotto il profilo della personalizzazione ed elasticità dei servizi, ma anche sotto quelli della concentrazione del ruolo del Servizio Sociale pubblico sulla presa in carico professionale e sulla programmazione, progettazione e valutazione dei servizi, della "crescita professionale" dei gestori, dell'efficacia della spesa pubblica, dell'equità nella distribuzione delle risorse, ecc.

Tutto ciò, ovviamente, comporta la definizione nel capitolato di un metodologia di valutazione che può spingersi, sempre a titolo di esempio, sino alla valutazione del grado di raggiungimento degli obiettivi definiti nel P.A.I. che dovrebbe, in linea di massima, essere parte integrante del contratto per l'erogazione del servizio da stipularsi con la partecipazione dell'Utente (eventualmente assistito da un familiare o da un amministratore di sostegno), l'Operatore sociale pubblico che ha preso in carico il caso ed ha ammesso l'Utente al servizio, il rappresentante del concessionario e, ove il Regolamento del servizio lo preveda, un rappresentante di un'associazione di volontariato di *advocacy*.

Anche la plasmabilità nel tempo del contenuto della concessione (esclusa, ovviamente, la possibilità di modifiche radicali del servizio, che comporterebbero una riedizione della gara per la concessione) tipica delle concessioni può essere uno strumento assai funzionale al miglioramento progressivo della qualità, in un'ottica di "laboratorio permanente di coprogettazione" cui partecipino l'Amministrazione, il Concessionario e gli altri portatori di interesse coinvolti.

E' forse superfluo ricordare che fra gli impegni inderogabili del concessionario dovrebbe figurare anche quello della sua regolare partecipazione ai tavoli territoriali di coprogrammazione e coprogettazione (elemento significativo di legittima promozione e reale verifica del c.d. "radicamento territoriale").

Proprio la plasmabilità nel tempo della concessione mette in luce l'importanza della componente economica del progetto di servizio proposto dai concorrenti in sede di gara: il piano economico finanziario, che risulta così determinante non solo per valutare la congruità dell'offerta al fine della stipula del contratto ma anche per poter procedere più facilmente a modifiche qualitative del servizio nel corso dell'esecuzione del contratto. Com'è facilmente desumibile dalle norme del Codice dei Contratti che si riferiscono alla concessione della costruzione e gestione di opere pubbliche, infatti, le oscillazioni del quadro economico finanziario conseguenti all'andamento dei rischi gestionali assunti da concessionario non possono che ricadere (nel bene o nel male) in capo a quest'ultimo, mentre quelle legate a novelle normative o a scelte dell'Amministrazione si ripercuoteranno sull'ammontare del corrispettivo nel senso del suo aumento (ove ne derivi una maggiore incidenza dei costi sui ricavi rispetto al quadro originario) o di una sua diminuzione (nell'ipotesi opposta). Solo una corretta ed analitica impostazione del piano economico finanziario iniziale garantisce il suo successivo adeguamento finalizzato al miglioramento della qualità, in modo corretto e scevro per quanto possibile da contenziosi fra le parti.

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

(Dott. Massimo Zullo)

Quanto alla procedura di gara per la concessione del servizio, va ricordato che la norma che la disciplina (articolo 30 del Codice dei Contratti – in attesa del recepimento della nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni) non differisce in modo significativo da quella dettata (articolo 27) per gli appalti dei servizi ricadenti nell'allegato IIB.

Ciò premesso, quindi, non è nella disciplina legislativa in sé che è possibile individuare le peculiarità che possono positivamente contraddistinguere la gara per la concessione di un servizio da quella per l'affidamento di un appalto. Tali peculiarità sono legate alle caratteristiche della concessione (così come sopra descritte) ed alla volontà dell'Amministrazione di sfruttarne nel modo migliore le potenzialità. In ogni caso, va ribadito che l'impostazione della gara deve essere strettamente connessa con il contenuto del capitolato, e seguire, e non precedere, la definizione dello stesso.

Le peculiarità con cui l'Amministrazione intenderà caratterizzare la concessione sul piano sostanziale andranno tradotte in norme di gara atte a valorizzarle nel momento della scelta competitiva del concessionario: in tal senso, a titolo di esempio, va evidenziato che oggetto di valutazione potranno essere anche la concreta configurazione che l'aspirante concessionario indicherà nel progetto offerto relativamente alla valutazione degli esiti del servizio; le modalità della stessa e quelle del relativo confronto con l'Amministrazione concedente; le modalità di revisione delle caratteristiche del servizio al fine del miglioramento della qualità¹¹; le modalità di relazione con gli utenti, i loro familiari, gli amministratori di sostegno, le organizzazioni di volontariato di *advocacy* ove presenti; lo schema di contratto per l'erogazione del servizio agli utenti ecc.; oltre, naturalmente, al tasso di stabilità del personale che verrà impiegato nel servizio ed al suo aggiornamento professionale.

4.2.1 Impostare e gestire gli accreditamenti ex art. 33 della L.R. n. 42/2012

Il T.U. n. 42/2012 disciplina l'accredito dei servizi sociali all'articolo 33 delineando un chiaro profilo di tale istituto sia dal punto di vista delle sue caratteristiche sostanziali sia da quello delle procedure amministrative.

La norma regionale caratterizza l'accredito sociale in modo originale ma coerente con le sue caratteristiche nel settore sanitario e socio sanitario: con l'accredito sociale i soggetti accreditati divengono erogatori dei servizi sociali pubblici; l'accredito sociale ha, dunque, la medesima natura giuridica (concessoria) che per costante giurisprudenza della Suprema Corte caratterizza quello sanitario e socio sanitario.

Quanto alla competenza all'adozione del provvedimento di accreditamento, il T.U. indica i Comuni singoli o associati a livello distrettuale, mentre un regime particolare è previsto per il Comune di Genova, per il quale la norma prevede la competenza comunale relativamente al territorio di tutti i Distretti in cui si riparte il territorio.

Il T.U., poi, stabilisce che l'accredito sociale abbia durata indeterminata: ciò coerentemente con la forte caratterizzazione nel senso della dinamicità del rapporto di accreditamento che, nel settore sociale, l'Amministrazione Regionale ha voluto imprimere al fine di esaltare la natura collaborativa nella funzione sociale dei soggetti accreditati e la spinta verso una loro territorialità fatta non di formali adesioni bensì di sostanziale radicamento sul territorio. In altre parole, per quanto concerne il sociale, la Regione ha inteso valorizzare le peculiari caratteristiche del Terzo Settore ligure in un contesto funzionale e di servizio che – pur nella necessità dell'integrazione – presenta rilevanti specificità rispetto a quello della sanità. Evitando la periodica scadenza dell'accredito si è inteso sfuggire a possibili formalismi burocratici ed investire nella costante dinamicità del rapporto di accreditamento, nella costante partecipazione all'esercizio della funzione sociale e nel costante miglioramento e rinnovamento dei servizi le cospicue risorse organizzative

¹¹ che non possono, evidentemente, consistere in mere relazioni periodiche "sull'andamento del servizio", come talvolta semplicisticamente affermato nei capitolati.

che sarebbero comunque necessarie per una gestione prevalentemente burocratico - formale dell'accREDITAMENTO.

Ciò, ovviamente, comporta un impegnativo lavoro di adeguamento culturale ancor prima che organizzativo sia all'interno delle Amministrazioni sia all'interno dei soggetti del Terzo Settore ligure; lavoro che la Regione Liguria sosterrà con un impegno diretto sia di tipo formativo, sia di tipo consulenziale.

La legge regionale n. 42/2012 precisa che in nessun caso l'accREDITAMENTO comporta l'automatica assunzione di oneri economici da parte delle Amministrazioni interessate e che solo attraverso specifici accordi contrattuali tali costi potranno essere legittimamente assunti dagli Enti.

