

Milestone 3 - Sintesi del Report

IL RUOLO DEL DIRITTO DEI CONTRATTI NELLA REALIZZAZIONE DI SERVIZI SOCIALI RESILIENTI E SOLIDALI

Con il report si analizza il ruolo che il diritto dei contratti può svolgere nel rendere la co-progettazione dei servizi sociali di interesse generale sempre più efficace e coerente con la “missione” partecipativa e solidale che agli istituti del welfare collaborativo è affidata dall’art. 55 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore, “CTS”), nonché dalla giurisprudenza e in letteratura.

Le riflessioni sviluppate guardano al complesso dei rapporti negoziali che hanno luogo tra PA ed ETS nella prospettiva disciplinare del diritto privato, e sono l’esito di due linee di ricerca complementari, che hanno caratterizzato le attività di RE.S.O.U.R.C.E.: da un lato, l’analisi normativa e la review di letteratura effettuate dal gruppo di ricerca per ricostruire al meglio il contesto istituzionale e culturale in cui PA ed ETS sviluppano le esperienze italiane di co-progettazione; dall’altro lato, i risultati dell’indagine sui casi studio svolta tramite le interviste agli attori coinvolti, esaminare nel report della Milestone n. 2.

In questa sede, le co-progettazioni selezionate sono state indagate nel dettaglio attraverso la documentazione istituzionale elaborata a monte e a valle del procedimento co-progettuale. Secondo una scansione insieme logica e cronologica, sono stati analizzati gli avvisi pubblici con relativi allegati, con particolare riguardo ai documenti progettuali e ai modelli di accordo, e successivamente i documenti redatti a valle della co-progettazione, tanto quelli progettuali quanto le convenzioni stipulate tra PA ed ETS; in alcuni casi, in particolare in quelli bolognesi, sono stati analizzati anche i verbali dei tavoli di co-progettazione pubblicati sui siti istituzionali della PA.

Primo atto del procedimento, l’avviso pubblico configura l’avvio del percorso di co-progettazione, con cui la PA propone agli ETS interessati di collaborare ad un determinato servizio sociale. Per quanto sia possibile che l’iniziativa venga assunta dagli ETS, nei casi analizzati il percorso di progettazione è stato avviato dalla PA, che ha determinato a monte i criteri di selezione degli enti partner: a fronte di una grammatica partecipativa e inclusiva, preme rammentare i potenziali effetti limitativi dell’accesso alle procedure, derivanti dall’adozione di specifici criteri tra cui quelli relativi alle esperienze pregresse o al possesso di determinate risorse, così come dalla individuazione di un budget, a cui gli ETS devono partecipare, particolarmente elevato, che può trasformarsi in una “barriera all’entrata” degli enti con minori disponibilità.

Primo atto del procedimento amministrativo, l’avviso pubblico può essere letto, in chiave civilistica, come “invito a proporre”, nella specifica forma dell’invito a formulare, entro una cornice generale prestabilita, una proposta progettuale. Esso assume un ruolo significativo nella configurazione dello spazio negoziale attribuito agli ETS: come emerge nel corso dell’indagine, sussiste infatti un rapporto di inversa proporzionalità tra il livello di dettaglio delle condizioni stabilite a monte dalla PA e il reale potere degli ETS di incidere sul contenuto dell’accordo di co-progettazione.

Dopo l'avviso pubblico si sviluppa una delle fasi più caratterizzanti dell'amministrazione condivisa: quella che vede nel tavolo di coprogettazione la sede principale della partecipazione tra PA ed ETS alla definizione dei servizi da erogare. Con una pluralità di schemi ammessa anche nelle Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore (d.m. 31 marzo 2021, n. 72), in alcuni casi (le esperienze bolognesi) gli enti partecipanti ai tavoli corrispondevano agli affidatari dei servizi, soprattutto in caso di numero esiguo di domande presentate; in altre occasioni, come nel caso del CRF Torino, i partecipanti sono stati ben più numerosi, spesso su impulso delle amministrazioni con la finalità di ottenere *feedback* importanti, in termini di dialettica progettuale e di competenze condivise, da parte del Terzo Settore con esperienza nel territorio.

