



ISTITUTO STUDI SVILUPPO AZIENDE NON PROFIT
UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TRENTO
Via Inama, 5 38100 Trento
tel. 0461.882289 fax 0461.882294
e-mail: issan@economia.unitn.it
www.issan.info

COMMENTI E RISPOSTE AL LIBRO VERDE DELLA COMMISSIONE UE SUI PPP E SUL DIRITTO COMUNITARIO DEGLI APPALTI E DELLE CONCESSIONI

L' ISTITUTO STUDI SVILUPPO AZIENDE NON PROFIT (ISSAN) è un'Associazione non riconosciuta, di studi e di ricerca sulle organizzazioni *non profit* e di formazione per gli operatori di queste organizzazioni, con sede presso l'Università di Trento.

È composto da circa 40 soci pubblici e privati, tra cui varie Università (*Innsbruck, Bologna, Cergas-Bocconi Milano, Udine*), organizzazioni di categoria (*Federsolidarietà, Con.Solida, Consorzio Nazionale della Cooperazione Sociale "Gino Mattarelli", Federazione Trentina delle Cooperative, FIBA CISL*) e enti pubblici locali (*Comune di Trento e di Rovereto, Provincia di Trento e Regione Trentino Alto Adige*). Dal 1994 svolge numerose ricerche, pubblica diversi volumi e working papers ed organizza convegni e seminari a carattere nazionale ed internazionale approfondendo aspetti rilevanti relativamente al settore *nonprofit*, (per es. tra le ricerche condotte dall'Istituto vi è l'analisi di modelli per la formazione continua per le imprese sociali, monitoraggio diffusione ed incremento dell'imprenditoria sociale; L'inserimento lavorativo dei soggetti con problematiche psichiatriche: buone pratiche dei servizi offerti dall'impresa sociale).

In quest'ambito negli ultimi due anni, l'Istituto si è impegnato nella realizzazione di una ricerca sulla esternalizzazione dei servizi alla persona e sui rapporti pubblico-privato nella gestione ed erogazione di tali servizi.

Con questo documento ISSAN si propone di rispondere ai quesiti posti nel Libro Verde sulle operazioni Partenariato Pubblico-Privato (di seguito Libro Verde) con cui la Commissione ha avviato una consultazione in merito all'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni al fenomeno dei PPP. I quesiti posti nel libro verde saranno trattati nell'ottica delle problematiche relative ai servizi sociali ed in particolare ai servizi alla persona, quindi, di quelle attività che ai sensi libro Bianco sui servizi d'interesse generale sono "*basati sul principio di solidarietà, si concentrano sulla persona e garantiscono che i cittadini possano beneficiare in maniera concreta dei propri diritti fondamentali e contare su un livello elevato di protezione sociale*"¹.

¹ LIBRO BIANCO SUI SERVIZI D'INTERESSE GENERALE, Bruxelles, 12.5.2004, COM (2004) 374, def., p.to 4.4.

Domanda 1

Quali tipi di operazioni di PPP puramente contrattuali conoscete? Tali operazioni sono oggetto di una regolamentazione specifica (legislativa o di altro tipo) nel vostro paese?

Come è stato specificato in apertura del documento, tutte le riflessioni di seguito proposte saranno riferite ai servizi alla persona, caratterizzati da una forte differenziazione dei bisogni, la cui domanda negli ultimi anni ha visto una crescita rilevante, creando notevoli tensioni nell'offerta degli stessi e un aumento dei costi rispetto alle risorse disponibili. Tutto ciò ha determinato l'esigenza da parte degli enti locali di ricorrere a procedure di esternalizzazione di tali servizi mediante il coinvolgimento del settore privato, ed in particolare del settore *non profit*.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, nell'ordinamento italiano è stata approvata nel 2000 la legge quadro n. 328², con l'obiettivo esplicito di creare un sistema integrato di interventi e di servizi sociali.

Uno degli aspetti caratterizzanti la legge è la previsione di un **attivo** coinvolgimento delle organizzazioni del Terzo settore³, non solo nell'erogazione dei servizi, ma anche nella progettazione e realizzazione concreta degli interventi e dei servizi, in forza della legittimazione loro conferita dalla capacità di cogliere i bisogni sociali e le problematiche che emergono in un determinato territorio e darvi risposte adeguate.

Le modalità di rapporto pubblico-privato previste dalla legge in questo settore, sono l'istituto dell'autorizzazione e dell'accreditamento, che nel nostro ordinamento erano già previste per i servizi sanitari.

Nel *sistema di accreditamento*, il partner privato partecipa alle varie fasi della progettazione e realizzazione (talvolta anche del finanziamento, sia pur in minima parte) mentre l'ente pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi, della qualità dei servizi offerti e della politica dei prezzi, facendosi garante del monitoraggio/controllo dei soggetti erogatori del servizio.

Per effetto di questo sistema **la fase della selezione del soggetto privato** si concreta nell'accertamento, in capo allo stesso, del possesso di determinati requisiti, quali ad es. le capacità logistiche (ambienti, strutture e attrezzature), le competenze professionali, le interrelazioni (maturate con il sistema istituzionale e sociale locale), che lo "accreditano" presso l'ente pubblico come soggetto idoneo a garantire adeguati standard di servizio.

