

- DIRITTO E GOVERNANCE DELL'ECONOMIA CIVILE -

L'impatto dell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa sul processo di sviluppo della co-progettazione

POLICY PAPER

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

L'impatto dell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa sul processo di sviluppo della co-progettazione.

Alceste Santuari – Università di Bologna

Indice-sommario degli argomenti trattati

1. Introduzione
2. Co-progettazione e interpretazione dei giudici amministrativi nel sistema previgente al Codice del Terzo settore
3. L'interpretazione elaborata dal Consiglio di Stato nei pareri consultivi rilasciati all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)
 - 3.1. Il parere del Consiglio di Stato n. 01382/2018
 - 3.2. Il parere del Consiglio di Stato n. 03235/2019
 - 3.3. Il parere del Consiglio di Stato n. 802/2022
4. La co-progettazione e la posizione dei giudici amministrativi regionali: quali suggerimenti per gli enti pubblici?
 - 4.1. La co-progettazione è diversa (ontologicamente) dalle gare d'appalto
 - 4.2. Gare d'appalto o co-progettazione?
5. Co-progettazione e gare d'appalto: è opportuno identificare un terreno di positiva contaminazione?
8. Riflessioni conclusive: gli ETS e le procedure amministrative di affidamento dei servizi alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

1. Introduzione

Gli artt. 2¹ e 118 della Costituzione delineano il collegamento tra il del pluralismo sociale e il principio di sussidiarietà²: i corpi intermedi o enti del terzo settore, espressioni della società civile, sono chiamati a partecipare attivamente e, quindi, direttamente, ai e nei processi decisionali e programmatori delle pubbliche amministrazioni al fine di perseguire e conseguire finalità di interesse generale.

Il principio di solidarietà e quello di sussidiarietà definiscono, pertanto, un nuovo paradigma di relazioni tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati non lucrativi, caratterizzate da una dimensione cooperativa e collaborativa,³ che esclude l'applicazione delle regole di mercato, che, al contrario, identificano i rapporti giuridici sinallagmatici a prestazioni corrispettive.⁴

¹ Sulla portata dell'art. 2 Cost., si veda, tra gli altri, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014, p. 67, dove l'A. identifica il precetto costituzionale quale "criterio ordinante dell'insieme delle relazioni tra i soggetti, assumendo il valore di un connotato della stessa cittadinanza, intesa come insieme delle prerogative della persona. Letto in un contesto che attribuisce un ruolo essenziale all'azione delle istituzioni della Repubblica, l'accento posto sulla solidarietà non qualifica soltanto un principio fondamentale, ma mette pure in rilievo come l'azione istituzionale non esaurisca l'insieme delle azioni socialmente necessarie, chiamando così ogni cittadino alla realizzazione del programma costituzionale".

² Così recita l'art. 118, comma 4, Cost.: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà." In dottrina, si è sottolineato che la disposizione de qua non ha mancato di suscitare diversi e contrastanti interpretazioni: da una parte, quanti ne hanno svalutato la portata innovativa in quanto già ricavabile nel testo del 1948 e quanti sostengono che la stessa collocazione nel testo costituzionale determini l'impossibilità di considerare la disposizione alla stregua di un "principio di sistema". Poiché esso è collocato nel Titolo V della Parte II della Costituzione, all'interno di un articolo riferito all'esigenza di razionalizzare l'allocatione delle funzioni amministrative, l'art. 118 u.c. non potrebbe assurgere a principio costitutivo di un modello di "Stato comunitario". Dall'altra parte, invece, si registra la posizione di quanti, prescindendo dalla collocazione nel testo costituzionale ne rilevano la portata rivoluzionaria, tanto da fondare un nuovo paradigma pluralista e paritario" che sostituisce "quello bipolare e gerarchico tradizionale". Così, P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 48-49.

³ Sul rapporto tra enti locali e principio di sussidiarietà, vedi V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in www.federalismi.it, 20, 2007. Sempre sul tema, dello stesso A., si veda anche *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'Anac al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, N°: 1/2018, 30 marzo 2018, in part. p. 7 ove l'A. segnala che il principio di sussidiarietà ha contribuito ad un'evoluzione dello Stato moderno nell'ambito del quale si riconosce "il diverso ruolo cui ora è chiamato il potere pubblico, così da esprimere un assetto sociale inteso non più in modo verticistico, ma nella pluralità di forme e contenuti che caratterizzano il tessuto comunitario; un assetto volto a ricondurre a sintesi la molteplicità delle istanze avanzate dall'insieme delle realtà, private e pubbliche, costituenti la "Repubblica".

⁴ La Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 131 del 2020) ha ribadito che l'art. 118, u.c. Cost. ha inteso valorizzare "l'originaria socialità dell'uomo", superando "l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese." In questo modo, secondo il Giudice delle Leggi, "si è identificato così un ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013).".

Il nuovo paradigma di amministrazione condivisa è stato sancito nell'art. 55 del Codice del Terzo settore, che ha disciplinato, in questo senso, i processi di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento (libero) quali procedure alternative a quelle tradizionali di matrice concorrenziale.⁵ Il d. lgs. 117/17) valorizza, in coerenza con il diritto europeo, da un lato, la responsabilità degli enti pubblici nelle dinamiche collaborative con gli enti non profit e, dall'altro, offre ai medesimi enti pubblici una gamma di strumenti e di procedure, che richiedono, in talune situazioni, un'azione di coordinamento con altre disposizioni normative (cfr. per tutte quelle contenute nel Codice dei contratti pubblici).

Forse anche per la sua portata innovativa e di cesura rispetto alle tradizionali procedure amministrative invalse nell'azione degli enti pubblici, l'art. 55 è stato oggetto di specifica declinazione applicativa in una fonte secondaria di rango nazionale,⁶ in un certo numero di legislazioni regionali,⁷ nonché nelle disposizioni di rango regolamentare adottate dai singoli enti pubblici locali.⁸

L'art. 55 è stato altresì oggetto di una intensa attività interpretativa da parte dei giudici amministrativi, che, a seguito dell'approvazione del Codice del Terzo settore, in alcune occasioni, hanno confermato la legittimità degli istituti giuridici collaborativi in esso contenuti, mentre, in altre, ne hanno censurato, in toto ovvero in parte, l'applicazione.

Alla luce del contesto giuridico sopra richiamato, il paper che segue intende offrire un'analisi della recente giurisprudenza amministrativa, allo scopo di approfondire le differenze e la distanza "ontologica" tra istituti cooperativi e procedure di gara di natura competitiva. L'alternatività tra i diversi procedimenti dovrebbe poter contribuire a rendere più consapevoli pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore circa la necessità di

⁵ Queste ultime regolate nel d. lgs. n. 50/2016, recante "Codice dei Contratti pubblici".

⁶ Il riferimento è al decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021, recante "linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55 -57 del decreto legislativo n. 117 del 2017"

⁷ Si veda, per esempio, la l.r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65, recante "Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano", il cui art. 9, comma 1, sulla falsariga di quanto disposto nell'art. 118 u.c. Cost. dispone che gli enti pubblici "assicurano il coinvolgimento" degli enti non lucrativi, confermando che la collaborazione di questi ultimi non è tanto un'opzione, quanto, al contrario, la modalità ordinaria di partnership tra enti pubblici ed enti del terzo settore. Al riguardo, è interessante segnalare che la legge, nella logica di definire interventi e azioni che sappiano essere organici e funzionali alle politiche pubbliche, attribuisce alle P.A. procedenti il compito di coinvolgere, oltre ai soggetti non profit, anche altre P.A., coerentemente con altri strumenti programmatori condivisi, quali il piano di inclusione zonale e il piano integrato della salute.

⁸ Si vedano, per esempio, le linee guida in materia di co-progettazione adottate dalla giunta del Comune di Bologna nel mese di febbraio 2021 (cfr. [http://atti9.comune.bologna.it/atti/wpub_delibere.nsf/\\$\\$OpenDominoDocument.xsp?documentId=87A0B3A934B0A74CC12586880010C94D&action=openDocument](http://atti9.comune.bologna.it/atti/wpub_delibere.nsf/$$OpenDominoDocument.xsp?documentId=87A0B3A934B0A74CC12586880010C94D&action=openDocument)) che dovrebbero confluire nei prossimi mesi in un regolamento comunale, successivamente all'approvazione di alcune modifiche allo Statuto comunale, finalizzate ad accogliere i processi di co-programmazione e co-progettazione quale "cifra" distintiva dell'azione dell'amministrazione civica nei confronti dei corpi intermedi del territorio cittadino.

individuare le procedure collaborative ovvero di affidamento dei servizi in ragione degli obiettivi specifici prefissati ovvero da conseguire.

2. Co-progettazione e interpretazione dei giudici amministrativi nel sistema previgente al Codice del Terzo settore

La legge n. 328/2000, in particolare gli artt. 1, comma 4, 3, 5 e 28, per la prima nell'ordinamento giuridico italiano, hanno legittimato il coinvolgimento attivo dei soggetti del Terzo settore sia nella fase programmatica dei servizi e delle prestazioni socio-sanitarie sia nella loro progettazione.⁹

L'art. 5 della legge n. 328/2000¹⁰ ha trovato una propria declinazione applicativa nel Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri del 30 marzo 2001,¹¹ con il quale la co-progettazione è stata identificata alla stregua di un istituto giuridico finalizzato all'"individuazione] di progetti sperimentali ed innovativi al fine di affrontare specifiche problematiche sociali" (art. 1, comma 2, lett. d). La co-progettazione veniva dunque sì valorizzata quale modalità di coinvolgimento degli enti non lucrativi, ma risultava circoscritta, tuttavia, a progettualità di carattere sperimentale. Queste ultime erano definite da un elevato grado di innovazione e riconducibili a situazioni aventi carattere eccezionale e derogatorio rispetto alle tradizionali e più conosciute procedure concorsuali, mantenendo di queste ultime il sostrato "identitario".¹²

⁹ In argomento, per tutti, si veda A. MATTIONI, *La legge-quadro 328/2000: legge di attuazione di principi costituzionali*, in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2003, II ed. 2007.

¹⁰ Art. 5. (*Ruolo del terzo settore*). 1. Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea. 2. Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale. 3. Le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modalità previste dall'articolo 8, comma 2, della presente legge, adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona. 4. Le regioni disciplinano altresì, sulla base dei principi della presente legge e degli indirizzi assunti con le modalità previste al comma 3, le modalità per valorizzare l'apporto del volontariato nell'erogazione dei servizi."

¹¹ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri - 30 marzo 2001, recante "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328."

¹² La prospettiva delineata dal dpcm del 2001 era, infatti, fondata sul riconoscimento degli enti non profit quali "erogatori" di prestazioni "partecipi del sistema integrato", "privilegiati, in virtù della vocazione ideale e altruistica, nella disciplina per l'affidamento dei servizi sociali". Sul punto, D. CALDIROLA, *Il Terzo Settore nello Stato sociale in trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 54.

In quel contesto giuridico, deve collocarsi quella che può considerarsi la prima decisione interpretativa riguardante la co-progettazione.¹³ Nel caso di specie, un'associazione di volontariato e un comune avevano organizzato un progetto di accoglienza ed integrazione di rifugiati ricorrendo all'istituto della co-progettazione. Sulla scorta dell'esperienza e delle skills maturate in quel contesto di progettazione condivisa, l'ente locale presentava al Ministero degli Interni la domanda di partecipazione alla ripartizione dei fondi nazionali destinati a finanziare progetti di accoglienza ed integrazione di rifugiati. Contestualmente, il medesimo comune stabiliva che avrebbe indetto un'apposita gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per individuare il contraente con cui redigere il progetto esecutivo, una volta ottenuto il finanziamento statale.

