

- DIRITTO E GOVERNANCE DELL'ECONOMIA CIVILE -

AIUTI DI STATO, SERVIZI SOCIALI E SANITARI

Prime note sul Parere del CESE (Comitato economico e sociale europeo)

Alceste Santuari, Università di Bologna

AICCON

**Associazione Italiana per la promozione
della Cultura della Cooperazione e del Non Profit**

P.le della Vittoria 15

47121 Forlì (FC)

@AICCONnonprofit

www.aiccon.it

Aiuti di Stato, servizi sociali e sanitari: prime note sul Parere del CESE (Comitato economico e sociale europeo)

Alceste Santuari, Università di Bologna

Nel diritto europeo, i servizi socio-sanitari godono di una considerazione giuridica particolare in ragione sia delle precipue finalità di interesse pubblico che essi contribuiscono a realizzare sia delle loro caratteristiche. Queste ultime, unitamente al ruolo e alle funzioni attribuiti agli enti pubblici, definiscono i modelli organizzativi adottati nei singoli sistemi sanitari nazionali. Come è noto, in ossequio al principio di sussidiarietà delineato nei Trattati europei, la programmazione e l'organizzazione dei servizi socio-sanitari è attribuita alla competenza dei singoli Stati membri. Si tratta di una competenza primaria che trova la sua base giuridica sin dai Trattati di Roma: essi non assegnavano alla Comunità economica europea di allora alcuna attribuzione in materia di tutela della salute, privilegiando, invece, un'impostazione finalizzata esclusivamente alla creazione e allo sviluppo del mercato unico e quindi alla promozione della concorrenza. Agli Stati membri è stata dunque riconosciuta una precisa responsabilità istituzionale in ordine all'organizzazione dei servizi socio-sanitari, che risponde anche alla pressione esercitata sui governi nazionali, in specie dopo la crisi finanziaria del 2008, affinché essi realizzino risultati più efficaci ed efficienti nella gestione delle politiche sanitarie.

All'interno dei singoli Stati membri, la regolazione pubblica dei servizi socio-sanitari registra una costante oscillazione tra la definizione giuridica di "servizio di interesse generale" e la caratterizzazione di attività economico-imprenditoriale, sottesa alle prestazioni oggetto dei servizi medesimi. Detta oscillazione non soltanto incide sul rapporto tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di organizzazione e fornitura dei servizi socio-sanitari, ma ha altresì indotto numerosi Stati membri a definire assetti giuridici ed istituzionali di "quasi mercato" dentro i quali collocare l'organizzazione, la gestione e l'erogazione dei servizi sociali e socio-sanitari. I servizi di cui trattasi si ritrovano, dunque, all'interno di uno spazio di azione, in cui è necessario giungere ad una riconciliazione tra il modello regolativo concorrenziale e quello che informa l'organizzazione dei servizi socio-sanitari, in particolare per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti e gli strumenti utilizzati.

Nel contesto giuridico eurounitario, i servizi socio-sanitari costituiscono una species del genus identificato con la nozione di "servizi di interesse generale" (SIG). Questi ultimi costituiscono oggetto di dibattito fin dalla nascita della Comunità europea, epoca in cui è, infatti, iniziato il braccio di ferro tra l'aspirazione tutta comunitaria alla affermazione di sistemi autenticamente concorrenziali e la volontà degli Stati Membri di salvaguardare la potestà dei servizi nazionali di protezione sociale di garantire ai propri cittadini servizi di qualità offerti a prezzi calmierati.

I SIG devono contemperare istanze pro concorrenziali e tutela dei cittadini-utenti, in specie per quanto riguarda la fruizione di servizi universali e di qualità. Benché la definizione non sia in grado di presentarsi quale interpretazione univoca in ambito comunitario, è stata accolta e trasposta anche all'interno delle legislazioni nazionali. I singoli ordinamenti giuridici possono stabilire che i SIG siano erogati non soltanto dalle istituzioni pubbliche, ma anche da soggetti privati, siano essi for profit o non profit.

In quest'ottica, lo status di diritto pubblico o di diritto privato delle imprese deve considerarsi neutro in ordine all'erogazione dei servizi di interesse generale. Si tratta di un riconoscimento che sottende due importanti implicazioni per quanto attiene alle modalità di produzione e di organizzazione dei servizi di interesse generale. Da un lato, l'ordinamento giuridico eurounitario non indica alcun obbligo di privatizzazione per le imprese pubbliche. Dall'altro, le norme in materia di concorrenza e di mercato interno si applicano indipendentemente dal regime di proprietà (pubblica o privata) di un'impresa. Da ciò consegue che il diritto europeo non ritiene un elemento discriminante per l'identificazione dei SIG la tipologia soggettiva del soggetto erogatore dei servizi medesimi. Gli elementi distintivi dei SIG devono, invece, ricercarsi soprattutto nelle finalità cui detti servizi, e con essi, i sistemi di welfare nazionali e comunitario, risultano preordinati, nonché nel contenuto specifico dei servizi offerti dai diversi soggetti erogatori. I SIG sono dunque finalizzati a garantire prestazioni di qualità ad un prezzo accessibile per tutti e a realizzare obiettivi di solidarietà e di parità di trattamento, che sono alla base del modello europeo di società.