Quanto alla forma procedurale della collaborazione, in alcuni casi gli avvisi pubblici descrivono nel dettaglio le modalità delle riunioni, mentre in altri i tavoli rimangono uno spazio informale, luoghi in cui confronti e trattative vengono sviluppate più liberamente. Tra i primi, oltre ai casi bolognesi, anche la Città di Torino ha ampiamente descritto i tavoli di co-progettazione nella documentazione pubblica relativa al progetto CRF: peraltro, in questo caso l'ente pubblico ha esteso il percorso partecipato e condiviso anche ad una fase di co-programmazione, per la quale è stato istituito uno specifico tavolo finalizzato alla lettura condivisa e partecipata delle esigenze e dei bisogni delle famiglie torinesi, coinvolgendo nel confronto sia le famiglie residenti che gli ETS (Determinazione Dirigenziale n. 3620 del 03/08/2022, Doc. B.1).

Per quanto interrotta bruscamente a causa del Covid, si tratta dell'unica esperienza tra quelle studiate ove la co-progettazione è stata preceduta da una co-programmazione: una "fase" dell'art. 55 CTS, questa, che si allontana dalla dimensione negoziale e riguarda maggiormente le forme della partecipazione politica e amministrativa, nel rispetto degli indirizzi politici del Comune e in linea con l'offerta di servizi esistenti. Eppure, pare opportuno sottolineare che il ruolo del Terzo Settore nell'amministrazione dei servizi rischia di risultare ridimensionato se non inserito - in modalità e forme opportune (tali da evitare, per esempio, forme di cooptazione neo-corporative) - anche nel processo decisionale politico. In questo modo, infatti, il Terzo Settore può contribuire efficacemente alla realizzazione di servizi idonei a soddisfare le esigenze dell'utenza, in particolar modo portando le conoscenze del territorio all'ente pubblico.

In questa cornice, le osservazioni empiriche hanno consentito di rilevare che, a fronte di declamazioni formali di valorizzazione del percorso co-progettuale, è talora ravvisabile un'asimmetria di potere negoziale a svantaggio degli ETS. Come già emerso nelle interviste, sebbene l'accordo di co-progettazione sia generalmente descritto come il frutto di un lavoro condiviso, non in tutte le esperienze gli ETS hanno potuto incidere in misura consistente sui contenuti dei servizi erogati. L'asimmetria di potere a vantaggio della PA può essere dovuta a diverse ragioni: *in primis*, essa pare dovuta a un atteggiamento ancora "restio" (anche se non incomprensibile, dato l'assetto delle funzioni amministrative) dell'amministrazione pubblica a condividere il proprio spazio di decisione con altri enti, soprattutto per gli elementi centrali dei servizi pubblici; in altri casi, invece, essa è derivata dalla notevole eterogeneità di approccio alla co-progettazione da parte degli stessi ETS (CRF - Si può fare), da cui l'esigenza di compensare tali incertezze con una presa di posizione del potere pubblico sull'architettura contrattuale complessiva; in altri ancora, come per il CRF di Torino, il maggior potere contrattuale della PA costituisce il risultato diretto di una richiesta esplicita degli ETS, che riconoscono il ruolo di guida della PA di fronte alle incertezze delle prime esperienze di co-progettazione.

Quale che sia la ragione, occorre ricordare che il rapporto di collaborazione sussidiaria viene pensato come strutturato sulla co-responsabilità dei partner coinvolti, a partire dalla costruzione del progetto, passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse necessarie, fino alla conclusione delle attività e alla rendicontazione delle spese. In tal senso, il ruolo del privato sociale non può limitarsi a una mera adesione passiva a un regolamento contrattuale predeterminato a monte dalla PA, dovendo invece estendersi alla co-fissazione di tempi, contenuti dei servizi e modalità di erogazione dei medesimi: viceversa, potrebbe configurarsi proprio quella dissimulazione del contratto di appalto che la giurisprudenza ha ritenuto contraria allo spirito della co-progettazione ed elusiva della disciplina eurounitaria sui contratti pubblici (Consiglio di Stato sez. V, 22 maggio 2024 n. 4540).

Le osservazioni empiriche sui casi studio analizzati restituiscono un quadro complessivo da cui emerge un potere contrattuale ristretto degli ETS, soprattutto nella definizione dei contenuti della cooperazione: nonostante i richiami alle dinamiche partecipative contenuti nella documentazione co-progettuale, spesso gli ETS hanno lamentato l'assenza di una reale compartecipazione, o quantomeno una riduzione dello spazio decisionale ad un ruolo residuale rispetto alla predeterminazione pubblicistica. Si è così misurato il grado di determinazione unilaterale dei contenuti della co-progettazione guardando (oltre che agli avvisi pubblici) ai documenti progettuali elaborati dalla PA, la cui adozione è pur contemplata e suggerita, quali allegati standard dell'avviso pubblico, anche dalle Linee guida ministeriali del 2021; se non si vuole svilire lo spirito della co-progettazione, tali documenti devono essere ben calibrati nei contenuti, lasciando un reale spazio agli ETS.