Entrambe le decisioni assunte dall'ente locale venivano contestate dall'associazione di volontariato avanti al Tribunale regionale amministrativo della Puglia. Nello specifico, l'associazione:

- a) lamentava il fatto che il comune, nella presentazione della domanda al Ministero, non avesse tenuto in debito conto la proposta elaborata dall'associazione medesima e non avesse indicato con precisione che si trattava di una proposta elaborata dalla stessa associazione;¹⁴
- b) contestava la scelta dell'ente locale di indire la gara per la redazione del progetto esecutivo, sulla scorta del fatto che ciò avrebbe contrastato con la continuità degli interventi e dei servizi già in atto e assicurati dalla medesima associazione.

Il Tar rigettava entrambi i motivi di ricorso dell'associazione. In ordine al primo motivo di censura, i giudici amministrativi pugliesi hanno evidenziato che l'associazione di volontariato, sebbene avesse “compartecipa[to] al perseguimento dello scopo in forza di una sussidiarietà di tipo collaborativo con l'ente locale”, non poteva vantare alcun diritto di esclusiva sul progetto elaborato e gestito nell'ambito dell'esperienza di co-progettazione.¹⁵ In quest'ottica, i giudici amministrativi, pur riconoscendo che i soggetti privati (non profit) sono legittimati ad intervenire sul terreno della promozione di servizi sociali,¹⁶ hanno riconosciuto che l'ente locale gode di un ampio margine di discrezionalità nella scelta dei

¹³ Tar Puglia – Lecce, sez. I, sentenza 23 agosto 2010, n. 1860.

¹⁴ Si può immaginare che l'organizzazione di volontariato avesse investito proprie risorse nella progettazione delle attività e dei servizi, reclutando personale e volontari al fine di assicurare, agli inizi, l'avvio del progetto e, successivamente, la continuità delle attività oggetto del progetto medesimo.

¹⁵ “[...] Detta opzione partecipativa esclude sia un obbligo per l'ente locale di “servirsi” dell'associazione sia la legittimità della tutela giurisdizionale di sfere di progettualità proprie degli enti non lucrativi che le hanno elaborate.”

¹⁶ “Addirittura in ossequio a convenzioni internazionali che mirano ad assicurare una estesa protezione umanitaria a soggetti perseguitati per ragioni politiche negli stati di appartenenza.”

mezzi da impiegare in concreto per raggiungere i propri fini istituzionali,¹⁷ senza che le decisioni relative possano essere oggetto di un sindacato da parte privata destinato ad inficiare quelle stesse decisioni.¹⁸

In ordine al secondo motivo di censura, ossia la decisione del comune di indire una gara d'appalto per individuare il soggetto erogatore del servizio di accoglienza, il Tar, confermando la discrezionalità amministrativa degli enti locali, ha dunque ribadito che il comune era legittimato ad individuare la procedura amministrativa ritenuta più idonea per conseguire l'obbligazione di risultato.¹⁹

I giudici amministrativi hanno dunque riconosciuto che i comuni, interpreti degli interessi collettivi delle comunità di riferimento, mantengono la facoltà di attivare percorsi di collaborazione per la definizione di progetti (sperimentali) di intervento e di azione con le organizzazioni non profit (co-progettazione). Gli stessi enti locali, tuttavia, nell'ambito della discrezionalità amministrativa ad essi garantita dall'ordinamento giuridico, altrettanto legittimamente, possono decidere di adottare altre procedure amministrative, ivi comprese le procedure competitive.

Dalla sentenza de qua emerge con chiarezza che, anche nel sistema previgente all'approvazione della Riforma del Terzo settore, la scelta in ordine a quale procedimento amministrativo adottare dipendeva dalla "modalità di assegnazione" del servizio ovvero dell'attività da realizzare. Quest'ultima poteva ricondursi al libero gioco concorrenziale di cui al d. lgs. n. 163/2006²⁰ ovvero trovare implementazione nella co-progettazione, così come disciplinata dal dpcm del 30 marzo 2001. Nel caso di specie, il comune decise di ricorrere sia alla co-progettazione con l'associazione di volontariato, per definire il progetto da realizzare, sia alla procedura competitiva, finalizzata ad identificare il "soggetto gestore" del servizio di accoglienza, aprendo la possibilità di ingaggiare nell'erogazione del servizio una platea di potenziali operatori economici.

¹⁷ In quest'ottica, l'azione del comune deve ricondursi ad una "discrezionalità[...]insuscettibile di compressione nello specifico settore dei servizi sociali o di promozione dei servizi".

¹⁸ In questo senso, i giudici amministrativi hanno ribadito che "[p]er quel che concerne i rapporti con l'associazione di volontariato che ha elaborato e rivendica la paternità di un progetto, appare appropriato il riferimento alla obbligazione di risultato che l'ente locale assume nel conseguimento dell'obiettivo finale della attribuzione di quote di sovvenzione pubblica".

¹⁹ Il Tar ha altresì confermato che a quella procedura competitiva avrebbe potuto partecipare anche l'organizzazione di volontariato medesima, "apertura" che sarebbe stata successivamente ribadita anche da altre pronunce. Sul punto, si vedano, tra le altre, Sul punto, tra le altre, si vedano Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 15 gennaio 2016, n. 116 e Tar Calabria, sentenza 21 agosto 2019, n. 1534.

²⁰ Recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", che sarebbe stato successivamente abrogato e sostituito dal d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici).

In termini conclusivi, la sentenza brevemente sopra esaminata evidenzia l'alternatività dei sistemi di affidamento, le cui caratteristiche peculiari devono potersi adattare agli obiettivi che la pubblica amministrazione intende perseguire e realizzare.

3. L'interpretazione elaborata dal Consiglio di Stato nei pareri consultivi rilasciati all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

Lo sviluppo dell'istituto giuridico della co-progettazione è stato indubbiamente influenzato dalle interpretazioni che del medesimo istituto sono state formulate dal Consiglio di Stato nella sua attività consultiva, resa, nello specifico, sugli schemi di linee guida in materia di affidamenti dei servizi sociali ad esso sottoposte da parte di ANAC. I pareri, che di seguito si analizzeranno, testimoniano dell'evoluzione interpretativa dei giudici di Palazzo Spada, i quali, da una posizione di sostanziale diffidenza nei confronti degli istituti giuridici di natura cooperativa introdotti dal Codice del Terzo settore, si sono attestati su posizioni più valorizzatrici della portata, anche innovativa, dei medesimi istituti.

3.1. Il parere del Consiglio di Stato n. 01382/2018

L'alternatività, l'ordinarietà e, pertanto, in qualche misura, anche la legittimità degli istituti giuridici di natura cooperativa previsti dal Codice del Terzo settore sono stati oggetto di critiche nel parere consultivo approvato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato reso all'ANAC in ordine alla revisione delle linee guida sugli affidamenti dei servizi sociali.²¹ Nello specifico, il parere ha evidenziato, *inter alia*:

- a) la (necessaria) primazia del Codice dei contratti pubblici sul Codice del terzo settore;
- b) la "straordinarietà" della procedura di co-progettazione e
- c) la necessaria gratuità che deve caratterizzare la co-progettazione medesima.

Nel giudizio espresso dal Consiglio di Stato, le procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva avrebbero dovuto rivestire una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto al d. lgs. n. 117/2017 in considerazione della loro derivazione eurounitaria.²² In questo senso,

²¹ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, Numero 02052/2018, Numero Affare 01382/2018, avente come oggetto: "Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC. Normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117." A seguito dell'approvazione del Codice del Terzo settore, ANAC elaborò una nuova versione delle Linee guida in materia di affidamenti dei servizi sociali, che sostituiva quelle precedentemente adottate con deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016.

²² Su questo specifico punto, così si è espresso il Consiglio di Stato: "In considerazione della primazia del diritto euro-unitario, peraltro, la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni."

gli affidamenti competitivi devono favorire la massima partecipazione degli operatori economici, nozione all'interno della quale è possibile ricomprendere anche gli enti non lucrativi.²³ Secondo questa prospettiva, pertanto, l'affidamento dei servizi sociali, indipendentemente dalla disciplina nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario.

Il parere, tuttavia, riconosce che, al ricorrere di alcune condizioni, gli affidamenti pro-concorrenziali possono ammettere deroghe. Queste ultime sono da ricondurre alla natura non selettiva e alla gratuità dell'affidamento: quanto al primo prerequisite, il parere ha evidenziato che la disciplina contrattualistica non si applica quando l'ente pubblico non intenda, nemmeno prospetticamente, procedere all'affidamento di un servizio (sociale). Secondo il Consiglio di Stato, pertanto, le pubbliche amministrazioni possono derogare alle procedure competitive, segnatamente, possono individuare direttamente il soggetto (non profit) con cui collaborare, in tutte le circostanze in cui tale cooperazione non sia la conseguenza di una selezione tra operatori economici sul mercato.²⁴

Corollario necessario di questo approccio è la gratuità della "prestazione", intesa quale "atteggiamento" opposto alla onerosità: in quest'ottica, dunque, poiché il diritto europeo degli appalti "si interessa dei soli affidamenti onerosi[...] lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza in quanto (e nei limiti in cui) si risolve in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi." A giudizio del Consiglio di Stato, pertanto, le pubbliche amministrazioni possono legittimamente fare ricorso a procedure diverse da quelle previste nel Codice dei contratti pubblici, atteso che i soggetti (non profit) con i quali esse si rapportano possono essere sì caratterizzate dalla creazione di ricchezza tramite il lavoro e

²³ "La nozione funzionale di impresa ha, in ambito euro-unitario, una latitudine semantica assai vasta, giacché prescinde dalla veste giuridica e dai caratteri strutturali del soggetto gerente e si concentra, viceversa, sulla ricorrenza in concreto di oggettivi caratteri economici nell'attività posta in essere: sotto altra angolazione prospettica, ogni iniziativa relativa alla realizzazione di beni, all'esecuzione di lavori od alla prestazione di servizi astrattamente contendibili sul mercato (recte, per i quali vi sia, in atto o in potenza, un mercato) e, come tale, potenzialmente realizzabile da più operatori in quanto intrinsecamente capace di coprire i costi con i ricavi è, ai fini e per gli effetti della normativa europea, attività di impresa ed è soggetta alla disciplina dalla medesima apprestata." Così, Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, cit.

²⁴ Al riguardo, in dottrina si è segnalato che la "causa economica", che sottende il confronto concorrenziale tra diversi operatori economici, può non essere "l'unica e condivisa causa negoziale[...] in grado di dare espressione adeguata alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa[...]". Così, D. D'ALESSANDRO, *Funzione amministrativa e causa negoziale nei contratti pubblici non onerosi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 10.

l'erogazione di servizi, che, tuttavia, non risultano remunerati dal profitto. E ciò in uno con la circostanza che, spesso, trattasi di organizzazioni (di volontariato) la cui attività è valorizzata dal mero rimborso delle spese sostenute e documentate e la cui finalità è identificabile in uno scopo di solidarietà sociale. Proprio alla finalità precipua delle organizzazioni non lucrative in generale, e di quelle di volontariato nello specifico, il Consiglio di Stato sembra ricondurre la “corretta fattispecie della gratuità”, vale a dire “un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore.” Questa impostazione non può non affondare le proprie radici nell'assenza di economicità del servizio reso ovvero prestato dalle organizzazioni non profit, atteso che queste ultime, “sotto un profilo di comparazione di costi e benefici,” sono “necessariamente in perdita”.