Al riguardo, le attività che formano l'oggetto dell'erogazione dei SIG devono caratterizzarsi in termini di: i) universalità: il servizio deve essere erogato a favore di tutti i cittadini in base ad un certo standard qualitativo e ad un prezzo accessibile; ii) continuità: per taluni servizi è vietata l'interruzione; iii) qualità: i servizi in argomento debbono rispettare determinati standard qualitativi; iv) accessibilità: i servizi, sia in termini di tariffe praticate, sia in termini territoriali, debbono poter essere fruiti da tutti i cittadini europei; v) tutela degli utenti-consumatori.

I principi cui i SIG devono essere sono informati e le loro caratteristiche specifiche permettono di comprendere perché detti servizi si collocano in una sorta di "zona franca". Essi, infatti, costituiscono un'area intermedia tra attività economiche, da gestire secondo i canoni dell'efficienza in un contesto competitivo e attività non economiche, da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale e di equità redistributiva. Da una simile "ambivalenza" dei SIG discende finanche la potestà degli Stati membri di non conferire ai SIG una caratterizzazione economica, escludendoli, conseguentemente, dal diritto dell'Unione, nel presupposto che si tratti di attività che, non avendo un mercato, non richiedono di essere disciplinate sotto il profilo della concorrenza.

Dal punto di vista giuridico, la specificità dei SIG e, quindi, dei servizi socio-sanitari, è stata sancita nella Direttiva sui servizi nel mercato interno. La Direttiva n. 123/2006 ha previsto che, nell'ambito dei servizi forniti da soggetti prestatori stabiliti in uno Stato membro dietro

corrispettivo economico, i servizi sanitari e i servizi sociali siano esclusi dall'applicazione delle regole sul mercato interno. I servizi sanitari risultano sottratti al principio di concorrenza indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata.

I servizi sociali esclusi dall'applicazione delle regole sul mercato interno riguardano gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da organizzazioni non profit riconosciute come tali dallo Stato. L'assenza di un simile riconoscimento da parte delle autorità pubbliche costituisce un presupposto giuridico affinché i servizi sociali sopra enucleati non possano beneficiare dell'esclusione dall'applicazione della Direttiva Servizi. Viene, pertanto, in considerazione il particolare vincolo che deve presidiare i rapporti tra istituzioni pubbliche e soggetti privati affidatari di un servizio di interesse generale.

Le esclusioni contenute nella Direttiva confermano un principio fondamentale nell'organizzazione e nella gestione dei servizi socio-sanitari: le regole pro concorrenziali devono ritenersi cedevoli di fronte alla necessità di assicurare l'erogazione di servizi universali, ai quali è attribuita la missione pubblica di garantire la fruizione dei diritti fondamentali dei cittadini. In questa prospettiva, la Direttiva 123/2006/UE ha contribuito a controbilanciare la necessità di rispettare i principi fondamentali del funzionamento del mercato interno con il riconoscimento della specificità dei servizi socio-sanitari. La loro disciplina giuridica legittima talune deroghe al principio pro concorrenziale, che i singoli ordinamenti giuridici nazionali possono prevedere al loro interno.

In termini conclusivi, si può ritenere che, anche in forza delle previsioni contenute nella Direttiva del 2006, i servizi socio-sanitari risultino collocati all'interno di un contesto giuridico europeo in cui essi costituiscono le componenti essenziali di una strategia di coesione sociale. Essa è finalizzata a diminuire le diseguaglianze sociali e ad aumentare i livelli di accessibilità ai servizi da parte dei cittadini e non più soltanto a costruire un mercato comune dei servizi. In questo senso, infatti, si deve registrare che mentre nel Trattato di Roma gli obiettivi della Comunità si esaurivano nella realizzazione di un mercato concorrenziale, successivamente nel Trattato di Maastricht e ancor più con il Trattato di Amsterdam, la concorrenza non viene più considerata come valore primario assoluto da perseguire, ma come uno degli elementi che può concorrere al benessere collettivo accanto alla tutela dei diritti sociali. Da questa impostazione discende il riconoscimento giuridico dei servizi socio-sanitari quali SIG, la cui organizzazione e le cui procedure di affidamento ai soggetti privati devono essere coerenti con le finalità di pubblico interesse che essi perseguono.