Ciò è del tutto analogo rispetto a quanto avviene in sanità ai sensi del D. Lgs n. 502/1992. Nell'accREDITAMENTO sociale, però, la stipula degli accordi contrattuali deve avvenire in modo diverso da quanto avviene in sanità; il T.U., infatti, prevede che gli accordi contrattuali vengano stipulati a seguito di procedure ad evidenza pubblica non competitive con tutti i soggetti accREDITATI che ne facciano richiesta (e che, avendo le necessarie caratteristiche abbiano sottoscritto il contratto di accREDITAMENTO assumendo i relativi oneri), senza indicare volumi predefiniti di prestazioni erogabili e con definizione nel dettaglio degli obblighi di pubblico servizio con l'applicazione di tariffe standard differenziate in rapporto alle caratteristiche dei servizi e dl territorio, da applicare inderogabilmente a tutti gli utenti, e quindi anche a quelli per i quali non sia previsto il concorso pubblico nella copertura del costo.

Naturalmente, il necessario controllo della spesa pubblica avverrà con riferimento ai criteri di ammissione degli utenti al servizio e di loro partecipazione al costo dei servizi.

Tale scelta, diversa per molteplici ragioni da quella operata relativamente ai servizi sanitari e socio sanitari, comporta non pochi benefici accompagnati dalla necessità di affrontare e risolvere non poche problematiche.

Il primo fra i benefici è quello di poter abbandonare per i servizi sociali accREDITATI il sistema delle gare; ciò in perfetta coerenza con quanto affermato dalle recentissime direttive comunitarie in tema di contratti di appalto e di concessione¹².

Il secondo fra i benefici è dato dalla realizzazione nel sistema dei servizi sociali del principio di libera scelta del fornitore del servizio: principio effettivamente esistente da lungo tempo in sanità ed espressamente affermato dalle legge n. 328/2000 per i servizi sociali ma mai prima realizzato.

Non vanno però sottovalutati i problemi che accompagnano tali benefici.

Va prima di tutto chiarito che il principio di libera scelta del fornitore del servizio non può essere inteso ed applicato in modo acritico e semplicistico: sono a tutti ben noti i casi in cui la scelta dell'erogatore è compiuta direttamente da un'Autorità pubblica (es. Tribunale per i Minorenni) e quindi non è possibile una scelta alternativa, o in cui l'Utente non può del tutto (es. per incapacità di intendere e volere) o non è in grado di compiere direttamente e *in toto* la scelta. In tali casi, dovrà, evidentemente, intervenire il Tutore (o l'esercente la potestà genitoriale) o l'Amministratore di Sostegno. In ogni caso, la "disparità informativa" fra utente e fornitore non potrà non essere oggetto di attenzione e di aiuto (anche da parte del Servizio Sociale professionale) al fine di accompagnare l'Utente nella meglio scelta possibile in rapporto alle peculiarità dei bisogni di cui è portatore (in modo, peraltro, non meno delicato e necessario di quanto non avvenga in sanità).

Va, poi, affrontato l'ulteriore problema dato dal fatto che l'eliminazione del sistema delle gare porta con sé la necessità di non garantire ai soggetti accREDITATI volumi predefiniti di attività, com'è ovvio e come previsto espressamente dalle nuove Direttive comunitarie (v. nota n. 14). Ciò comporta una profonda trasformazione in capo ai soggetti imprenditoriali che attualmente offrono servizi sociali in regime di appalto pubblico ai quali è però offerta l'opportunità di uscire da un sistema di gare che nel breve - medio periodo non potrà non vedere la presenza fortemente concorrenziale anche di soggetti *for profit* e che già vede la presenza di organizzazioni *non profit* del tutto estranee ai territori.

La realizzazione dell'accREDITAMENTO sociale, insomma, è una partita di grande complessità e delicatezza¹³ ed è per tale ragione che il T.U. n. 42/2012 prevede una serie di provvedimenti attuativi della Giunta

¹² Vedasi a tale proposito il quarto "considerando" della nuova Direttiva Appalti, già citata in nota n. 6.

Data - IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Data - IL SEGRETARIO

Regionale che, in collaborazione con il Coordinamento regionale con i Comuni e con il Terzo Settore (ora O.U.R.) e sentite le OO.SS. dovrà:

stabilire le tipologie di servizi sociali accreditabili

- i relativi standard quantitativi e qualitativi
- i contenuti fondamentali dell'accordo di accreditamento
- i contenuti fondamentali del rapporto contrattuale
- le modalità della presa in carico professionale degli Utenti.

Si tratta di adempimenti di notevole rilevanza, per i quali la Giunta Regionale intende avviare un ampio processo partecipativo, che vengono confermati dal DDL ora *in itinere*, relativo all'accreditamento sanitario e socio sanitario, che integra nel proprio testo quanto già stabilito dal T.U. n. 42/2012.

La realizzazione anche nel sociale dell'accreditamento e l'adozione da parte della Giunta Regionale dei provvedimenti attuativi sopra richiamati non potrà che essere graduale ed accompagnata da sperimentazioni che mettano in luce le modalità per superare le concrete difficoltà che si incontreranno e quelle per valorizzare al massimo le opportunità per il migliore ammodernamento dei servizi sociali liguri, la migliore risposta ai bisogni della popolazione e la salvaguardia e valorizzazione delle imprese sociali e di tutti gli altri soggetti del Terzo Settore radicati nel territorio.

4.3 L'appalto dei servizi sociali

Come già evidenziato, per l'affidamento della gestione di servizi sociali da lungo la legislazione regionale ligure privilegia la concessione e l'accreditamento rispetto al modello contrattuale dell'appalto di servizi, in modo particolare ove si proceda al frazionamento in più appalti di componenti di un servizio unitario, così parcellizzandolo e facendolo oggetto di plurimi affidamenti a diversi appaltatori. Gli aspetti negativi di tale scelta sono evidenti: la deresponsabilizzazione dei gestori rispetto alla qualità reale del servizio (che per essere veramente tale non può ridursi alla sommatoria delle sue componenti) reso agli utenti, i possibili contrasti fra i diversi gestori, la farraginosità della compresenza di diverse procedure di gara, le complicazioni derivanti dalla compresenza nel servizio di operatori pubblici e privati e di diversi privati gestori, lo svilimento del ruolo degli affidatari, ecc.

Ovviamente, le considerazioni sopra esposte non vanno interpretate come negazione a priori dell'opportunità di procedere in casi specifici ed eccezionali con l'affidamento in appalto di singole componenti di un servizio, ove la convenienza, non solo economica, di tale scelta sia adeguatamente motivata.

Quanto sopra è stato detto a proposito della concessione dei servizi può ora essere in buona parte ripetuto, per il caso dell'appalto, anche se con alcune significative differenze.

Sotto il profilo sostanziale, va detto¹⁴ che anche se nell'appalto il capitolato non potrà, in molti casi, promuovere un livello di innovatività delle proposte così ampio come quello ottenibile con la concessione, è altrettanto vero che anche nel caso dell'appalto dovrà essere riservata la massima attenzione nel definire gli obblighi contrattuali in modo tale da ottenere la migliore qualità del servizio da rendere agli Utenti; tale fine va perseguito con la valorizzazione della qualità delle offerte. In particolare, si richiama l'attenzione sulla necessità di evitare capitolati così dettagliati nella definizione dell'oggetto contrattuale da rendere, di fatto,

¹³ Soprattutto nei casi in cui il gestore abbia effettuato o effettui rilevanti investimenti nei servizi, come normalmente accade in molti servizi socio sanitari relativamente ai quali recente giurisprudenza ha evidenziato che le norme vigenti impongono che gli accreditamenti vengano concessi nei limiti dei volumi previsti dalla programmazione (v. d. Lgs. n. 502/1992); ma tale norma non vale per l'accreditamento dei servizi sociali, per i quali, anzi, la vigente normativa regionale (L.R. n. 42/2012) stabilisce opposto principio.

¹⁴ Può essere superfluo evidenziare l'assoluta inopportunità di adottare per l'appalto di servizi sociali il sistema di aggiudicazione al prezzo più basso.

determinante nell'aggiudicazione l'offerta economica, essendo in tal caso in concreto impedita od eccessivamente limitata l'espressione da parte dei concorrenti delle proprie capacità progettuali.