Secondo il giudizio della Commissione speciale del Consiglio di Stato, conseguentemente, poiché le organizzazioni non profit possono operare (anche) in perdita, i rapporti giuridici che si instaurano tra le medesime organizzazioni e le pubbliche amministrazioni devono considerarsi “al di fuori del mercato”, di tal che non risultano attratte nella disciplina concorrenziale. Nel caso della co-progettazione, pertanto, solo la comprovata ricorrenza dell'elemento della gratuità esclude la sussunzione della procedura entro la disciplina euro-unitaria. In altri termini, la co-progettazione – secondo il giudizio del Consiglio di Stato – non si sostanzia in una procedura competitiva quando essa è finalizzata a regolare rapporti puramente gratuiti, nel significato e con i limiti sopra richiamati. Al contrario, il Consiglio di Stato ritiene che, qualora le pubbliche amministrazioni debbano procedere all'affidamento di servizi sociali, che presuppongono un mercato di operatori economici di riferimento e una selezione basata su valutazioni di natura economica, esse devono sottoporre gli affidamenti in parola alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, “che si affianca, integrandola, a quella apprestata dal Codice del terzo settore.”

In ultima analisi, il parere del Consiglio di Stato in parola ha sì riconosciuto la legittimità dell'istituto giuridico della co-progettazione, confinandone, tuttavia, l'applicabilità ai soli casi in cui la medesima si svolga in assenza di confronto selettivo e la sua gestione si fondi sull'assoluta gratuità del prestatore.

Si tratta di due condizioni, che non possono realizzarsi nella corretta implementazione dell'istituto giuridico di natura cooperativa disciplinato dall'art. 55 del Codice del Terzo settore. Infatti, la co-progettazione può prevedere un confronto competitivo, ancorché non fondato su dimensioni economiche, finalizzato ad individuare il/i soggetto/i di terzo settore

maggiormente in grado di realizzare il progetto, l'attività ovvero l'intervento oggetto della co-progettazione medesima. A ciò si aggiunga che la pubblica amministrazione procedente può delineare un quadro economico cui riferire le risorse ritenute necessarie per il conseguimento degli obiettivi condivisi tra enti pubblici ed enti del terzo settore. Da quanto sopra consegue che la co-progettazione è lungi da potersi ritenere equivalente alle procedure ad evidenza pubblica di matrice concorrenziale, in quanto la finalità che la contraddistingue è la realizzazione di specifici progetti, frutto della comunanza di interessi previamente verificati tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore e non lo scambio mercantilistico-sinallagmatico.

E' questa la prospettiva da cui prendere le mosse per confutare uno dei passaggi contenuti nel parere del Consiglio di Stato in argomento, laddove i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che le procedure di cui al Codice del Terzo settore determinerebbero una perdita a danno degli enti lucrativi.²⁵ Si ritiene, infatti, di non poter aderire a questa visione, atteso che gli istituti cooperativi di cui al d. lgs. n. 117/2017 sono specificamente disegnati per i soli Enti del Terzo settore, poiché a questi enti profit l'ordinamento giuridico ha inteso attribuire lo svolgimento di una funzione pubblica, che – anche nel quadro giuridico eurounitario – legittima gli Stati membri ad individuare le formule e i sistemi ritenuti più adeguati per organizzare, gestire ed erogare i servizi di interesse generale.²⁶

3.2. Il parere del Consiglio di Stato n. 03235/19

E' forse in questa prospettiva che deve essere esaminato il parere che il medesimo Consiglio di Stato ha rilasciato sempre all'ANAC un anno dopo quello analizzato nel precedente paragrafo.²⁷ Nel corso del 2019, infatti, l'Autorità nazionale anticorruzione aveva posto in consultazione le "linee guida sugli affidamenti dei servizi sociali", quale evoluzione interpretativa rispetto alle precedenti linee guida pubblicate nel 2016, antecedenti all'approvazione del Codice del terzo settore, proponendosi di introdurre maggiore flessibilità nei rapporti tra P.A. ed enti del terzo settore, in questo anche discostandosi dal

²⁵ "L'attivazione di una delle forme enucleate dal Codice del terzo settore, infatti, priva de facto le imprese profit della possibilità di affidamento del servizio e, in termini più generali, determina una sostanziale segregazione del mercato: in ossequio ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, pertanto, l'Amministrazione dovrà puntualmente indicare e documentare la ricorrenza, nella concreta vicenda, degli specifici profili che sostengono, motivano e giustificano il ricorso a procedure che tagliano fuori ex ante gli operatori economici tesi a perseguire un profitto"

²⁶ In quest'ottica, si ritiene utile richiamare la previsione contenuta nell'art. 55 del Codice del Terzo settore, in conformità alla quale gli enti pubblici attivano i percorsi collaborativi di cui al medesimo articolo nell'ambito delle attività di interesse generale elencate nell'art. 5 del d. lgs. n. 117/2017, svolte dagli Enti del Terzo settore di cui all'art. 4 del Codice.

²⁷ Consiglio di Stato, sezione consultiva n. 03235 del 27 dicembre 2019.

parere del Consiglio di Stato, comm. spec. 20 agosto 2018, n. 2052, esaminato nel paragrafo precedente.

Con il parere del 2019, il Consiglio di Stato ha ribadito quanto segue:

a) il decreto c.d. “Sblocca cantieri”²⁸ ha confermato che il potere di ANAC di adottare linee guida vincolanti è limitato alle sole ipotesi in cui le norme del d. lgs. n 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) operino un espresso rinvio al potere integrativo ovvero attuativo dell’Autorità;

b) il residuo potere dell’Autorità nazionale anticorruzione di suggerire soluzioni interpretative ovvero prassi applicative attraverso gli strumenti di regolazione flessibile non muniti di efficacia obbligatoria previsti deve ritenersi ammessa esclusivamente con riferimento alle disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con esclusione di tutte le materie che esulano dal perimetro ora indicato, per le quali l’ANAC non ha il potere di adottare linee guida, nemmeno di tipo non vincolante;

c) quanto prospettato nelle linee guida in oggetto in materia di concessioni di servizi sociali (par. 1.6.), nelle quali l’ANAC propone di applicare alle medesime concessioni quanto stabilito nell’art. 164 del Codice dei contratti pubblici, non può essere accettato in quanto “si pone in contrasto con il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi (c.d. gold plating), che esclude l’applicabilità di una disciplina aggravata introdotta attraverso le linee guida”.

Il parere del Consiglio di Stato, sebbene molto incentrato sull’intervento di ANAC in termini di legittimazione genetica dei propri poteri, modificatisi alla luce dell’evoluzione del quadro normativo in tema di contratti pubblici, è degno di nota poiché sembra – ancorché in via indiretta, in parte contraddicendo quanto statuito nel 2018 – confermare il valore autonomo e originario della disciplina contenuta nel Codice del terzo settore rispetto al Codice degli appalti. Non solo: il parere in oggetto permette agli enti locali di elaborare, nell’ambito delle proprie prerogative e discrezionalità amministrativa quegli atti amministrativi (vedi per tutti il regolamento comunale sugli affidamenti dei servizi di cui all’art. 5 CTS) ritenuti opportuni e/o necessari a disciplinare in modo organico, coerente e adeguato i rapporti di collaborazione con le organizzazioni del terzo settore.

²⁸ Si tratta del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, convertito con la legge 14 giugno 2019, n. 55.

In termini conclusivi, il parere del 2019 supera l'atteggiamento di diffidenza nei confronti degli istituti giuridici di natura cooperativa disciplinati nel Codice del Terzo settore espresso nel precedente parere del 2018, per affermarne non soltanto la piena legittimità, ma soprattutto l'equiordinazione rispetto alle procedure amministrative competitive.

3.3. Il parere del Consiglio di Stato n. 802/2022

In epoca recente, il Consiglio di Stato si è di nuovo pronunciato sulle linee guida ANAC in materia di affidamenti di servizi sociali.²⁹ Lo schema in oggetto è stato elaborato in applicazione dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 con la dichiarata finalità di promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020.³⁰ La legge in parola ha inteso, tra l'altro, assicurare il coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici e il Codice del terzo settore, confermando che il primo non deve interferire sugli istituti di cooperazione previsti dal d. lgs. n. 117/2017. In quest'ottica, nella legge di conversione del d.l. n. 76/2020 sono stati novellati gli artt. 30, comma 8, 59, comma 1 e 140, comma 1 del Codice dei contratti pubblici, che di seguito si richiamano:

1. all'art. 30, comma 8, d.lgs. 50/2016, sono state inserite le parole evidenziate in corsivo, così da ottenere il seguente risultato: *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”*.

La modifica introdotta conferma che agli istituti di cooperazione ex artt. 55 ss. CTS si applicano le disposizioni della legge 241/1990 per quanto non previsto dai medesimi articoli 55-57 ed eventualmente dal Codice dei contratti pubblici, qualora lo si ritenesse applicabile a tali istituti quanto meno in via residuale.

2. All'art. 59, comma 1, d.lgs. 50/2016, sono state premesse le seguenti parole: *“Fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117”*. Risulta

²⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, nell'Adunanza di Sezione del 12 aprile 2022, ha pronunciato il proprio parere (n. 802/2022) sullo “Schema di linee guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”, trasmesso da ANAC.

³⁰ Legge 11 settembre 2020, n. 120, recante “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni)”

chiaro che l'innesto operato dal d.l. Semplificazioni acquista una rilevanza importante, atteso che le modalità di aggiudicazione degli appalti pubblici devono "dare la precedenza" alle forme e modalità di affidamento di cui agli articoli 55-57 del CTS, in conformità, dunque, alle specifiche regole per le stesse previste dalla Riforma del terzo settore, escludendo, conseguentemente, l'applicabilità delle regole contenute nel d. lgs. n. 50/2016.

3. L'art. 140, comma, del Codice dei contratti pubblici è stato così modificato: "Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, *salvo quanto disposto nel presente articolo e fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*". Anche in questo caso, giova segnalare l'importanza del nuovo testo normativo soprattutto ricordando che l'affidamento dei servizi sociali ex d. lgs. n. 50/2016 rappresenta la procedura che più si avvicina alle modalità di organizzazione e gestione dei servizi ai sensi degli artt. 55 e 56 del Codice del terzo settore. Ne consegue che per effetto di tali modifiche sono assoggettati alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, indicate all'art. 142, solo i servizi sociali rientranti nell'allegato IX, se non organizzati ai sensi degli artt. 55 e 56 del Codice del terzo settore o mediante forme di autorizzazione o accreditamento previste dalle disposizioni regionali in materia.

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto che il d.l. n. 76/2020 ha segnato un punto importante per l'azione delle pubbliche amministrazioni e il ruolo che possono svolgere gli enti del terzo settore. In questa prospettiva, infatti, il "decreto Semplificazioni" ha tolto i residui alibi che ancora in talune situazioni aleggiavano sull'azione della P.A: gli articoli 55 e 56 del d. lgs. n. 117/2017 non costituiscono "riserve" eccezionali cui attingere soltanto in taluni specifici e isolati casi. Al contrario, gli istituti di cooperazione disciplinati in quegli articoli diventano gli strumenti che naturalmente la P.A. e gli ETS adottano per definire i loro progetti, azioni ed interventi nell'ambito delle attività di interesse generale individuate nell'art. 5 del Codice del Terzo settore.

In questa prospettiva, il parere in oggetto supera l'interpretazione restrittiva contenuta nel parere di quattro anni fa (parere n. 2052 del 2018), con la quale, inter alia, i giudici di Palazzo Spada avevano affermato la primazia del d. lgs. n. 50/2016 rispetto al Codice del Terzo settore, facendola discendere dall'ancoraggio del Codice dei contratti pubblici al principio di concorrenza di derivazione eurounitaria, che, come tale, doveva considerarsi automaticamente prevalente sulla codificazione del Terzo settore.

