

La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive

Alessandra Serenella Albanese

Il conflitto fra solidarietà e concorrenza caratterizza da tempo il dibattito sulla collaborazione fra p.a. e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali, evidenziando una tensione fra i principi costituzionali posti alla base dello Stato sociale e quelli del diritto dell'UE sulla tutela della concorrenza. L'adozione nel 2016 del Codice dei contratti pubblici, che disciplina gli appalti di servizi sociali, e un anno dopo, del Codice del terzo settore, che delinea il diverso modello di tipo solidaristico dell'amministrazione condivisa, ha accentuato tale tensione, ponendo tuttavia il problema del suo superamento e del coordinamento fra i due testi normativi. Il saggio ripercorre il dibattito sviluppatosi sul tema, per trarre un primo bilancio e individuare le prospettive future della relazione fra p.a. e terzo settore.

1. Il settore dei servizi sociali come laboratorio normativo e sostrato per le norme del Codice del terzo settore

Il Codice del terzo settore (CTS), adottato con il d.lgs. n. 117/2017, ha introdotto una delle più importanti riforme dell'ultimo decennio, che ha dato sistematicità e ordine ad un ambito – quello delle attività di interesse generale svolta da soggetti privati senza fine di lucro – divenuto sempre più esteso quanto ai settori di intervento e sempre più variegato quanto alle modalità organizzative.

La finalità della riforma, dichiarata fin dalla legge delega¹, era quella di dare un'attuazione organica al principio di sussidiarietà previsto dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

¹ L. n. 106/2016, Delega al Governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale.

Il Codice ha perseguito tale obiettivo innanzitutto tracciando il perimetro soggettivo del terzo settore (TS), attraverso la puntuale definizione delle caratteristiche delle diverse tipologie di soggetti non profit destinatari delle misure di sostegno e promozione volte a sviluppare e a «favorire» l'iniziativa di tipo solidaristico dei «cittadini singoli o associati» per la cura dell'interesse generale, individuando in tal modo un numero chiuso di enti del terzo settore (ETS)².

In secondo luogo, il CTS ha predisposto un sistema di verifiche e controlli volti a garantire la sussistenza e la permanenza dei requisiti previsti per assicurare l'effettività della natura non lucrativa degli enti stessi³ ed ha dettato le regole fondamentali del rapporto di collaborazione fra gli ETS settore e gli enti pubblici, delineando gli strumenti giuridici attraverso i quali si realizza il principio di sussidiarietà.

Proprio quest'ultimo profilo costituisce l'oggetto dell'analisi che segue, che si pone l'obiettivo di indagare sull'impatto prodotto nel settore dei servizi sociali dalla disciplina del Codice. I servizi sociali, infatti, costituiscono il terreno in cui l'attività solidaristica organizzata è nata, fin da tempi molto remoti, e nel quale si sono sviluppate le principali modalità di rapporto fra i soggetti non profit e le pubbliche amministrazioni.

Pertanto, verranno esaminati i principali problemi posti dall'attuazione della riforma, per tracciarne l'evoluzione e per riflettere sulle prospettive che si vanno delineando nella relazione fra pubbliche amministrazioni ed ETS.

Al rapporto fra enti pubblici ed ETS il d.lgs. n. 117/2017 dedica il titolo VII, che si compone di soli tre articoli.

Il primo di questi, l'art. 55, delinea il paradigma generale di quello che ormai è noto come il modello dell'«amministrazione condivisa»⁴. L'articolo

² Art. 4 CTS.

³ Sul complesso sistema di disciplina del TS delineato dal Codice cfr. P. MICHARA, *L'ordinamento giuridico del Terzo settore: profili pubblicistici*, in *Munus, Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici*, 2019, p. 457, nonché P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, Il Mulino, 2021, seconda edizione.

⁴ L'espressione è stata icasticamente coniata da G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, p. 29 ed è stata efficacemente utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020, con riferimento al paradigma del rapporto fra p.a. e terzo settore dettato dall'art. 55 CTS. Sul tema si veda an-

prevede infatti che il «coinvolgimento attivo» degli ETS debba costituire il *modus agendi* delle p.a. in tutti gli ambiti in cui essi operano per la cura dell'interesse generale (come definito dall'art. 5) ed indica come strumenti per realizzarlo la co-programmazione e la co-progettazione, di cui disciplina le finalità e le caratteristiche essenziali.

È importante notare come la norma elenchi puntualmente i principi cui deve ispirarsi la collaborazione fra p.a. e terzo settore, mutuandoli, oltre che dalla Costituzione e dalla l. n. 241/1990, anche dalle leggi n. 328/2000, legge quadro sui servizi sociali (art. 1), e n. 59/1997 (art. 4), che hanno disciplinato i modi di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, prima ancora della sua introduzione nel testo costituzionale⁵. Alla luce della formulazione dell'art. 55 CTS, peraltro, il coinvolgimento attivo degli ETS nell'esercizio delle funzioni di programmazione e organizzazione degli interventi e dei servizi di interesse generale si configura come una doverosa applicazione di tali principi, cui le amministrazioni pubbliche devono attenersi per il migliore raggiungimento dei propri obiettivi.

I due articoli successivi del CTS sono invece dedicati, rispettivamente, il primo (art. 56) alla disciplina delle convenzioni per l'affidamento dei servizi sociali e il secondo (art. 57) più specificamente al trasporto sanitario di urgenza ed emergenza.

Sebbene soltanto queste ultime due norme riguardino in modo specifico i servizi sociali (da intendersi non nell'accezione ristretta di «servizi di assistenza sociale», bensì secondo quella più ampia, propria del diritto unionale⁶), si può agevolmente rilevare come anche la disciplina di portata più generale dettata dall'art. 55 del Codice sia largamente tributaria delle esperienze normative, giurisprudenziali e amministrative sviluppatesi nell'ambito di tale tipologia di servizi, in cui la collaborazione tra enti

che il volume di G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

⁵ L'art. 55 del CTS definisce il coinvolgimento degli ETS come modalità di attuazione dei «principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare».

⁶ Come definiti dalla Commissione UE nella Comunicazione del 2006 (COM-2006-177 definitivo); cfr. A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, OdV e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *non profit*, 3, 2017, p. 181.

pubblici e soggetti non profit, anche nelle forme della co-programmazione e della co-progettazione, è nata ed è più profondamente radicata⁷. L'art. 55 CTS, in coerenza con tali precedenti, sottolinea il collegamento fra la co-progettazione degli interventi da realizzare e la precedente fase della co-programmazione, finalizzata «alla individuazione dei bisogni da soddisfare e degli interventi a tal fine necessari»⁸. La disposizione chiarisce inoltre che la co-progettazione deve avvenire «previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso».

La pre-definizione degli elementi indicati apre la strada alla co-definizione delle modalità di attuazione e realizzazione del progetto di intervento con gli ETS coinvolti, che tuttavia lascia intatta la titolarità della funzione e la responsabilità dell'amministrazione – non casualmente chiamata procedente dal IV comma dell'articolo in esame – in relazione alle scelte relative ai bisogni da soddisfare e alle modalità della loro realizzazione. Infatti, la sussidiarietà orizzontale delineata dall'art. 118 Cost. non implica affatto l'abdicazione degli enti pubblici all'esercizio delle proprie competenze a favore degli enti non profit, né modifica o ridimensiona il ruolo costituzionale degli enti pubblici quali soggetti che, in quanto legittimati democraticamente, sono chiamati ad individuare il modo migliore per attuare gli interessi pubblici, normativamente definiti. La norma costituzionale non stabilisce una linea di confine, né prevede un'alternativa, fra attività privata e attività pubblica per la realizzazione degli interessi generali; indica piuttosto alle p.a. la strada della collaborazione, della cooperazione e del sostegno all'«autonoma iniziativa dei cittadini sin-

⁷ Il paradigma del «coinvolgimento attivo» dei soggetti non profit nell'attività delle amministrazioni pubbliche, fondato sul principio di sussidiarietà, è stato anticipato infatti legge quadro n. 328/2000 sui servizi sociali che, pur non menzionando esplicitamente la co-programmazione, aveva previsto la creazione di un sistema di erogazione dei servizi sociali fondato sul metodo della programmazione-partecipata dai soggetti del TS «attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi». Anche la co-progettazione è nata nel settore dei servizi sociali e ha trovato la sua prima disciplina nel principale atto di attuazione della citata legge quadro del 2000, il DPCM 20 marzo 2001, che tuttavia (a differenza dal CTS) ne limitava l'applicazione ai soli «progetti sperimentali ed innovativi».

⁸ Sul rapporto fra co-programmazione e co-progettazione cfr. E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *non profit*, 3, 2017, p. 157ss; dello stesso Autore, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, p. 173.

goli o associati», che deve essere favorita, in chiave sussidiaria, grazie alla convergenza dell'azione pubblica e di quella privata nelle attività di interesse generale. È proprio quest'ultimo l'obiettivo che l'art. 55 ha inteso realizzare⁹.

L'art. 55 CTS prevede inoltre che la p.a. debba indicare preventivamente i criteri e le modalità per l'individuazione degli ETS con cui intende instaurare rapporti di partenariato, mostrando un evidente sfavore per le prassi, diffuse in passato, fondate su consuetudini collaborative che portano le p.a. ad agire in modo inerziale, privandole di potenziali apporti progettuali innovativi e non assicurando pienamente né l'imparzialità, né, presumibilmente, l'efficacia nel perseguimento degli obiettivi di interesse generale.

L'art. 55 dispone che le p.a. possano stabilire rapporti di partenariato con gli ETS anche mediante «forme di accreditamento». Quest'ultimo, tuttavia, viene solo menzionato, ma la norma non offre alcuna indicazione sulla sua disciplina. Si tratta peraltro di un istituto multiforme, la cui definizione ha creato non pochi problemi anche per le diverse conformazioni dategli dalla legislazione regionale. In questo lavoro non sarà oggetto di analisi, sia per la specificità delle questioni che pone, sia per l'assenza di indicazioni sulla sua configurazione da parte del CTS, sul cui testo si intende invece concentrare l'attenzione.