L'eccessiva definizione nel dettaglio dei capitolati può, inoltre, distorcere l'applicazione del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa: in mancanza di "spazi" reali per lo sviluppo di originali progettualità da parte dei concorrenti c'è il rischio che le offerte vengano valutate non per la loro vera bontà operativa ma solo per il loro contenuto teorico, cioè per "affermazioni" che, pur se apprezzabili sotto il profilo culturale e scientifico, non siano concretamente traducibili in veri e propri impegni contrattuali dell'aggiudicatario. La gara d'appalto, quindi, non va finalizzata a valutare soggettive "capacità progettuali" dei concorrenti (quasi si trattasse di un concorso di progettazione o dell'assegnazione di un premio scientifico) bensì la qualità di concrete proposte contrattuali per la concreta gestione di uno specifico servizio. Si suggerisce, quindi, che i capitolati lascino spazi adeguati per lo sviluppo delle capacità progettuali dei concorrenti e che nei criteri di valutazione delle offerte venga introdotto un parametro aggiuntivo, per così dire "trasversale", rispetto alle valutazioni dei diversi contenuti progettuali; ciò, al fine di "pesare" le diverse componenti delle offerte in modo significativamente diverso a seconda della effettiva loro diretta valenza formale di impegni contrattuali, o della possibilità di tradurle in corrispondenti puntuali clausole contrattuali nel momento in cui verrà definito il contratto da stipulare con l'aggiudicatario definitivo. I contenuti delle offerte e le relative clausole contrattuali devono, insomma, esprimere obblighi oggettivamente descritti ed operativamente chiari e verificabili nel momento dell'esecuzione del contratto; gli elementi indicati nelle proposte progettuali per i quali non si ravvisi tale concreta valenza o possibilità non dovrebbero in alcun modo valutati al fine dell'aggiudicazione.

In ogni caso (fatto salvo quanto infra si dirà a proposito dei contratti con Cooperative sociali di tipo B) i contratti dovranno tener conto della peculiarità del loro oggetto (servizi alla persona) e del soggetto privato contraente (in genere, un soggetto senza finalità di profitto); il contenuto contrattuale non potrà quindi "limitarsi" a descrivere e disciplinare in modo per così dire "routinario" i profili che comunque devono compiutamente essere presenti in tutti i contratti pubblici, ma entrare nel merito specifico di quanto maggiormente interessa e, quindi, a titolo di esempio, dei peculiari requisiti e delle esperienze professionali degli Operatori, del progetto di servizio / intervento, delle caratteristiche organizzative, della formazione degli Operatori, del "debito" informativo nei confronti dell'Amministrazione e dei rapporti con la stessa¹⁵, della necessità della partecipazione attiva dell'affidatario ai tavoli locali di coprogrammazione e coprogettazione, ecc.¹⁶

Quanto al criterio da adottare per l'aggiudicazione di servizi sociali, e cioè alla scelta fra il metodo del massimo ribasso ovvero quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, questa Amministrazione ritiene che potrebbe essere considerato superfluo ricordare ciò che (anche a voler prescindere dall'entrata in vigore, ormai da un quindicennio, della legge n. 328/2000 e, poco dopo, dal D.P.C.M. 30 marzo 2001 - "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328") dovrebbe già essere ben chiaro, e cioè che, per evidenti ragioni, l'aggiudicazione al massimo ribasso non è, di regola, applicabile negli appalti di servizi alla persona.

Del resto, è la stessa Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011) ad affermare che *"...In generale, si può affermare che, nel caso in cui è ritenuto possibile ed opportuno che l'appaltatore partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura, è necessario utilizzare il criterio dell'offerta*

¹⁵ Rapporti che non dovranno caratterizzarsi in senso meramente formale e burocratico, bensì in senso sostanziale di ricerca della qualità, di presa in carico condivisa delle problematiche degli Utenti, e di effettivo raggiungimento degli obiettivi.

¹⁶ Ovviamente, tali aspetti non potranno (come costantemente affermato dalla giurisprudenza) essere individuati nella *lex specialis* del procedimento quali barriere alla partecipazione alle gare ma dovranno essere valorizzati in modo significativo al fine dell'attribuzione del punteggio ai progetti proposti, e dunque in quanto costituiscano specifici ed espliciti impegni relativi alla gestione dei servizi posti in gara.

economicamente più vantaggiosa che consente di valutare l'apporto qualitativo del concorrente. Per tali motivi, l'Autorità ha espresso l'avviso che, ad esempio, nell'ambito degli appalti di ingegneria e architettura, sia preferibile adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ossequio alla specificità ed alla complessità dei servizi in questione; questo modello consente, infatti, di valorizzare le capacità innovative del mondo professionale, volte ad aumentare il valore complessivo del servizio offerto” soggiungendo che “*La medesima indicazione riguarda gli appalti relativi ai servizi socio – sanitari ed educativi e, più in generale, i servizi sociali. In tali settori, occorre garantire la piena espressione della progettualità degli operatori economici e del terzo settore, tenendo conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale*”, richiamando, in nota, proprio l'articolo 5 della legge n. 328/2000 sul ruolo del terzo settore. Nel citato documento, al cui contenuto per brevità si rimanda, l'AVCP sviluppa altre interessanti e condivisibili considerazioni relative alla giurisprudenza sul punto ed alla coerenza con le linee indicate dagli Organismi comunitari.

Va però tenuto innanzitutto presente che l'applicazione del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa presenta notevoli complessità tecniche su cui si ritornerà *infra*.

Va poi tenuto presente che anche nel caso in cui si proceda adottando il criterio c.d. dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e financo nel caso in cui alla valutazione degli elementi qualitativi venga riservato un punteggio superiore a quello destinato a valutare il prezzo, dipende dalla metodologia in concreto applicata l'effettivo raggiungimento degli obiettivi: un uso disattento o contraddittorio degli strumenti può condurre a risultati non corrispondenti all'obiettivo di aggiudicare il contratto all'offerta che presenti realmente il migliore rapporto fra la qualità ed il prezzo valorizzando ampiamente i profili qualitativi della progettualità dei concorrenti.

Nel corso del tempo, e con intensità crescente negli ultimi anni, si è assistito ad una progressiva “svalutazione” del suddetto obiettivo, ponendo in essere procedimenti di gara in cui il profilo qualitativo delle offerte è stato solo apparentemente valorizzato, e in cui l'attribuzione di consistenti quote di punteggio alla qualità delle offerte è stata in concreto vanificata anche da modeste differenze fra i prezzi offerti dai concorrenti.

Ciò è in genere dipeso dall'applicazione della formula indicata nell'allegato “P”, punto IIb, al Regolamento approvato con D.P.R. n. 207/2010 (Regolamento d'attuazione del Codice dei Contratti Pubblici). In tale formula, l'espressione “valore dell'offerta” è intesa nel senso di valore dello “sconto percentuale” ovvero di valore “del ribasso” e conduce, appunto, al risultato di vanificare differenze anche rilevanti di punteggio qualitativo a fronte di differenze anche minimali delle offerte economiche; basti pensare, a titolo di esempio che nel caso di due offerte economiche delle quali una consista in un ribasso pari ad un euro e l'altra in uno pari a due (anche su importi complessivi a base di gara molto elevati) la seconda offerta si vedrebbe attribuire il punteggio massimo previsto per la valutazione del prezzo, mentre la prima si vedrebbe attribuire solo la metà di tale punteggio (lo stesso avverrebbe ove venisse valutata la percentuale di sconto). Quindi, nel caso di una gara in cui venissero previsti 60 punti per la valutazione qualitativa delle offerte e 40 per la valutazione dei prezzi, al concorrente che avesse proposto un ribasso di due euro sul prezzo complessivo posto a base di gara verrebbero attribuiti tutti i 40 punti

riservati all'offerta economica, mentre a quello che avesse proposto un ribasso di un euro verrebbero attribuiti solo 20 punti, con una differenza di 20 punti, tale, dunque, da vanificare differenze qualitative anche molto significative; tutto ciò, non solo con ingiusti riflessi sui concorrenti ma anche (e sopra tutto) con grave danno per il pubblico interesse.