Prevalenza che il parere riconosce essere stata superata definitivamente dall'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 131 del 2020, che ha "dissipa[to]

anche il dubbio sulla compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali, previste dal Codice del terzo settore, avanzato da questo Consiglio nel richiamato parere n. 2052 del 2018, evidenziando che “lo stesso diritto dell’Unione ... mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà”.

Per vero, è bene precisare che con il parere n. 2627 del 17 ottobre 2019, antecedente sia al “decreto Semplificazioni” sia alla sentenza n. 131 citata, il Consiglio di Stato aveva segnalato ad ANAC che “l’intervento delle linee guida non vincolanti – e il corrispondente potere dell’ANAC in materia di appalti e concessioni – deve ammettersi con riferimento alle disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ivi comprese le concessioni) o l’esecuzione degli stessi. Va escluso, invece, che, al di fuori del perimetro ora indicato, l’ANAC abbia il potere di adottare linee guida, seppur di tipo non vincolante”. Con ciò il Consiglio di Stato aveva evidenziato come le norme e gli istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore non possono rientrare nel campo di operatività delle richiamate linee guida non vincolanti.

A ciò si aggiunga che il parere n. 802 in oggetto valorizza il richiamo che lo schema di linee guida elaborato da ANAC opera a favore del d.m. n. 72 del 31 marzo 2021, con il quale il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali ha adottato le Linee guida in materia di rapporti giuridici tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore ai sensi degli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore. In questo senso, il Ministero ha declinato, tra l’altro, alcuni contenuti della già richiamata sentenza n. 131 del 2020, nella quale la Corte costituzionale ha invero statuito che il d. lgs. n. 117/2017 ha “identificato così un ambito di organizzazione delle libertà sociali non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente”.

In questa cornice, il parere n. 802 valorizza la differenza “ontologica” intercorrente tra la disciplina giuridica degli appalti e gli istituti giuridici di cooperazione previsti dal Codice del Terzo settore, che, come la Corte costituzionale ha ribadito, identificano e attivano “un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la ‘co-programmazione’, la ‘co-progettazione’ e il ‘partenariato’ (che può condurre anche a forme di ‘accreditamento’)”.

Risulta allora essenziale, anche ai fini di comprendere la portata innovativa del parere in oggetto, richiamare l'alterità dei rapporti giuridici individuati nel Codice del Terzo settore rispetto a quelli contemplati nel Codice dei contratti pubblici. I primi, invero, non essendo fondati semplicemente su un rapporto sinallagmatico e, quindi, sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, sono definiti dalla "convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico" (sentenza n. 131 del 2020).

Trattasi di differenze che non attengono soltanto ai profili procedurali, ma che riguardano anche il "cuore" dei servizi sociali, che il Consiglio di Stato riconosce essere stati oggetto di una evoluzione che obbliga a ripensare le modalità stesse con cui le pubbliche amministrazioni organizzano la loro gestione e procedono, conseguentemente, al loro affidamento. In questo senso, paradigmatico della posizione espressa dal Consiglio di Stato è il passaggio che si riporta di seguito: "La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell'ambito di disciplina." (punto 10.1. del parere).

Appare questo un approccio realista, che riconosce la necessità di concepire e, pertanto, regolare la "materia" dei servizi sociali muovendo da un'impostazione finalizzata a definire un set di attività il cui obiettivo ultimo non è la selezione di un soggetto prestatore/erogatore, bensì la costruzione di processi partecipati e condivisi, nell'ambito dei quali la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore, insieme, convergono sulle modalità e le azioni ritenute maggiormente adeguate e idonee a perseguire le finalità di interesse generale.

Ancorché la Sezione non nasconda gli aspetti "di complessità che caratterizzano il rapporto tra codice dei contratti pubblici e codice del terzo settore in materia di affidamenti dei servizi sociali, quale riflesso della dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà", il parere n. 802 si colloca nel solco di una filone interpretativo della Corte di giustizia dell'Unione europea che, in più occasioni, non ha mancato di sottolineare l'importanza della dimensione solidaristica dei servizi sociali (e sanitari) e nella cornice normativa eurounitaria, che ha finanche escluso i servizi in parola dall'applicazione del principio di concorrenza (cfr. Direttiva n. 123/2006 sui servizi nel mercato interno).

Preme altresì evidenziare che il parere in argomento esprime un giudizio positivo in ordine alla “completezza normativa” riguardante i servizi sociali e le modalità di affidamento degli stessi, richiamando la legge n. 328/2000, le linee guida, adottate rispettivamente con i decreti del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali del 23 luglio 2019 e del 31 marzo 2021, più volte citate, nonché le normative regionali di settore con previsioni rivolte ai livelli territoriali di volta in volta interessati.

Da ultimo, preme segnalare che il parere n. 802/2022 contiene un’esplicita raccomandazione all’ANAC, nella direzione di considerare se in un prossimo futuro sia opportuno che la medesima Autorità adotti le linee guida il cui schema è stato sottoposto all’attenzione dei giudici di Palazzo Spada. In quest’ottica, la Sezione ha richiamato il disegno di legge in materia di concorrenza, attualmente in discussione in Senato, che, inter alia, contiene la delega per l’adozione, entro sei mesi dalla sua entrata in vigore, di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina degli appalti pubblici, con l’obiettivo di riordinare e semplificare le previsioni del D. Lgs. 50/2016. In questo senso, il Consiglio di Stato evidenzia che, facendo leva sull’intenzione del legislatore delegante di “introdurre e mantenere livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie”, poiché le linee guida in parola potrebbero riguardare soltanto “i regimi derogatori previsti dal codice dei contratti pubblici, in conformità al parere n. 2627 del 17 ottobre 2019 di questa Sezione, le stesse non possano confluire in FAQ che potrebbero costituire una sorta di vademecum per le stazioni appaltanti per colmare i vuoti normativi nella gestione delle singole procedure, conseguenti alla non applicabilità di importanti istituti, quali quelli della procedura competitiva, della negoziazione, dell’avvalimento, del subappalto, dell’esecuzione.” Il Consiglio di Stato ritiene che dette indicazioni avrebbero il pregio di migliorare la “conoscibilità della disciplina applicabile dalle singole stazioni appaltanti per le fasi/gli istituti non assoggettati all’applicazione del codice dei contratti pubblici, della parità di trattamento tra gli operatori economici, della qualità delle prestazioni e della professionalità dei prestatori di servizi, in modo forse più agile e presumibilmente più congeniale alle esigenze degli operatori del settore che non si troverebbero dinnanzi ad un’ulteriore regolamentazione, sebbene non vincolante, non di immediata comprensione.”

Ancorché trattasi di parere interlocutorio, in quanto il Consiglio di Stato ha segnalato all’Autorità Nazionale Anticorruzione di elaborare lo Schema di linee guida in oggetto alla luce del “nuovo” Codice dei Contratti Pubblici, che dovrebbe risultare ad esito dell’approvazione della delega contenuta nel d.d.l. “concorrenza” in discussione al Senato

al momento in cui si scrive il presente contributo,³¹ non può revocarsi in dubbio che il parere in parola segni una cesura con un approccio precedente, che ha rischiato di compromettere un armonico e positivo sviluppo dell'istituto della co-progettazione.

4. La co-progettazione e la posizione dei giudici amministrativi regionali: linee interpretative per gli enti pubblici

Nei paragrafi precedenti, si è dato conto sia dell'interpretazione della co-progettazione da parte dei giudici amministrativi precedente alla Riforma del Terzo settore sia della posizione interpretativa del Consiglio di Stato in ordine alle linee guida elaborate da ANAC in materia di affidamenti di servizi sociali.

In questi ultimi anni, anche i tribunali amministrativi regionali sono stati spesso chiamati in causa per valutare, esaminare, giudicare e, quindi, delibare in merito alle procedure di co-progettazione pubblicate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 55 del Codice del Terzo settore. Le pronunce dei Tar, che verranno di seguito analizzate, permettono, da un lato, di comprendere la necessità per gli enti pubblici (comuni e aziende sanitarie locali) di predisporre avvisi e manifestazioni di interesse coerenti con i canoni normativi previsti dal Codice del Terzo settore e, dall'altro, di riconoscere il livello di innovatività e sperimentaltà che l'istituto della co-progettazione sottende e che, talvolta, risulta eccentrico rispetto agli assiomi, ai dogmi e alle visioni che tradizionalmente caratterizzano la disciplina dei rapporti giuridici tra soggetti non lucrativi e pubbliche amministrazioni.

4.1. La co-progettazione è diversa (ontologicamente) dalle gare d'appalto

Se, da un lato, è comprensibile che, in specie a ridosso della e successivamente all'approvazione della Riforma del Terzo settore, gli enti pubblici si siano trovati in difficoltà ad attivare procedure diverse da quelle tradizionalmente invalse nella prassi operativa, dall'altro, è altresì necessario che i procedimenti di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore siano concepiti in modo ontologicamente diverso dalle procedure di natura concorrenziale di cui al Codice dei Contratti pubblici.

³¹ L'art. 1, comma 1, lett. v) del disegno di legge citato prevede la revisione della disciplina relativa all'affidamento dei servizi sociali e a quelli di servizi ad alta intensità di manodopera, per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In questo senso, devono leggersi due pronunce dei Tar, segnatamente, del Tar Campania³² e del Tar Lombardia,³³ con le quali i giudici amministrativi hanno evidenziato non soltanto la necessità che gli enti locali attivino percorsi di co-progettazione conformi al dettato codicistico, ma anche che i relativi procedimenti non risultino “contaminati” dalle procedure competitive.

I giudici amministrativi campani hanno chiarito che la co-progettazione non è identificabile con le ordinarie procedure ad evidenza pubblica, sottolineando la differenza “ontologica” che intercorre tra le procedure concorrenziali e gli istituti giuridici di cui al Codice del Terzo settore. Le prime si applicano ai contratti d'appalto aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture lavori e opere, nonché ai concorsi pubblici di progettazione. Ne consegue che nel loro ambito non rientrano quelle iniziative avviate dagli enti pubblici per il perseguimento di finalità di interesse generale (il caso di specie riguardava azioni per combattere l'esclusione sociale).³⁴ Per queste ultime, non solo non si applica il Codice dei contratti pubblici, ma nemmeno le procedure tipizzate dell'evidenza pubblica. In quest'ottica, il Tar, rispetto alle doglianze della ricorrente, ha ribadito che non può farsi riferimento alle offerte tecniche “non essendovi stata alcuna presentazione di offerte della specie né economiche, trattandosi di mere manifestazioni di interesse, pertanto l'esame effettuato dalla Commissione ha riguardato unicamente le istanze di partecipazione con i relativi curricula”.

Il Tar riconosce, in quest'ottica, la legittimazione dell'amministrazione procedente di riservare la manifestazione d'interesse a collaborare con gli enti territoriali alle sole organizzazioni di terzo settore e alle cooperative sociali. I giudici amministrativi hanno richiamato l'attenzione degli enti locali a rispettare i principi che informano l'azione della pubblica amministrazione anche nel caso dei processi partecipati con gli enti del terzo settore. In questo senso, infatti, la Sezione giudicante ha richiamato la necessità che il

³² Tar Campania, sez. III, sentenza 2 luglio 2019, n. 3620.

³³ Tar Lombardia, sez. I, sentenza 3 aprile 2020, n. 593.