Nella co-progettazione bolognese GEA, vista l'assenza di vincoli esterni derivanti dai bandi ministeriali, è stato ad esempio riconosciuto uno spazio di intervento maggiore agli ETS, dapprima con un confronto preliminare sul piano tecnico, dei bisogni e dei target di possibili destinatari dei servizi, poi con la presentazione di progetti sintetici elaborati anche alla luce di quanto emerso dai confronti precedenti. D'altro canto, però, tanto nel caso GEA quanto in SAI, la Città di Bologna ha previamente definito, in via unilaterale, numerose caratteristiche dei servizi nel "quadro progettuale di riferimento", il che può risultare sintomatico di uno spazio di negoziazione degli ETS ristretto, a vantaggio di una consistente predeterminazione pubblica dei contenuti del rapporto negoziale.

Uno spazio maggiore di co-decisione del terzo settore è stato invece riconosciuto nel caso torinese di Via Gessi 4/6, ove l'accordo di collaborazione stipulato nell'ambito del "Piano di inclusione sociale" cittadino non è stato anticipato, a monte, da una dettagliata definizione del contenuto dei servizi. Allo stesso modo, nel caso della co-progettazione MSNA del Cissaca dall'analisi documentale è emerso il riconoscimento agli ETS di un potere di co-decisione negoziale, grazie al quale essi hanno potuto incidere sulla definizione specifica dei servizi e sulle modalità della loro erogazione; come risulta dal progetto definitivo del servizio, peraltro, l'interazione co-progettuale viene formalmente valorizzata non solo in fase preliminare, ma anche nel corso dell'erogazione dei servizi, attraverso tavoli di confronto permanente e, in particolare, grazie alla Cabina di Regia, sede in cui l'ente partner può svolgere, insieme al Cissaca, una mappatura degli stakeholder a livello locale e regionale, rilevando ruoli, offerta di attività e servizi di interesse per i MSNA, nonché le relazioni tra i diversi attori.

Il quadro complessivo dei casi analizzati suggerisce come il potere contrattuale effettivamente riconosciuto agli ETS dipenda molto dalle singole fattispecie, con un tendenziale sbilanciamento a favore della PA che, in molte occasioni, pone unilateralmente le condizioni negoziali. Talora tale circostanza può perfino condurre ad accostare quelle che dovrebbero essere esperienze collaborative di

co-progettazione alla disciplina degli artt. 1341 e 1342 c.c., relativi rispettivamente alle condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente da una delle parti, e ai contratti conclusi tramite moduli o formulari standardizzati.

A ben vedere, nelle esperienze oggetto di indagine è emerso non di rado che gli accordi sono ispirati, nei contenuti e nella forma, a modelli negoziali creati a monte dalle PA. Non è casuale, in tal senso, che in molti accordi – così in quelli Bolognesi, per le co-progettazioni SAI e GEA, e nella co-progettazione PIPPI di Reggio Emilia – effettivamente si preveda l'approvazione specifica di alcune delle clausole contrattuali ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., a conferma di come le medesime, frutto della decisione unilaterale della PA, presentino un carattere potenzialmente svantaggioso per gli ETS.

L'accordo di co-progettazione rappresenta l'espressione finale del raggiungimento di un'intesa concordata sulla definizione dettagliata delle attività di servizio, oggetto degli impegni assunti dalle PA e dagli ETS. Nonostante siano sovente denominati “convenzioni” nei documenti esaminati, è opportuno chiarire che gli accordi “atipici” di co-progettazione, conclusi ai sensi dell'art. 55 CTS, vanno distinti dalle convenzioni stipulate con organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale in forza dell'art. 56 CTS, rispetto alle quali presentano una portata soggettiva e oggettiva più ampia.