A risultati sostanzialmente analoghi porta l'applicazione della seconda formula indicata al medesimo punto IIB del citato allegato "P".

La disfunzionalità del risultato può tuttavia essere evitata, comparando tra loro non i ribassi offerti, ma, in modo proporzionale le offerte nei loro valori assoluti: in tal modo le differenze *fra le offerte* del prezzo complessivo (e non quelle fra i ribassi) inciderebbero in modo direttamente proporzionale nell'attribuzione del relativo punteggio; l'offerta con il ribasso maggiore verrebbe comunque premiata con l'attribuzione del massimo punteggio, ma piccole differenze in assoluto fra il valore dei prezzi offerti produrrebbero differenze altrettanto piccole nei punteggi assegnati.

Evidentemente, l'interpretazione che qui si propone è diversa da quelle esemplificate nel Regolamento, ma appare legittima nei casi in cui l'oggetto del contratto sia riconducibile a quelli di cui all'allegato IIB al D. Lgs. n. 163/2006 (come avviene nel caso dei servizi sociali), poiché ai sensi del combinato disposto degli articoli 20 e 27 (o 30 nel caso di concessioni) l'interpretazione proposta (tenuto anche conto della peculiarità dell'oggetto del contratto) rispetta comunque i principi di *"economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità"* di legge (articolo 27), ovvero *"desumibili dal Trattato"* e *"generalmente relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità"* (articolo 30, per le concessioni).

Passando ai profili relativi alla valutazione degli elementi qualitativi¹⁷, si ritiene (condividendo l'opinione prevalente in dottrina) che il metodo del "confronto a coppie" (soprattutto nel caso di un numero significativo di partecipanti alla gara) possa validamente aiutare nel senso di un confronto qualitativo corretto ed il più possibile obiettivo fra le diverse offerte; ove sia tale il metodo prescelto, si ritiene però di evidenziare un elemento di criticità che può essere legato alle espressioni *"...calcolati da ciascun commissario mediante il confronto a coppie..."* o *"attribuiti dai singoli commissari mediante il confronto a coppie"*. Si pone, infatti, il problema di bene applicare la disposizione che prevede che l'attribuzione, ovvero il calcolo dei coefficienti avvenga ad opera dei "singoli" commissari, in relazione alle diverse caratteristiche professionali dei Componenti le commissioni. A tale proposito, ricordato che l'articolo 84 del Codice dei Contratti Pubblici al secondo comma stabilisce che i Membri delle commissioni debbano essere *"...esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto"*, ma anche che la giurisprudenza sul punto lascia comunque alle Amministrazioni ampi margini di discrezionalità nell'individuazione delle professionalità più adatte a comporre le commissioni, si evidenzia non solo la necessità che tali Membri siano affettivamente "esperti" relativamente all'oggetto della gara, ma anche che (stante comunque la ricorrente necessità di valutare le offerte qualitative sotto un molteplicità di profili, alcuni

¹⁷ ferma restando comunque la necessità, nel caso in cui si applichino i metodi di cui ai punti II-a)-4 o II-a)-5 del citato Allegato al Regolamento, di esplicitare una adeguata motivazione che permetta di ricostruire l'iter logico che la Commissione ha seguito nell'attribuzione dei punteggi.

dei quali solo indirettamente legati al “cuore” del servizio oggetto della gara e dunque, rilevanti ma in modo secondario) l’attribuzione dei singoli coefficienti non sia il frutto di una mera sommatoria di “asettiche” valutazioni formulate dai singoli componenti, ma che, pur nell’imprescindibile rispetto dell’autonomia dei giudizi dei singoli Commissari, sia preceduta ed accompagnata da adeguato confronto dialettico fra di essi in modo tale da armonizzare ragionevolmente le singole prospettive delle diverse professionalità alla luce del concreto oggetto del contratto e delle concrete finalità del procedimento di gara. A tale proposito, un esempio può essere significativo: si pensi ad una procedura di gara in cui debba essere valutato un piano di intervento pedagogico educativo, ovvero ad altra in cui vada valutata una proposta di piano infermieristico; balza all’occhio come una corretta valutazione di tali aspetti richieda una specifica preparazione ed esperienza e come la valutazione di profili particolari (nell’ambito di quelli “principali”), diversi da quelli strettamente pedagogici o infermieristici, ma con gli stessi interferenti, pur di significativo interesse nell’ambito della valutazione complessiva, non possa essere semplicisticamente disgiunta ma, al contrario, debba essere con la stessa correttamente integrata.

Sempre con riferimento al metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, un cenno a parte merita la nota Determinazione n. 4 del 20 maggio 2009 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ex AVCP); con tale Determinazione l’AVCP (ora soppressa, le cui funzioni sono confluite nell’ANAC – Autorità Nazionale Anti Corruzione) ha fornito le proprie linee guida per l’utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa nell’ambito dei contratti di servizi e forniture; a tale Determinazione si abbina il documento denominato “Quaderno”, che costituisce un vero e proprio manuale operativo per l’applicazione del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Tali documenti sono autorevoli, tecnicamente validi, ampi, completi ed esaustivi e dunque ad essi si rinvia.

Determinazione e “Quaderno”, però, data l’oggettiva complessità tecnica della materia, non sono di facile lettura, e richiedono per la loro comprensione e per il loro pratico utilizzo competenze tecnico – matematiche non comuni. Essi, tuttavia, possono comunque aiutare anche i non specialisti a comprendere alcuni elementi fondamentali delle problematiche di interesse: primo fra tutti la distinzione fra i metodi relativi all’attribuzione ad ogni offerta dei *coefficienti* relativi ai diversi elementi oggetto di valutazione (ad esempio, il metodo del confronto a coppie) ed i diversi metodi, da applicare, com’è ovvio, successivamente ai primi, per *determinare la graduatoria delle offerte* utilizzando, appunto, i coefficienti già attribuiti. Fra questi ultimi, il Regolamento ne individua sei:

1. il metodo aggregativo compensatore
2. il metodo Electre
3. il metodo AHP
4. il metodo Evamix
5. il metodo Topsis
6. il metodo basato sul punteggio assoluto, previsto dall’allegato “P” già citato.

Lo specifico studio dei riflessi dell'applicazione dei suddetti diversi metodi, con particolare attenzione ai casi in cui l'oggetto delle procedure di gara sia costituito da servizi sociali¹⁸, esula delle finalità del presente documento; tale finalità appare tuttavia di evidente interesse ed è auspicabile che relativamente ad essa si giunga da parte dell'Autorità Anticorruzione alla definizione di uno specifico documento applicativo, analogo a quello già predisposto dall'AVCP, ma semplificato ed appositamente mirato all'uso nei procedimenti per l'aggiudicazione di servizi sociali, utile sia alle Amministrazioni per simulare gli effetti dell'uso dei diversi metodi in sede di predisposizione delle gare per l'affidamento di servizi sociali, sia ai Concorrenti al fine di predisporre le loro offerte, sia ancora alle Amministrazioni nel momento della valutazione delle offerte ricevute.

Quanto alla durata del contratto, anche nell'attuale momento di incertezza oltre che di carenza di risorse, va ribadito che essa va per quanto possibile definita tenendo conto non solo della natura di bisogni cui i servizi si rivolgono ma anche della necessità per i soggetti gestori di confidare su una ragionevole durata del contratto per assumere contrattualmente impegni di qualità che siano poi, nell'esecuzione del contratto, effettivamente sostenibili; non c'è bisogno di ricordare che l'ordinamento consente che i contratti abbiano durata pluriennale e che l'articolo 57¹⁹ del D. Lgs. n. 163/2006 disciplina con chiarezza le condizioni che permettono di prevedere nel capitolato la possibilità del "rinnovo" contrattuale alla scadenza della durata minima inizialmente prevista.