³⁴ Per vero, anche l'ANAC, con delibera n. 200 del 13 marzo 2019, fascicolo n. 70/2019, aveva già rilevato che gli enti pubblici devono ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica di carattere competitivo quando siano individuati un importo a base d'asta e un corrispettivo a fronte di un facere da parte del soggetto attuatore. Nel caso di specie, l'Autorità anticorruzione ha stigmatizzato l'operato del comune non tanto sul fronte dell'assegnazione ultima del servizio, quanto sulla qualificazione giuridica della procedura utilizzata. Quest'ultima, per essere legittimamente riconducibile alle forme di co-progettazione previste dall'art. 55, Codice del Terzo settore (e dpcm 30 marzo 2001), deve essere conforme a quelle previsioni. Qualora, invece, come nel caso di specie, le caratteristiche del servizio, le attività da svolgere da parte del soggetto attuatore, la presenza di un vero e proprio corrispettivo, risultino predeterminate dalla P.A. procedente non si è nell'ambito di un processo di co-progettazione, ma nell'alveo delle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisizione di servizi. E tale ricostruzione non sembra poter essere inficiata nemmeno dalla circostanza che il soggetto attuatore possa mettere a disposizione anche proprie risorse.

processo selettivo dei potenziali partners della P.A. rispetti i principi sanciti dall'art. 97 Cost., di buon andamento e l'imparzialità, nonché i criteri indicati dall'art. 11, l. n. 241/1990 di economicità, efficacia, efficienza, imparzialità, pubblicità e trasparenza, oltretutto il rispetto dei principi comunitari. Una volta assicurato il rispetto dei principi suddetti, il Tar precisa che non sussiste un "obbligo di osservanza puntuale delle norme del codice dei contratti pubblici, se non nei termini in cui queste siano espressione di quei principi generale – sopra menzionati – che, in ogni caso, governano e condizionano in qualsiasi ambito l'azione amministrativa".

Il Tar, pertanto, segnala la possibilità (rectius: legittimità) dell'azione degli enti locali che, in presenza di taluni progetti di interesse collettivo, di cui possano beneficiare le comunità locali di riferimento, adottano strumenti, modalità, percorsi e procedure "tailor made" nel perseguimento e nella realizzazione di finalità di interesse generale.

In senso adesivo a questo pronunciamento, può essere letta la sentenza del Tar Lombardia citata, nel senso che, in quell'occasione, i giudici amministrativi hanno richiamato l'ente locale a precisare ovvero a rendere noto in modo inequivocabile la tipologia di procedura individuata. Nel caso di specie, il comune, allo scopo di realizzare attività e interventi di contrasto alla violenza contro le donne sul territorio di riferimento, aveva avviato una "procedura di selezione", con i "criteri e modalità di valutazione delle candidature", allo scopo di "individuare un soggetto cui affidare la redazione del progetto definitivo, sulla base della proposta progettuale, comprensiva del piano economico previsionale, da presentarsi da parte dei concorrenti in sede di gara." I giudici amministrativi lombardi hanno ritenuto che i criteri individuati nell'avviso pubblico, in disparte il *nomen iuris* impiegato (rectius: "co-progettazione"), dessero luogo nella sostanza ad una procedura ad evidenza pubblica e non ad una co-progettazione. L'oggetto della procedura de qua era infatti l'incarico di progettazione definitiva e di gestione del relativo servizio, a titolo oneroso, ancorché caratterizzato da talune peculiarità.³⁵

Il Tar Lombardia, pertanto, ha ribadito che, qualora ricorrano tutti i requisiti caratterizzanti le procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva, alle stesse, conseguentemente, debbano essere applicati i principi generali in materia. Per contro, la co-progettazione,

³⁵ Dette peculiarità sono da rintracciarsi a) nella redazione congiunta tra soggetto affidatario ed ente locale del progetto sulla base della "proposta progettuale" e del quadro economico presentati dai concorrenti in sede di gara; b) nella commistione fra criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggetti afferenti alla valutazione dell'offerta; c) nella valutazione della qualità del servizio erogato in ragione dell'esperienza maturata nella gestione dei centri oggetto dell'avviso pubblico e la partecipazione a precedenti progetti inerenti le finalità di cui all'avviso medesimo; d) nella richiesta ai partecipanti di elaborare un progetto corredato da un piano economico previsionale sulla base del quale doveva essere successivamente redatto il progetto definitivo per la gestione delle strutture, a fronte del pagamento di un corrispettivo.

peraltro richiamata espressamente nell'avviso pubblico, richiede una sostanziale (e non soltanto formale) declinazione. In quest'ottica, l'art. 55 del Codice del Terzo Settore stabilisce che la co-progettazione (ancorata sia all'art. 118 Cost., sia alla l. n. 241/1990) "è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti[...]", che non rientrino nelle competenze (rectius: servizi sociali) degli enti pubblici e per i quali, pertanto, essi debbano procedere alla loro gestione a mezzo di esternalizzazione.³⁶

Gli enti locali hanno, dunque, la possibilità di condividere, stabilire insieme, individuare i percorsi più adeguati in forma congiunta con gli enti non profit interessati per definire progettualità che permettano di realizzare la finalità di cui all'art. 55 CTS. La co-progettazione non esclude forme di comparazione anche selettiva tra diverse proposte progettuali, ma ciò non integra affatto un contratto di appalto, ancorché detta opzione possa essere definita quale "procedura ad evidenza pubblica". L'art. 55 CTS, infatti, richiamando la legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, stabilisce che gli avvisi da parte delle amministrazioni pubbliche interessate a coinvolgere i soggetti del terzo settore siano ispirati ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

In ultima analisi, il Tar Lombardia sembra aver affermato un criterio-guida per la decisione in ordine alla co-progettazione di cui all'art. 55 CTS: essa postula *naturaliter* procedure ad evidenza pubblica, che, tuttavia, non possono essere confuse con l'applicazione *sic et*

³⁶ E' questo un profilo che, a giudizio di ANAC, identifica l'affidamento dei servizi sociali a mezzo di procedure competitive. In data 21 settembre 2020, l'Autorità nazionale anticorruzione comunicava al Comune di Bologna di ritenere chiuso il dossier che riguarda la co-progettazione delle c.d. "Case di Quartiere", procedura contestata da alcuni consiglieri regionali e comunali. Nello specifico, l'ANAC ha riconosciuto che: 1. trattasi di rapporto gratuito, atteso che non è stato previsto alcun corrispettivo da parte dell'ente pubblico a favore del soggetto privato individuato per la gestione delle Case di Quartiere. Queste ultime devono autofinanziarsi e autosostenersi, dovendosi assumere gli oneri per le manutenzioni ordinarie e per il pagamento delle utenze.

2. il percorso di co-programmazione e di co-progettazione, così come disciplinati dall'art. 55 del Codice del Terzo settore, hanno avuto lo scopo di "rinnovare l'esperienza dei Centri sociali, intervenendo sui punti di debolezza emersi ma confermando gli elementi identitari del modello";

3. le Case di Quartiere, alla luce di quanto sopra espresso, non possono essere ricondotte nella nozione di "servizi sociali" del Comune di Bologna, atteso che manca, in re ipsa, la causa, ossia non è previsto alcun affidamento a terzi di un servizio;

4. le Case di Quartiere rappresentano una esperienza che, fortemente ancorata al principio di sussidiarietà, "valorizza l'autonomia dei corpi intermedi nella costruzione di risposte comunitarie al bisogno sociale";

5. il Codice del Terzo Settore e, da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020 confermano la legittimità da parte degli enti pubblici locali di coinvolgere gli enti del terzo settore (ovvero di essere coinvolti dagli stessi) per la definizione, organizzazione ed erogazione di attività di interesse generale (che ricordiamo sono puntualmente individuate nell'art. 5 del d. lgs. n. 117/2017);

6. la Giunta comunale, a seguito della procedura di co-programmazione e co-progettazione, ha potuto individuare il soggetto ritenuto maggiormente idoneo a condurre le attività oggetto delle Case di Quartiere, a seguito di emanazione di apposito avviso pubblico finalizzato a far emergere le proposte da parte degli enti associativi disponibili e, successivamente, ad individuare le attività da svolgere, il modello di gestione e le garanzie di partecipazione a favore della comunità.

simpliciter delle disposizioni di cui al d. lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici perseguono finalità diverse, si rivolgono a platee diverse di operatori e contemplano criteri di valutazione e selezione diversi l'uno dall'altro. Da ciò consegue che o si è in presenza di procedimenti di coprogettazione (genuina) o si deve applicare il Codice dei contratti pubblici: *tertium non datur*.

Le sentenze sopra brevemente analizzate dimostrano che, una volta superata l'impostazione dell'asserita primazia del d. lgs. n. 50/2016 rispetto al d. lgs. n. 117/2017, originariamente propugnata nel parere del Consiglio di Stato del 2018 e, successivamente, definitivamente superata ad opera, prima, della sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e, poi, della legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha convertito in legge il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni), che hanno confermato la “pari dignità” dei due provvedimenti in argomento, occorre delineare l'ambito di applicazione dei due Codici, tracciando qualche discrimen per orientare le scelte.

Ad una prima analisi, si potrebbe affermare che gli istituti giuridici cooperativi di cui al Codice del Terzo settore si applichino ogni qualvolta la pubblica amministrazione e gli enti non profit condividano gli obiettivi da realizzare, gli strumenti da impiegare e le risorse da destinare alla realizzazione di quei progetti. In particolare, la co-progettazione deve escludere rapporti giuridici di carattere sinallagmatico e implicare un certo livello di autofinanziamento e di autosostentamento delle iniziative e degli interventi. Da ciò consegue che la co-progettazione, qualora riguardante attività sociali e socio-sanitarie, non può identificarsi con l'esternalizzazione di servizi, la cui competenza in termini organizzativi e gestionali spetta agli enti locali. La co-progettazione, invero, si fonda sulla valorizzazione delle funzioni e delle attività di interesse generale svolte dagli enti non profit nell'ottica del principio di sussidiarietà.

Per contro, le procedure ad evidenza pubblica di carattere competitivo si svolgono – come ricordato in apertura di questo breve contributo – nell'ambito dei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni che intendano ricorrere al mercato degli operatori economici per acquisire beni, servizi o prestazioni.

Nel contesto sopra delineato, si colloca la sentenza del Tar Toscana, Sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260, nella quale i giudici amministrativi ricostruiscono i rapporti intercorrenti tra appalti e istituti giuridici cooperativi di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore. In quest'ottica, il Tar, richiamando la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, identifica l'articolo in parola quale “canale di amministrazione condivisa tra soggetti pubblici ed enti

del Terzo settore”, che si pone “al di fuori delle mere logiche del mercato”. L’estraneità rispetto alle regole concorrenziali è giustificata dall’assenza nei canali dell’amministrazione condivisa della corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata. Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, al contrario, si fondano sulla condivisione di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private.

La sentenza *de qua*, conseguentemente, riconosce la piena legittimità degli istituti giuridici di cui al d. lgs. n. 117/2017 ribadendo, contestualmente, la piena facoltà delle pubbliche amministrazioni di fare ricorso alle procedure competitive quando esse si rivolgono “al mercato per procacciarsi le prestazioni di carattere sanitario, socio-sanitario e assistenziale di cui le comunità locali necessitano”. Per vero, si tratta di una previsione che anche la legge toscana n. 65/2020 ha fatto propria: i rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti non profit sono differenziate e nel caso di rapporti onerosi essi devono essere ricondotti negli schemi competitivi di cui al d. lgs. n. 50/2016.

Confermata l’alterità delle due procedure, che deve necessariamente escludere forme “ibride”, come il Tar ha correttamente stigmatizzato – i giudici amministrativi toscani tuttavia – in aderenza a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nel 2018 – assoggettano gli istituti giuridici di partenariato pubblico-privato alla disciplina concorrenziale quando essi non siano di carattere gratuito. Ancora una volta, la gratuità risulta essere interpretata quale assenza di rilievo economico delle attività, dei servizi e dei progetti oggetto dei rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore.