Nella fase successiva il soggetto accreditato dialoga con l'ente pubblico predisponendo un progetto/proposta di intervento (⁴) e giunge alla stipula di un contratto per lo svolgimento del servizio sulla base degli elementi concordati.

Tale procedura costituisce ormai una prassi consolidata (⁵) e, in alcuni casi, è stata anche formalizzata dal legislatore nazionale (⁶), ad esempio:

➤ nel settore della formazione (vedi esempio della provincia BZ)(⁷)

² Legge 8 novembre 2000, n. 328, "LEGGE QUADRO PER LA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI", pubblicata su G.U. n. 265 del 13 novembre 2000 – S.O. n. 186.

³ Con questo termine ai sensi della legge italiana si intende fare riferimento alle seguenti tipologie organizzative: organismi non lucrativi di utilità sociale, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, organismi della cooperazione, cooperative sociali, fondazioni, enti di patronato.

⁴ Spesso, tuttavia, l'elemento progettuale non è presente ed anzi, talvolta, non è neppure richiesto e/o previsto.

⁵ A questo riguardo non va disconosciuto il ruolo rivestito dalla Comunità europea che proprio nella gestione dei finanziamenti del Fondo Sociale Europeo ha imposto il modello dell'accreditamento. Il risultato di queste spinte comunitarie è stato quello di obbligare i soggetti erogatori ad essere accreditati dal giugno 2003.

⁶ Ad esempio secondo il modello di accreditamento previsto dal legislatore italiano per i soggetti che intendono realizzare attività formative, settore disciplinato con Decreto Ministeriale 166/2001.

➤ nel settore dei servizi socio assistenziali (vedi esempio della Regione Veneto ⁽⁸⁾ e Lombardia ⁽⁹⁾)

Quali vantaggi comporta questo modello di PPP?

L'analisi di alcune esperienze in corso a livello nazionale permette di rilevare che **il modello dell'accREDITAMENTO realizza un forte PPP**, che risponde alla necessità di assicurare vuoi maggiori finanziamenti, vuoi soprattutto *know-how*, metodi ed esperienze di cui il privato è portatore.

Attraverso la definizione dei criteri per l'*accREDITAMENTO*, inoltre, l'ente pubblico dispone di uno strumento estremamente flessibile in grado di adattarsi alle esigenze del territorio ⁽¹⁰⁾. Non va

⁷ A partire dal 1999, il Servizio del Fondo Sociale Europeo della Provincia autonoma di Bolzano ha cominciato ad elaborare un modello di accreditamento dei fornitori di servizi formativi. È interessante rilevare che il modello sviluppato, da un lato, si pone in linea con le direttive impartite a livello nazionale (DM 166/2001) e, dall'altro lato, risponde appieno alle specificità del mercato d'offerta altoatesino e riesce dunque a soddisfare le esigenze del territorio e della realtà locale. In tal senso, fra i criteri previsti dalla Giunta regionale per l'accREDITAMENTO si segnala: la disponibilità di una sede stabile dislocata sul territorio provinciale, nonché la possibilità riconosciuta anche agli enti di formazione ed in particolare alle università che non hanno una sede stabile in provincia, di presentare progetti in partnership con altri purché chi presenta il progetto sia accreditato e garantisca la qualità dell'intervento formativo.

⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla legge della Regione Veneto del 16 agosto 2002, n. 22 recante la disciplina sull'*Autorizzazione e accREDITAMENTO delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali*, laddove l'*autorizzazione* rappresenta la soglia rigorosa di garanzia al di sotto della quale non è consentito esercitare attività socio-sanitarie e, l'*accREDITAMENTO*, costituisce invece "un livello superiore di impegno richiesto affinché il cittadino possa considerare il soggetto erogatore, oltre che di buon livello qualitativo, anche allineato con le scelte della programmazione regionale".

Invero, il sistema dell'accREDITAMENTO e dell'autorizzazione, come prefigurato dal legislatore, non è stato, ad oggi, ancora attuato. Più in generale va osservato che gli orientamenti della legge riflettono una profonda evoluzione della politica e degli strumenti operativi previsti a livello regionale e, più in generale, a livello nazionale per la gestione di determinati servizi.

Alla base di quest'evoluzione possiamo trovare:

- la progressiva attuazione del federalismo regionale, ad opera della legge cost. 18 ottobre 2001;
- la revisione del sistema di programmazione, secondo il modello previsto ad es. dalla legge 8 novembre 2000, n. 328 recante "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali";
- l'equiparazione dei soggetti pubblici e privati nell'erogazione dei servizi (nel caso dei servizi sanitari e socio-sanitari prevista a livello nazionale dal d.lgs. 229/99), per cui appare definitivamente abbandonata la prospettiva dell'intervento del privato soltanto con funzione sussidiaria rispetto al pubblico.

Il sistema dell'accREDITAMENTO richiede, comunque, un'attenta valutazione dei requisiti in capo alle strutture erogatrici, a salvaguardia dell'interesse dei cittadini utenti e della qualità dei servizi.