Mentre l'art. 55 si riferisce a tutte le attività di interesse generale svolte dagli ETS, gli artt. 56 e 57 del titolo VII del CTS riguardano invece specificamente i servizi sociali. Il primo disciplina le convenzioni che le pubbliche amministrazioni possono stipulare con le organizzazioni di volontariato (OdV) o con le associazioni di promozione sociale (APS) per il loro affidamento; il secondo si occupa, in particolare, dell'affidamento, riservato alle sole OdV, del trasporto sanitario di emergenza in ambulanza. A differenza dall'art. 55, che non opera alcuna delimitazione di tipo soggettivo e pertanto si riferisce ad ogni tipologia di ETS disciplinata dal

⁹ Come è stato sottolineato, gli strumenti delineati dal CTS implicano la condivisione delle modalità di svolgimento della funzione, non della funzione in sé: così F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale Scientifica, p. 78. Sul tema cfr. anche S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali, una complessa strada ancora da percorrere*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2021, p. 83.

CTS, gli articoli 56 e 57 restringono l'ambito dei rapporti convenzionali ai soli soggetti non profit in essi indicati.

Come già l'articolo precedente, anche l'art. 56 dispone che l'individuazione delle OdV e delle APS con cui stipulare le convenzioni debba avvenire nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative a loro riservate, indicando gli specifici criteri da applicare.

Alla luce delle tormentate vicende giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'affidamento dei servizi sociali, si può ritenere che gli art. 56 e 57 abbiano in primo luogo l'intento di distinguere la funzione e la natura giuridica delle convenzioni da quella degli appalti di servizi sociali disciplinati dal Codice dei contratti pubblici (CCP), emanato dal d.lgs. n. 50/2016 per recepire la direttiva UE n. 24/2014.

Le convenzioni, infatti, costituiscono lo strumento giuridico più tradizionale della relazione fra enti pubblici e soggetti non profit¹⁰, ma anche, ormai da molto tempo, il più controverso. L'evoluzione del diritto UE, negli ultimi due decenni, ha progressivamente portato l'attività di erogazione dei servizi sociali dalla sfera dell'indifferenza per il mercato e dell'esclusiva competenza degli Stati membri per le scelte relative alla loro regolamentazione, a quella delle attività (almeno potenzialmente) economiche, tendenzialmente soggette alle regole del diritto unionale, poste a tutela della concorrenza¹¹. Tale mutamento ha messo in discussione la conformità con il diritto dell'UE delle prassi di affidamento diretto dei servizi sociali tramite convenzione alle OdV senza l'espletamento di procedure di gara – prassi fondate sulla loro vocazione solidaristica di tali organizzazioni e sulla gratuità della loro attività – ed ha provocato un cospicuo contenzioso dinanzi alla CGUE, relativo soprattutto ai servizi di trasporto sanitario in ambulanza¹².

¹⁰ Fin dalle leggi n. 266/1991 sul volontariato (art. 7) e 381/1991 sulle cooperative sociali (art. 5).

¹¹ I servizi sociali sono entrati nella sfera di interesse dell'U.E., per la loro progressiva apertura a forme regolate di concorrenza, all'inizio degli anni 2000; la Comunicazione della Commissione sui servizi sociali di interesse generale COM-2006-177 def., del 2006, li ha qualificati come tutti (almeno potenzialmente) economici.

¹²Fra le pronunce più rilevanti: Corte giust. CE, 25 ottobre 2001, C-475/99 *Ambulanz Glöckner*; Corte giust. CE 29 novembre 2007, C-119/06 *Commissione/Italia-Regione Toscana*, su cui A. Ai-

La giurisprudenza della CGUE, da un lato, ha affermato l'irrilevanza della natura non profit dei soggetti affidatari dei servizi ai fini dell'applicazione delle regole pro-concorrenziali, quando essi svolgono attività considerate economiche; dall'altro ha posto l'accento sulla natura dei rimborsi percepiti dalle OdV per le spese sostenute per erogare le prestazioni, qualificandoli come corrispettivi ed equiparando le convenzioni ai contratti di appalto¹³.

La Corte di giustizia, tuttavia, ha operato un significativo cambio di direzione rispetto alla giurisprudenza precedente, intorno alla metà del decennio scorso, con due sentenze, Spezzino (2014) e CASTA (2016)¹⁴, che hanno decisamente ridimensionato la portata dell'applicazione del principio concorrenziale all'affidamento di servizi sociali alle OdV, manifestando un orientamento più incline a trovare un punto di equilibrio fra quest'ultimo e quello di solidarietà. Infatti, nelle pronunce richiamate, la CGUE ha chiarito che il principio di solidarietà è rilevante anche per il diritto dell'UE, evidenziando come la scelta di uno Stato di organizza-

BANESE, *L'affidamento di servizi sociosanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1453; Corte giust. CE 18 dicembre 2007, C-532/03 Commissione/Irlanda, con nota di R. CARANTÀ, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. app.*, 3/2008, 300ss.; Corte giust. CE 29 aprile 2010, C-160/08, Commissione/Repubblica Federale di Germania; Corte giust. CE 10 marzo 2011, C-274/09 Privater Rettungsdienst.

¹³ La possibilità che i rimborsi corrisposti alle OdV celino forme surrettizie di corrispettivo è stata evidenziata dalla sentenza della CGUE, C-119/06, Commissione c. Regione Toscana, che ha dichiarato illegittimi i rimborsi forfetari e onerose le relative prestazioni; la questione dell'onerosità a fronte dei rimborsi si è riproposta successivamente, in un caso estraneo sia al settore dei servizi sociali che all'attività delle OdV, C. giust. Ue, 19 dicembre 2012, C-159/11 Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce e altri, in cui la CGUE ha affermato che anche a fronte del rimborso delle spese effettivamente sostenute un contratto va considerato oneroso, e quindi qualificato come appalto, poiché comporta un esborso di denaro. Tale principio è stato successivamente applicato anche all'affidamento di servizi in ambito sociale.

¹⁴ Corte giust. UE, 11 dicembre 2014, C-113/13 ASL n. 5 Spezzino e C. giust. Ue, 28 gennaio 2016, C 50/14 Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA); le decisioni sono entrambe relative a vicende precedenti all'entrata in vigore delle direttive 23, 24 e 25/2014, ma successive alla loro adozione. Su tali pronunce v. A. ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 1, 2012, p. 115; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 4 maggio 2016; E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi alla persona nell'ordinamento interno e in quello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1113; C. TAMBURINI, *Le convenzioni con il volontariato e l'associazionismo*, in <https://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/autori/claudio-tamburini->

re i servizi sociali su basi solidaristiche possa legittimamente portare a «derogare» all'applicazione del principio di concorrenza e a valorizzare il ruolo dei soggetti non profit, a condizione che la loro attività «contribuisca effettivamente alle finalità sociali e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio» e quindi sia funzionale al raggiungimento degli obiettivi di universalità e di adeguatezza dei servizi stessi. La Corte UE, tuttavia, ha precisato che a tal fine è necessario che tali soggetti «non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati», che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni «a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri».

I principi appena richiamati hanno trovato successiva conferma anche nella direttiva europea n. 24/2014. Quest'ultima, da un lato, ha per la prima volta disciplinato gli appalti di servizi sociali, così sancendone definitivamente la rilevanza economica, pur prevedendo per il loro affidamento un regime alleggerito, in ragione delle loro specificità¹⁵; dall'altro, ha espressamente riconosciuto agli Stati membri la libertà di organizzare tali servizi «anche attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici» e di sceglierne i fornitori nel modo che ritengono più adeguato (considerando n. 114).

Inoltre, il considerando n. 28 della direttiva stessa ha escluso dal proprio ambito di applicazione alcune categorie di servizi, fra i quali quelli di quelli di emergenza, laddove essi vengano erogati da soggetti senza scopo di lucro, motivando tale specifica esclusione (regolata più in dettaglio dall'art. 10 lettera h) con l'intento di salvaguardare le peculiari caratteristiche degli enti non profit e di non snaturarne la funzione.

Alla luce delle vicende sia pur schematicamente ricostruite, è facile comprendere come il legislatore delegato nel 2017 abbia colto l'occasione della riforma del terzo settore per fare chiarezza sui profili più critici del rapporto fra enti pubblici ed enti senza fini di lucro, che sono stati oggetto delle molteplici controversie decise dalla CGUE e, conseguentemente, dal giudice amministrativo nazionale. Non è pertanto casuale che gli articoli 56 e 57 CTS richiamino quasi letteralmente il testo delle

¹⁵Art. 74 -77 della direttiva.

sentenze Spezzino e CASTA, che hanno precisato le ragioni e le condizioni che consentono di sottrarre le convenzioni per l'affidamento di servizi sociali all'applicazione delle direttive sugli appalti, quando tali servizi vengano erogati da soggetti senza fini di lucro.

Sebbene nessuno dei due articoli citati contenga disposizioni di raccordo con il CCP del 2016, la puntuale disciplina dei rimborsi che possono essere corrisposti alle OdV e alle APS, dettata dall'art. 56, rende manifesta la finalità di riportare le convenzioni ai parametri indicati dal giudice europeo e di distinguerle dai contratti di appalto, escludendo che le prestazioni affidate tramite convenzione vengano erogate a fronte di un corrispettivo, elemento che invece caratterizza, appunto, i contratti di appalto.

Per altro verso, anche l'art. 57 CTS sull'affidamento del trasporto sanitario di emergenza si ricollega chiaramente alle due pronunce citate, nel prevedere che l'espletamento di tale servizio da parte delle OdV si debba inserire «in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza».

Gli art. 56 e 57 CTS si collocano, pertanto, nell'alveo degli orientamenti giurisprudenziali e normativi emersi nel diritto dell'UE: attraverso la loro disciplina il legislatore delegato del 2017 ha utilizzato proprio quello spazio di regolamentazione lasciato agli Stati in materia di servizi sociali dalla direttiva n. 24/2014¹⁶, spazio normativo che non era stato invece impiegato al momento della elaborazione del CCP¹⁷.

In definitiva, il *background* del titolo VII del CTS, pienamente leggibile nella trama di tutti i suoi articoli, è il frutto della storia dei rapporti fra p.a. ed enti non profit, per come essa si è sviluppata in relazione ai servizi sociali.

¹⁶Cfr. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus, Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici*, 1, 2019, p. 178.

¹⁷La disciplina del CCP, soprattutto prima del d.lgs. correttivo del 19 aprile 2017, n. 56, è stata pedissequamente riproduttiva della direttiva. Sul punto cfr. D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, p. 170; M. DEL SIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2018, p. 587; A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 8 giugno 2018.

Ciò, tuttavia, non significa affatto che la riforma sia stata priva di portata innovativa in tale settore di attività: essa, infatti, ha introdotto degli elementi di chiarezza indispensabili per superare le enormi incertezze determinate proprio in tale ambito dall'evoluzione precedentemente descritta, che condizionavano pesantemente sia le scelte degli apparati amministrativi, che l'attività degli enti non profit.