Si ritiene, al contrario, che il concetto di gratuità debba caratterizzare l’assenza di corrispettivi e prezzi riconosciuti dalla parte pubblica ai soggetti privati, i quali operano finanche con l’apporto di proprie risorse economiche, confermando che i finanziamenti pubblici, sotto forma di rimborso spese ovvero di contributi economici, non possono risultare sufficienti a coprire i costi di produzione e di gestione dell’attività, del progetto o dell’intervento.

In questo senso, degna di nota è anche la sentenza del Tar della Campania, sez. staccata di Salerno, sez. I, sentenza 19 gennaio 2021, n. 158, con la quale i giudici amministrativi hanno ritenuto legittima la procedura seguita da un comune campano, che intendeva selezionare un soggetto del terzo settore, sia in forma singola sia associata anche con imprese lucrative, al quale affidare il servizio di gestione di una spiaggia attrezzata destinata alle persone con disabilità, alle quali il soggetto non lucrativo, tra l’altro, era obbligato ad assicurare l’assistenza sanitaria in acqua gratuita. L’attività prestata – secondo le intenzioni del comune – prevedeva altresì l’ingresso gratuito per l’accompagnatore della persona disabile e il

pagamento di 5 euro per ogni accompagnatore (fino ad un massimo di quattro), oltre alla possibilità che il punto di ristoro autorizzato sulla spiaggia possa generare delle entrate con cui finanziare l'intera attività da svolgere. Come anche richiamato dal Tar, il comune ha dunque avviato una "gara limitata ad operatori del terzo settore", per la realizzazione di un'attività che, alla luce di quanto sopra brevemente descritto, non prevedeva alcun corrispettivo da parte dell'amministrazione civica.

Nello specifico, la sentenza del Tar Campania in oggetto, respingendo le doglianze della ditta ricorrente, ha evidenziato che l'oggetto della gara si riferiva all'agire non lucrativo e che l'attività doveva considerarsi gratuita, in questo senso dovendosi ritenere gli eventuali introiti derivanti dalla gestione del punto ristoro, opzionale per i soli avventori, "funzional[i] solo alla copertura dei costi". Sotto il profilo motivazionale, la sentenza del Tar sottolineava come la decisione del comune risultasse chiara nei suoi intenti di perseguire una finalità di interesse generale: la scelta dei soggetti non lucrativi corrispondeva alla volontà di trovare la "migliore soluzione progettuale del servizio richiesto e le migliori condizioni tecniche per la successiva realizzazione". Il Tar, infine, ha legittimato la scelta del comune riconducendone la decisione nell'alveo dell'istituto giuridico della co-progettazione ex art. 55 del d. lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), che – a giudizio dei giudici amministrativi di primo grado – deve considerarsi quale conseguenza di atti programmatori approvati dal comune a monte della decisione contenuta nell'avviso pubblico di cui si discute.

4.2. Gare d'appalto o co-progettazione?

Nel paragrafo precedente, si è dato conto della posizione della giurisprudenza amministrativa, che, negli ultimi due anni, in particolare, ha raccomandato agli enti pubblici di prestare attenzione nella definizione delle procedure ad evidenza pubblica, affinché quelle non competitive, ossia i procedimenti di co-progettazione, siano chiaramente identificabili e distinguibili dalle "tradizionali" procedure di appalto.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha, tuttavia, anche riconosciuto che, ricorrendo talune condizioni, gli enti pubblici non possano ricorrere al procedimento di co-progettazione, ma debbano, al contrario, applicare le disposizioni di cui al Codice dei contratti pubblici.

E' questo il caso del Consiglio di Stato, sez. V, che, con sentenza 7 settembre 2021, n. 6232, richiamando il parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in data 26 luglio 2018, ha ribadito che la co-progettazione deve necessariamente sottendere un rapporto

giuridico di natura gratuita, dal quale, pertanto, è assente qualsivoglia valorizzazione economica. A giudizio del Consiglio di Stato, è questo specifico profilo che legittima gli affidamenti agli enti del terzo settore: laddove la gratuità non sia registrabile, la procedura non può che essere aperta a tutti gli operatori economici in conformità alle previsioni di cui al d. lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. In quest'ottica, se l'attività che configura il procedimento di co-progettazione: 1. permette al soggetto di terzo settore di produrre introiti di natura commerciale dalla gestione di un punto ristoro; 2. consente la partecipazione alla procedura di un'associazione temporanea di impresa cui aderiscono anche ad imprese lucrative, non può considerarsi estranea alle logiche di mercato e, conseguentemente, deve essere assoggettata alle regole previste nel Codice dei Contratti pubblici.

La sentenza de qua consente di svolgere alcune considerazioni di carattere generale, in specie allo scopo di comprendere la "collocazione" della sentenza de qua nell'iter argomentativo e interpretativo che ha caratterizzato, fino ad oggi, gli istituti giuridici collaborativi di cui al Codice del Terzo settore. In primis, non si può non rilevare una certa confusione nell'identificazione della procedura adottata dal comune. Infatti, mentre l'amministrazione comunale ha dichiarato espressamente di voler procedere con una "gara" riservata ai soli enti del terzo settore, ancorché definendo tale percorso alla stregua di una "co-progettazione", il Tar Campania aveva identificato l'intera procedura alla stregua di quest'ultimo istituto giuridico cooperativo. Per vero, è necessario ribadire che, nel caso di specie, il comune aveva individuato l'oggetto del servizio, l'area in cui svolgere lo stesso e le "regole di ingaggio". Elementi questi che non depongono a favore della scelta della co-progettazione quale procedura cui ricorrere, atteso che essa sottende la condivisione e la convergenza delle parti sulle modalità di realizzazione dei progetti finalizzati a rispondere a determinate istanze di intervento.

In secondo luogo, viene in considerazione il concetto di gratuità, il quale, proprio nel parere del Consiglio di Stato del 2018, veniva fatto coincidere con l'assenza di qualsivoglia corrispettivo da parte della pubblica amministrazione per l'erogazione di una attività ovvero di un servizio. Nel caso di specie, la gratuità non è stata rilevata in quanto all'ente del terzo settore "aggiudicatario" della gara riservata era lasciata la libertà di recuperare risorse aggiuntive con le quali finanziare l'attività di interesse generale. La censura di questo specifico profilo suscita qualche perplessità, in quanto non soltanto stridente con la possibilità per le organizzazioni non profit di recuperare risorse economiche dalla loro attività (cfr. d. lgs. n. 117/2017), ma anche quale impedimento per le medesime organizzazioni di esprimere il loro potenziale di iniziativa economica ex art. 41 Cost. La

dimensione imprenditoriale e, quindi, come tale ritenuta antitetica alla gratuità che deve caratterizzare i rapporti con gli enti del terzo settore a giudizio del Consiglio di Stato, è fatta dipendere anche dalla possibilità riconosciuta agli enti medesimi di potersi presentare in “cordata” con soggetti lucrativi. La presenza di soggetti non lucrativi non esclude per se la gratuità del servizio, intesa come assenza di corrispettivo da parte della pubblica amministrazione, in quanto l’ente lucrativo potrebbe ben partecipare all’associazione temporanea di impresa in quanto condivide la finalità di utilità sociale del progetto/servizio oggetto dell’affidamento.

In terzo e ultimo luogo, occorre soffermarsi sul “nesso di causalità” indicato dal Consiglio di Stato nel collegamento tra co-programmazione e co-progettazione. I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto l’avviso pubblico del comune mancante di una legittimazione “a monte” e, conseguentemente, privo di efficacia. Al riguardo, preme evidenziare che l’art. 55, comma 3 del Codice del terzo settore indica indubbiamente nella co-programmazione una fase prodromica utile e funzionale alla definizione (eventuale) delle modalità di realizzazione degli interventi. Tuttavia, si ritiene che non possano essere accolte ricostruzioni volte ad interpretare la disposizione de qua quale obbligo per le pubbliche amministrazioni di individuare nella fase di co-programmazione la puntuale elencazione dei progetti e degli interventi realizzativi. Per vero, la co-programmazione ha lo scopo di individuare e “selezionare” i bisogni intorno ai quali gli enti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni convengono di affrontare di concerto. La co-progettazione, successivamente, ha il compito di definire, organizzare e gestire i modelli di risposta e di intervento ritenuti più adeguati e confacenti per affrontare quei bisogni individuati nella fase precedente. Sostenere che la co-programmazione deve per se individuare già “a monte” le attività e i servizi che dovranno essere realizzati “a valle” attraverso la co-progettazione equivarrebbe, da un lato, ad irrigidire in modo irragionevole la fase programmatoria e, dall’altro, a influenzare, anzi a “dirigere” la fase creativa e di sperimentality gestionale ed organizzativa che deve caratterizzare la co-progettazione.

In termini conclusivi, si può ritenere che il comune avrebbe dovuto qualificare meglio la procedura da attivarsi, espungendo dalla medesima i riferimenti concettuali e lessicali relativi alla co-progettazione. Considerando l’assenza di corrispettivo e, conseguentemente, l’estraneità della fattispecie dalle procedure di natura concorrenziale di cui al Codice dei contratti pubblici, si sarebbe forse potuto ipotizzare la scelta dell’art. 56 in materia di convenzioni, individuando in una organizzazione di volontariato ovvero di promozione sociale il soggetto “gestore” dell’attività. Le convenzioni ex art. 56 infatti possono invero

prevedere un rimborso delle spese e allo stesso tempo individuare risorse aggiuntive apportate dalle associazioni medesime.

Rimane il fatto che i giudici di Palazzo Spada sembrano non aver considerato, da un lato, la legittimità di autofinanziamento delle organizzazioni non profit e, dall'altro, l'importanza delle finalità sociali perseguite, alla cui sola realizzazione le attività (anche quelle di natura imprenditoriale) devono essere funzionali e strumentali.

In capo alle pubbliche amministrazioni rimane, infine, l'onere di individuare con precisione la procedura da attivare, fornirne le motivazioni adeguate e individuare la platea dei soggetti con i quali si intendono realizzare gli obiettivi condivisi.³⁷ Alla luce di questo pur noto elemento, occorre superare una concezione eccessivamente ristretta di gratuità, affinché, come peraltro ribadito nel Codice del Terzo settore, alle organizzazioni non profit gli enti pubblici possano rivolgersi per co-programmare, co-progettare ovvero convenzionare le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 117/2017.

L'importanza di esperire procedimenti "genuini" di co-progettazione, che si differenzino dalle procedure di gara competitive, è stata ribadita dal Tar Basilicata, con la sentenza 19 gennaio 2022, n. 44. In quell'occasione, i giudici amministrativi hanno statuito quanto segue:

1. La procedura aveva 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 impegnava 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;

³⁷ In data 1° ottobre 2021, l'Anac ha pubblicato le linee guida recanti "Indicazioni in materia di affidamento dei servizi sociali", che evidenziano che tra le fattispecie estranee al codice dei contratti pubblici rientrano le forme di co-programmazione, di co-progettazione e le convenzioni, anche se affidate a titolo oneroso. In tema di differenziazione tra procedure di gara e istituti giuridici di natura cooperativa, si vedano, rispettivamente, Tar Toscana, sez. III, 12 maggio 2022, n. 661.

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".

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 precedente" 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,³⁸ 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 lucratività, 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

³⁸ Cfr. Linee guida sull’affidamento dei servizi sociali, la cui consultazione si è chiusa nel mese di ottobre 2021.

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.