⁹ Ci si riferisce in particolare alla l.r. 11 luglio 1997 n.31 recante le *Norme per il riordino del servizio sanitario regionale e la sua integrazione con le attività dei servizi sociali* laddove è stabilito (art. 4) che l'erogazione delle prestazioni specialistiche avviene attraverso rapporti fondati sull'accREDITAMENTO, in modo da definire un livello di sicurezza e tutela del cittadino.

Come per la Regione Veneto si può ritenere che gli standard di accREDITAMENTO costituiscano un secondo livello di impegno, richiesto alle strutture sanitarie, affinché il cittadino possa considerare il soggetto erogatore coerente con le scelte ed i vincoli regionali, mentre il primo livello è rappresentato dall'autorizzazione all'esercizio rilasciata dalla Regione o dalla ASL

La stessa l.r. 31/97, che ha previsto il processo dell'accREDITAMENTO delle strutture socio sanitarie, pubbliche e private, ha sancito anche l'introduzione nelle stesse di sistemi di verifica e controllo della qualità delle prestazioni e dell'efficienza delle risorse finanziarie. In particolare si è stabilito che le aziende sanitarie devono assicurare lo svolgimento di tutte le attività necessarie per la produzione, l'erogazione ed il controllo di prestazioni e di servizi secondo le norme ISO 9000.

¹⁰ Con riferimento al modello nazionale per l'accREDITAMENTO delle sedi formative si rileva che il modello appare costruito e pensato per favorire un innalzamento dei livelli della qualità dei servizi formativi ed orientativi e per consentire la creazione di sistemi regionali con una base comune di confronto e dialogo.

dimenticato, infatti, che nell'organizzare la gestione dei servizi l'ente pubblico non può prescindere dallo *scenario di riferimento* e, in particolare, dal contesto territoriale rappresentato di volta in volta dalla conformazione del territorio, dal numero di abitanti, dal modello di sviluppo locale ecc.⁽¹⁾.

Infine, va evidenziato che il modello dell'accreditamento se integrato dalla previsione dell'elemento progettuale, laddove il finanziamento pubblico è rilasciato al soggetto accreditato previa presentazione di un programma/progetto conforme alle linee guida predefinite, risulta doppiamente vantaggioso: sia perché favorisce la crescita di una cultura della progettazione, sia perché facilita l'ente pubblico nella programmazione a lungo termine degli obiettivi da perseguire. I progetti presentati, infatti, dovranno porsi in linea con gli obiettivi e le priorità di carattere generale previsti dall'ente pubblico.

Quali svantaggi comporta questo modello di PPP?

Il sistema dell'accreditamento pur non ponendosi in contrasto con i principi generali del Trattato CE, *in primis* gli articoli 43 e 49, rischia di creare situazioni provvisorie di oligopolio.

Ciò si verifica, ad esempio, quando per l'accreditamento è previsto un bacino di utenza minimo da parte del soggetto accreditando; ne discende allora che non vi potranno essere più di un certo numero di soggetti accreditati. Tale circostanza non sembra contrastare con la disciplina comunitaria della concorrenza, posto che *a priori* non si pongono limitazioni all'accreditamento di soggetti provenienti dagli altri Stati membri.

Sotto il profilo funzionale va osservato che in alcuni settori questa situazione (oligopolio) si presenta addirittura vantaggiosa se non necessaria per una migliore erogazione dell'attività.

Valga per tutti il caso dei servizi di assistenza a persone con problemi mentali e/o portatrici di handicap: i progetti assistenziali si basano, infatti, su "terapie" di 3-5 anni (almeno), per cui risulterebbe devastante interrompere un progetto in corso di terapia per riattivarne un altro con altri prestatori, laddove è evidente che ogni prestatore utilizza proprie metodologie e *technicalities*.

Analoghe argomentazioni possono essere riproposte anche per i settori degli asili nido e in molti altri comparti.

Va altresì osservato che l'affermarsi di situazioni di provvisorio oligopolio richiedono un'attenta gestione sul piano economico, al fine di evitare che i soggetti erogatori si allineino in una fase di acquiescenza dello *status quo*.

È corretto ritenere, infatti, che anche l'esercizio di attività per la soddisfazione di bisogni di interesse generale con una forte connotazione sociale e culturale non sia necessariamente svincolato dall'applicazione di metodi gestionali finalizzati alla logica, se non del profitto, quanto meno della miglior performance economica. Lo impongono, oggi più, che mai esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Da un punto di vista operativo ciò si traduce nella necessità da parte dell'ente pubblico di predisporre un corretto sistema di monitoraggio e controllo (*ex ante, in itinere, ex post*) sull'attività.

Proprio per soddisfare queste due esigenze, il modello, da una parte giunge a definire un set di requisiti discriminanti per poter realizzare una selezione qualitativa dei soggetti che richiedono l'accreditamento e, dall'altro, individua un set minimo di indici di valori e condizioni minime, rispetto alle quali le autorità pubbliche competenti (Regioni e Province) possono operare integrazioni ed ampliamenti.

¹¹ Tale orientamento si pone in linea con le osservazioni proposte nel Libro Verde dei *Servizi di interesse generale* dal COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, laddove si esplicita che "gli Stati membri devono essere autorizzati e incoraggiati ad adottare speciali provvedimenti di deroga, anche di tipo fiscale, volti a creare condizioni giuridiche o economiche di discriminazione positiva che consentano di mantenere in vita tali servizi nelle zone difficilmente accessibili".