Le norme del titolo VII del CTS, infatti, hanno inteso delineare un paradigma di rapporto fra p.a. ed ETS caratterizzato dalla dimensione solidaristica, diverso e alternativo rispetto a quello concorrenziale, regolato dalle norme sugli appalti di servizi sociali introdotte dal CCP. Il CTS, in altri termini, pur nella consapevolezza del necessario rispetto del diritto dell'Unione Europea e della necessità che le regole che esso prevede non vengano eluse, ha posto le basi per affrancare il rapporto di collaborazione sussidiaria fra p.a. e TS dalla polarizzazione verso le regole dell'economia di mercato e dalla (talvolta esasperata) conflittualità fra solidarietà e concorrenza che questa ha determinato – soprattutto in relazione ai servizi alla persona – nel corso degli ultimi decenni.

Come si vedrà, l'applicazione delle norme in esame nel settore dei servizi sociali mostra come la «riscrittura» operata dalla riforma del terzo settore non sia riuscita a raggiungere pienamente gli obiettivi di chiarificazione che si era proposta, né a comporre definitivamente le tensioni fra modello solidaristico/sussidiario e modello concorrenziale dei rapporti fra p.a. e terzo settore. I cinque anni intercorsi dall'emanazione del d.lgs. 117/2017, infatti, sono stati caratterizzati da un contenzioso intenso, sia in materia di co-progettazione che di convenzioni. Tuttavia, la disciplina dettata dalla riforma ha avuto l'innegabile merito di fare da catalizzatore per un percorso di riflessione non solo teorica, ma anzi dotata di evidenti risvolti applicativi, che ha già prodotto frutti molto significativi. Innanzitutto ha consentito di giungere ad un primo intervento di integrazione normativa del CCP, grazie alle modifiche apportate nel 2020 dal legislatore proprio per coordinarlo con quello del TS¹⁸, sulla scorta del chiarimento fornito dalla Corte costituzionale sulla collocazione della disciplina del titolo VII del Codice TS nel quadro costituzionale ed in quello europeo; inoltre

¹⁸ V. *infra*, nota n. 33.

ha permesso di avviare su basi più certe un processo di definizione, anche da parte degli enti pubblici, delle modalità di collaborazione che intendono instaurare con gli ETS.

Per riflettere sulle prospettive dell'amministrazione condivisa nel settore dei servizi sociali, è necessario quindi ripercorrere le tappe più significative del confronto sull'interpretazione degli art. 55-57 del CTS, sviluppatosi negli ultimi anni attraverso una serrata dialettica a più voci fra le massime istituzioni del nostro ordinamento. Si cercherà, in tal modo di delineare un primo bilancio sull'attuazione del titolo VII del CTS e di mettere in luce le nuove sfide che si affacciano nel sistema delle relazioni collaborative fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni.

2. Le interpretazioni e l'applicazione degli strumenti della collaborazione fra amministrazioni ed enti del terzo settore

2.1 Il parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato

Pochi mesi prima dell'adozione del CCP, l'ANAC aveva ritenuto opportuno adottare delle Linee Guida¹⁹ per fornire agli enti pubblici indicazioni sulle modalità di applicazione della l. n. 328/2000 e del dPCM del 2001, che l'ha attuata, in specie delle norme sulla co-progettazione, sull'accreditamento e sull'affidamento di servizi sociali ai soggetti non profit, al fine di contemperarne le finalità solidaristiche col rispetto delle regole dettate dal diritto UE in materia di concorrenza.

Tuttavia, ad un solo anno di distanza, la diversità dell'approccio fra il CCP, adottato anch'esso nel 2016, e il CTS, emanato nel 2017, ha creato nuovamente una notevole incertezza sulle regole da applicare ai rapporti fra p.a. ed ETS, anche in ragione del perdurante orientamento della giurisprudenza amministrativa – basato su alcune pronunce della CGUE²⁰ e nettamente dissonante con le disposizioni introdotte dalla riforma del TS – a qualificare come appalti le convenzioni stipulate per l'affidamento

¹⁹ Delibera ANAC 20.1. 2016 n. 32, Linee Guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali.

²⁰ Cfr. la nota n. 13. Tuttavia, come già visto nel § precedente, la necessità di applicare le norme sugli appalti a fronte dei meri rimborsi era già stata esclusa fin dal 2014 dalle sentenze della CGUE Spezzino (2014) e CASTA (2016) citate alla nota n. 14.

di servizi sociali e sanitari con le OdV, pur a fronte della corresponsione del mero rimborso delle spese effettivamente sostenute.

Le scelte assunte dagli enti pubblici in sede di affidamento dei servizi sociali agli ETS sono state, quindi, spesso condizionate dal timore di un futuro contenzioso per la possibile violazione del diritto unionale; ciò ha fortemente scoraggiato il ricorso agli istituti disciplinati dal titolo VII del CTS, in assenza di norme di coordinamento con il CCP che rendessero più agevole distinguere gli ambiti di applicazione.

In questo contesto, il Consiglio di Stato in sede consultiva, nel parere n. 2052 del luglio 2018 – richiestogli da ANAC proprio per fare chiarezza sulle modalità di coordinamento fra i due Codici²¹ – ha utilizzato come chiave di lettura delle norme del titolo VII del CTS esclusivamente il criterio della primazia del diritto dell'Unione Europea, considerando quest'ultimo permeato in modo totalizzante dal principio di tutela della concorrenza²².

Il parere, infatti, ha interpretato unicamente alla luce di tale principio gli strumenti giuridici previsti dal Codice per il coinvolgimento degli ETS nelle attività amministrative, riconducendo la «corretta» disciplina, tanto della co-progettazione che delle convenzioni per l'affidamento dei servizi sociali, agli schemi ed alle regole della contrattazione pubblica, dato che entrambe le modalità di rapporto con le p.a. implicano un momento selettivo dei soggetti con cui collaborare. L'unica deroga consentita all'applicazione delle norme pro-concorrenziali di matrice euro-unitaria contenute nel CCP, secondo il parere, riguarda le attività prestate gratuitamente; tuttavia, la nozione di «gratuità» utilizzata dal Consiglio di Stato appare ben più radicale di quella accolta dalle sentenze della

²¹ Il parere era stato richiesto dall'ANAC nella prospettiva dell'aggiornamento delle Linee Guida del 2016, proprio in ragione della presenza di posizioni contrastanti e di dubbi interpretativi sul rapporto fra le due discipline. La bozza di aggiornamento, elaborata dall'ANAC nel 2019, non è mai stata approvata, data la riduzione delle competenze di ANAC relative alla adozione di Linee Guida in ambiti non disciplinati dal CCP.

²² Secondo il parere, dalle finalità stesse «della costruzione europea, tesa alla creazione, estensione, allargamento ed approfondimento di un mercato unico (tale da essere, in prospettiva, mero "mercato interno" unionale)» consegue «la necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di "sacche" sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati».

CGUE Spezzino e CASTA, esaminate precedentemente. Il Consiglio di Stato, infatti – ricollegandosi ad un filone giurisprudenziale della CGUE, originato da tutt'altro tipo di fattispecie rispetto all'erogazione di servizi sociali, precedente alle sentenze ricordate, e motivatamente non applicato in queste ultime²³ – ha considerato gratuite solo le prestazioni erogate «in perdita», equiparando ad un corrispettivo anche il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute e dei costi sopportati per erogare le prestazioni²⁴.

A conclusione dell'interpretazione delle norme del titolo VII del d.lgs. n. 117/2017, il parere del Consiglio di Stato esorta i giudici e le amministrazioni a disapplicare le disposizioni degli art. 55, 56 e 57 «ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto unionale», facendo prevalere «in ogni caso» la disciplina degli appalti e delineando in tal modo un rapporto fra i due Codici nettamente caratterizzato dalla «subordinazione» della disciplina del CTS rispetto a quella del CCP.

Il parere in esame è stato oggetto di molte riflessioni critiche. Ne è stata evidenziata soprattutto la scarsa considerazione delle finalità della riforma del TS e del suo radicamento nei principi costituzionali di solidarietà e sussidiarietà, in base ai quali è possibile configurare anche modalità di rapporto fra p.a. ed enti senza fini di lucro improntate a criteri diversi da quello della libera concorrenza, senza per questo violare il diritto dell'UE, né metterne in discussione la primazia²⁵. Il diritto unionale lascia infatti agli Stati membri ampi spazi di scelta su come organizzare i servizi

²³ Si veda al riguardo la precedente nota n. 14.

²⁴ «Solo la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e con l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale anche se finalizzato al servizio stesso, sarebbero in grado di dimostrare l'oggettiva assenza dell'economicità del rapporto».

²⁵ G. ARENA e.a. *Il diritto del terzo settore preso sul serio*, <https://welforum.it/wp-content/uploads/2019/02/Il-Terzo-settore-preso-sul-serio.pdf>; M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 587 ss.; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 139, S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI, (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p.110.

sociali, ed in particolare quelli alla persona «in ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi»²⁶.

La lettura in chiave solo pro-concorrenziale delle norme del titolo VII CTS adottata dal Consiglio di Stato sembra essere stata ispirata soprattutto dal sospetto che esse possano essere concretamente elusive delle garanzie procedurali dei contratti pubblici. Come è stato opportunamente notato²⁷, tuttavia, affermare la necessità di evitare che della disciplina del CTS venga fatto un uso improprio in sede applicativa – condizione essenziale anche per assicurare l'effettiva realizzazione delle finalità della riforma²⁸ – è cosa ben diversa dal considerare il modello prefigurato dal Codice come strutturalmente contrario al diritto unionale. Il rapporto fra p.a. ed ETS delineato dal d.lgs. n. 117/2017 configura, infatti, un modello diverso da quello concorrenziale, non un modello con esso confligente, come ha chiaramente affermato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020.

2.2 *La sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale*

La Corte Costituzionale con la nota sentenza del 26 giugno 2020, n. 131/2020 ha offerto un quadro interpretativo del modello di rapporto collaborativo delineato dal CTS, ed in particolare dall'art. 55, decisamente diverso da quello prospettato dal parere del Consiglio di Stato²⁹,

²⁶ Si veda il Considerando n. 114 della direttiva n. 24/2014, precedentemente citato nel testo.

²⁷ Così F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., p. 94.