Infine, va sconsigliata la prassi, invero diffusa, di limitarsi al momento della stipula del contratto con l'aggiudicatario definitivo, a richiamare formalisticamente nel contratto il capitolato posto a base di gara dall'Amministrazione ed il progetto di servizio / intervento proposto nell'offerta risultata vincitrice. Soprattutto ove la proposta progettuale aggiudicataria non sia stata (come normalmente avviene) esposta in forma di articolato contrattuale, per dare consistenza e chiarezza al rapporto sarà necessario procedere alla redazione di un (nuovo) documento contrattuale vero e proprio, che integri l'originario capitolato posto in gara con le proposte progettuali dell'aggiudicatario, tenendo presente che tutte (e solo) le proposte progettuali che siano state oggetto di valutazione nel corso del procedimento di gara dovranno essere tradotte in verificabili impegni contrattuali (e che, come già detto, solo le proposte progettuali concretamente traducibili in concreti impegni contrattuali avrebbero potuto essere valutate in sede di gara).

E' forse opportuno ricordare anche che costante giurisprudenza ha chiarito la necessità che l'importo a base di gara sia adeguato alla copertura dei costi del servizio (nel rispetto dei CCNL comunemente applicati nel settore di riferimento; nel caso di appalto di servizi sociali, in particolare, il CCNL della Cooperazione Sociale) ed a consentire al gestore un ragionevole margine di profitto. Va anche evidenziato che non può essere esclusa la possibilità per la stazione appaltante (nell'ambito dei servizi di cui all'allegato IIB) di stabilire una soglia minima per le offerte economiche e (sempre con riferimento ai servizi di cui allo stesso allegato) la possibilità di procedere alla gara valutando solo i profili qualitativi dell'offerta (avendo definito un prezzo fisso per la remunerazione del servizio): ciò non contrasta con l'applicazione dei principi indicati all'articolo 27 del Codice dei Contratti ed è, oltre tutto, espressamente previsto nella nuova Direttiva comunitaria Appalti.

4.4 La coprogettazione

¹⁸ I suddetti metodi non sono tassativi e, comunque, non va dimenticato che i servizi sociali rientrano fra quelli elencati nell'allegato IIB al Codice.

¹⁹ L'articolo 57 infatti prevede la possibilità dell'affidamento con procedura negoziata senza pubblicazione di bando anche "per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28".

Come già evidenziato, con l'espressione "coprogettazione" si possono intendere due procedimenti del tutto diversi tra loro.

In una prima accezione, la parola "coprogettazione" sta ad indicare una procedura finalizzata alla mera definizione di un progetto di servizio cui partecipino più soggetti; il D.P.C.M. 30 marzo 2001 riguarda proprio tale tipo di "coprogettazione", in cui l'Amministrazione si confronta a tal fine in modo collaborativo con uno o più soggetti del Terzo Settore; nel DPCM non si afferma mai (né si sarebbe potuto legittimamente farlo) che un percorso di coprogettazione privo di confronto competitivo (sulla base di criteri certi e predefiniti) possa portare all'aggiudicazione dell'esecuzione del progetto stesso in forma di appalto o concessione ad uno dei soggetti che vi abbiano partecipato.

In una seconda accezione, il termine "coprogettazione" può essere inteso estensivamente come procedura finalizzata non solo alla *definizione* partecipata di un progetto di servizio, ma anche come procedura finalizzata, in uno, sia alla definizione del progetto sia all'affidamento dell'esecuzione dello stesso, attraverso il suo appalto o la sua concessione, o anche alla sua concreta attuazione attraverso "autonome iniziative" di soggetti del Terzo Settore in attuazione del principio di sussidiarietà.

Ora, mentre non v'è dubbio sul fatto che nella sua prima accezione la "coprogettazione" possa, ed anzi opportunamente dovrebbe, svilupparsi in un procedimento amministrativo non competitivo (ancorché rispettoso dei principi generali del procedimento indicati dalla legge n. 241/1990, e in particolare di quelli di trasparenza e di *par condicio*), come deve avvenire, ad esempio, nell'elaborazione dei Piani di Zona; nel diverso caso in cui il procedimento si sviluppi anche con l'affidamento (in regime di appalto o di concessione) della realizzazione del progetto "coprogettato", il procedimento dovrebbe necessariamente assumere caratteristiche competitive, rispettose non solo dei principi generali del procedimento amministrativo, ma anche del dettato degli articoli 27 (appalto) o 30 (concessione) del Codice dei Contratti.

Ciò non significa che anche un procedimento siffatto non possa valorizzare il metodo della "coprogettazione", vuoi perché una prima fase (partecipata e non competitiva) potrebbe comunque precedere una seconda fase (competitiva) per l'aggiudicazione del servizio coprogettato; vuoi perché l'intero procedimento potrebbe assumere caratteristiche di tipo competitivo, sulla scorta, ad esempio, del modello (ora espressamente proposto dalla nuova Direttiva comunitaria) della "procedura competitiva con negoziazione". Tale modello è ben descritto nella nuova Direttiva e, non essendo in contrasto né con il dettato dell'articolo 27 né con quello dell'articolo 30 del vigente Codice dei Contratti, può, come già accennato, essere sin da ora adottato (anche con le "personalizzazioni" con esso compatibili e ritenute opportune) senza alcun bisogno di attendere il recepimento della nuova Direttiva. Il modello procedurale in esame è così descritto nella Direttiva:

"1. Nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato V, parti B e C, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici individuano l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze e illustrando le caratteristiche richieste delle forniture, dei lavori o dei servizi da appaltare e specificano i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto. Indicano altresì quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

Le informazioni fornite sono sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se chiedere di partecipare alla procedura.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse. Il

termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito. Si applica l'articolo 28, paragrafi da 3 a 6.

2. Soltanto gli operatori economici invitati dall'amministrazione aggiudicatrice in seguito alla sua valutazione delle informazioni fornite possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per le successive negoziazioni. Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità dell'articolo 65.

3. Salvo quanto previsto al paragrafo 4, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli offerenti le offerte iniziali e tutte le offerte successive da essi presentate, tranne le offerte finali ai sensi del paragrafo 7, per migliorarne il contenuto.

I requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non sono soggetti a negoziazioni.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione qualora abbiano indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse che si riservano tale possibilità.

5. Nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine, esse non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Esse informano per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse ai sensi del paragrafo 6 delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi. A seguito di tali modifiche le amministrazioni aggiudicatrici concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.

Conformemente all'articolo 21, le amministrazioni aggiudicatrici non possono rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate dal candidato o da un offerente che partecipa alle negoziazioni senza l'accordo di quest'ultimo. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate.

6. Le procedure competitive con negoziazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione specificati nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o in altro documento di gara. Nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o in altro documento di gara, l'amministrazione aggiudicatrice indica se si avvale di tale facoltà.

7. Quando le amministrazioni aggiudicatrici intendono concludere le negoziazioni, esse informano gli altri offerenti e stabiliscono un termine comune entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate. Verificano che le offerte finali siano conformi ai requisiti minimi e all'articolo 56, paragrafo 1, valutano le offerte finali in base ai criteri di aggiudicazione e aggiudicano l'appalto conformemente agli articoli da 66 a 69".

