

La coprogettazione tra onerosità e gratuità

Alla ricerca della procedura perduta

Silvia Grazzini, | 12 maggio 2023

L'articolo Coprogettare la co-programmazione e la co-progettazione, che prende le mosse da una ricerca relativa alle pratiche di amministrazione condivisa in Toscana, ha sollevato un dibattito con gli interlocutori locali. Welforum riceve e pubblica oggi questo contributo di Silvia Grazzini di Estar.

Il vecchio Codice degli appalti pubblici, nell'ormai lontano 2006, aveva riunito in un Testo unico, la normativa sugli appalti di lavori, servizi e forniture. In Italia eravamo all'indomani di "mani pulite", circostanza che non permetteva più di considerare servizi e forniture, da meno rispetto ai lavori, quanto a capacità di mobilitare risorse pubbliche altrettanto ingenti; per questo, il cambiamento non poté che essere assecondato. Gli appalti di servizi sociosanitari rimasero, tuttavia, "esclusi" dalla nuova ottica del Testo unico, in attesa di più precise indicazioni dal diritto euro-unitario.

Dieci anni dopo, il D.Lgs 50/2016, recepiva le nuove direttive dell'Unione Europea (UE) del 2014 e a distanza di poco più di un anno, conobbe la prima importante revisione di ordine generale [...], a partire dalla sua ri-rubricazione da "Codice degli appalti pubblici" a "Codice dei contratti pubblici", Cdc: in tal modo, il focus dell'attività di *public procurement* è proiettato verso il risultato atteso dalla stessa. La procedura non è il fine, ma il mezzo per ottenere la più appropriata soddisfazione del bisogno pubblico. Al contempo, il ruolo del Responsabile unico del procedimento, Rup, veniva orientato ad una diversa abilità, quella di *project manager*, per conferire valore aggiunto al contratto.

La normativa alleggerita...

Per assicurare il corretto recepimento delle direttive UE, anche il Testo unico prevedeva per il settore dei servizi sociali e sociosanitari, un regime "a normativa alleggerita", nel rispetto della peculiarità della materia. Alla normativa alleggerita fa da specchio il diritto-dovere delle stazioni appaltanti di disegnare procedure *ad hoc*, nel rispetto delle norme di principio del Cdc, che rispondano ai bisogni del territorio di presa in carico, di cura, di salute e benessere, senza aggravare il procedimento con l'applicazione di norme codicistiche, poco appropriate rispetto al risultato da raggiungere. Questa circostanza ha contribuito a far sentire, per la seconda volta, molti operatori del settore, orfani di una procedura già costruita per le altre linee di acquisto. La normativa alleggerita avrebbe dovuto facilitare, fin da subito, il riconoscimento della *lex specialis* di gara come prioritario strumento di risultato agevolando il percorso verso la corretta interpretazione delle direttive UE.

...e le sue difficoltà

Di fatto, non è stato facile neppure per la giurisprudenza chiarire gli ambiti di disapplicazione del Cdc. Una maggior chiarezza in tal senso avrebbe permesso al Rup, in fase di *check* sulla *lex specialis*, di concentrare l'attenzione sui vizi della volontà e dell'ingiustizia manifesta, figure tipiche dell'attività negoziale della Pubblica Amministrazione e che attengono, rispettivamente, al procedimento di formazione della volontà e al fatto che l'interesse privato non debba risultare sacrificato in mancanza di sufficienti ragioni di interesse pubblico. E qui l'interesse privato da tutelare non doveva essere soltanto quello dell'operatore economico ma anche, e forse soprattutto, quello dei destinatari dei servizi cui l'ordinamento, con il regime a normativa alleggerita, voleva riconoscere e garantire una posizione privilegiata.

Il Codice del Terzo Settore

Contemporaneamente alla prima revisione del Cdc, fu approvato il Decreto legislativo del 3 luglio 2017 n.117 - Codice del Terzo Settore, Cts, che introduceva, quasi in contrapposizione alle procedure di derivazione codicistica, forme innovative di collaborazione pubblico-privato, quali la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento, da esperire a norma della L. 241/1990.