²⁸ Su tale questione cfr. V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza, Le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Diritti Fondamentali*, I, 2019, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Tondi-della-Mura-La-sussidiariet%C3%A0-fra-corruzione-e-concorrenza.pdf>.

²⁹ Per un commento alla sentenza in esame cfr., fra gli altri: G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, p.1439 ss, E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0131s-20.html>; L. GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in <https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/sentenza-131-2020-sta-nascendo-un-diritto-costituzionale-del-terzo-settore>; G. BOLETTO, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020. Il suo (possibile) impatto nel sistema di imposizione dei redditi del Terzo settore*, in *Impresa Sociale*, 2, 2021, <https://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/articolo/sentenza-corte-costituzionale-131-2020>.

evidenziando le finalità sottese al coinvolgimento attivo degli ETS e il fondamento della disciplina dettata dalla riforma negli art. 2 e 118 Cost. La Corte afferma innanzitutto come l'art. 55 CTS realizzi «per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria – strutturando e ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale», valorizzando l'attitudine dei cittadini singoli o associati di concorrere al perseguimento dell'interesse generale insieme al settore pubblico, in quanto «società solidale». Il giudice costituzionale non manca di notare come tale attitudine sia profondamente radicata nella storia del nostro paese, nel quale già prima della nascita dei sistemi di welfare essa ha garantito assistenza, solidarietà ed istruzione a chi altrimenti sarebbe rimasto escluso.

In secondo luogo, precisa che tali modalità di collaborazione – il cui quadro normativo di riferimento è, non a caso, la l. n. 241/1990 – sono riservate a soggetti, quali gli ETS, inseriti nel sistema di promozione e sostegno delineato dal CTS, che ne definisce i caratteri specifici che ne attestano l'attitudine a perseguire il bene comune, sottoponendoli a tal fine ad «un sistema pubblicistico di registrazione e a rigorosi controlli». Tali considerazioni portano la Corte ad affermare che le procedure previste dall'art. 55 del CTS non sono aperte a soggetti diversi dagli ETS, poiché la condivisione di obiettivi e risorse «richiede la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi l'effettiva 'terzietà' rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano».

Se ne deduce che vi è una profonda differenza fra le forme di partenariato previste dal CCP per l'affidamento dei servizi sociali e la co-progettazione, poiché la seconda costituisce una forma di «amministrazione condivisa» e si caratterizza come strumento alternativo a quello del profitto e del mercato, essendo fondata non sulla definizione del reciproco assetto di interessi economici, bensì sulla convergenza di obiettivi e sulla messa in comune di risorse (materiali e immateriali), che la diversificano nettamente da un contratto di appalto³⁰.

³⁰ Secondo la sentenza in esame, «la 'co-programmazione', la 'co-progettazione' e il 'partenariato' (che può condurre anche a forme di 'accreditamento') si configurano come fasi di un

La sentenza, inoltre, affronta il tema cruciale della compatibilità della disciplina del CTS col diritto dell'UE, facendo riferimento sia alle direttive del 2014, che alle sentenze Spezzino e CASTA della CGUE, per evidenziare come il diritto dell'Unione già da alcuni anni tenda a «smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà», riconoscendo agli Stati la possibilità di adottare modelli organizzativi ispirati non al principio di concorrenza, bensì a quello di solidarietà in relazione ad attività con spiccata valenza sociale.

La ricostruzione del rapporto fra solidarietà e concorrenza offerta dalla Corte costituzionale non solo induce a considerare la disciplina dettata dal CTS come «compatibile» con il diritto dell'UE, ma anzi porta a configurarla come una modalità della sua attuazione, fondata in primis sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia e poi sulla direttiva n. 24/2014³¹. Inoltre, il riferimento della sentenza n. 131/2020 alle pronunce Spezzino e CASTA e ai principi in esse contenuti sembra alludere al fatto che non solo la co-progettazione, ma anche le convenzioni per l'affidamento di servizi sociali – oggetto sia delle pronunce citate che degli art. 56 e 57 del CTS, che ne hanno recepito i principi – sono espressione di amministrazione condivisa, in quanto strumenti giuridici di tipo solidaristico e non di tipo sinallagmatico/concorrenziale³². In definitiva, la Corte costituzionale, richiamando le due sentenze, sembra riconoscere implicitamente valore anche alla nozione di gratuità che esse hanno accolto, che, come già visto, considera legittimo l'affidamento diretto dei servizi sociali alle OdV, quando tali soggetti percepiscano esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute.

Pochi mesi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale e grazie all'impulso fornito da quest'ultima, il legislatore³³ ha dettato alcune norme di coordinamento fra i due Codici, chiarendo che alle modalità di rap-

procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico.

³¹ Cfr. E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione*, cit.

³² Giunge alla medesima conclusione L. GORI, *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Impresa Sociale*, 3, 2020, <https://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/articolo/gli-effetti-della-sentenza-131-della-corte-costituzionale>.

³³ Le modifiche, che riguardano gli artt. 30, 59 e 140 CCP, sono state apportate dal d.l. 6 luglio 2020 n. 76 (decreto Semplificazioni), convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120.

porto fra p.a. ed ETS previste dal CTS si applica la legge n. 241/1990, e lasciando alle amministrazioni la possibilità di scegliere, in base alle proprie valutazioni e alla sussistenza dei presupposti necessari, quando ricorrere alla stipula di un contratto di appalto per acquistare prestazioni e quando invece avvalersi delle procedure collaborative previste dal CTS. Le modifiche apportate al CCP hanno avuto il pregio di chiarire che il rapporto fra i due corpi normativi è improntato alla distinzione e alternatività dei rispettivi ambiti di applicazione e non alla subordinazione o alla cedevolezza della disciplina del CTS³⁴. Tale punto d'arrivo, tuttavia, non esclude, e anzi rende ancor più necessario³⁵, che le procedure e le condizioni in base alle quali le amministrazioni pubbliche possono optare per l'una o per l'altra tipologia di strumenti da utilizzare nel rapportarsi agli ETS per l'erogazione di servizi sociali debbano essere definite in modo chiaro; è infatti essenziale, ai fini di una corretta applicazione delle norme della riforma del TS e del raggiungimento delle sue finalità, che sia garantita la piena trasparenza nell'assunzione della scelta più rispondente al contesto in cui la p.a. si trova ad operare per il perseguimento dell'interesse generale, così come richiesto dalla l. n. 241/1990, del resto espressamente richiamata dal titolo VII CTS.

Come si avrà modo di vedere, la definizione puntuale di tali profili ha già avuto inizio, a partire dalle Linee Guida adottate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali nel marzo 2021, nonché da quelle emanate dall'ANAC, nell'agosto 2022.

2.3 La giurisprudenza amministrativa

Alla luce delle contrapposte interpretazioni degli articoli del CTS evidenziate, è utile dar conto dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa e in particolare di quella – pur non molto copiosa visto il poco tempo trascorso – successiva alla sentenza n. 131/2020 Corte Cost., per

³⁴Cfr. L. GORI, *Il Codice dei contratti riconosce il rapporto tra Pa e terzo settore*, in <https://www.cantiereterzosettore.it/il-codice-dei-contratti-riconosce-il-rapporto-tra-pa-e-terzo-settore/>; G. MAROCCHI, *DL semplificazioni: Codice contratti e Codice Terzo settore hanno pari dignità*, in <https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/dl-semplificazioni-codice-appalti-e-codice-terzo-settore-hanno-pari-dignita>.

³⁵ Cfr. A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore*, in *Federalismi.it*, 8 settembre 2021, p. 33.

verificare quali siano gli orientamenti più recenti sugli aspetti maggiormente controversi.

Si può innanzitutto notare come il tema della scelta delle procedure da utilizzare per l'individuazione degli ETS con cui gli enti pubblici decidono di collaborare continui ad essere molto presente fra le questioni proposte dinanzi al giudice amministrativo; tuttavia, dalla giurisprudenza più recente emerge come i nodi da sciogliere si pongano in termini parzialmente diversi nell'applicazione delle norme del CTS relative alle due diverse forme di partenariato fra gli enti del terzo settore e p.a.

2.3.1 *La giurisprudenza sulle convenzioni*

Con riferimento alle convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 56 e, più ancora, a quelle relative al trasporto sanitario di emergenza e urgenza disciplinate dall'art. 57 CTS, nonostante la perdurante frequenza delle controversie, è possibile notare come gli orientamenti giurisprudenziali si vadano stabilizzando e comincino ad offrire alcuni approdi più certi. Il giudice amministrativo, anche sulla scorta dell'evoluzione della giurisprudenza eurounitaria, ha infatti ormai recepito pienamente la sottrazione del trasporto sanitario di emergenza dall'ambito di applicazione del CCP e la legittimità del suo affidamento in via prioritaria alle OdV, secondo quanto previsto dal CTS³⁶. L'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ordinario (non di emergenza) in ambulanza è invece ormai costantemente ricondotto dalla giurisprudenza alla disciplina degli appalti di servizi sociali prevista dal CCP³⁷, interpretando in tal senso le disposizioni della direttiva UE n. 24/2014, secondo la lettura datane dalla CGUE nella sentenza Falck del 2019³⁸.

³⁶ V. Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2019, n. 313; Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2020, n. 5313; TAR Veneto, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 1320; TAR. Calabria, sez. II, 17 giugno 2020, n. 1068; TAR Piemonte, Sez. I, 29 dicembre 2021, n. 1226.

³⁷ V. TAR Piemonte, sez. I, 29 agosto 2022, n. 719; TAR Campania, sez. V, 1^a aprile 2021, n. 2227; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139; TAR Veneto, Sez. III, 9 marzo 2018, n. 275; Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n.4905, quest'ultima riferita ad una vicenda anteriore al CTS.

³⁸ Corte giust. UE, sentenza 21 marzo 2019, C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH; si veda anche Corte giust. UE, ordinanza 20 giugno 2019, C-424/18, Italy Emergenza coop. soc., su rinvio del Consiglio di Stato, sez. III, 5 novembre 2018, n. 6264. Il differente regime giuridico fra trasporto ordinario e trasporto di emergenza ha reso necessario precisare i confini di tale ultima nozione. La sentenza Falck ha stabilito che l'emergenza include anche le situazioni di pe-

In alcuni casi il giudice amministrativo ha ritenuto, invece, legittimo l'affidamento tramite convenzione di servizi di trasporto sociosanitario non in ambulanza ad OdV ed APS, selezionate mediante procedura comparativa secondo i criteri stabiliti dall'art. 56 CTS e in base alla motivata valutazione della migliore rispondenza di tale modalità per il raggiungimento delle finalità del servizio³⁹. È interessante notare come la giurisprudenza abbia accolto la tesi⁴⁰ secondo cui la valutazione della maggiore convenienza delle convenzioni rispetto al «ricorso al mercato», richiesta dall'art. 56 del Codice, non debba tenere conto solo del parametro economico, ma anche di indicatori di efficacia sociale.

