

- DIRITTO E GOVERNANCE DELL'ECONOMIA CIVILE -

CO-PROGETTAZIONE O GARA D'APPALTO?

Non può esserci co-progettazione se la convenzione prevede un corrispettivo: una interpretazione non condivisibile

Tar Basilicata, 19.01.2022, n. 44

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

Non può esserci co-progettazione se la convenzione prevede un corrispettivo: una interpretazione non condivisibile

Alceste Santuari, Università di Bologna

La Regione Basilicata ha pubblicato un avviso pubblico di indizione di istruttoria pubblica finalizzata all'individuazione di soggetti del terzo settore disponibili alla co-progettazione e gestione di interventi per l'accoglienza e l'integrazione di cittadini di Paesi terzi vittime di sfruttamento lavorativo in agricoltura in alcune aree della regione (Alto Bradano e Metapontino).

L'avviso richiama la legge n. 328/2000, il dpcm 30 marzo 2001, le linee guida ANAC del 2016, nonché l'art. 55, comma 3 e 4 del d. lgs. n. 117/2017.

Nelle premesse dell'avviso in parola si legge che la Regione ha inteso rivolgersi ai soggetti del terzo settore poiché questi ultimi sono "in grado di sostenere le logiche di sviluppo del complesso sistema di servizi per l'integrazione culturale, sociale, occupazione ed abitativa dei cittadini di paesi terzi vittime di sfruttamento lavorativo, nonché di istituire relazioni efficaci con soggetti qualificati".

La procedura di co-progettazione è stata ritenuta adeguata e funzionale per giungere ad un coordinamento unitario degli interventi e per favorire il coinvolgimento del futuro soggetto gestore nella scelta e nelle modalità operative più opportune a garantire continuità tra i diversi interventi programmati. A ciò si aggiunga che i soggetti del terzo settore sono stati individuati quali strutture capaci di definire e calibrare i servizi sulle reali situazioni territoriali, anche al fine di favorire la realizzazione di micro attività all'interno dei servizi e delle azioni previste dai progetti.

Al fine di realizzare i progetti, la Regione ha messo a disposizione un budget specifico di risorse proprie, che dovranno essere integrate con un co-finanziamento richiesto al soggetto selezionato nella misura dell'1% del budget medesimo, sotto forma di risorse monetarie e/o non monetarie.

I soggetti invitati a presentare proposte sono stati individuati in quelli elencati nell'art. 2 del dpcm 30 marzo 2001 e nell'art. 4 del Codice del Terzo settore, chiamati a dichiarare:

-) la chiara finalità dell'assenza di uno scopo di lucro (o la natura di impresa sociale);
-) lo scopo sociale compatibile con le finalità di cui l'Avviso e con la realizzazione del progetto.

Una volta individuato il soggetto (singolo o in forma associata), la Regione Basilicata si riserva di stipulare una convenzione, nella quale, inter alia, fossero individuate le spese ammissibili e le modalità di rendicontazione e controllo delle spese progettate e sostenute.

Ad esito di apposita istruttoria, sulla base dei criteri indicati nell'avviso pubblico, la co-progettazione si è conclusa con l'individuazione di un'associazione temporanea di scopo, composta da un'associazione di promozione sociale e da due cooperativi sociali.

Avverso l'affidamento ha presentato ricorso un'altra cooperativa sociale, la quale sosteneva che trattandosi di procedura riferibile al Codice del Terzo settore non rientrava nelle fattispecie previste dal c.d. "rito abbreviato" di cui al Codice del procedimento amministrativo.

Il Tar Basilicata, con la sentenza 19 gennaio 2022, n. 44, ha giudicato irricevibile il ricorso presentato dalla cooperativa sociale, statuendo quanto segue:

1. La procedura in oggetto ha previsto un confronto concorrenziale;
2. Allo stesso hanno partecipato due prestatori d'opera in posizione "antagonista";
3. La selezione del soggetto affidatario si è svolta in ossequio a "regole prestabilite";
4. Il soggetto affidatario si impegna a svolgere "un'articolata serie di servizi in favore dell'Amministrazione proponente";
5. La "coprogettazione" in partnership "che pur viene presentata come dato saliente nel bando, è solo un profilo, ovvero una modalità di svolgimento";
6. Lo schema di convenzione, per il suo contenuto, appare riconducibile all'ambito dei contratti pubblici e cioè dei "contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o forniture...";
7. La convenzione è carattere oneroso, tipico dei contratti di appalto di servizi, poiché i servizi erogati dal soggetto proponente sono compensati da un corrispettivo e da un cofinanziamento, sebbene nei limiti degli oneri economici sostenuti;
8. L'assenza di utile è cosa diversa dalla gratuità, cioè dall'assenza di una controprestazione;
9. Un contratto non può essere escluso dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in essa prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio concordato;
10. L'avviso pubblico ha previsto "specifiche risorse da attribuire agli affidatari per la co-progettazione, l'organizzazione e la gestione in partenariato degli interventi e dei servizi";
11. La medesima ricorrente (società cooperativa sociale) ha ritenuto che la convenzione potesse essere configurata come un contratto d'appalto di servizi in quanto ne ha chiesto "la declaratoria di inefficacia ai sensi dell'art. 121, comma 1, cod. proc. amm., disposizione quest'ultima, appunto applicabile ai contratti pubblici stipulati all'esito di procedura d'affidamento di cui all'art. 120 dello stesso codice";

12. La domanda risarcitoria presentata dalla società ricorrente è da ritenersi infondata perché non è stata fornita la prova del c.d. "danno curriculare";
13. Non sussistono gli estremi per il riconoscimento dell'errore scusabile, non ravvisandosi una situazione normativa obiettivamente ambigua o confusa o uno stato di incertezza interpretativa di una norma.