4.5 Le clausole sociali

Da anni gli Organi comunitari hanno evidenziato in diversi e numerosi atti l'opportunità dell'utilizzo degli appalti pubblici e, più in generale, degli affidamenti di contratti pubblici relativi a beni, servizi, opere e lavori (c.d. *public procurement*) al fine di valorizzare in tale circostanza la possibilità di realizzare la funzione sociale in uno con la funzione primaria cui, di volta in volta, gli acquisti sono finalizzati; ciò, suggerisce l'Unione Europea, può avvenire imponendo al contraente particolari modalità di esecuzione del contratto a tal fine stabilite. E' ciò che, del resto, accade nel nostro Paese sin dal 1991 attraverso l'affidamento di servizi (diversi dai servizi sociali) e forniture alle cooperative sociali di tipo B; attraverso tale modalità,

infatti, l'Amministrazione "sfrutta" il contratto di fornitura anche (e soprattutto) per realizzare l'importante funzione sociale dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Del resto, il valore e le potenzialità dei soggetti del Terzo Settore in genere, e delle cooperative sociali in particolare, nell'esercizio della funzione sociale specificamente tesa all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate sono di grande rilevanza, ma non esauriscono certo l'intero panorama possibile delle opzioni a disposizione di politiche di *public procurement* ispirate ai valori sociali. L'articolo 2 del vigente Codice dei Contratti, stabilisce che nell'attività di *public procurement* in genere (e dunque, senza limitazioni di oggetto o di valore) il principio di economicità possa essere "subordinato a criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile"; tale norma trova esplicitazione nell'articolo 69 del Codice, in cui si afferma che le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto purché siano compatibili con il diritto comunitario, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri e che dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali. Tali "condizioni particolari per l'esecuzione del contratto" costituiscono, appunto le "clausole sociali", e possono essere utilizzate per introdurre l'attenzione per i valori sociali nelle politiche di *public procurement*, come ripetutamente sollecitato dagli Organi comunitari.

L'applicazione delle "clausole sociali" va, dunque, ben oltre il loro utilizzo (peraltro di grande rilevanza) al fine dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, estendendosi, grazie all'amplissima fattispecie individuata dalla norma, alle svariate finalità cui può tendere la funzione sociale.

L'uso delle clausole sociali pone alcuni interrogativi; fra essi, quello relativo alla legittimità della valutazione qualitativa delle offerte dei concorrente nella parte in cui si riferiscono alla "clausola sociale".

Si è già detto che la "clausola sociale" in quanto "condizione particolare per l'esecuzione del contratto" deve comunque essere rispettosa dei principi di "parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità" ed essere "precisata nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri" (art 69 del Codice). A tal fine, essa deve essere descritta con completezza e con sufficiente chiarezza nel capitolato, onde evitare proprio il pericolo di incorrere nella violazione dei suddetti principi.

Altra questione è capire se essa possa essere oggetto di specificazione in sede di offerta da parte dei concorrenti (con sua valutazione qualitativa al fine della scelta del contraente), ovvero se ai concorrenti possa *soltanto* essere richiesto di accettare, in sede di offerta, tali predefinite "condizioni particolari", per l'ipotesi in cui risultassero aggiudicatari, come ad un superficiale esame parrebbe indicare l'ultimo comma dell'articolo 69.

A tale fine può essere opportuno riportare un brano del parere dell'AVCP n.131 del 24/07/2013: "....Con la determinazione 24 novembre 2011 n. 7, recante le linee guida in tema di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità ha chiarito che l'offerta tecnica deve in ogni caso essere valutata sulla base del proprio contenuto qualitativo, direttamente attinente all'oggetto dell'appalto. In astratto, i criteri prescelti nei bandi di gara possono consentire di attribuire rilievo ad elementi oggettivi legati alla realizzazione di particolari obiettivi di valenza non strettamente economica, purché inerenti a vario titolo alle prestazioni contrattuali, quali i criteri ambientali e sociali. Tali elementi devono, però, essere collegati all'oggetto dell'appalto secondo quanto previsto nelle specifiche tecniche e devono pur sempre consentire alla stazione appaltante di effettuare una valutazione degli offerenti sulla base dei relativi criteri economici e qualitativi, considerati nell'insieme allo scopo di individuare le offerte che presentano il miglior rapporto qualità / prezzo: ciò significa che non è necessario che ogni singolo criterio di aggiudicazione fornisca un vantaggio economico all'Amministrazione, ma che i criteri di valutazione nel loro insieme (cioè i criteri economici ed i criteri sociali ed ambientali) devono

consentire alla stazione appaltante di identificare l'offerta che offra il miglior rapporto qualità / prezzo".

L'AVCP ritiene, dunque, legittima (nel rispetto delle condizioni precisate) la valutazione, al fine dell'aggiudicazione, anche della proposta relativa alla "clausola sociale"; resta da capire in quale misura tale valutazione possa legittimamente avvenire.

Ora, è pur vero che l'articolo 2 del Codice afferma che il principio di economicità può essere "subordinato" (cioè posto in "sub ordine") ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, ma è altrettanto vero che non sarebbe prudente interpretare la parola "subordinato" nel senso letterale di "valutato in sub ordine", cioè, operativamente, riservando alla valutazione dell'aspetto tecnico ed economico delle offerte un punteggio inferiore a quello riservato alla valutazione delle proposte concernenti la clausola sociale.

Alla luce di ciò, si ritiene che l'Amministrazione dovrebbe, prudentemente, riservare alla valutazione dell'offerta concernente la clausola sociale un punteggio abbastanza cospicuo da influire effettivamente sulla valutazione complessiva, ma comunque inferiore sia a quello destinato all'offerta economica sia a quello destinato all'offerta tecnica.

Va però tenuto anche presente che la scelta, quale criterio di valutazione dell'offerta economica, di quello indicato quale prima alternativa nell'allegato "P" punto IIb al Regolamento DPR n. 207/2010 porta al ben noto risultato di vanificare differenze anche importanti nei punteggi qualitativi in conseguenza di differenze anche irrisorie nel prezzo. Il tema è già stato oggetto di attenzione al punto 4.3 del presente documento. Sarà dunque opportuno approfondire (anche con apposite simulazioni) nei casi concreti l'opportunità di applicare criteri diversi, com'è consentito dalla stessa norma citata ed anche, nel caso in cui l'oggetto contrattuale sia costituito da servizi compresi nell'allegato IIB al Codice (com'è nel caso dei servizi sanitari e sociali, ricreativi, culturali e sportivi, e per quelli relativi all'istruzione anche professionale) purchè ragionevoli e non tali da stravolgere, contraddicendolo, il rapporto fra la valutazione tecnico qualitativa e quella economica nel peso complessivamente stabilito dal disciplinare di gara.

Va, infine, richiamata l'attenzione sull'opportunità di utilizzare la clausola sociale non solo negli appalti relativi alla fornitura di servizi o di beni, ma anche nelle *concessioni* di servizi e nell'affidamento, in appalto o concessione, di opere e lavori pubblici; nonché sul fatto che, come già accennato, le funzioni pubbliche che rispondono ad esigenze sociali, alla tutela della salute e dell'ambiente ed alla promozione dello sviluppo sostenibile non sono certo costituite solo dalla (ancorchè importante) funzione dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. A tale proposito va rilevato che l'utilizzo delle clausole sociali, invero non adeguatamente praticato neppure al fine dell'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate, è addirittura quasi del tutto ignorato nelle sue possibili applicazioni in altri settori in cui si sviluppano altre politiche sociali pubbliche, nonché quelle concernenti la tutela della salute e dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile.

Ciò appare invero paradossale ove si tenga conto non solo dei ripetuti richiami dell'U.E. alla valorizzazione degli aspetti sociali in genere nel *public procurement*, ma anche delle

potenzialità che tale pratica offrirebbe nel quadro delle difficoltà economiche, sociali e culturali che sta attraversando il nostro Paese.

4.6 Gli affidamenti alle Cooperative Sociali di tipo B

L'articolo 35 del T.U. approvato con L.R. n. 42/2012 stabilisce che la Regione Liguria e gli enti del settore regionale allargato, di cui all'articolo 25 della l.r. 2/2006 e successive modificazioni ed integrazioni, debbano destinare (ai sensi dell'articolo 5 della l. 381/1991) alle cooperative sociali di tipo "B" una quota pari ad almeno il 5 per cento delle forniture di beni o di servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria; la legge regionale precisa anche che le Amministrazioni possono individuare a tal fine specifiche categorie merceologiche e di servizi, anche caratterizzate da elevato contenuto professionale, ritenute particolarmente adatte allo scopo, da riservare interamente agli affidamenti di cui al comma 1.