Gli accordi di co-progettazione sembrano correttamente qualificabili come rapporti negoziali in cui la struttura collaborativa (e non corrispettiva) delle prestazioni e la presenza di una comunione di scopo (invece di un antagonismo di interessi) non tolgono la prevalente sussistenza di un titolo oneroso (e non gratuito). Su un piano più concreto, peraltro, gli accordi esaminati nei casi studio sembrano confermare la presenza ricorrente di prerogative a favore della PA. Queste ultime sono spesso collegate, come nei progetti GEA e SAI di Bologna o nelle co-progettazioni alessandrine del Cissaca, all'attribuzione all'ente pubblico di un ruolo di guida nella gestione della co-progettazione, il che non deve necessariamente leggersi in chiave negativa, considerate anche le responsabilità correlate alla concreta organizzazione ed erogazione di un servizio sociale di interesse generale e i diversi apporti finanziari di PA ed ETS. Peraltro, i paradigmi contemporanei del diritto contrattuale ammettono pacificamente strutture negoziali maggiormente relazionali e organizzative, in seno alle quali è ben possibile un'attribuzione pattizia di taluni poteri di coordinamento e direzione a una delle parti.

Nell'architettura negoziale, in ragione del sistema della rendicontazione, non di rado può configurarsi il rischio di una sottovalutazione delle prestazioni degli ETS, a cui sono demandate quasi tutte le attività operative nella erogazione dei servizi sociali: in molti casi attività molto complesse, che richiedono l'impiego di numerose risorse e di competenze specifiche; in alcune ipotesi, esse includono anche l'assistenza della PA nel coordinamento e nella gestione del progetto, come nel caso della co-progettazione con il Cissaca sui MSNA, con ulteriore aggravio delle prestazioni dell'ETS, alle quali non sempre corrisponde un riconoscimento economico della PA. A volte, le obbligazioni sono direttamente descritte nelle convenzioni (come in quelle del Cissaca), mentre in altri casi possono ricavarsi dalla documentazione elaborata a monte dalla PA, o dai progetti definitivi elaborati in esito ai tavoli di co-progettazione, richiamati dalle convenzioni come parte integrante del contratto (come nei casi bolognesi).

Sono espressione genuina del modello dell'amministrazione condivisa tutte le clausole regolanti le attività da svolgere che siano esito del percorso di co-progettazione. Allo stesso modo, emblematica dell'apertura alla codecisione del privato sociale è la scelta di richiedere l'accordo delle parti anche per le modifiche agli accordi, come per la co-progettazione FAMI del Cissaca o il CRF torinese. In altri casi, le modifiche devono pur sempre effettuarsi nel rispetto dell'avviso pubblico e dei relativi allegati, unilateralmente predisposti dalla PA e, come visto sopra, spesso molto dettagliati (come per il progetto PIPPI di Reggio Emilia e il SAI di Bologna).

Configura una condizione di palese svantaggio per gli ETS l'attribuzione – come nel caso GEA di Bologna - di uno *ius variandi* a favore della PA, che può intervenire sul regolamento negoziale senza che le altre parti possano eccepire alcunché. Chiaramente, di *ius variandi* non può parlarsi quando la variazione delle condizioni derivi da fattori esterni, come nell'ipotesi, prevista per il progetto PIPPI ma valida anche per il progetto FAMI del Cissaca, in cui sia ridotto l'importo erogato all'ente pubblico dal Ministero titolare dei fondi. Uno *ius variandi* temperato è previsto nell'accordo sul PRINS che attribuisce al Cissaca il potere di modifica unilaterale delle attività da svolgere, controbilanciandolo con la possibilità per le parti di riconvocare il tavolo di co-progettazione per definire quanto necessario e/o utile.

Altro aspetto ricorrente riguarda l'allocazione tra le parti delle responsabilità per danni a soggetti terzi derivanti dallo svolgimento delle attività. Per tali danni, tutti gli accordi manlevano l'ente pubblico da qualunque pretesa, azione, domanda o altro che possa derivare, direttamente o indirettamente, dalle attività oggetto di co-progettazione. Inoltre, tutte le convenzioni impongono all'ente partner di stipulare un'assicurazione contro infortuni e malattie connesse allo svolgimento delle attività stesse, nonché per la responsabilità civile verso terzi, per qualsiasi evento o danno possa causarsi in conseguenza di esse.

Nel caso di inadempimento delle obbligazioni, la ricerca condotta consente di affermare che la gestione delle patologie esecutive tende a caratterizzarsi per un approccio marcatamente stragiudiziale, volto alla composizione bonaria delle controversie e alla conservazione del rapporto contrattuale, grazie anche alla flessibilità del cronoprogramma. Nel solco di tale approccio, in alcune co-progettazioni (come GEA di Bologna e PIPPI di Reggio Emilia), l'accordo procedimentalizza un vero e proprio iter di contestazione, che l'ente pubblico può attivare stimolando il contraddittorio con l'ETS prima dell'adozione della decisione finale.