5. Co-progettazione e gare d'appalto: è opportuno identificare un terreno di positiva contaminazione?

Attraverso quello che in gergo si definisce “public procurement”, le pubbliche amministrazioni ricorrono al mercato degli operatori economici per acquisire beni, servizi e prestazioni in conformità alla disciplina che regola le procedure ad evidenza pubblica.

Queste ultime presuppongono la presenza di prestazioni corrispettive aventi natura sinallagmatica: l'operatore economico selezionato per produrre il bene e/o erogare il servizio o la prestazione matura un diritto a vedersi riconosciuto un corrispettivo a fronte del suo obbligo a realizzare l'attività ovvero ad erogare il servizio/prestazione.

I rapporti giuridici di natura sinallagmatica che interessano l'azione delle pubbliche amministrazioni trovano una loro fonte normativa specifica nell'art. 3, lett. ii) del d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici). La disposizione citata identifica gli appalti pubblici quali contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi.

Si tratta di una previsione di derivazione eurounitaria: già l'art. 130 F dell'Atto Unico Europeo, firmato il 7 febbraio 1986, costituisce la prima fonte normativa dalla quale è possibile inferire l'orientamento delle istituzioni europee a favore della costruzione di uno spazio comune nell'ambito del quale promuovere la concorrenza tra le imprese. Dalle fonti normative di diritto primario, nel corso degli ultimi decenni, sono discese numerose disposizioni di diritto derivato, le ultime delle quali sono contenute nelle Direttive del 2014

sugli appalti (cfr. art. 2, par. 5) e le concessioni, che sono state recepite nell'ordinamento italiano nel Codice dei Contratti pubblici.

Le Direttive del 2014 e il d. lgs. n. 50/2016 disciplinano, dunque, le procedure amministrative finalizzate ad instaurare rapporti giuridici di carattere oneroso, nell'ambito delle quali le pubbliche amministrazioni possono ricorrere alla gamma di strumenti offerti dal Codice dei contratti pubblici. Essi prevedono, inter alia, l'inserimento nei bandi di gara di clausole sociali (art. 50), l'accordo quadro (art. 54), il sistema dinamico di acquisizione (art. 55), il partenariato per l'innovazione (art. 65), nonché la comparazione sull'offerta qualitativa e non sul prezzo (art. 95, comma 7).

Alle procedure ad evidenza pubblica di natura concorrenziale si contrappone la "procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà" (Corte costituzionale, sentenza n. 131/2020) prevista nell'art. 55 del Codice del Terzo settore, "espressione di un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato", che come tale non è "fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico" (sentenza citata).

Sebbene – come già richiamato in precedenza - possa dirsi superata la posizione che postulava l'asserita primazia del d. lgs. n. 50/2016 rispetto al d. lgs. n. 117/2017, che possono considerarsi provvedimenti equiordinati, essi rimangono comunque appartenenti a due "mondi paralleli".

In questa prospettiva, si potrebbe affermare che gli istituti giuridici cooperativi di cui al Codice del Terzo settore si applichino ogni qualvolta la pubblica amministrazione e gli enti non profit condividano gli obiettivi, gli strumenti, le modalità e finanche le risorse da destinare alla realizzazione delle attività/progetti/interventi, le quali possono derivare direttamente dagli enti del terzo settore, quale forma di contributo o di autofinanziamento. Un simile approccio condiviso esclude che si sia in presenza di un processo di esternalizzazione dei servizi da parte degli enti locali. La co-progettazione, invero, si fonda sulla valorizzazione delle funzioni e delle attività di interesse generale svolte dagli enti non profit nell'ottica del principio di sussidiarietà.

Le procedure ad evidenza pubblica di natura concorrenziale, per contro, sono definite ontologicamente da una diversa funzione, la quale pone in capo alle pubbliche amministrazioni la responsabilità di svolgere l'azione di stazioni appaltanti, finalizzata a selezionare l'operatore economico secondo le logiche di mercato competitivo. In quest'ottica, gli operatori economici partecipano alla competizione assumendosi, tra gli altri, il rischio imprenditoriale dell'attività/progetto/intervento/servizio da realizzare, dovendosi conformare alla *lex specialis* dei bandi di gara.

Nel contesto sopra delineato, è possibile rintracciare taluni bandi di gara competitivi che “ibridano” disposizioni tipiche delle procedure concorrenziali con gli istituti della co-progettazione e della co-programmazione. In questo senso, si registrano bandi che contengono clausole che contemplano anche forme di apporto di risorse aggiuntive da parte dei concorrenti. Parimenti, è possibile riscontrare esempi di co-progettazione nell’ambito della quale gli operatori risultano ammessi a un sistema dinamico di acquisizione, che, quindi, rappresenta l’esito di una procedura selettiva finalizzata a valutare il progetto che presenta la migliore qualità.

Le formule sopra richiamate hanno il pregio di dimostrare che il “sistema appalti”, così come disegnato dalle Direttive europee del 2014 e, anche attraverso diverse modifiche e integrazioni, peraltro in progress, versate nel Codice dei contratti pubblici, presenta un grado apprezzabile di duttilità e flessibilità, in specie in funzione di ricercare quelle soluzioni gestionali che siano in grado di rispondere in modo più efficace ed efficiente ai bisogni socio-sanitari dei cittadini. L’innovatività delle formule impiegate dalle pubbliche amministrazioni, in particolare, se orientate a favorire una maggiore coesione e inclusione sociale delle persone più fragili, risultano coerenti con l’impianto normativo europolitano e nazionale, i cui obiettivi ultimi sono proprio quelli di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni e la loro effettiva esigibilità.

Cionondimeno, si ritiene che procedure ad evidenza pubblica di natura concorrenziale e istituti giuridici cooperativi di cui al Codice del Terzo settore rimangano e debbano rimanere distinti. La distinzione è stata ribadita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020, dal d.l. “Semplificazioni” (legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha convertito in legge il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76), nonché da ultimo dal d.m. n. 72/2021, che ha approvato le linee guida in materia di co-progettazione, co-programmazione e accreditamento.

Detta distinzione deve essere mantenuta anche (e soprattutto) negli avvisi e nei bandi di gara per non ingenerare dubbi o equivoci circa la procedura attivata, poiché gli enti del terzo settore devono conoscere ex ante e con chiarezza il “terreno di gioco” nel quale e sul quale sono chiamati a giocare la loro partita.

E’ chiaro che, forse, la distinzione tra prestazioni richieste dalle stazioni appaltanti e attività, interventi e progetti, oggetto delle procedure di co-progettazione è andata nel tempo sfumando, anche in considerazione del fatto che, nello specifico dei servizi socio-sanitari, prestazioni, servizi, interventi e progettualità sono spesso aggregabili e riconducibili ad un’unica gamma di attività che gli enti del terzo settore si impegnano a realizzare.

Tuttavia, non può revocarsi in dubbio che le prestazioni, in particolare quelle “predeterminate”, quali ad esempio, la gestione di una casa protetta, di una casa per anziani, di un centro diurno et similia, richiedano alle pubbliche amministrazioni di effettuare delle valutazioni economico-finanziarie, a seguito delle quali – come nei casi sopra richiamati – discende la volontà di selezionare gli operatori economici in grado di assicurare l'erogazione di quelle prestazioni.

In questa prospettiva, per quanto le procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva possano prevedere modalità di “ingaggio” degli operatori più avanzate rispetto a quanto avveniva in passato, esse rimangono ancorate alla realizzazione dell'obiettivo che l'ordinamento giuridico assegna alle medesime. Le pubbliche amministrazioni agiscono in qualità di stazioni appaltanti, che, chiamate ad esternalizzare taluni servizi (nello specifico, per quanto di interesse in questa sede, i servizi socio-sanitari), devono selezionare un soggetto erogatore/prestatore, al quale, a fronte del servizio/prestazione resi, deve essere riconosciuto un corrispettivo adeguato. Le procedure competitive, pertanto, “tratto inconfondibile” delle dinamiche di mercato, funzionali a realizzare il principio eurounitario della libertà di concorrenza, che postula, necessariamente, il confronto selettivo tra più operatori economici sulla base di criteri di valutazione di natura economica.

Per contro, così come ribadito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, l'istituto giuridico della co-progettazione è finalizzato a delineare il quadro di azione nell'ambito del quale pubbliche amministrazioni e soggetti non profit condividono la definizione, ed eventualmente, la realizzazione dei progetti e degli interventi specifici da realizzare, anche con riferimento agli strumenti di co-programmazione. Nella co-progettazione, la pubblica amministrazione agisce in qualità di ente procedente, i progetti possono essere presentati da più soggetti giuridici (non profit), i quali potrebbero anche essere i soggetti attuatori dei medesimi progetti e la selezione avviene sulla base di criteri esclusivamente qualitativi. Quest'ultimo aspetto, in particolare, si differenzia da quanto previsto dall'art. 95, comma 7 del Codice dei contratti pubblici, poiché, ancorché l'intenzione della stazione appaltante, in questo caso specifico, può essere quello di valorizzare gli elementi tecnici dell'offerta, le pubbliche amministrazioni debbono pur sempre fissare un prezzo.

Alla luce delle riflessioni che precedono, si ritiene utile mantenere e rispettare i “due mondi paralleli” della concorrenza e della collaborazione: una loro ibridazione, ancorché comprensibile nell'ottica di integrare elementi e requisiti che potrebbero rafforzare le procedure di affidamento in taluni comparti di servizi alla persona, rischierebbe tuttavia di

ingenerare incertezze interpretative e forse anche una eccessiva “neutralizzazione” delle diverse tipologie giuridiche soggettive.

6. Riflessioni conclusive: gli ETS e le procedure amministrative di affidamento dei servizi alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea

Il diritto dell’Unione europea permea il diritto nazionale, in specie, per quanto attiene al principio di concorrenza, che costituisce un “obiettivo” specifico dell’azione comunitaria. L’Unione europea ha perseguito l’obiettivo sopra richiamato attraverso tre strumenti: la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali; la disciplina della concorrenza; la limitazione degli aiuti statali alle imprese. Gli Stati membri non possono creare barriere ovvero cercare di impedire la creazione di un mercato comune limitando la circolazione delle merci e dei fattori produttivi, per esempio, attraverso tariffe doganali, oppure introdurre privilegi a favore delle proprie imprese, ed in particolare per le imprese pubbliche, erogando loro aiuti finanziari che rischiano di creare ostacoli all’ingresso di imprese di altri Paesi membri nei mercati nazionali. Con la disciplina della concorrenza non sono compatibili i monopoli o i diritti di esclusiva, in particolare in settori di interesse economico generale, che ricomprendono i servizi pubblici.

Tuttavia, le regole della concorrenza sono state temperate a seguito dell’approvazione del Trattato di Lisbona, che ha introdotto nell’art. 3.3 del Trattato UE la previsione di “un’economia sociale di mercato”, che mira sì all’affermazione della competizione, ma allo stesso tempo è finalizzata a realizzare un obiettivo di piena occupazione e di progresso e coesione sociale. Da ciò consegue che il principio di concorrenza è chiamato a recedere di fronte alla necessità di assicurare il perseguimento di scopi di interesse generale, che possono essere realizzati sia da enti pubblici ovvero da soggetti privati cui gli ordinamenti nazionali affidano una particolare “mission” pubblica.

Le organizzazioni, specie non lucrative, per esplicito dettato normativo, possono quindi godere di un trattamento “derogatorio” non solo rispetto al diritto antitrust, ma anche rispetto alle norme sulla libera circolazione, sugli aiuti di Stato e sui monopoli a carattere commerciale.