Anche il tema dell'onerosità/gratuità del rapporto convenzionale sembra divenire progressivamente meno controverso con riferimento agli ultimi due articoli del titolo VII del CTS; la qualificazione come corrispettivo del rimborso delle spese effettivamente sostenute, più volte propugnata dai giudici amministrativi nell'ultimo decennio, non sembra più univocamente affermata. Ancorché tale criterio sia stato applicato anche in pronunce recenti⁴¹, tuttavia varie sentenze affermano che la corresponsione del mero rimborso (non forfetario e senza maggiorazioni) esclude la necessità di espletamento della gara di appalto⁴².

ricolo anche solo potenziale per il malato trasportato, ovvero un rischio di peggioramento del suo stato di salute durante il trasporto.

³⁹ Si veda Cons. Stato, sez. III, 25 agosto 2020 n. 5199, che conferma in appello la sentenza del TAR Puglia, sez. Lecce sez. II, 30 dicembre 2019, n. 2049. Il giudice di appello valorizza la completezza e ragionevolezza delle motivazioni dell'avviso pubblico di selezione delle OdV e APS sulla rispondenza alle finalità sociali del servizio di tale modalità di selezione; analogo orientamento si può rinvenire anche in Cons. Stato sez. III, 10 luglio 2019, n. 4859. Entrambe le sentenze richiamano la pronuncia CGUE C-50/2014, CASTA, sul trasporto di persone dializzate.

⁴⁰ Per tale opinione cfr.: A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 161; A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti*, in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti fra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 42 e, più recentemente, le Linee Guida del Min. del Lavoro, DM n. 72 del 2020, su cui più avanti nel testo. Nel senso della valutazione meramente economica sembra orientato invece il parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato.

⁴¹ Cfr. TAR Toscana, sez. I, 1^a giugno 2020, n. 666, su cui L. GORI, *Tanti giudici e poco legislatore? A proposito di rapporti P.A.- Terzo settore*, in *Impresa Sociale*, <https://www.rivistaimpresa-sociale.it/forum/articolo/tanti-giudici-e-poco-legislatore-a-proposito-di-rapporti-p-a-terzo-settore>.

⁴² TAR Campania, sez. V, n. 2227/2021 cit.: «Il collegio (...) deve ribadire che la deroga al principio di concorrenza, conseguente al favor attribuito alle associazioni di volontariato riservatarie degli affidamenti *de quibus*, non consegue affatto all'esclusione di qualsivoglia corrispet-

Nell'applicazione degli articoli 56 e 57 CTS, più marcatamente di quest'ultimo, ha acquisito invece rilevanza un altro profilo problematico, che ha suscitato un significativo contenzioso, originato dalla competizione per l'affidamento dei servizi sociali tra le OdV e le cooperative sociali. Tale questione disvela una sorta di dicotomia interna al TS – tra la dimensione solidaristica più fortemente legata alla gratuità e alla prevalenza delle prestazioni erogate su base volontaria, da un lato, e quella di stampo mutualistico ed imprenditoriale, dall'altro – la cui composizione probabilmente richiederebbe un più chiaro coordinamento fra la disciplina del CTS e quella dell'impresa sociale, contenuta nel d.lgs. n. 112/2017. Già prima della riforma del TS, infatti, molte controversie in materia di servizi di trasporto sanitario traevano origine da ricorsi proposti da cooperative sociali allo scopo di veder affermata la necessità di espletamento della gara di appalto, in base al diritto unionale, alla quale avrebbero potuto partecipare sia le cooperative stesse che le OdV.

Dopo l'emanazione del CTS la questione ha continuato a porsi, ma con modalità che si potrebbero definire ribaltate. Le cooperative sociali, infatti, hanno rappresentato in più occasioni ai giudici amministrativi dubbi sulla legittimità, sia costituzionale che euro-unitaria, della propria esclusione dalla possibilità di stipulare convenzioni con affidamento diretto, ai sensi degli art. 56 e 57 del CTS, contestandone la riserva alle sole OdV (e APS). La prospettata incostituzionalità deriverebbe dall'irragionevolezza della disparità di trattamento rispetto alle OdV, ingiustificata, data la comune appartenenza alla categoria degli ETS disciplinati dal Codice del 2017, che presuppone l'assenza di fine di lucro, il perseguimento di finalità sociali e l'iscrizione al RUNTS; invece la sospetta violazione del diritto unionale, in particolare da parte dell'art. 57 CTS, conseguirebbe più specificamente dalla sua non conformità all'art. 10 e al considerando n. 28 della direttiva n. 24/2014, che, nel disporre l'esclusione dal proprio ambito di applicazione dei servizi «di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro» – fra i quali, come

tivo (dal che, secondo la ricostruzione di parte ricorrente, solo sarebbe giustificata la nozione di "gratuità") ma, come chiaramente enunciato nelle più volte richiamate sentenze Spezzino e CASTA, piuttosto dall'assenza di "utili" e dalla sostanziale natura di "rimborsi" dei previsti corrispettivi, nei limiti già sopraprecisati». Cfr. anche Cons. Stato sez. III n. 5199/2020; TAR Piemonte, sez. I, n. 719/2022.

già visto, rientra il trasporto sanitario di emergenza – non operano alcuna differenziazione fra le tipologie dei soggetti non profit⁴³.

I giudici amministrativi, fino ad ora, hanno ritenuto infondata l'eccezione di costituzionalità, non considerando irragionevole la disciplina dettata dai due articoli del CTS, poiché il «differente trattamento delle cooperative sociali rispetto alle OdV risulta ragionevolmente fondato sulla scorta della diversità funzionale e organizzativa tra le due tipologie di enti: le OdV hanno come scopo la promozione umana e l'integrazione sociale dei cittadini, senza scopo di lucro, mentre le cooperative sociali si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune, rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa stessa, sicché solo l'organizzazione di volontariato non persegue, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati»⁴⁴. In altre occasioni⁴⁵, il Consiglio di Stato ha ritenuto di non voler perseguire la strada dell'eccezione di costituzionalità, pur senza affermarne esplicitamente la manifesta infondatezza, preferendo invece proporre prioritariamente il rinvio pregiudiziale e sottoporre alla CGUE la questione della compatibilità dell'art. 57 CTS con la direttiva n. 24/2014⁴⁶.

⁴³ Tali argomentazioni sono state condivise in dottrina da P. Rossi, *Il regime non concorrenziale del servizio di trasporto sanitario nel codice del terzo settore*, in *Amministrazione in cammino*, 4 settembre 2017, https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2018/02/Rossi_regime-concorrenziale-trasporto-sanitario.pdf e più recentemente da L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 233; di opposto avviso, invece, F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 217, che sottolinea la differente «apertura costituzionale» delle OdV e delle cooperative sociali.

⁴⁴ Così TAR Calabria, Catanzaro, 17 giugno 2020, n. 1068, sulla scorta delle precedenti Cons. Stato, Sez. III, 22 novembre 2016, n. 4902; Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3615; T.A.R. Ancona, Sez. I, 15 aprile 2016, n. 244; cfr. in termini, anche: Cons. Stato sez. III, ord. 11 settembre 2020 n. 5313; Tar Lombardia, Milano 16 febbraio 2021 n. 430; TAR Campania, Napoli, 17 marzo 2021, n.1797.

⁴⁵ V. *infra*, nota n. 50.

⁴⁶ Il tema delle differenze di trattamento fra i diversi ETS, ha già richiesto più volte l'intervento della Corte costituzionale in relazione a vari articoli del CTS, relativi a misure di promozione, sostegno o finanziamento riservate solo ad alcune categorie di soggetti. La Corte ha affermato nella sentenza n. 72/2022 che «il Codice del terzo settore ha svolto senz'altro una funzione unificante, diretta a ordinare e a riportare a coerenza la disciplina degli ETS, superando le precedenti frammentazioni e sovrapposizioni. Tuttavia, ciò non si è risolto in una indistinta omologazione di tutti gli ETS. All'interno del perimetro legale di questa definizione, infatti, sono rimaste in vita specifiche e diverse caratterizzazioni dei modelli organizzativi, al punto che so-

Tuttavia, ancorché fino ad ora nessun giudice abbia proposto in modo diretto la questione di costituzionalità, la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi sull'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza tramite convenzione, riservati «in via prioritaria» dall'art. 57 alle sole OdV; lo ha fatto attraverso un *obiter dictum* inserito in una pronuncia che aveva ad oggetto la legittimità di una legge regionale sarda⁴⁷. Il giudice costituzionale, in quell'occasione, ha affermato che «non è di palmare evidenza» che l'art. 57 «abbia voluto limitare l'istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle OdV (...) restringendo così il campo degli affidatari rispetto alla ricordata normativa europea e al codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica»; la Corte ha prospettato pertanto «un problema interpretativo di soluzione non univoca» della disposizione che prevede «la facoltà di affidare con convenzione il servizio alle associazioni di volontariato 'in via prioritaria'». La Corte si è limitata ad offrire tale suggestione, che tuttavia, prima ancora di porre il problema della legittimità costituzionale dell'art. 57, sollecita a svolgere qualche riflessione sulla portata e sulle possibili conseguenze dell'espressione «in via prioritaria» e della sua funzione all'interno di detto articolo: il fatto che l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di urgenza debba essere riservato «in via prioritaria» alle OdV implica certamente che le p.a. hanno la possibilità di affidarlo anche ad altre tipologie di soggetti (siano essi ETS o meno) solo in assenza OdV, o in presenza di tali organizzazioni non idonee a svolgere adeguatamente il servizio stesso; simmetricamente, la frase sembra richiedere che le amministrazioni competenti, prima di affidare il servizio ad altre tipologie di soggetti, effettuino sempre la verifica della (in)esistenza di OdV in possesso dei requisiti necessari per erogarlo adeguatamente alle condizioni previste dall'art. 56 II c., a cui l'art. 57 fa rinvio, vale a dire ricevendo solo il rimborso delle spese effettivamente sostenute. La norma nulla dice, invece, sulle procedure da seguire per l'eventuale affidamento ad altri ETS, dopo che sia stato inutilmente espletato il tentativo di rivolgersi «in

no gli enti nella loro autonomia a individuare, variandola se necessario, quella che meglio consente, secondo la storia e l'identità di ciascuno, il raggiungimento dei propri fini istituzionali».