Passando ora alle procedure diverse dall'accreditamento, nel 2001, in attuazione della legge 328/2000, è stato emanato un atto¹² di indirizzo e di coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona che prevede, tra le modalità di rapporto pubblico-privato, (enti locali e terzo settore), il ricorso alle procedure ristrette e negoziate **dell'appalto concorso e della trattativa privata**.

Entrambi gli strumenti rientrano nella tipologia delle operazioni PPP di tipo contrattuale, ed in particolare:

- l'appalto concorso (è previsto in generale dall'art. 91 del R.D. n. 827/1924; in maniera più completa, relativamente al settore dei lavori pubblici, dall'art. 21 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, come modificata dall'art. 7 del D.L. n. 101/1995 convertito in Legge n. 216/1995): prevede che l'aggiudicazione avvenga sulla base del criterio *dell'offerta economicamente più vantaggiosa* e ciò è possibile facendo riferimento ad **indicatori organizzativi** (es. contenimento del turn-over, qualificazione organizzativa del lavoro); ed **indicatori di processo** (es. conoscenza dei problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità). In questa procedura i potenziali affidatari compilano, almeno in parte il progetto di servizio, indicando le condizioni ed i prezzi a cui sono disposti ad eseguire la prestazione. Infatti nel bando di gara vengono indicati solo gli elementi essenziali della prestazione, spetta ai concorrenti progettare in modo da raggiungere il miglior risultato utilizzando le risorse disponibili.

- la trattativa privata, ovvero procedura negoziata, si ha quando le amministrazioni consultano le imprese di loro scelta e negoziano i termini del contratto con una o più di esse. Essa è attuata in genere tramite **convenzione** intesa, in questo ambito, come contratto tra ente locale (comune) ed enti non *profit*. Con tale strumento il soggetto pubblico riconosce all'affidatario del servizio, i requisiti necessari per perseguire gli obiettivi d'interesse pubblico; stabilisce di mettere a disposizione proprie risorse finanziarie o strumentali al fine del raggiungimento di tali obiettivi; sancisce il proprio diritto a controllare e verificare l'operato del soggetto privato nell'ambito e nei termini della convenzione stessa.

Si possono citare anche altri esempi di operazioni di PPP puramente contrattuali.

Ci si riferisce, in primo luogo, ai casi di *sperimentazione gestionale* previsti nel settore socio – sanitario (d all'art. 4 l. 30 dicembre 1991 n. 421 e dell'art. 9bis del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502). Più precisamente le norme in questione stabiliscono la possibilità di adottare *programmi di sperimentazione*, autorizzati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano “*aventi ad oggetto nuovi modelli gestionali che prevedono forme di collaborazione tra strutture del Servizio Sanitario nazionale e soggetti privati*”.

Tali programmi, secondo la previsione normativa, devono essere motivati da **ragioni di convenienza economica, di miglioramento della qualità dell'assistenza e di coerenza con le previsioni della programmazione territoriale**; devono inoltre **privilegiare, nell'area del settore privato, il coinvolgimento con le organizzazioni non lucrative di utilità sociale**.

Ci si riferisce, in secondo luogo, al settore della programmazione e del coordinamento dello spettacolo dal vivo nella provincia di Trento.

Lo strumento adottato è quello di un *Protocollo di intesa* fra Amministrazione e i principali interlocutori sul territorio (associazioni e società cooperative) nel quale sono fissati alcuni importanti presupposti per la definizione di quello che vuol essere “*uno stretto e continuativo rapporto di confronto e di partenariato*”. Gli obiettivi del PPP mirano a:

- elevare la qualità artistica della proposta culturale per qualificare i consumi culturali;

¹² DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, 30-03-2001, Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della l. 328/2000 (GU n. 188 del 14.08.2001).

- attuare l'attività di programmazione, coordinamento delle attività al fine di rendere coerente la proposta culturale nel suo complesso;
- sviluppare le collaborazioni con i vari soggetti sia per quanto riguarda la produzione, sia per quanto riguarda le attività collaterali;
- favorire i processi di innovazione sia sotto il profilo dell'ideazione delle iniziative sia sotto l'aspetto degli assetti organizzativi;
- elaborare un'attività di valutazione dei progetti e delle iniziative al fine di definire indicatori coerenti con l'attività di valutazione stessa in rapporto con le esigenze del pubblico e la ricaduta economico sociale sul territorio;
- incrementare la stabilità e la solidità dei soggetti, sotto il profilo organizzativo, finanziario e patrimoniale, ecc...

Infine va rilevato che attraverso l'istituzione di PPP 'intelligenti' la Pubblica Amministrazione può orientare l'operato dei privati a perseguire obiettivi ad. es. di sviluppo economico e sociale.