Le norme regionali richiamate indicano, dunque, una precisa percentuale delle forniture di beni o servizi, di valore singolarmente inferiore alla soglia comunitaria, evitati indebiti frazionamenti, che va affidata alle cooperative sociali finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate; tale percentuale può essere assicurata anche prevedendo che tutti i servizi o le forniture appartenenti a specifici settori merceologici, sempre nel rispetto del limite massimo di valore corrispondente alla soglia comunitaria, vadano riservati alle cooperative sociali di tipo B.

La scelta delle migliori modalità per raggiungere l'obiettivo indicato dalla legge, che è quello di qualificare socialmente la spesa pubblica allo specifico fine di sostenere l'impegno della cooperazione sociale di tipo B nella funzione dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate è lasciata alla discrezionalità delle Amministrazioni.

Pur nella sua concisione, la legge regionale detta alcune regole di non trascurabile rilevanza:

- la prescrizione e non la semplice facoltà di riservare alla cooperazione sociale di tipo B una quota percentuale degli appalti per la fornitura di beni e di servizi;
- la precisazione che l'oggetto degli affidamenti può riguardare anche categorie diverse da quelle tradizionalmente ritenute di interesse a tale scopo, spesso costituite da servizi a basso contenuto di professionalità;
- l'indicazione che interi settori merceologici possano essere a tal fine individuati, all'evidente fine di facilitare alle Amministrazioni la verifica del rispetto della norma.

Ovviamente, anche scelte amministrative non direttamente previste dalla citata legge regionale possono contribuire a rendere più efficace l'impegno delle Amministrazioni per gli inserimenti lavorativi: si pensi, a tale proposito, l'opportunità di allocare le relative risorse in specifici capitoli di spesa "dedicati", proprio al fine di significarne la specifica natura in ordine alle funzioni sociali perseguite e di renderne ancor più verificabile in concreto utilizzo.

Sotto il profilo sostanziale va evidenziata l'importanza determinante del capitolato, che preciserà gli obblighi contrattuali della Cooperativa affidataria ed i rapporti con l'Amministrazione nel corso dell'esecuzione del contratto. A tale proposito, può essere utile ricordare che tale capitolato non potrà essere strutturato come un contratto qualsiasi per la fornitura di servizi o di beni, dovendo, invece, tener conto della sostanziale duplicità del suo oggetto: da un lato la normale fornitura di un bene o di un servizio e dall'altro quella del servizio di inserimento lavorativo.

In particolare, i contratti²⁰ relativi alla funzione di inserimento lavorativo dovranno disciplinare:

- i contenuti afferenti all'individuazione delle persone svantaggiate da inserire nel lavoro,
- la collaborazione con gli Enti pubblici competenti, anche nel senso dell'individuazione delle persone svantaggiate e della definizione di percorsi ed obiettivi individualizzati di inserimento,
- le caratteristiche ed al numero delle persone da inserire, ai resoconti periodici sui risultati ottenuti ed i relativi controlli,
- le procedure per la eventuale contestazione di inadempimenti e per la loro soluzione, ecc.

²⁰ Tali profili saranno fondamentali anche nei capitolati diversi da quelli ex art. 5 L. 381/1991 concernenti l'applicazione di clausole sociali di inserimento lavorativo.

Inoltre, è necessario identificare le persone e le relative qualifiche e competenze che all'interno della Cooperativa saranno responsabili del buon andamento degli inserimenti e dei rapporti con l'Amministrazione che dovrà, a propria volta, identificare nella convenzione un proprio Funzionario di riferimento.

Circa i limiti entro i quali il concetto di affidamento diretto può essere interpretato, la giurisprudenza si è spesso espressa nel corso degli anni, ed essi possono ormai essere considerati chiaramente individuati. I due limiti fondamentali individuati dalla giurisprudenza consistono nella non applicabilità della "deroga" prevista dall'articolo 5 della legge n. 381/1991 ove l'oggetto dell'affidamento sia costituito da servizi pubblici locali (e non da servizi strumentali) e nella necessità di rispettare, comunque, i principi generali del procedimento, primi fra tutti quelli di trasparenza ed evidenza pubblica.

Sotto il primo profilo, va precisato che l'esclusione dei servizi pubblici dall'ambito di applicazione dell'articolo 5 presuppone che oggetto dell'affidamento sia, appunto, un servizio pubblico nel suo complesso; l'esclusione, quindi, non opera ove oggetto dell'affidamento sia la fornitura all'Amministrazione di una mera componente di un servizio pubblico dalla stessa gestito ed erogato agli utenti: in tale ultimo caso, infatti, l'oggetto dell'affidamento è solo apparentemente costituito da un pubblico servizio mentre, in realtà, esso è costituito dalla fornitura all'Amministrazione di un servizio o da una fornitura strumentale all'esercizio delle funzioni della stessa²¹.

E' ormai pacifico, infatti, che gli affidamenti in deroga alle cooperative sociali di tipo B non possono riguardare servizi pubblici ma solo servizi strumentali, così come chiaro è ormai che l'espressione affidamenti diretti va in ogni caso interpretata in modo compatibile con il rispetto dei principi generali che devono comunque essere rispettati in qualsiasi procedimento amministrativo, e cioè quelli di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza indicati all'articolo 1 della legge n. 241/1990. Dunque, il concetto di affidamento diretto non può essere confuso con quello di affidamento arbitrario; la scelta del contraente deve avvenire in modo compatibile con il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa attraverso il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti nel procedimento e nel rispetto del pubblico interesse e della "par condicio" delle cooperative sociali interessate. L'interesse pubblico deve essere perseguito attraverso la prudente valutazione dei costi/benefici della scelta dell'affidamento diretto, con la corretta comparazione degli eventuali maggiori costi legati all'affidamento ad una cooperativa di tipo B con i benefici derivanti dall'inserimento sociale di persone svantaggiate.

Va evidenziato che l'articolo 5 della legge n. 381/1991 è stato emendato ad opera della recentissima legge 23 dicembre 2014, n. 190 ("Legge di stabilità"), che al comma 610 dell'articolo 1 così dispone: "Al comma 1 dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza".

Come hanno chiarito le stesse Organizzazioni rappresentative della Cooperazione Sociale, l'istituto del cd "affidamento diretto" anche sotto soglia non può oggi esimersi dal porre in essere procedure comparative, e dunque competitive, ma riservate alle cooperative sociali di tipo B che abbiamo manifestato interesse a parteciparvi a seguito di sollecitazioni in tal senso rese di pubblica conoscenza nel rispetto dei principi di trasparenza, par condicio ed economicità.

Naturalmente, al di fuori dell'ipotesi di affidamenti in appalto, forme di collaborazione fra PP.AA. e Cooperative Sociali di tipo B potranno giovare di procedure trasparenti di tipo collaborativo e non competitivo, con la creazione di ATS e la stipula di patti di sussidiarietà, ove in specifici contesti ciò possa meglio assolvere alla necessità di risposta ai bisogni sociali attraverso procedimenti partecipati, comunque rispettosi dell'evidenza pubblica ma non competitivi, e riservati alle cooperative di tipo B impegnate nel territorio di riferimento.

In attesa che le importanti novità²² introdotte dalla nuova Direttiva comunitaria sugli appalti vengano recepite nell'Ordinamento nazionale, il corretto ricorso agli affidamenti in deroga di cui all'articolo 5 più volte richiamato va potenziato e promosso in uno con l'applicazione delle clausole sociali di cui si è detto.

²¹ Si pensi, ad esempio, alla fornitura di servizi di pulizia o di ristorazione in una struttura residenziale per anziani, o ad un servizio di trasporto nell'ambito di un servizio di igiene ambientale o di recupero / riutilizzo di materiali in un'isola ecologica. A tale proposito, vedasi la Determinazione dell'ex Avcp n. 3 del 1° agosto 2012 alle pagine 5 e 6.

²² Costituite, in particolare, dall'estensione ai casi di inserimento di persone svantaggiate (e non più solo di disabili) delle gare riservate.