⁴⁷ Corte Cost., 26 novembre 2020, n. 255.

via prioritaria» alle OdV, né offre elementi per stabilire se a quel punto debba essere percorsa la strada della gara di appalto, aperta o riservata ai soggetti non profit, secondo le regole previste per gli appalti di servizi sociali dal CCP, o se invece sia possibile estendere l'applicazione dell'art. 57 CTS ad altri ETS, ovviamente, in quest'ultimo caso, a fronte del solo rimborso delle spese effettivamente sostenute, come da tale norma stabilito.

Qualche indicazione interpretativa può essere desunta, tuttavia, da una lettura sistematica dei due articoli del CTS dedicati alle convenzioni, fra i quali sembra sussistere un rapporto da *genus a species*⁴⁸, confermato anche dal rinvio contenuto nell'art. 57 alle regole dettate da quello precedente, sia per le procedure e i criteri di selezione degli affidatari, che per le modalità di rimborso delle spese effettivamente sostenute. Se così è, non può essere considerata priva di rilevanza la circostanza che anche l'art. 56, relativo in termini più generali all'affidamento di servizi sociali, contenga una delimitazione delle tipologie dei soggetti con cui le p.a. possono stipulare convenzioni, ancorché includendovi oltre alle OdV anche le APS. L'omogeneità delle caratteristiche, anche organizzative, fra le due tipologie di ETS previste dal «sistema» delineato dai due articoli del titolo VII del CTS – accomunate dall'operare strutturalmente in base al principio di gratuità – sembra indicativa della ratio seguita dal legislatore delegato, quando ha delimitato l'ambito dei soggetti con cui le p.a. possono stipulare convenzioni. L'analisi svolta porta a propendere, quindi, per un'interpretazione che consideri netta la scelta della limitazione soggettiva operata dalla riforma del 2017, collegandone l'origine anche alla volontà di assicurare in modo fedele l'attuazione dei principi espressi dalla giurisprudenza della CGUE, calibrata sulle caratteristiche delle OdV.

Neppure la questione relativa al possibile contrasto dell'art. 57 CTS con la direttiva n. 24/2014 ha condotto all'estensione dell'ambito soggettivo dell'affidamento diretto del trasporto sanitario di emergenza.

⁴⁸ Il rapporto di specialità fra l'art. 57 e l'art. 56 è affermato anche dal Consiglio di Stato, nella prima delle due ordinanze con cui ha rinviato in via pregiudiziale alla CGUE la questione del contrasto dell'art. 57 CTS con le norme del diritto unionale, su cui *infra* nel testo.

Il dubbio circa la conformità al diritto unionale dell'art. 57 è stato prospettata alla CGUE nel 2021 dal Consiglio di Stato con due rinvii pregiudiziali⁴⁹, che sono stati riuniti e decisi nel 2022, con la sentenza *Italy Emergenza Cooperativa sociale*⁵⁰.

La Corte ha respinto il sospetto di violazione da parte dell'art. 57 CTS dell'art. 10 letto alla luce del considerando 28 della direttiva n. 24/2014, e lo ha fatto richiamando innanzitutto la definizione di organizzazione senza scopo di lucro che, ai fini dell'applicazione di tale disposizione, «deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che presentano un carattere particolare, vale a dire a quelle che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai propri membri».

La Corte ricorda che tale definizione «ristretta» - in quanto destinata ad operare una deroga all'ambito di applicazione della direttiva - è stata precisata dalla sentenza *Falck*⁵¹, che ha ritenuto in essa ricomprese solo «le organizzazioni o le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione», escludendo che vi possano rientrare invece «le organizzazioni o le associazioni che hanno la possibilità di distribuire utili ai loro membri».

In definitiva, il diritto dell'UE contiene una nozione più ampia ed una più ristretta di organizzazioni senza fini di lucro⁵², quest'ultima riferita

⁴⁹ Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2021, n. 536; Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1797. TAR Puglia, sez. II, 29 giugno 2020, n. 922 e TAR Veneto, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 1320 hanno ritenuto, per contro, che il problema del rapporto con l'art. 10 della direttiva n. 24/2014 non si ponesse, affermando che, essendo i servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza esclusi dal suo ambito di applicazione, la scelta delle tipologie di soggetti non profit da ammettere al loro affidamento sia riservata agli Stati membri.

⁵⁰ Corte giust., 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21, *Emergenza Italy cooperativa sociale*.

⁵¹ Cfr. la nota n. 37.

⁵²La sentenza delle CGUE in esame precisa che: «Il legislatore dell'Unione ha quindi previsto un trattamento differenziato tra le organizzazioni o le associazioni «senza scopo di lucro», di cui all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24», e quelle a cui si riferisce «l'articolo 77 della direttiva 2014/24». Tale ultimo articolo consente la partecipazione a gare riservate ad organizzazioni che abbiano come obiettivo il perseguimento di una missione di servizio pubblico di tipo sociale, sanitario o culturale, che reinvestano i profitti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione e se li distribuiscono o redistribuiscono lo fanno in base a considerazioni partecipative.

all'applicazione dell'art. 10 lettera h) e alle esclusioni che esso prevede dall'ambito della direttiva n. 24/2014, allo scopo precipuo di «preservare il carattere particolare delle organizzazioni e delle stesse associazioni senza scopo di lucro».

La legislazione italiana attribuisce alle cooperative sociali la possibilità di erogare ai propri soci dei ristorni, che, secondo la CGUE, costituiscono uno strumento per attribuire ai soci un vantaggio di tipo analogo alla distribuzione di utili; ciò fa sì che le cooperative non possano rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 10, lettera h), della direttiva n. 24/2014, con la conseguenza che la loro esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 57 CTS non contrasta con la disciplina della direttiva appalti.

2.3.2 La giurisprudenza sulla co-progettazione

Decisamente meno stabili sono invece gli orientamenti giurisprudenziali in materia di co-progettazione, in relazione alla quale neppure la limpida ricostruzione offerta dalla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale ha per ora prodotto una soddisfacente definizione delle modalità concrete di composizione delle tensioni fra la disciplina dettata dall'art. 55 CTS e quella del Codice dei contratti⁵³.

La co-progettazione, infatti, continua a trovarsi al crocevia del rapporto fra i due codici, forse anche perché, a differenza dalle convenzioni per l'affidamento dei servizi, né i criteri e le modalità di selezione dei soggetti che partecipano alla definizione dei progetti da realizzare, né il tema della (non) onerosità delle attività svolte dagli ETS partners dell'amministrazione possono trovare una soluzione puntuale in base alla sintetica disciplina dettata al riguardo dall'art. 55. Tale scelta normativa, derivata dalla volontà di salvaguardare lo spazio di autonomia organizzativa e regolamentare degli enti pubblici⁵⁴ a cui lo stesso articolo fa riferimen-

⁵³ Per una prospettiva inusuale dell'inquadramento giuridico dell'art. 55 CTS e del suo rapporto con il CCP, cfr. A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del Terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 19 ottobre 2022. Sulla co-progettazione nei servizi sociali si veda inoltre L. GALLI, *La co-programmazione e la co-progettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Giappichelli, Torino, 2022.

⁵⁴ Cfr. A. LOMBARDI, *Co-programmazione e co-progettazione, in equilibrio tra autorità e libertà*, in <https://welforum.it/coprogrammazione-e-coprogettazione-in-equilibrio-tra-autorita-e-liber->

to, se ha lasciato le pubbliche amministrazioni più libere di adeguare le modalità di svolgimento della co-progettazione alle esigenze e alle condizioni concrete in cui operano, per altro verso le ha lasciate prive di indicazioni sicure sulle procedure da adottare.

Nelle sentenze, infatti, le procedure di co-progettazione vengono ancora frequentemente qualificate come appalti, in ragione del fatto che gli ETS coinvolti percepiscono il rimborso delle spese effettivamente sostenute, considerato equivalente ad un corrispettivo, conformemente alla lettura dell'art. 55 CTS fornita dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018⁵⁵. Tuttavia, la giurisprudenza dei TAR non è univocamente allineata su tale posizione. Emblematica è una sentenza in cui i giudici di primo grado hanno considerato priva di corrispettivo l'erogazione di attività sociali affidate agli ETS all'esito delle procedure di co-progettazione, rese in assenza di remunerazione, ma a fronte di possibili compensazioni derivanti da attività collegate a quelle oggetto della co-progettazione, valorizzando la rilevanza del fine prettamente sociale delle prestazioni erogate e la loro non realizzabilità con modalità differenti, argomentata nell'avviso di co-progettazione. Tale decisione, tuttavia, è stata disattesa in appello dal Consiglio di Stato⁵⁶.

In altri casi, la qualificazione come appalti di procedure denominate dall'amministrazione come di co-progettazione appare la conseguenza quasi inevitabile dell'incertezza sulla rispondenza all'uno o all'altro schema delle modalità in concreto adottate dall'amministrazione stessa nella gestione della selezione degli ETS da ammettere alla fase progettuale, anche a prescindere dalla gratuità od onerosità del rapporto controverso⁵⁷.

ta/: «La genericità della formulazione dell'art. 55, che ad una prima lettura potrebbe sembrare un punto di debolezza del dettato, è in realtà una scelta regolatoria, espressione del riconoscimento dell'autonomia e delle competenze a livello regionale in relazione alle attività e servizi suscettibili di essere coinvolti».

⁵⁵ Così TAR Lombardia, sez. I, 3 aprile 2020, n. 593; TAR Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260; TAR Basilicata, sez. I, 12 gennaio 2022, n. 44; Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208.

⁵⁶ Si veda TAR Campania, Salerno, sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158, riformata da Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232, relativa alla gestione di una spiaggia per disabili, in cui venivano garantiti l'accesso gratuito ai disabili e a un loro accompagnatore e prestazioni di assistenza, anch'esse gratuite, a fronte dell'accesso a pagamento di eventuali ulteriori accompagnatori.

⁵⁷ Si veda per tale aspetto la differente posizione assunta in relazione alla medesima fattispecie concreta da TAR Campania, sez. III, 2 luglio 2019, n. 3620 e, in sede di appello, da Cons.