In tal senso si riportano alcuni esempi che riguardano protocolli di intesa stipulato tra la Provincia autonoma di Trento (sia direttamente mediante articolazioni interne – es. Servizi e Dipartimenti – e i propri enti funzionali/Agenzie – es. Agenzia Provinciale per l'Ambiente, Comprensori, ecc... -) e la Federazione Trentina delle Cooperative, aventi ad oggetto :

- per la promozione nelle scuole dei principi, dei valori e delle caratteristiche dell'agire sociale ed economico della cooperazione trentina ⁽¹³⁾;
- per la partecipazione istituzionale e la collaborazione nel campo dell'educazione sanitaria alimentare;
- per favorire lo sviluppo di iniziative comuni in materia di risparmio energetico e di incentivazione all'utilizzo di fonti alternative di energia;
- per la promozione e diffusione di sistemi di gestione ambientale, l'utilizzo e la produzione di merci e servizi ecocompatibili, l'applicazione di una Agenda 21 Locale e la sperimentazione nell'ambito di valle di buone pratiche di ecogestione.

In conclusione, l'importanza dei PPP nell'ambito dei processi virtuosi di sviluppo socio economico è circostanza che si sta viepiù affermando.

Sempre più spesso nelle premesse agli accordi di PPP gli stessi partner rafforzano questa convinzione riconoscendo espressamente che *“la stipulazione di accordi che vedano come protagonisti da una parte i soggetti istituzionali e gli enti pubblici e dall'altra il variegato mondo delle imprese private e delle associazioni sia con finalità lucrative che sociali e solidaristiche, al fine di perseguire obiettivi condivisi che rientrano all'interno delle strategie di interesse pubblico, è ormai considerato un approccio efficace e centrale per la cosiddetta programmazione negoziata di sviluppo di un territorio”* ⁽¹⁴⁾.

Con riferimento al settore dei servizi alla persona e al settore delle attività culturali il PPP si rivela formula vantaggiosa sotto molteplici punti di vista.

Innanzitutto, consente all'ente pubblico di coinvolgere in maniera crescente la società civile nello svolgimento di azioni di interesse generale, *in un'ottica di sussidiarietà orizzontale*.

¹³ In questo caso la Federazione Trentina delle Cooperative in *partnership* con la Sovrintendenza Scolastica, l'Agenzia provinciale per l'Istruzione e l'Assessorato regionale per la Cooperazione si è impegnata tramite i propri associati a sviluppare modalità didattico educative rivolte alle scuole sui temi dello sviluppo sostenibile con particolare riguardo al rapporto tra consumi, alimentazione, comunicazione, ambiente e mondialità.

¹⁴ Tratto dalla premessa all'Accordo volontario rivolto a favorire lo sviluppo di iniziative comuni in materia di risparmio energetico e di incentivazione all'utilizzo di fonti alternative di energia, stipulato tra la Provincia Autonoma di Trento e la Federazione Trentina delle Cooperative.

In secondo luogo tale formula attribuisce una posizione di primo piano alle associazioni del territorio nel perseguimento (condiviso) di obiettivi generali di coesione sociale e sviluppo economico, contribuendo a colmare il divario tra istituzioni e società civile.

Infine, permette di organizzare la gestione dei servizi con modalità che meglio rispondono (rispetto allo strumento degli appalti) alle esigenze dei singoli settori.

Domanda 2

Secondo la Commissione, il recepimento nel diritto nazionale della procedura di dialogo competitivo permetterà alle parti interessate di disporre di una procedura particolarmente adeguata all'aggiudicazione dei contratti qualificati come appalti pubblici in occasione dell'attuazione di un PPP di tipo puramente contrattuale, pur preservando i diritti fondamentali degli operatori economici. Condividete questo punto di vista? Se no, perché?

La procedura del *dialogo competitivo* ⁽¹⁵⁾ formalizza la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di attivare, previa idonea selezione (mediante pubblica evidenza), un dialogo con alcuni soggetti potenziali fornitori di beni/servizi ecc... finalizzato all'individuazione della/e soluzione/i più soddisfacente sulla quale le parti saranno, infine, chiamate a presentare le proprie offerte.

Questa modalità è stata formalizzata per la prima volta dall'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al *coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, con riferimento specifico al caso di appalti particolarmente complessi, laddove le amministrazioni si trovino nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, "di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie" ⁽¹⁶⁾. Di conseguenza, nella misura in cui il

¹⁵ Questa modalità procedurale è oggi prevista dall'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, nel caso di appalti particolarmente complessi. Gli Stati membri, infatti, possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possa avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo, nel quale l'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La procedura è così strutturata: le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano un bando di gara in cui rendono noti le loro necessità e le loro esigenze, che definiscono nel bando stesso e/o in un documento descrittivo e successivamente avviano con i candidati selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nella fase del dialogo esse possono discutere con i candidati selezionati tutti gli aspetti dell'appalto. Durante il dialogo le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento di tutti gli offerenti.

L'amministrazione aggiudicatrice prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità.

Infine, dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti, le amministrazioni aggiudicatrici li invitano a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto.

Su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia tali precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti o complementi non possono avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo e scelgono l'offerta economicamente più vantaggiosa conformemente all'articolo 53.

A richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, l'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere indotto a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni.

¹⁶ Cfr. 31^{esimo} considerando Direttiva 2004/18/CE, nel quale si riportano gli esempi dell'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che

ricorso a procedure aperte o ristrette non consente di aggiudicare gli appalti, il dialogo competitivo si presenta come una procedura flessibile che salvaguarda sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato gli aspetti dell'appalto.