Nel contesto sopra descritto, si colloca il parere d'iniziativa INT/981 del Comitato economico e sociale europeo (CESE), rubricato "Aiuti di Stato / Servizi sociali e sanitari", relatore Giuseppe Guerini, adottato in sessione plenaria in data 19 maggio 2022.

Il parere in oggetto identifica nei servizi sanitari e sociali, quali l'assistenza, ivi compresa quella domiciliare, alla persona, il reinserimento lavorativo di persone svantaggiate o con disabilità, i servizi per l'infanzia e l'housing sociale quali servizi "cruciali per garantire la coesione sociale in questa fase post pandemica, di emergenza umanitaria e di tensioni internazionali." In questo senso, il parere riconosce che "le regole europee sugli aiuti di Stato a favore di tali servizi giocano quindi un ruolo di fondamentale importanza."

Il parere evidenzia ancora che, trattandosi, di norma, di servizi che risultano organizzati, gestiti ed erogati a livello territoriale, essi non presentano quella natura transfrontaliera, presupposto sul quale si basa l'applicazione del principio di concorrenza e, pertanto, l'esperimento di procedure competitive.

Il parere richiama la necessità di rivedere la disciplina degli aiuti di Stato, nello specifico sulla compensazione degli obblighi di servizio pubblico che non può eccedere la copertura dei costi salvo un "margine di utile ragionevole". Questa disposizione, a giudizio del CESE, necessita di chiarimenti supplementari: i) sulla concreta determinazione del margine di utile ragionevole rispetto al capitale impiegato per garantire il servizio, considerando il rischio operativo; ii) sulla concreta determinazione quantitativa dei costi fissi e strutturali computabili fra i costi di gestione dei SIEG; iii) in che misura si potrebbe valorizzare la distintività dei servizi e dei modelli organizzativi tipici degli enti dell'economia sociale, quando gestiscono e realizzano servizi di interesse economico generale.

Il parere del CESE supporta fortemente la scelta della Commissione di considerare i servizi sanitari e sociali come una sottocategoria dotata di caratteristiche autonome entro il più ampio contesto dei SIEG, in ragione delle specifiche caratteristiche di tali servizi e dei peculiari obiettivi che gli stessi perseguono.

Sono quelli riportati sopra alcuni dei passaggi fondamentali del parere adottata dal CESE e che meritano di essere considerate con molta attenzione, in particolare perché i servizi sociali e sanitari, anche nella prospettiva di un loro futuro sviluppo nella cornice del PNRR, invero costituiscono una categoria giuridica diversa dalle altre tipologie di servizi e attività.

In quest'ottica, il parere sottolinea l'importanza di un favor legis nei confronti delle organizzazioni non profit e dell'economia sociale, quali realtà giuridiche che, in ragione dei loro obiettivi e delle attività da esse svolte, contribuiscono alla realizzazione della finalità di coesione sociale, particolarmente tenuta in considerazione a livello europeo.

E' opportuno ricordare che, dal punto di vista giuridico, la Direttiva sui contratti pubblici identifica i servizi sociali e i servizi sanitari quali oggetto di una disciplina speciale in ragione degli scopi perseguiti. I servizi sociali sono assoggettati all'applicazione della Direttiva sugli appalti, infatti, soltanto quando si possa dimostrare un interesse transfrontaliero certo. In caso contrario, è lasciata piena libertà agli Stati membri di prevedere un regime "alleggerito" e regole ad hoc per l'aggiudicazione degli appalti nel comparto dei servizi sociali. Non solo: la Direttiva 24/2014/UE ha inteso prevedere uno specifico favor legis per quegli organismi

che, in ragione delle finalità sociali perseguite e delle specifiche caratteristiche organizzative, risultano maggiormente idonei ad erogare i servizi individuati nell'art. 77, par. 1. In quest'ottica, l'art. 77, par. 2 della Direttiva, alla stregua di quanto prevede, nell'ordinamento giuridico italiano, l'art. 143 del Codice dei contratti pubblici, stabilisce che le organizzazioni debbano:

- a) perseguire una missione di servizio pubblico legata alla protezione sociale che forma oggetto di gara;
- b) reinvestire i propri profitti in vista del conseguimento dell'obiettivo dell'organizzazione ovvero provvedere alla loro distribuzione sulla base di condizioni partecipative;
- c) presentare una struttura di gestione (management) o di proprietà (ownership) fondata sul principio di partecipazione dei dipendenti, degli utenti o dei soggetti interessati;
- d) non risultare affidatarie di un appalto per il medesimo servizio nel corso dell'ultimo triennio.