Anche in questo caso, il Testo unico non definiva procedimenti specifici e tipizzati lasciando i Rup, ancora una volta, orfani di

una tanto attesa procedura. È, forse, anche per questo che le forme di collaborazione pubblico-privato sono rimaste marginali rispetto ai tradizionali affidamenti di servizi, esperiti a norma del Cdc, in attesa di più chiari indirizzi normativi.

Armonizzare la normativa

Nel 2018, il Consiglio di Stato, col parere n. 2054, cercava di armonizzare il dettato normativo dei due Testi unici, a partire dall'assunto che l'appalto di servizi sociosanitari che segue le regole del mercato è di "derivazione codicistica" e sottoposto all'applicazione del Cdc, mentre la procedura che si svolge al di fuori delle logiche di mercato è esperita a norma del Cts e della L. 241/1990: dal Cdc derivano contratti sinallagmatici a titolo oneroso, dal Cts derivano i contratti a titolo gratuito.

Così anche la co-progettazione quando è volta prospetticamente, all'affidamento di un servizio *economico* di interesse generale, è sottoposta al regime alleggerito del Cdc, segue l'evidenza pubblica e si conclude con la stipula di un accordo a titolo oneroso che instaura tra le parti un rapporto di tipo sinallagmatico a prestazioni corrispettive, definite per tutta la durata del contratto.

Viceversa, si svolge al di fuori delle regole del mercato la co-progettazione che ha ad oggetto un servizio *non economico* di interesse generale, che è priva di carattere selettivo ed è volta all'affidamento di un servizio in forma gratuita.

Giurisprudenza e normativa a confronto

Da questo momento, normativa e giurisprudenza cominciano ad ascoltarsi in maniera proattiva, all'interno di un proficuo dialogo istituzionale: col Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 4 luglio 2019, si stabiliva l'obbligatorietà della redazione del bilancio sociale da parte degli Enti del terzo settore, Ets, e col successivo Decreto del 23 luglio 2019 venivano definite le linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli stessi Ets, in modo che la valutazione dell'impatto sociale costituisse parte sostanziale del bilancio sociale.

Tutta la normativa di settore comincia ad acquisire una *vision* che la proietta in una dimensione davvero innovativa, rispetto al passato e che culmina con la Sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale che collega l'impatto sociale atteso, allo sviluppo di forme di sussidiarietà orizzontale a favore della società del bisogno e dell'intera collettività, individuando la co-progettazione e le altre forme di amministrazione condivisa, quale mezzi privilegiati per il raggiungimento di questo obiettivo.

Il nuovo concetto di normativa alleggerita

Per questa strada, la legge di conversione del Decreto Semplificazioni assoggetta al Cts tutte le procedure di partenariato pubblico-privato, ponendo deroga espressa all'applicazione del Cdc in questi casi. Evidentemente, il legislatore ha reputato che anche la "normativa alleggerita" potesse risultare troppo vincolante rispetto agli obiettivi da raggiungere.

Tali indirizzi sono stati mantenuti e rafforzati anche nel nuovo Cdc, il D.lgs. 36 del 31/03/2023.

Le procedure di amministrazione condivisa

Infine, il DM 72/2021, nel catalogare le procedure di amministrazione condivisa quali "strumenti ordinari di gestione dei servizi di interesse generale", senza più distinguere tra servizi economici e non economici, traccia finalmente, le procedure da seguire in questi casi, a partire dall'evidenza pubblica, riscattando i Rup dalla loro condizione di orfani. Non esime, d'altra parte, la Pubblica Amministrazione dalla necessità di creare idonei strumenti normativi, quali quelli approvati da ESTAR con Deliberazione n. 274 del 16/06/2022, a supporto di un processo completamente nuovo e tutto da costruire

La normativa regionale

Mentre la normativa nazionale continuava il suo percorso, la Regione Toscana, con LRT 65/2020 ricongiungeva le procedure di amministrazione condivisa, all'unità con il loro intrinseco obiettivo di generare impatto sociale positivo, attraverso lo sviluppo di forme di sussidiarietà orizzontale, oggetto della reciproca obbligazione tra le parti in causa: la parte pubblica, la parte privata e la società del bisogno.