Il dialogo competitivo è rivolto, per espressa previsione del legislatore comunitario, alle ipotesi di *appalti particolarmente complessi* e si presenta come una procedura nuova, a cavallo fra il modello tradizionale dell'*appalto concorso* (che, secondo la terminologia comunitaria, rientra fra le procedure aperte) e il modello del *project financing* ⁽¹⁷⁾.

Trattandosi di un istituto recente mancano allo stato attuale forme di applicazione del *dialogo competitivo* dalle quali si possano trarre conclusioni in ordine al quesito *de qua*.

Il sistema del PPP permette, per la sua stessa natura di accordo convenzionale, un intenso dialogo fra le parti, circostanza che si rivela strategica soprattutto nei settori dei servizi alla persona e di natura culturale laddove le complessità e la delicatezza delle attività poste in essere ha (quasi) sempre 'imposto' una fase di negoziazione dell'attività che il soggetto erogatore va a svolgere.

Formalizzare questa negoziazione attraverso la soluzione del *dialogo competitivo* non appare la soluzione migliore, dal momento che introdurrebbe degli elementi di rigidità all'interno di uno schema (quello del PPP) che vede nella spontaneità e flessibilità (spesso, infatti, è il privato che propone al pubblico di erogare servizi/attività altrimenti mancanti, secondo una logica di piena sussidiarietà orizzontale) il proprio elemento di forza.

Va da sé che l'amministrazione, allorchè lo ritenga opportuno, potrà comunque applicare, anche nei settori oggi organizzati secondo modelli di PPP, la soluzione del dialogo competitivo mutuandola dalla disciplina comunitaria degli appalti pubblici.

Domanda 9

Quale sarebbe secondo voi la migliore formula per assicurare lo sviluppo di PPP di iniziativa privata nell'Unione europea pur garantendo il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento?

Il modello del PPP non è uno strumento per eludere le problematiche legate al rispetto dei principi del Trattato CE. Inoltre, quando attraverso PPP si giustificano delle 'fughe dalla disciplina comunitaria (soprattutto in materia di diritto della concorrenza e degli appalti pubblici), queste vengono arrestate dalle decisioni della Corte di Giustizia e degli stessi giudici nazionali.

Ciò che gli operatori richiedono, come è emerso dalla *Relazione sulla consultazione pubblica in merito al Libro Verde sui Servizi di interesse generale*, ⁽¹⁸⁾ è maggior chiarezza sulla disciplina applicabile, partendo dal presupposto che determinati settori/servizi/attività giustificano/rendono necessario e opportuno un trattamento diverso, derogatorio rispetto alla normativa in materia di concorrenza.

Si pone innanzitutto la questione di definire quali servizi/attività hanno natura economica e quali non, poiché dalla qualificazione discende l'applicazione di regole diverse.

Sul punto la Commissione europea nel Libro Verde sui *Servizi di interesse generale* ⁽¹⁹⁾ ha riconosciuto che "non sarebbe nè auspicabile, nè fattibile fissare a priori un elenco definitivo di tutti i servizi di interesse generale che non sono da considerarsi di natura economica". La consultazione avviata dal Libro Verde ha fatto rilevare opinioni divergenti su questo argomento ⁽²⁰⁾.

comportano un finanziamento complesso e strutturato, per cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica.

¹⁷ Disciplinato nell'ordinamento italiano dagli artt. 37bis - 37nonies della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (Legge Merloni) e s.m.

¹⁸ Documento di lavoro predisposto dai servizi della Commissione il 29 marzo 2004 (SEC/2004/326).

¹⁹ Documento della Commissione (COM/2003/270def) del 21 maggio 2003.

²⁰ Cfr. Pt. 4.4., *Relazione sulla consultazione pubblica in merito al Libro Verde sui Servizi di interesse generale* del 29 marzo 2004 (SEC/2004/326).

In attesa di ulteriori sviluppi ⁽²¹⁾ una prima provvisoria soluzione potrebbe essere quella di stabilire per quali attività e servizi e in quali circostanze nel settore dei servizi alla persona e di natura culturale il modello dei PPP può derogare alla disciplina comunitaria (in materia di diritto della concorrenza e degli appalti pubblici).

Domanda 14

Ritenete che sia necessario chiarire a livello comunitario alcuni aspetti attinenti al quadro contrattuale dei PPP? Se sì, su quale(i) aspetto (i) dovrebbe incentrarsi tale chiarificazione?

Sì.

Nell'ambito delle operazioni di PPP relativo all'affidamento dei servizi alla persona occorre tener conto della natura di tali servizi. Infatti, la maggior parte di essi ha carattere relazionale cioè basato sulla relazione tra fornitore-utente (si pensi ai servizi di assistenza ai disabili, ai malati terminali, agli anziani ecc.).

In questo contesto la procedura selettiva dovrebbe essere volta ad individuare il fornitore migliore sia dal punto di vista tecnico-economico che qualitativo. Ciò significa che l'organismo aggiudicatore deve disporre di informazione il più possibile completa per valutare le prestazioni del fornitore. Quest'ultima valutazione diventa più complessa con riferimento ai servizi alla persona trattandosi di servizi non standardizzabili. Una soluzione potrebbe essere quella di specificare meglio il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, dando maggiore enfasi agli elementi qualitativi e professionali che il partner privato deve possedere.

