Riforma dei servizi pubblici locali e istituti giuridici cooperativi tra PA ed enti del Terzo settore

Quale collegamento e perché?

Alceste Santuari, | 24 novembre 2021

Il 4 novembre u.s., il Governo ha approvato il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, così come previsto dall'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, che prescrive che il Parlamento approvi ogni anno un'apposita normativa finalizzata a "rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati" e a "promuovere lo sviluppo della concorrenza" e a "garantire la tutela dei consumatori" (comma 1).

In aggiunta alla finalità sopra richiamata, l'art. 1 del disegno di legge approvato dal Governo stabilisce che gli altri obiettivi dell'intervento normativo sono i seguenti:

1. La promozione dello sviluppo della concorrenza;
2. Il rafforzamento della giustizia sociale;
3. Il miglioramento della qualità e dell'efficienza dei servizi pubblici;
4. Il potenziamento della tutela dell'ambiente e del diritto alla salute dei cittadini;
5. la garanzia della tutela dei cittadini.

La legge annuale per il mercato e la concorrenza, dunque, è "incaricata" di promuovere la tutela della concorrenza, atteso che trattasi di principio fondante e che orienta l'azione dell'Unione europea. Tuttavia, proprio il richiamo, tra gli altri, nel medesimo disegno di legge del principio di giustizia sociale evoca la necessità che il mercato incontri dei limiti proprio nel rispetto e nella garanzia dei diritti fondamentali.

È proprio avuto riguardo a questo "limite" espresso nell'art. 1 del disegno di legge in argomento che talune disposizioni contenute negli articoli successivi non possono non destare qualche critica e preoccupazione per il futuro dei servizi di interesse generale. In questa sede, ci si intende riferire alle previsioni contenute nell'art. 6, rubricato "Delega in materia di servizi pubblici locali".

Come è noto, la riforma "Madia", unitamente al Testo unico sulle partecipazioni in mano pubblica (TUSP, d. lgs. n. 175/2016), avrebbe dovuto prevedere anche un apposito decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali, che però non è stato mai approvato e la cui approvazione è stata indicata nella Segnalazione che l'Autorità Antitrust ha inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri in data 23 marzo 2021 (cfr. pp. 35 ss.). Facendo seguito alle raccomandazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il Governo Draghi ha previsto nell'art. 6 del disegno di legge annuale per la concorrenza un'apposita delega da conferire al Governo per disciplinare, tra l'altro, l'istituto dell'autoproduzione dei servizi pubblici locali, in specie attraverso il ricorso al modello dell'in house providing. Al riguardo, il comma 1, lett. f), confermando le disposizioni già contenute nel d. lgs. n. 50/2016 e 175/2016, nonché un orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, stabilisce in capo alle amministrazioni pubbliche che non intendano fare ricorso al mercato per la gestione dei servizi pubblici locali di motivare adeguatamente tale scelta e di sottoporre quest'ultima a valutazioni in ordine alla loro gestione che potrebbero anche condurre alla revisione del modello gestionale scelto.

È opportuno evidenziare che il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica (esternalizzazioni) per la selezione degli operatori economici di mercato non richiede alcuna motivazione, atteso che l'assioma di partenza è l'efficienza del mercato. Per contro, muovendo dall'assunto che la pubblica amministrazione non sia di regola efficiente, le scelte di quest'ultima in ordine ai modelli organizzativi, giuridici e gestionali devono essere motivate in modo robusto ed adeguato.

La giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 100 del 27 maggio 2020) e quella dei giudici amministrativi,

quest'ultima peraltro non sempre lineare (si vedano, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 26 agosto 2020, n. 5237; contra Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 19 ottobre 2021, n. 7023) hanno nel corso di questi ultimi anni rafforzato l'idea di una rilevanza secondaria dell'autoproduzione dei servizi pubblici locali rispetto al ricorso al mercato concorrenziale. La formula giuridica di diritto privato (sostanziale e formale) può (e in taluni contesti sociali ed economici ha dimostrato) di essere efficiente e di risultare un'alternativa efficace alla gestione pubblica.