In alternativa alla soluzione stragiudiziale, può farsi riferimento alla disciplina codicistica in materia di inadempimento delle obbligazioni e dei contratti (artt. 1218 ss. e 1453 ss. c.c.), da cui la possibile risoluzione dell'accordo, che può ritenersi operante anche per rapporti negoziali estranei alla logica dello scambio sinallagmatico, nel segno di una crescente complessità operativa del diritto dei contratti.

Non si può peraltro trascurare che il contenuto degli accordi di co-progettazione risulta sovente caratterizzato dalla presenza di clausole risolutive espresse di cui all'art. 1456 c.c., spesso più simili alla nozione di condizione risolutiva ex art. 1353 ss. contemplando le medesime, oltre che inadempimenti veri e propri, anche specifiche circostanze che possono riguardare sopravvenienze che investono negativamente l'ETS (per es. per ciò che riguarda la condizione economico-finanziaria degli stessi).

In aderenza alla disciplina dell'art. 1458 c.c. sui contratti a prestazioni continuate o periodiche, come quelle tipiche dei rapporti di co-progettazione, in caso di risoluzione per inadempimento dell'ente partner, le convenzioni riconoscono comunque la liquidazione delle spese da questi sostenute fino al ricevimento della diffida, salvo il risarcimento del danno. A logiche non dissimili risponde anche il sistema di erogazione proporzionale dei finanziamenti secondo “stati di avanzamento dei lavori”, tramite il quale la PA può trattenere quote residuali di rimborso a titolo di “sanzione” automatica per la mancata completa esecuzione, da parte degli ETS, delle prestazioni previste dagli accordi; ex post, una funzione analoga di riequilibrio può attribuirsi alla penale prevista dalla convenzione bolognese SAI, così come a quella (del tutto atecnica, in quanto non quantificata) stabilita nell'accordo PIPPI.

Dopo aver esaminato le dinamiche della relazione pubblico-privato sociale nel contesto dei casi studio, il report accenna – rinviando per maggiori approfondimenti alla ricerca condotta nell'ambito della Milestone n. 4 – al tema della partecipazione degli utenti alla determinazione dei servizi, non priva di riflessi sulla questione della loro adeguata tutela. Infine, l'indagine sviluppa un ragionamento di taglio più prettamente teorico sulla qualificazione giuridica da attribuire agli accordi di co-progettazione.

Pur avendo adottato, nel corso dell'indagine, una prospettiva, per così dire, “giusrealista”, in forza della quale si è assunto il carattere negoziale delle interazioni PA/ETS nell'ambito dell'art. 55 CTS, la ricerca si conclude con alcune brevi riflessioni sulla natura giuridica di tali negozi. Sotto questo profilo, si rende opportuna la scelta tra il considerarli come veri e propri contratti di diritto comune, riconducibili all'art. 1, co. 1-bis l. n. 241/1990 e integralmente riferibili al diritto civile dei contratti, e il qualificarli come accordi (sostitutivi di provvedimento amministrativo) di cui all'art. 11 l. n. 241/1990.

La conclusione adottata nel report è che l'insieme delle fonti prese in esame consente di propendere per la seconda ipotesi, anche considerati gli espressi riferimenti, all'interno delle convenzioni stipulare, alla disciplina di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo (così le Convenzioni PRINS di Alessandria, PIPPI di Reggio Emilia e la convenzione GEA). Tale soluzione interpretativa sembra poi preferibile anche alla stregua del dibattito in corso presso la cultura giuridica e delle indicazioni che è possibile desumere da fonti come le linee guida ministeriali di cui al d.m. n. 72/2021.

Rispetto alla qualificazione alternativa una simile scelta non ha ricadute particolarmente degne di nota per ciò che riguarda il concreto atteggiarsi delle relazioni precontrattuali e negoziali tra PA ed ETS. Tuttavia essa si ripercuote in modo decisivo sul riparto di giurisdizione nelle ipotesi di contenzioso, per cui sarebbero competenti i TAR e il Consiglio di Stato. Inoltre, ricondurre le esperienze di co-progettazione alla legge sul procedimento amministrativo potrebbe fornire alle PA, agli ETS e alla cittadinanza riferimenti normativi e di prassi più “familiari” per promuovere la partecipazione in fase precontrattuale (o, volendo, procedimentale).