In particolare, maggiore risalto dovrebbe essere dato al "rapporto con il territorio" inteso non come elemento di discriminazione per gli operatori che non appartengono all'area in questione, bensì come reale capacità di rispondere, in maniera efficiente, ai bisogni sociali presenti nell'ambito locale di riferimento. È necessario perciò fare riferimento alla capacità del fornitore di creare rapporti sinergici con le risorse di un dato contesto locale e alle modalità con cui lo stesso si coordina con i servizi esistenti nel territorio ed interagisce con gli altri attori locali.

Dal contratto di PPP dovrebbe perciò emergere con maggiore chiarezza la valorizzazione degli aspetti qualitativi del soggetto fornitore, intesa non solo come competenza tecnica nel settore e come affidabilità economico-finanziaria, ma come capacità dello stesso di dare risposte apprezzabili ai bisogni che è incaricato di soddisfare.

In particolare, con riferimento ai soggetti de Terzo settore, andrebbe considerato il valore aggiunto che tali organizzazioni hanno rispetto alle imprese lucrative, che è dato dalla loro natura **distributiva** che si estrinseca nella produzione di beni "meritori" che vengono offerti sul mercato a prezzi inferiori rispetto ai costi.

Inoltre occorre sottolineare che per i servizi alla persona risulta particolarmente rilevante l'inclusione di norme che regolino il controllo che l'amministrazione può svolgere sul merito qualitativo e quantitativo della fornitura di un servizio già durante l'erogazione e non solo al termine del periodo dell'affidamento.

La previsione di *reports* (rendiconti periodici di controllo) potrebbe essere utile in tal senso, in quanto darebbe la possibilità all'ente locale di controllare l'andamento della gestione e di valutare la *performance* del fornitore in termini di obiettivi/risultati, costo/qualità ecc. Inoltre, bisognerebbe prevedere nel contratto delle penalità per il mancato o imperfetto raggiungimento degli obiettivi previsti (per esempio nel caso del servizio di pasti a domicilio per anziani, la scarsa qualità del cibo può essere intesa quale raggiungimento imperfetto dell'obiettivo) al fine di evitare comportamenti che possano ostacolare il perseguimento dell'interesse pubblico al

²¹ Per il 2005 è attesa una Comunicazione sui servizi sociali di interesse generale nella quale dovrebbe essere elaborato un approccio sistematico al fine di individuare e riconoscere le caratteristiche specifiche dei servizi sociali e sanitari di interesse generale e fornire una migliore definizione del quadro in cui tali servizi operano.

soddisfacimento dei bisogni sociali. Ovviamente questo sistema non deve essere tale da tradursi in maggiori costi per l'ente locale e perciò nella vanificazione dell'obiettivo insito nell'esternalizzazione del servizio ossia la riduzione dei costi di gestione e il perseguimento dell'interesse pubblico.

Domanda 19

Ritenete che debba essere presa un'iniziativa a livello comunitario per chiarire o precisare gli obblighi degli organismi aggiudicatori riguardo alle condizioni che devono regolamentare la concorrenza tra operatori potenzialmente interessati da un progetto di tipo istituzionalizzato? Se sì, su quali punti fondamentali e sotto quale forma? Se no, perché?

Sì.

Come si è già più volte sottolineato, con riferimento ai servizi alla persona, la legge 328/2000 prevede un maggior coinvolgimento delle organizzazioni del Terzo settore nelle attività di progettazione e realizzazione delle politiche del territorio, il che presuppone l'attivazione di collaborazioni tra i partner pubblici e privati, per sperimentare forme gestionali innovative, anche mediante società miste. Un esempio può essere quello di una società mista composta da una cooperativa sociale²² di tipo a) e da un comune, per la gestione di un servizio di assistenza agli anziani (es. la gestione di una casa di riposo). In questa tipologia di organizzazione mista il ruolo del socio pubblico è quello di controllare l'attività svolta; mentre il socio privato ha un ruolo di gestione ed erogazione del servizio.

In tale tipo di operazioni di PPP il punto critico è rappresentato dai criteri utilizzati nella scelta del partner privato, per cui si rende necessaria l'attivazione di meccanismi di trasparenza e pubblicità.

La prima considerazione che il soggetto pubblico dovrebbe fare è quella relativa al ruolo del partner privato e al tipo di attività da svolgere. Nel campo dei servizi socio-assistenziali al partner privato viene richiesta una particolare attitudine ad instaurare rapporti fiduciarî con gli utenti del servizio, quindi, nella scelta del soggetto in questione si deve porre un'attenzione particolare alle risorse umane più che a quelle tecnologiche e finanziarie.

Da questo punto di vista è necessario che il soggetto pubblico, nella scelta del partner privato, preveda criteri e procedure che tengano conto delle peculiarità delle organizzazioni non lucrative. Occorre, cioè, che valorizzi le specificità di queste organizzazioni, non nel senso di attribuirgli vantaggi ingiustificati, ma di riconoscerne la propria, naturale contiguità di fini rispetto all'ente pubblico stesso. Quindi, a monte deve esserci una condivisione che valorizzi gli aspetti culturali e professionali delle organizzazioni del terzo settore.