La Direttiva 2014/24/UE ha inteso, dunque, offrire un framework legislativo nell'ambito del quale attraverso gli affidamenti dei servizi possano essere conseguiti, tra gli altri, anche obiettivi di coesione sociale e territoriale. In questa prospettiva, oltre al supporto alle organizzazioni non profit, la Direttiva sugli appalti attribuisce all'inserimento delle clausole sociali e ambientali nei contratti di gara una importanza qualificante dell'azione dei potenziali affidatari dei servizi. Le clausole sociali identificano quelle previsioni di fonte normativa o pattizie che impongono specifici obblighi a carico dei soggetti appaltatori o concessionari di servizi di interesse generale. Le clausole in parola, nella fase di esecuzione dell'appalto, condizionano o limitano la libertà di iniziativa economica ed i principi di economia di mercato, subordinandoli ad interessi collettivi socialmente rilevanti. L'inserimento delle clausole sociali trova la propria giustificazione giuridica nel c.d "principio dell'utilità sociale": esso comporta un bilanciamento tra il principio della responsabilità sociale e la contrapposta esigenza di fissare un limite alla sua operatività, consistente nell'armonizzare l'assorbimento dei lavoratori che operano alle dipendenze dell'appaltatore uscente con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. Specificatamente, le clausole sociali, perseguendo l'obiettivo di attuare politiche di inserimento lavorativo e di occupazione delle persone in condizioni di svantaggio, nel contesto dell'esecuzione degli appalti pubblici, segnano un passaggio di non poco momento, teso a tutelare sia il principio della libera concorrenza, sia il mantenimento dei posti di lavoro.

Gli aspetti ambientali e sociali devono, pertanto, permeare nei modi opportuni le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Alle stazioni appaltanti è, dunque, assegnato il compito di vigilare sul rispetto delle clausole di gara, in specie affinché queste ultime risultino funzionalizzate alla realizzazione delle finalità che la procedura di aggiudicazione intende realizzare.

Accanto all'inserimento delle clausole ambientali e sociali, la Direttiva ha previsto l'istituto giuridico della riserva dell'esecuzione dei contratti nell'ambito di programmi di lavoro protetti. La Direttiva disciplina il diritto di partecipare alle procedure di appalto – o l'esecuzione di un appalto nel contesto di programmi di lavoro protetti – a laboratori protetti o ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o in situazione di svantaggio. Si tratta di una delle specifiche finalità perseguite dalle imprese sociali, il cui ruolo e funzione, pertanto, in particolare nell'erogazione dei servizi socio-sanitari, risulta rafforzato dalle previsioni della Direttiva 24/2014/UE.

Nell'aggiudicazione degli appalti di servizi, compresi quelli socio-sanitari, la Direttiva ha inteso qualificare maggiormente le proposte progettuali e tecniche elaborate dagli operatori economici nelle loro offerte. In questa prospettiva, la Direttiva 2014/24/UE ha segnato una netta cesura con l'impostazione precedente, secondo la quale gli appalti potevano essere aggiudicati sulla base del massimo ribasso offerto in sede di presentazione delle domande. Invero, la Direttiva sui contratti pubblici privilegia le modalità di aggiudicazione volte a premiare non solo l'elemento economico (prezzo offerto), ma anche e soprattutto quello qualitativo (progetto tecnico). In sostanza, il criterio di aggiudicazione privilegiato dal legislatore eurounitario è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Esso contiene sempre un riferimento al prezzo o al costo e che, di regola, è accompagnato da altri elementi di valutazione che attengono alla qualità e consentono un esame delle offerte sulla base del rapporto prezzo/qualità. La centralità attribuita alla qualità della prestazione coinvolge anche la classica distinzione tra criteri soggettivi di selezione dei concorrenti e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta. In quest'ottica, nella valutazione dei profili d'offerta, che consiste nella valorizzazione delle caratteristiche sociali e ambientali dell'offerta, potrà essere superato il concetto di convenienza economica, finanche preferendo offerte che possono risultare comparativamente più costose, ma definite da finalità di carattere sociale e ambientale. Finalità, che è opportuno ricordare, ricadono nel notevole margine di discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nell'individuazione degli obiettivi di interesse generale e sociale da perseguire. È questa una opzione indubbiamente che può favorire il coinvolgimento delle imprese non profit, le quali possono, in ragione degli interventi e dei servizi erogati e dei processi produttivi adottati, trovarsi nella condizione di dover offrire un prezzo relativamente più elevato.

In ultima analisi, il parere del CESE rafforza il cammino intrapreso a livello eurounitario nella direzione di individuare nei servizi sociali e sanitari non tanto una "riserva indiana", per la quale stabilire trattamenti di favore, quanto una categoria identificativa di servizi e attività che realizzano i livelli essenziali delle prestazioni e, pertanto, contribuiscono ad assicurarne l'esigibilità in termini di equità, di accessibilità e di universalismo.