L’organizzazione dei servizi sociali, al pari di quella relativa ai servizi sanitari, è affidata alla competenza dei singoli Stati membri: da tale competenza discende che i singoli sistemi giuridici nazionali, in piena autonomia, selezionano i bisogni essenziali che richiedono protezione, attribuiscono agli stessi natura pubblica, nonché predispongono gli assetti

organizzativi idonei al loro soddisfacimento. A questo fine, gli Stati membri possono prevedere istituti giuridici quali l'autorizzazione, l'accreditamento dei soggetti privati o altre procedure diverse da quelle competitive attraverso cui realizzare, in forma concertata e condivisa, progetti ed interventi.

Dalla breve descrizione sopra riportata si evince che i sistemi giuridici nazionali sono chiamati a contemperare due esigenze, che spesso, risultano contrapposte: da un lato, l'esigenza di garantire parità di accesso, libertà di concorrenza e non discriminazione tra operatori economici. Dall'altro, le autorità pubbliche, essendo in tal senso legittimate dal diritto eurunitario, avvertono, in taluni contesti culturali, economici e sociali, l'esigenza sia di circoscrivere la platea dei soggetti giuridici con cui collaborare sia di adottare procedure non basate sulla contendibilità dell'offerta.

È in questo contesto che deve collocarsi l'attività interpretativa della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale – come è noto – dovendo garantire l'osservanza da parte degli Stati membri del diritto dell'Unione, è chiamata a verificare, tra l'altro, se deroghe e limitazioni al principio di concorrenza introdotte dagli Stati membri possano appunto considerarsi compatibili con il diritto unionale.

Tralasciando in questa sede le pronunce che riguardano il trasporto sanitario di emergenza e urgenza, che per complessità e delicatezza, richiedono un trattamento dedicato, di seguito si intendono richiamare due pronunce che attengono ai servizi sociali nello specifico. L'una risale al 2013, e costituisce una sorta di leading case nella materia e l'altra, istruita nel marzo 2022 dall'opinione dell'avvocato generale. Nel primo caso (sentenza dell'11 luglio 2013, C-57/12, sezione I), la Corte UE è stata adita per valutare se taluni servizi sociali e sociosanitari erogati in Belgio potevano risultare esclusi dall'applicazione della Direttiva 123/2006 sul mercato interno, che ha sancito e confermato il principio di concorrenza per tutti i servizi, esclusi appunto i servizi sociali e i servizi sanitari. La Corte UE ha ribadito:

1. l'esclusione dei servizi sociali e sanitari dall'applicazione della Direttiva 123/2006;
2. gli Stati membri rimangono i soli competenti ad organizzare i propri servizi sociali e sanitari.

In questo contesto, la Corte Ue ha confermato che gli enti pubblici possono raccordarsi con gli enti non profit attraverso formule diverse dalle procedure competitive, ricorrendo, segnatamente, all'istituto di accreditamento, inteso quale istituto autorizzatorio/concessorio che stabilisce un munus pubblico in capo alle organizzazioni non profit, che in particolare sono chiamate ad erogare servizi sociosanitari.

L'altro pronunciamento, molto più recente, è dell'Avvocato generale Laila Medina del 3 febbraio 2022, n. C-436/20 e riguarda una domanda di rinvio pregiudiziale presentata da un tribunale spagnolo relativa alla compatibilità con il diritto europeo di una norma che esclude gli enti che perseguono scopi di lucro dalla conclusione di accordi di amministrazione condivisa previsti da una Comunità autonoma spagnola. Si tratta di "materia" molto complessa, considerato che la Corte è chiamata a definire il rapporto tra attività economiche e questioni sociali, nonché tra diritto dell'Unione e diritto nazionale. In apertura delle proprie conclusioni, l'avvocato generale richiama l'avvocato generale Tesouro, il quale, oltre 20 anni fa, sottolineava il fatto che il settore previdenziale non costituisce "un'isola impermeabile all'influenza del diritto [dell'Unione]". L'avvocato generale Medina conferma quanto sostenuto dal prof. Tesouro, ribadendo che "[c]iò era vero allora e lo è, a maggior ragione, oggi. Sebbene gli Stati membri restino autonomi per quanto riguarda l'organizzazione dei loro sistemi di previdenza sociale, tale autonomia non osta all'applicazione delle libertà fondamentali previste dai Trattati, delle quali le norme relative agli appalti pubblici costituiscono parte integrante". Non si ritiene di poter aderire a questa affermazione, atteso che proprio l'organizzazione dei sistemi di protezione sociale possono involgere l'esigenza di attivare percorsi collaborativi diversi da quelli previsti dalla Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici.

In questo senso, è opportuno segnalare che l'avvocato generale ha ritenuto che la Direttiva sugli appalti pubblici si applica indipendentemente dal "modo in cui gli Stati membri scelgono gli enti aggiudicatari, bensì dall'oggetto principale degli appalti." I quali rimangono "a titolo oneroso", anche se è previsto il solo rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto. L'avvocato generale individua il carattere sinallagmatico di un contratto pubblico nella creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per entrambe le parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale. Avuto riguardo alla legge spagnola di cui si discute, l'avvocato generale ha sostenuto che "gli accordi di azione concertata creano obblighi in capo agli enti erogatori dei servizi di cui trattasi". L'avvocato generale ritiene altresì neutrale lo scopo delle organizzazioni nel senso che l'assenza di finalità lucrativa risulta irrilevante ai fini dell'accertamento dell'esistenza dell'onerosità. Parimenti, l'avvocato generale ritiene irrilevante la circostanza che gli utenti possano non pagare il servizio erogato. A ciò si aggiunga che, ancorché l'attività sia svolta senza scopo di lucro, l'avvocato generale – peraltro, in linea con precedenti pronunce della Corte UE sul punto – ha riconosciuto che non sia possibile escludere che l'attività possa essere qualificata come attività economica.

Dopo queste segnalazioni, tuttavia, l'avvocato generale riconosce che, nel caso di specie, esiste "un quid pro quo" poiché, da un lato, gli enti erogano i singoli servizi sociali alle condizioni definite dall'amministrazione pubblica e, dall'altro, tali enti percepiscono una remunerazione in forma di rimborso spese da parte dell'amministrazione pubblica. Una siffatta circostanza, considerando il contesto nazionale italiano, porterebbe a supporre, comunque, una "riserva" legittima a favore degli enti non profit, che operano su "mandato" (cfr. sentenza della Corte UE C-57/12 sopra richiamata) degli enti pubblici a fronte di un mero rimborso delle spese sostenute. In ciò ritenendo la finalizzazione degli accordi al perseguimento di uno scopo di solidarietà. Anche su questo aspetto, tuttavia, l'avvocato generale dissente, sostenendo "che il mero fatto che tali accordi siano fondati sul principio di solidarietà non significa che questi ultimi debbano essere esclusi dalla nozione di appalto pubblico ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, n. 5), della direttiva 2014/24." Lungo questo reasoning, l'avvocato generale della Corte UE – invero – ritiene che, in una dimensione concorrenziale, "si potrebbe sostenere che gli enti con scopi di lucro possono fornire servizi di qualità elevata a un costo inferiore e, pertanto, sono in grado di perseguire" gli obiettivi sociali perseguiti dagli enti pubblici. Per converso, lo stesso avvocato generale sostiene, tuttavia, che si potrebbe anche sostenere che siano gli enti senza scopo di lucro a possedere una dimensione sociale maggiore rispetto agli enti che perseguono scopi di lucro e che, pertanto, risultino più adatti al perseguimento di tali obiettivi.

Forse è proprio in quest'ultimo passaggio che è possibile rintracciare la "chiave interpretativa" fornita dall'avvocato generale alla questione sottoposta alla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea. Le autorità pubbliche degli Stati membri possono legittimamente escludere dagli accordi collaborativi gli enti che perseguono scopi di lucro, a condizione che l'esclusione in parola "contribuisc[a] a garantire gli obiettivi di politica sociale e di occupazione perseguiti da [tale disposizione]".

In conclusione, l'avvocato generale suggerisce alla Corte, che dovrà adottare la decisione finale in merito alla questione sollevata dal giudice spagnolo, di confermare la compatibilità tra le previsioni di cui alla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e una normativa nazionale che consente a un'amministrazione pubblica di aggiudicare, senza attenersi ai requisiti procedurali imposti dal diritto dell'Unione, un appalto pubblico in forza del quale tale amministrazione affida unicamente ad enti senza scopo di lucro l'erogazione di determinati servizi sociali in cambio del rimborso delle spese sostenute da tali enti, purché tale normativa rispetti i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Se, da un lato, le conclusioni dell'avvocato generale in argomento evidenziano la difficoltà di riportare i servizi sociali e gli organismi non lucrativi nei meccanismi e nelle procedure previste per il resto dei servizi e delle imprese commerciali, dall'altro, riconduce gli accordi di amministrazione condivisa nello schema degli appalti pubblici. Riteniamo che sia proprio questo il *punctum dolens* dell'interpretazione eurounitaria, in considerazione del fatto che, anche concedendo che si possa trattare di attività economica, che le organizzazioni non profit siano operatori economici ai fini dell'inquadramento eurounitario, che gli accordi di amministrazione condivisa prevedono obblighi per le parti, che il rimborso delle spese possa considerarsi alla stregua di un *sinallagma*, rimane pur sempre decisiva la motivazione secondo la quale ovvero per la quale (causa) che spinge le pubbliche amministrazioni a valorizzare l'apporto degli enti non profit. Come sostenuto dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni (par. 104), la *conditio sine qua non* per legittimare l'esclusione dei soggetti privati a scopo di lucro risiede nella realizzazione di obiettivi di coesione sociale e occupazione. A ciò dovremmo – considerando la normativa italiana in materia di co-progettazione e di convenzioni – aggiungere che proprio in ragione dello specifico ruolo e delle peculiari funzioni pubbliche assegnate agli enti non profit (così come ribadito nella sentenza C-57/12), l'ordinamento giuridico può legittimare il ricorso a procedure amministrative diverse da quelle previste nella Direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici.

Provando ad “applicare” le conclusioni dell'Avvocato generale al contesto giuridico italiano, si potrebbero isolare due distinte questioni relativamente alla “specialità” dei principi di amministrazione condivisa. Da ciò discenderebbe la scelta di utilizzare istituti distinti da quelli della concorrenza, che, pertanto, in ottica europea, sembrerebbero trovare una specifica giustificazione, poiché coinvolgono non tutti gli operatori economici, ma soltanto quelli appartenenti al Terzo settore e poiché questi ultimi si rapportano con le amministrazioni pubbliche in forma collaborativa e non competitiva.

In assenza di un “diritto del terzo settore europeo” e di una previsione nei Trattati simile al precetto costituzionale di cui all'art. 118, comma 4, la prima questione è affrontata in modo residuale e “speciale”, nel senso che i servizi sociali e sociosanitari sono sì considerati “diversi”, ma in termini “derogatori”. In modo particolare, la deroga si riferisce alla modalità “classica” di affidare i servizi, che è quella rappresentata dalle logiche di mercato, che – come si evince dalle conclusioni dell'avvocato generale in argomento – possono essere “contradette” soltanto in presenza del risparmio offerto dall'azione degli enti non profit.

Sulla seconda questione, teoricamente, ci potrebbe essere maggiore apertura, se si pone a mente che anche alcuni istituti giuridici delle direttive europee, trasposti nel Codice degli

appalti, implicano forme più dialogiche tra operatori economici ed enti pubblici rispetto alla competizione, ancorché si tratti più di “incursioni” in un quadro giuridico disegnato per altri fini.

In ultima analisi, in attesa della sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, possiamo accogliere con un cauto (molto) ottimismo l’apprezzamento dell’amministrazione condivisa, con la consapevolezza che il cammino verso un pieno riconoscimento di questa modalità alternativa alle logiche competitive sia ancora lungo.