L'attrazione verso la competizione concorrenziale delle procedure di individuazione degli ETS con cui l'amministrazione decide di instaurare i rapporti di partenariato disciplinati dall'art. 55 ha portato, ad esempio, il giudice a considerare la mancanza di adeguate forme di pubblicità nella valutazione delle proposte progettuali come una violazione delle regole della pubblicità «di gara», piuttosto che dei principi di imparzialità e trasparenza richiesti dalla l. n. 241/1990, denominando sistematicamente l'amministrazione procedente come stazione appaltante, non citando mai la legge sul procedimento amministrativo, che pure costituisce la base normativa di riferimento della co-progettazione, così come delle altre forme di coinvolgimento degli ETS da parte degli enti pubblici, disciplinate dal titolo VII del CTS⁵⁸.

Tuttavia, dall'analisi delle sentenze dei giudici amministrativi, in specie dei TAR, si ricava anche l'impressione che, in questi primi anni di attuazione della riforma, le pubbliche amministrazioni spesso abbiano applicato l'art. 55 CTS con qualche fatica (o con qualche timore) nell'abbandonare il vocabolario e la logica delle gare d'appalto, dando vita così ad avvisi e procedure di selezione ibridati dall'inserimento di clausole proprie delle procedure concorrenziali⁵⁹. Tali prassi hanno reso certamente meno agevole la concretizzazione del modello di coinvolgimento attivo degli enti del TS delineato dal Codice come «modalità ordinaria» di relazione con gli ETS e, in compenso, hanno favorito le tesi che tendono a raffigurare (soprattutto) la co-progettazione come una modalità di elusione delle norme poste a tutela della concorrenza.

Stato, sez. V, 7 gennaio 2021 n. 208, relativa ad interventi di inclusione sociale.

⁵⁸ TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 27 dicembre 2022 n. 1380 che nella parte in fatto della pronuncia denomina la procedura indetta dall'amministrazione come co-progettazione, ma – senza qualificarla esplicitamente come appalto e senza affrontare il tema specifico della sua natura gratuita od onerosa – ne annulla gli esiti riferendosi esclusivamente ai principi espressi dalla giurisprudenza sugli appalti.

⁵⁹Cfr. A. SANTUARI, *Il lungo (e tortuoso) cammino della coprogettazione. Dalla legittimazione giuridica alle procedure amministrative per realizzarla*, in <https://welforum.it/il-lungo-e-tortuoso-cammino-della-coprogettazione/> L'Autore osserva che in molti casi «le pubbliche amministrazioni, pur richiamando in termini di principio i canoni della co-progettazione, hanno de facto inserito nei bandi le medesime clausole di cui alle procedure competitive. Con ciò ingenerando incertezza giuridica e, soprattutto, compromettendo la realizzazione di progettualità, interventi, azioni e servizi».

L'attuazione del modello dell'amministrazione condivisa, per contro, richiede che la p.a. faccia uno sforzo di chiarezza e faccia emergere adeguatamente la dimensione collaborativa della relazione che instaura con gli ETS coinvolti nella co-progettazione, una collaborazione «fondata sulla convergenza di obiettivi, 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», come efficacemente chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020.

Tale modalità di rapporto, infatti, deve essere leggibile tanto nei modi della «partecipazione attiva» degli ETS chiamati a concorrere all'elaborazione dei progetti da realizzare, che nell'individuazione delle risorse messe in campo da entrambe le parti, per la realizzazione di questi ultimi. Sono proprio tali aspetti a connotare la co-progettazione quale strumento di tipo sussidiario e solidaristico e a differenziarla dal partenariato di tipo contrattuale, previsto dal CCP, regolato dal principio di concorrenza e basato sulla reciproca convenienza, innanzitutto economica, dei soggetti coinvolti, strettamente legata ai modi di funzionamento del mercato.

3. Le “indicazioni operative” sull'applicazione dei due codici: il d.m. del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali n. 72/2021 e le linee Guida ANAC n. 17/2022, sull'affidamento di servizi sociali

Proprio per fornire alle amministrazioni pubbliche indicazioni concrete sulle procedure di applicazione del titolo VII del CTS, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha emanato, nel marzo 2021, il d.m. n. 72, contenente le Linee Guida sul rapporto fra p.a. ed ETS, approvate d'intesa con la Conferenza Unificata⁶⁰.

⁶⁰ Sul d.m. 31 luglio 2021 n. 72 si vedano: D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale*, cit., p. 209; L. GALLO, *Le linee guida sul rapporto tra PA ed ETS negli istituti collaborativi del codice del Terzo settore*. in *Tertjus*, <https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/le-linee-guida-sul-rapporto-tra-pa-ed-ets-negli-istituti-collaborativi-del-codice-del-terzo-settore-nota-al-decreto-ministeriale-n-72-del-31-03-2021-di-approvazione-delle-linee-guida/>; L. GORI, *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore*, in <https://www.forumterzosettore.it/2021/04/01/linee-guida-sul-rapporto-tra-pubbliche-amministrazioni-ed-enti-del-terzo-settore-un-approfondimento-di-luca-gori/>.

Le Linee Guida offrono un'analisi degli strumenti giuridici del rapporto fra enti pubblici ed ETS, condotta alla luce dei problemi emersi nei primi anni della sua vigenza, che mira ad orientare il percorso che le amministrazioni dovranno seguire nella co-programmazione, nella co-progettazione, anche quando essa viene realizzata mediante l'accreditamento, nonché nella stipula di convenzioni per l'affidamento di servizi, secondo la disciplina dettata dagli articoli 56 e 57 CTS. La forma discorsiva ed argomentativa, propria delle Linee Guida, lascia spazio agli enti pubblici per recepire le indicazioni offerte adattandole, in base alla loro autonomia e alle competenze normative di cui dispongono, alle esigenze della propria organizzazione e agli specifici contesti in cui essi operano. Tuttavia, prima e più ancora dell'opera di puntualizzazione, e in molti casi di integrazione, delle scarse disposizioni del Codice, la capacità di indirizzare le future prassi attuative delle amministrazioni sembra risiedere nella lucida ricostruzione, offerta nelle considerazioni iniziali che aprono le Linee Guida, della distinzione fra l'attivazione dei rapporti collaborativi previsti dal CTS e l'affidamento degli appalti di servizi sociali disciplinati dal CCP.

Il d.m. – anche alla luce della differenziazione fra le due modalità di rapporto definita dalla sentenza n. 131/2020 e sancita dalle modifiche apportate al CCP dal «decreto Semplificazioni», intervenute nelle more dell'elaborazione delle Linee Guida – chiarisce innanzitutto che laddove siano possibili entrambe le opzioni per la realizzazione di un servizio o di un'attività, la scelta concreta da adottare «può essere frutto di un'opzione politica, legata alla discrezionalità della p.a. stessa⁶¹, tesa a valorizzare il principio di concorrenza fra operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o, in alternativa, il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi». In secondo luogo, il decreto ministeriale

⁶¹La formulazione tradisce forse una certa fluidità, nella scelta in questione, fra la dimensione più propriamente politica e quella meramente discrezionale, con le conseguenze che ne possono derivare in punto di sindacato del giudice amministrativo: cfr. E. FIDELBO, *L'affidamento dei servizi di interesse generale agli enti del Terzo settore. Affidamenti di servizi di interesse generale riservati ad enti del Terzo settore: "pieni" e "vuoti" di una recente pronuncia del giudice amministrativo*, in <https://www.labsus.org/2021/10/laffidamento-dei-servizi-di-interesse-generale-agli-enti-del-terzo-settore/>.

precisa che, ovviamente, il ricorso agli istituti disciplinati dal CTS non può avvenire per eludere i principi della legislazione europea sulla tutela della concorrenza e sugli aiuti di Stato.

A partire da tali premesse e alla luce della definizione di appalto come contratto a titolo oneroso, data dal diritto europeo, la p.a. deve attivare una procedura concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico quando questo ha ad oggetto lo svolgimento di prestazioni a fronte di un corrispettivo; in tal caso sarà la p.a. a predefinire tutti i profili del servizio da svolgere, salvi i pochi spazi lasciati dalla procedura di appalto. Per contro, una procedura selettiva finalizzata alla creazione di un rapporto di collaborazione con gli ETS in base ai presupposti indicati dall'art. 55 CTS, sarà fondata «sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto, dalla reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla sua conclusione e rendicontazione». La prospettazione delle differenze fra i percorsi delineati dai due codici contiene una (non troppo) implicita esortazione agli enti pubblici ad operare una scelta chiara e consapevole sulla procedura da attivare: in definitiva, un invito ad imboccare una strada riconoscibile per i suoi obiettivi, le sue finalità e per le modalità prescelte, in base alla valutazione del modo più efficace per raggiungere l'interesse pubblico, in considerazione delle risorse in campo, innanzitutto di quelle di tipo sociale⁶². Da ciò conseguono anche le indicazioni dettagliate, fornite dalle Linee Guida, sulle procedure che le amministrazioni pubbliche devono seguire nell'attuazione dei diversi istituti disciplinati dal CTS, per assicurare in modo adeguato il rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, nell'ambito della cornice normativa della l. n. 241/1990 e, in tal modo, per prevenire anche un eventuale uso improprio degli istituti disciplinati dagli articoli del titolo VII del Codice.

⁶²Un ulteriore utile strumento "pratico", finalizzato a supportare «nella quotidianità» le pubbliche amministrazioni nell'affidamento dei servizi sociali, è stato elaborato nel giugno 2022, a cura di Cittalia, dell'ANCI, dell'IFEL e del Ministero del Lavoro, nell'ambito dei progetti finanziati dal FSE. Si tratta del *Vademecum "L'affidamento dei servizi sociali nel dialogo fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore"*, in <https://poninclusionelavoro.gov.it/Documents/Vademecum-affidamento-servizi-sociali.pdf>. Anche in quest'ultimo 'breviario' schematico, che fornisce un quadro sinottico di confronto della disciplina e delle modalità di svolgimento delle procedure di affidamento previste da due codici, uno spazio centrale è dedicato alla scelta fra le due tipologie di strumenti.

A tal fine, ad esempio, le Linee Guida indicano in modo analitico le modalità di svolgimento della procedura di co-progettazione, su cui ci si soffermerà più specificamente poiché, come si è visto, è quella che presenta attualmente i profili più incerti e problematici; il decreto ne definisce puntualmente le fasi e i relativi contenuti, a partire dall'indicazione e dalla conduzione dell'istruttoria volta a selezionare gli ETS con cui instaurare il partenariato, fino alla conclusione.