Sezione 5 - La fase di esecuzione del contratto

Per evidenti ragioni le pubbliche amministrazioni riservano grande attenzione alla serie procedimentale che precede la stipula del contratto, ma talvolta non riservano altrettanta attenzione alla serie contrattuale successiva alla stipula, cioè all'esecuzione del contratto. Tuttavia è del tutto evidente come anche il migliore dei procedimenti di gara, che abbia effettivamente portato ad aggiudicare il contratto al migliore offerente, possa essere vanificato nel momento in cui il contratto si traduce in prestazioni concrete da parte dell'appaltatore.

Dell'importanza del contenuto del contratto al fine di garantire la correttezza della sua esecuzione, già si è detto. Anche le disquisizioni tecnico scientifiche di più elevato profilo, così come le affermazioni di principi più che condivisibili contenute nel progetto tecnico presentato in sede di gara non conducono a nulla ove non siano tradotte in impegni contrattuali espressi in modo tale da renderne oggettivo il contenuto, consentendo così di verificare la corretta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti.

Anche dell'opportunità di concepire l'oggetto delle obbligazioni contrattuali in termini di *risultato* (e non solo di *prestazione*) si è già detto; tale ipotesi è particolarmente rilevante negli affidamenti della gestione di servizi sociali, in cui l'aspetto relazionale è di fondamentale importanza e nei quali anche la più puntuale delle descrizioni delle azioni da porre in essere da parte dell'appaltatore può rivelarsi insufficiente al fine di garantire la qualità effettiva del servizio.

La definizione dell'oggetto contrattuale in termini di risultato può efficacemente contribuire a garantire la qualità del servizio, anche se esso è caratterizzato da notevole complessità; a tal fine si rende necessario l'uso di sistemi di valutazione che concilino tra loro efficacia e semplicità di applicazione. L'oggetto contrattuale (ancorchè espresso in termini di risultato) va adeguatamente definito e il metodo di valutazione non deve essere eccessivamente complesso; va reso effettivamente utilizzabile e tale da non innescare inutili contenziosi fra fornitore del servizio e committente.

In ogni caso, l'attenzione per il controllo e la valutazione dell'esecuzione del contratto non può prescindere da adeguate caratteristiche organizzative in seno all'Amministrazione; questa deve dedicare le risorse necessarie, così come del resto è direttamente desumibile dalle norme contenute nel Codice dei Contratti e nel relativo Regolamento approvato con D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, che dedica un apposito Capo (Parte IV, Titolo III, Capo I) all'esecuzione dei contratti per la fornitura di servizi, individuando tra l'altro la specifica figura del "direttore dell'esecuzione del contratto". A tale proposito, può essere utile ricordare quanto dispone l'articolo 300 del citato Regolamento:

"Salvo quanto previsto dall'articolo 272, comma 5, e dal comma 2 del presente articolo, il direttore dell'esecuzione del contratto è il responsabile del procedimento.

Il direttore dell'esecuzione del contratto è comunque un soggetto diverso dal responsabile del procedimento nel caso:

a) di prestazioni di importo superiore a 500.000 euro;

b) di prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità.

Nelle ipotesi di prestazioni di particolare importanza, come definiti al comma 2, lettera b), la stazione appaltante può nominare uno o più assistenti del direttore dell'esecuzione cui affida per iscritto, una o più delle attività di competenza del direttore dell'esecuzione.

Nelle ipotesi di cui al comma 2, in caso di carenza in organico di personale adeguato alla prestazione da eseguire, accertata e certificata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la stazione appaltante può affidare l'incarico di direttore dell'esecuzione a soggetto scelto secondo le procedure e con le modalità previste dal codice per l'affidamento dei servizi".

Le norme contenute nel Capo I offrono anche risposta a numerosi fra i quesiti che spesso si pongono nel corso dell'esecuzione dei contratti relativi ai servizi ora di interesse; la loro applicazione può contribuire a dare ordine e certezza ai rapporti contrattuali fra Pubbliche Amministrazioni e soggetti del Terzo Settore e

scoraggiare la partecipazione alle gare di soggetti alla cui abilità nella predisposizione delle offerte non corrispondono analoghi impegno, interesse e capacità professionale nella concreta realizzazione di quanto offerto.

Discorso a parte va fatto con riferimento alla realizzazione dei servizi / interventi oggetto dei “patti di sussidiarietà”, nei quali non vi è alcuna “fornitura” di servizi né pagamento di alcun corrispettivo, ma comunque sussiste un rapporto giuridico (di diritto pubblico) della formazione sociale con Amministrazione. Infatti, il “patto” stipulato prevede l’attribuzione da parte dell’Amministrazione di un sostegno avente rilevanza economica, ovviamente subordinato alla corretta realizzazione del progetto proposto dal soggetto del Terzo Settore (così come, oltre tutto, prescritto dall’articolo 12 della legge n. 241/1990). In tal caso le modalità per la verifica della realizzazione del progetto, dell’effettiva “messa in campo” delle risorse private previste, della loro corretta valorizzazione economica, del raggiungimento dei risultati, ecc. saranno definite tenendo conto delle concrete caratteristiche del progetto e costituiranno parte dello stesso; ovviamente, per tutti i progetti presentati dal Terzo Settore per il tramite del suo O.U.R., quest’ultimo fungerà nella fase esecutiva del progetto anche da tramite e garante fra l’A.T.S. titolare dello stesso e l’Amministrazione, mentre nei casi in cui il progetto sia stato presentato autonomamente da uno o più soggetti del Terzo Settore, anche per la fase esecutiva dovrebbero essere previsti momenti in cui l’O.U.R. esprima il proprio parere, così come fatto nella fase prodromica all’approvazione del progetto ed alla stipula del Patto.

In ogni caso, nei Patti di Sussidiarietà le modalità di raccordo nella fase esecutiva fra l’Amministrazione e l’A.T.S. titolare del progetto assumono originale e particolare importanza: non si tratta, infatti, di verificare la corretta esecuzione di un contratto (come avviene nel caso di affidamenti in appalto o concessione) nell’ambito dell’ordinaria dialettica fra stazione appaltante ed appaltatore (che esprimono dunque, inevitabilmente, interessi economici fra loro naturalmente contrastanti) bensì di monitorare l’andamento di un accordo fra *partner* nell’ambito dell’esercizio di pubbliche funzioni (e dunque fra parti che si pongono in relazione collaborativa nell’ambito di un progetto condiviso, in cui le risorse messe a disposizione dall’Amministrazione spesso consistono anche in azioni da porre in essere dall’apparato pubblico stesso, oltre che in trasferimenti di beni, servizi o somme di denaro a titolo di sostegno compensativo).

Quanto sopra lascia intendere la profonda differenza che intercorre fra la verifica della regolare esecuzione dei contratti di appalto o di concessione ed il monitoraggio della realizzazione dei progetti “sostenuti” dall’Amministrazione nei Patti di Sussidiarietà: monitoraggio finalizzato primariamente alla sinergia fra l’azione dei soggetti del Terzo Settore tra loro e con l’Amministrazione ed ai possibili miglioramenti del progetto nel corso della sua realizzazione.

*** **

Conclusioni

Con il presente documento la Regione Liguria ha cercato di mettere a disposizione dei soggetti Istituzionali regionali e del Terzo Settore liguri un insieme di indicazioni operative finalizzate alla positiva evoluzione del sistema di relazioni “Pubblico / Terzo Settore” alla luce del Testo Unico approvato con L.R. n. 42/2012. Esso va inteso come complesso di indicazioni non vincolanti per le Amministrazioni diverse dalla Regione stessa e dagli Enti ad essa strumentali, e come documento aperto alle integrazioni ed alle modifiche che si paleseranno opportune alla luce dei risultati della sua applicazione, grazie ad una costante collaborazione dell’Amministrazione Regionale con le Autonomie Locali e con i soggetti liguri del Terzo Settore attraverso il loro Organismo Unitario di Rappresentanza.

FINE TESTO