La valorizzazione di relazioni di tipo fiduciario con organizzazioni *non profit* che si mostrano più vicine all'amministrazione non dovrebbe contrastare con la realizzazione di una corretta competizione tra partner potenziali, giacché per accedere alla categoria in questione sono già previste forme di controllo.

In questo contesto l'utilizzo delle procedure di selezione competitive ma differenziate serve ad assicurare che agli utenti del servizio venga garantito un elevato livello di qualità e tutela.

L'intervento comunitario si rende necessario per chiarire in quali casi e secondo quali criteri, la specificità delle organizzazioni del terzo settore, giustifichi le deroghe alle norme concorrenziali previste dall'art. 86.2 del Trattato, secondo il quale “ (...) *Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità*”.

²² In virtù dell'art. 11 della Legge 381 del 1991 che detta la disciplina delle cooperative sociali.

Occorre, quindi, un'iniziativa comunitaria che chiarisca in che modo deve avvenire il bilanciamento tra la specifica missione d'interesse generale, attribuita ai soggetti del terzo settore nella gestione ed erogazione dei servizi alla persona e il rispetto delle regole concorrenziali.

Domanda 20

Quali sono le misure o le pratiche che ritenete di ostacolo alla creazione di PPP nell'Unione Europea?

Alla luce delle argomentazioni proposte all'interno del documento, ciò che emerge, con riferimento ai rapporti di partenariato pubblico-privato relativamente all'accezione ente locale/terzo settore, è la mancanza di un quadro complessivo di riferimento a livello nazionale oltre che a livello comunitario.

In particolare, si nota poca chiarezza in merito alle regole da applicare nelle procedure di selezione dei soggetti affidatari dei servizi alla persona, nonché degli elementi di cui tener conto ai fini della scelta di un'organizzazione rispetto ad un'altra.

L'ostacolo principale risulta, quindi, essere l'incertezza della normativa comunitaria sul punto specifico con conseguenti rischi di mancata trasparenza in cui di fatto lo svolgimento di tali procedura rischia di realizzarsi.

Si è parlato in precedenza dell'atto di indirizzo del 2001 (vedi domanda 1) che individua tra le modalità di affidamento dei servizi alla persona le procedure ristrette e negoziate non fornendo alcun criterio per scegliere tra l'una o l'altra procedura; né il diritto comunitario fornisce chiarimenti in tal senso, giacché la Commissione europea, si è limitata a specificare varie volte che ai servizi sociali non si applica la disciplina degli appalti con riferimento alla selezione dei candidati e in materia di aggiudicazione²³, lasciando agli Stati membri la libertà di scegliere quale procedura utilizzare.

Quindi, sulla base di quanto sopra detto, se un comune volesse esternalizzare un servizio socio-assistenziale (es. gestione di un asilo nido) ad un soggetto del Terzo settore, potrebbe stipulare legittimamente un contratto (convenzione) sulla base di una procedura individuata dallo Stato membro, priva di riferimenti alla qualità del partner privato e avente come unici riferimenti comunitari, oltre ai principi comunitari generali del Trattato CE, l'obbligo dell'avviso dell'aggiudicazione del servizio ed il possesso da parte dell'affidatario delle competenze comprovate nel settore in questione.

Si tratta di un punto critico perché crea il rischio di una forte incertezza nella valutazione delle specificità dei soggetti non profit e di una disomogeneità nella valutazione degli stessi a seconda dello Stato membro in cui la procedura ha luogo. La procedura seguita dunque potrebbe rivelarsi poco potenziali soggetti fornitori, rendendo difficile non solo valutare se gli obiettivi che hanno spinto all'esternalizzazione del servizio siano stati raggiunti (abbattimento dei costi per l'ente locale e perseguimento dell'interesse pubblico) ma anche vigilare sulla qualità del servizio erogato.

Inoltre, con riferimento alle operazioni di PPP contrattuali tramite gara, occorre specificare meglio i criteri di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto del fatto che nel contesto dei servizi alla persona il senso della collaborazione pubblico-privata dovrebbe essere quello di una reale integrazione volta ad un comune pensare, progettare e agire per la stessa finalità, ossia, il benessere della persona e della comunità.

Occorre, infine ricordare che l'esternalizzazione dei servizi richiede la raccolta di informazioni da parte dell'organismo aggiudicatore relativamente al potenziale fornitore del servizio al fine di valutarne le prestazioni.

²³ COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA DELLA COMMISSIONE sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici, Bruxelles, 15.10.2001, COM(2001) 566 def., p. 19.

Tale difficoltà si traduce in costi di transazione più alti in quanto comprensivi anche dei costi di raccolta delle informazioni. Questo rappresenta un ostacolo per il lancio di operazioni di PPP soprattutto quando il rapporto ha per oggetto l'affidamento dei servizi alla persona. Quindi è necessario un quadro più chiaro e trasparente possibile per dare l'opportunità alle organizzazioni con fini sociali di contribuire ancora di più allo sviluppo del modello europeo di società.