In conclusione: l'evidenza pubblica non è più motivo sufficiente a far ricadere le procedure di amministrazione condivisa, nell'ambito di applicazione del Cdc; la co-progettazione è strumento ordinario di gestione di tutti i servizi di interesse generale e può essere prospetticamente rivolta all'affidamento di un servizio anche economico di interesse generale; la co-

progettazione deve contenere la clausola di salvaguardia dell'occupazione, come conferma la LRT, quindi si può snodare anche a partire da prestazioni sinallagmatiche; è superato lo schema legislativo che induceva il Consiglio di Stato a distinguere le procedure di derivazione codicistica dalle altre, astrazione che fino a poco tempo fa, risolveva contenziosi e controversie.

Appalti per l'acquisto e appalti di servizi

Sussidiarietà orizzontale, impatto sociale positivo e sviluppo di welfare di primo e secondo livello non possono scaturire dagli appalti dedicati all'acquisto di farmaci, attrezzature sanitarie o dispositivi medici. Per questo, L'attuale quadro normativo ha raccolto, come mai prima di ora, tutte le peculiarità del settore sociosanitario, sistemandole in un contesto prescrittivo inclusivo ed esclusivo al tempo stesso, dal momento che le procedure di amministrazione condivisa devono generare tra le parti un rapporto giuridico diverso rispetto a quello, meramente sinallagmatico, che si genera tra acquirente e venditore.

Nelle procedure di amministrazione condivisa, le parti pubblica e privata si obbligano in favore di un terzo, la collettività, che è l'unica a doversi arricchire grazie al lavoro di *partnership* tra enti no-profit che agiscono nel rispetto della loro *mission* e secondo la *vision*, di lungo periodo, di trasformare il servizio da "spesa corrente" ad investimento pubblico e riserva di valore per le generazioni future.

Impatto sociale e sussidiarietà orizzontale costituiscono, ormai per legge, il discrimine tra l'appalto per l'acquisto e le procedure di affidamento dei servizi sociosanitari, così, l'idea di continuare a trattare tali servizi con la vecchia logica del mercato finisce di perdere senso e valore giuridico.

Le procedure di ESTAR

Nelle procedure di amministrazione condivisa di ESTAR, il partner privato deve recuperare tutto il valore già presente sul territorio, sviluppare le esperienze già in essere e sperimentarne di nuove anche con attori diversi, per creare sinergie di attività territoriali. A tal fine, il partner deve svolgere una attività di mappatura e di ricerca attiva delle realtà esistenti sul territorio che possono rappresentare occasione di sviluppo di attività, utili a favorire l'inclusione sociale e a creare un contesto territoriale inclusivo a supporto del servizio. In questo senso, la parte pubblica e privata potranno e dovranno favorire l'instaurarsi di un rapporto "**diversamente sinallagmatico**" sostenuto, in parte dalla reciprocità tra prestazioni e controprestazioni, in parte dalla creazione di valore e di ricchezza derivante dalle attività in sinergia e dalla riprogettazione del contesto e dei processi produttivi di presa in carico, cura benessere e salute.

Con questo articolo si intende fornire riscontro a quello, che ci chiama in causa, pubblicato da Welforum.it in data 24 marzo 2023, dal titolo "Co-progettare la co-programmazione e la co-progettazione. Una ricognizione del contesto toscano", per fornire le dovute considerazioni che hanno condotto ESTAR all'approvazione della citata Deliberazione n. 274 del 16/06/2022 e per chiarire che ESTAR non agisce soltanto come centrale per gli acquisti, ma ha anche la *mission* di fornire supporto tecnico-amministrativo alle AASSLL ed agli altri enti del sistema sanitario regionale ed infatti gli atti approvati, sono stati condivisi dalla ASL Toscana Sud-est, che poi li ha fatti propri, con Deliberazione aziendale.