La sentenza de qua, al di là dell'esito, presenta alcuni profili di indubbio interesse per le pubbliche amministrazioni e per gli enti del terzo settore impegnati a collaborare nell'ambito delle procedure di co-progettazione.

In primo luogo, occorre richiamare l'attenzione sulla qualificazione delle attività dedotte in co-progettazione cui sono giunti i giudici amministrativi lucani, che l'hanno definita "in partnership". Le attività, gli interventi e le azioni previste nell'avviso pubblico sono state considerate quali prestazioni rese a favore dell'Amministrazione "aggiudicatrice" e non a favore della comunità, come sotteso agli istituti cooperativi di cui al Codice del Terzo settore. Non a caso, infatti, la pubblica amministrazione, nei processi di co-programmazione, co-progettazione, accreditamento e convenzionamento acquista la natura di "amministrazione procedente" e non più di "amministrazione aggiudicatrice". Con questa diversa categoria di riferimento, le pubbliche amministrazioni favoriscono processi sussidiari ad esito dei quali il soggetto/i soggetti individuati non possono essere considerati gli assegnatari/concessionari/affidatari di servizi acquistati sul mercato dagli enti pubblici, ma i soggetti che intendono partecipare ad un percorso di condivisione di obiettivi di interesse generale, come peraltro l'avviso pubblico in argomento contemplava in modo espresso.

In secondo luogo, il Tar, ancora una volta, analizza il "concetto" di gratuità, interpretandolo quale assenza di controprestazione, in linea e coerentemente con la giurisprudenza amministrativa di questi ultimi anni. Tuttavia, non riteniamo di aderire alla ricostruzione del "concetto" in parola, in quanto "gratuità" implica l'assenza di una controprestazione, ma non certo l'assenza di un contributo erogato sotto forma di rimborso delle spese sostenute e documentate. Il rimborso delle spese, invero, è la modalità "compartecipativa" dell'intera procedura di co-progettazione, la quale è al tempo stesso finalità, procedura e svolgimento della stessa. E' la co-progettazione "in partnership" che identifica il diverso modus operandi delle pubbliche amministrazioni rispetto alle tradizionali gare d'appalto: nella prima gli enti pubblici intendono assicurarsi il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore ritenuti per le loro caratteristiche organizzative e per le finalità dalle stesse perseguite, soggetti giuridici idonei e funzionali alla realizzazione di progetti, azioni e interventi di pubblico interesse. Nelle gare d'appalto, gli enti pubblici intendono assicurare al mercato la selezione di un operatore economico che risulti responsabile dell'erogazione di un servizio nei confronti dell'ente pubblico committente. Mentre nella co-progettazione il sostrato giuridico si manifesta proprio nella condivisione del progetto specifico di intervento, espressione della volontà di partenariato espresso – come nel caso di spese – dalla pubblica amministrazione che pubblica l'avviso da cui origina il processo partecipativo, nelle procedure ad evidenza pubblica di natura concorrenziale, gli enti pubblici si pongono su un

piano diverso: esse devono procedere ad acquistare, sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, un bene o un servizio prodotto o erogato dal mercato.

Come ribadito recentemente da ANAC (linee guida sull'affidamento dei servizi sociali, la cui consultazione si è chiusa nel mese di ottobre 2021), gli affidamenti dei servizi sociali pertengono alla Codice dei contratti pubblici. Ne consegue che tutto quanto non è ascrivibile al novero dei contratti pubblici rientra nella disciplina del Codice del Terzo settore: "Il documento si concentra sulle procedure di affidamento assoggettate alle disposizioni del codice dei contratti pubblici. Per quanto concerne gli istituti disciplinati dal codice del Terzo settore, si rimanda alle indicazioni fornite con Il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31/3/2021 avente ad oggetto Le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli articoli 55-57 del CTS. Tale documento disciplina gli istituti della co-programmazione, co-progettazione, le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, i trasporti sanitari di emergenza e urgenza".

In questo senso, le caratteristiche dei soggetti del terzo settore risultano viepiù "strategiche", atteso che, per esempio, l'assenza di lucretività, profilo quest'ultimo richiamato in modo espresso nell'avviso pubblico, individua una specifica "propensione" degli enti in parola, ossia quella di non prevedere un vantaggio economico a proprio favore. Si tratta di una posizione quest'ultima che può essere collegabile alla richiesta formulata ai soggetti del terzo settore di mettere a disposizione (anche) proprie risorse (monetarie e non monetarie) per la realizzazione del progetto condiviso.

In ultima analisi, la sentenza de qua evidenzia, ancora una volta, il rischio di confondere gli istituti giuridici a presidio della costruzione di risposte ai bisogni di welfare e richiama, in particolare, le amministrazioni pubbliche ad essere attente sia alle premesse degli atti di indizione delle procedure sia ai contenuti da versare nelle stesse. Chiarezza nelle motivazioni e procedure costruite sulla volontà di coinvolgere *attivamente* gli enti del terzo settore nei processi di co-progettazione rappresentano non soltanto i due fattori ineludibili per inquadrare giuridicamente le procedure, ma altresì (e forse soprattutto) per supportare lo svolgimento e, quindi, l'implementazione delle stesse.