Tuttavia, proprio in ragione di un principio del diritto eurounitario che lascia le autorità pubbliche degli Stati membri libere di scegliere la/le modalità ritenute più adeguate per la gestione di servizi di interesse generale, la disposizione contenuta nell'art. 6 appare discriminatoria nei confronti degli enti locali che ritengano di costituire una società in house ovvero di autoprodurre il servizio (da ultimo, sulla legittimazione dell'autoproduzione – gestione diretta, si veda Tar Liguria, sez. I, 9 novembre 2021, n. 946).

Per vero, deve ricordarsi che taluni servizi di interesse generale (si pensi, per esempio, alla gestione della risorsa idrica) potrebbero (e lo sono in alcuni territori del Paese) essere gestiti da forme di cooperazione di comunità locali (formula giuridica che, peraltro, è stata la "causa" della nota sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha riconosciuto la bontà, sebbene indirettamente, della formula prescelta).

Escludere le possibilità sopra brevemente richiamate significa, ancora una volta, considerare il paradigma neoliberista quale prevalente e capace di "autoimporsi" sulle altre possibili alternative gestionali ed organizzative.

Una simile presunzione è presente anche nell'art. 56 del Codice del Terzo settore, laddove si prescrive agli enti locali che intendano sottoscrivere convenzioni con associazioni di volontariato o di promozione sociale di "motivare" la maggiore convenienza dello strumento convenzionale rispetto al ricorso al mercato. Convenienza che non deve, comunque, coincidere con un risparmio di spesa pubblica, ma coinvolge una valutazione e una ponderazione più complessiva riguardante gli obiettivi di solidarietà sociale e di coesione sociale che l'ente pubblico intende realizzare attraverso il convenzionamento.

E proprio agli enti del Terzo settore è dedicata la lett. o) dell'art. 6, comma 1 del disegno di legge qui in argomento, laddove si legge che la delega da assegnare al Governo deve prevedere la "razionalizzazione del rapporto tra la disciplina dei servizi pubblici locali e la disciplina per l'affidamento dei rapporti negoziali di partenariato regolati dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in conformità agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale". Benché si tratti di previsione poco chiara nella sua finalità, atteso che non si comprende in cosa dovrebbe consistere la "razionalizzazione" delle due discipline, il richiamo ai rapporti negoziali tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore nel disegno di legge concorrenza desta più di qualche preoccupazione.

È forse opportuno ricordare che gli istituti giuridici cooperativi di cui agli artt. 55 e seguenti del Codice del Terzo settore sono stati oggetto di un lungo e difficile cammino di progressiva legittimazione (si vedano, tra l'altro, la sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, il decreto Semplificazioni del 2020, il decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021). Al momento in cui si scrive, molte amministrazioni pubbliche sono impegnate nella definizione di bandi e avvisi pubblici con i quali attivare i percorsi di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento libero con gli enti del terzo settore. È possibile affermare che i giudici amministrativi, seppure ancora con qualche tentennamento, stanno sostenendo questo percorso, che dalla legittimazione giuridica si sta avviando all'implementazione delle procedure amministrative attraverso cui "dare voce" a quegli istituti cooperativi.

Azione degli enti locali e interventi degli enti del terzo settore sono ultimamente saldamente ancorati e definiti dalla promozione, tutela e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, espressione di un ordinamento fondato sul principio di solidarietà, di coesione sociale e di sussidiarietà orizzontale. La materia della concorrenza, riservata allo Stato dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, non può trasformarsi nel "grimaldello" per recuperare ad essa ciò che con fatica si è riusciti dalla stessa ad emancipare. A obiettivi (sociali) devono poter corrispondere modelli gestionali, giuridici ed organizzativi coerenti, che, in specie alla luce dell'emergenza sanitaria e dei finanziamenti previsti dal PNRR, sappiano "intercettare" e rispondere alle domande dei cittadini e, in particolare, ai bisogni dei gruppi più fragili e vulnerabili della popolazione.