Non appare casuale, inoltre, che il d.m. fornisca istruzioni precise anche sulla valutazione del quadro economico e delle risorse da far convergere nella co-progettazione, occupandosi sia di quelle impiegate dalle amministrazioni – la cui natura viene ricondotta ai contributi disciplinati dall'art. 12 della l. n. 241/1990, che detta le regole da seguire per i provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici – che di quelle messe a disposizione dagli ETS in chiave di compartecipazione al progetto, per la cui quantificazione, data la molteplicità delle possibili tipologie dell'apporto fornito dagli ETS, vengono indicati i criteri da seguire. È importante, a tale riguardo, sottolineare il riferimento, contenuto nel testo delle Linee Guida, alla necessità che l'atto di conclusione dell'istruttoria pubblica che porta all'individuazione dei partners con cui realizzare il progetto sia analiticamente motivato anche in relazione alle ragioni della rispondenza della scelta effettuata all'interesse pubblico e alle finalità da realizzare (come, del resto, prescrive l'art. 3 della l. n. 241/1990).

Tutti gli aspetti descritti appaiono rilevanti anche ai fini della valutazione della natura non onerosa delle prestazioni.

L'importanza della chiarezza della scelta sulla strada intrapresa, solidaristica o concorrenziale sembra trovare i primi positivi riscontri nella giurisprudenza relativa a fattispecie nelle quali il percorso prescelto dalla p.a. è risultata riconducibile con sicurezza alle procedure definite dalle Linee Guida del 2021⁶³.

⁶³ Il TAR Toscana, sez. III, 2 maggio 2022 n. 661, ha dichiarato legittima la procedura volta a selezionare gli ETS per co-programmare un servizio di assistenza in RSA, in cui l'ente pubblico si era attenuto in modo puntuale alle Linee Guida del d.m. n. 72/2021, indicando i requisiti, gli obiettivi e le modalità della selezione stessa. Il giudice, nel valutare il rispetto delle specifiche finalità e regole che presidono all'attuazione del modello collaborativo delineato dal CTS, ha affermato che: «L'art. 55 del d.lgs. n. 117/2001 chiama le amministrazioni pubbliche ad assicurare, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività connotati dal perseguimento di fi-

Ancora più di recente, un ulteriore tassello nel percorso di chiarimento delle modalità di rapporto fra gli enti pubblici e gli ETS è stato posto dalle Linee Guida n. 17/2022 sull'affidamento dei servizi sociali emanate dall'ANAC, partendo però dalla visuale delle norme contenute al riguardo nel CCP⁶⁴. Ai fini dell'analisi che si sta svolgendo appaiono rilevanti in tale documento soprattutto le parti dedicate alle fattispecie estranee e a quelle escluse dal CCP, che si riferiscono agli istituti regolati dal CTS. Sono infatti dichiarate estranee all'ambito di applicazione del CCP la co-programmazione, la co-progettazione e le convenzioni disciplinate dall'art. 56 del CTS, in base alla previsione dell'art. 30 dello stesso CCP, come modificato dal decreto Semplificazioni». Le Linee Guida ANAC chiariscono che a tali istituti si applicano la l. n. 241/1990 e le norme in materia di pubblicità previste dalla l. n. 33/2013 anticorruzione, precisando inoltre che la loro estraneità alla disciplina del CCP permane anche qualora queste forme di rapporto vengano realizzate «a titolo oneroso». Tale ultima formulazione non è molto felice, dato che la controversa nozione di onerosità usualmente serve a caratterizzare proprio i contratti di appalto⁶⁵; tuttavia è piuttosto evidente che, nel contesto in cui essa è inserita, l'onerosità non possa essere riferita all'attribuzione di un corrispettivo per le prestazioni erogate, quanto piuttosto alla presenza di risorse messe a disposizione dall'amministrazione per la realizzazione delle attività oggetto di co-progettazione o di affidamento in convenzione, che non consentono agli ETS coinvolti di trarre degli utili, bensì di raggiungere, al massimo, l'equilibrio finanziario.

nalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo Settore attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento poste in essere nel rispetto delle regole e dei principi generali che governano l'azione amministrativa, oltre che delle discipline dettate per specifici procedimenti. La co-progettazione costituisce, dunque, una delle metodologie ordinariamente utilizzabili per l'attivazione di rapporti di collaborazione con gli enti del Terzo Settore, come riconosciuto dalle linee guida ministeriali approvate con decreto del 31 marzo 2021».

⁶⁴ Sulle Linee Guida n. 17 adottate dall'ANAC con Delibera n. 382 del 27 luglio 2022, cfr. E. FIDELBO, *Gli affidamenti in favore degli enti del Terzo settore. Un confronto tra gli indirizzi ministeriali e le linee guida ANAC*, in <https://www.labsus.org/2022/03/gli-affidamenti-in-favore-degli-enti-del-terzo-settore/>; A. SANTUARI, *Le nuove linee guida ANAC sull'affidamento dei servizi sociali. L'impatto sulla co-progettazione*, in <https://welforum.it/le-nuove-linee-guida-anac-sull'affidamento-dei-servizi-sociali-e-limpatto-sulla-co-progettazione/>.

⁶⁵ In base alla definizione di appalto fornita dalla Direttiva n. 24/2014, art. 2 n.5.

Alle attività escluse alla sfera di applicazione del CCP appartengono invece i servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza disciplinati dall'art. 57 CTS e gli affidamenti di servizi sociali in regime di autorizzazione o accreditamento previsti dalle leggi regionali, regolati secondo le disposizioni di queste ultime e delle leggi statali speciali vigenti.

In relazione al trasporto sanitario di cui all'art. 57, le indicazioni delle Linee Guida si conformano agli esiti della giurisprudenza amministrativa più recente e di quella della CGUE, sia per ciò che riguarda la nozione stessa di emergenza⁶⁶, che con riferimento alla limitazione dell'affidamento alle sole OdV, di cui si è precedentemente trattato.

Le indicazioni fornite da ANAC, in definitiva, non sembrano discostarsi da quelle contenute nel d.m. n. 72/2021 del Ministero del Lavoro, a cui fanno rinvio per tutte le questioni applicative relative agli articoli del titolo VII del CTS.

Sul contenuto delle Linee Guida in esame, prima della loro adozione, si è espresso il Consiglio di Stato, con il parere n. 802/2022⁶⁷. In tale occasione il massimo organo consultivo ha dato conto del significativo mutamento del contesto normativo ed interpretativo avvenuto rispetto al proprio precedente parere n. 2052/2018, facendo riferimento non soltanto alle modifiche apportate nel 2020 al CCP, ma anche alla sentenza n.131/2020 della Corte cost. ed affermando che essa «dissipa (...) il dubbio sulla compatibilità con il diritto eurounitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali, previste dal Codice del terzo settore», avanzate nel parere del 2018. Il Consiglio di Stato prende atto, quindi, della «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».

Le considerazioni espresse nel parere n. 802/2022 sembrano fornire un importante sostegno al processo di ricomposizione del conflitto fra l'approccio solidaristico e quello concorrenziale nelle modalità di rapporto fra enti pubblici ed ETS, per le ricadute che esse sono destinate ad avere

⁶⁶ Su cui si veda la precedente nota n. 38.

⁶⁷ Il parere, reso dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, è stato pubblicato il 3 maggio 2022.

sia sull'agire delle pubbliche amministrazioni, che sugli orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

4. *Qualche cenno alla legislazione regionale*

Come si è avuto modo di osservare all'inizio di questa indagine, le prime esperienze di definizione normativa della collaborazione fra TS ed enti pubblici nell'ambito dei servizi sociali hanno avuto origine a livello regionale, dove la legislazione ha dato forma giuridica a sperimentazioni e a prassi sorte soprattutto in ambito comunale, disciplinando strumenti che poi si sono più stabilmente strutturati anche nella normativa nazionale. Forse proprio per questo, fino ad ora, sono state adottate poche leggi regionali di portata generale sul sostegno e sulla promozione del TS in attuazione della riforma; la maggior parte delle Regioni ha preferito aggiornare le proprie leggi di settore, allineandole alla disciplina del CTS, da cui spesso non erano peraltro molto difformi⁶⁸, oppure intervenire con atti amministrativi generali o di programmazione settoriale.

La Regione Emilia Romagna è stata la prima a legiferare, dopo pochi mesi dalla emanazione del CTS, con la l.r. n. 20/2017, ma ha scelto di disciplinare esclusivamente gli organismi di partecipazione, consultazione e confronto con gli ETS e con gli altri soggetti del privato sociale, senza dettare alcuna disposizione sugli istituti del rapporto collaborativo previsti dal titolo VII del Codice⁶⁹.

La legge toscana n. 65/2020, giunta tre anni dopo, ha adottato invece un approccio più sistematico e oltre a prevedere organismi di raccordo fra la Regione e il TS, ha dettato anche una disciplina analitica degli strumenti giuridici del rapporto fra ETS ed amministrazioni, regolandone dettagliatamente le procedure⁷⁰. Alla legge toscana si è ispirata più recentemente anche la Regione Molise⁷¹.

⁶⁸ Si vedano, ad esempio le integrazioni apportate alla l.p. Trento, 27 luglio 2007, n. 13 e alla l.r. Marche 1° dicembre 2014, n. 32.

⁶⁹ L.r. Emilia-Romagna 19 ottobre 2017, n. 20.

⁷⁰ L.r. Toscana, 22 luglio 2020, n. 65, su cui cfr. F. SANCHINI, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti p.a. - enti del terzo settore. La "primogenitura" della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 1, 2021, p. 201, nonché L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 325.

⁷¹ Regione Molise, l.r. 7 ottobre 2022, n. 21.

La legge toscana – in linea con gli orientamenti espressi dalla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, pronunciata appena un mese prima della sua emanazione – opera una netta distinzione fra l'ipotesi in cui gli enti pubblici decidono di avvalersi degli strumenti collaborativi regolati dal CTS e quella in cui intendano «procedere all'affidamento di servizi mediante esternalizzazione e con riconoscimento di un corrispettivo», chiarendo con molta nettezza che in questo secondo caso devono applicare le norme del CCP (art. 12).

Inoltre, nella disciplina delle procedure di co-programmazione, co-progettazione e affidamento di servizi tramite convenzioni il legislatore toscano ha anticipato in molti casi le indicazioni successivamente fornite dalle Linee Guida ministeriali n. 72/2021, precedentemente esaminate, fornendo certamente a queste ultime spunti e suggestioni. La legge n. 56 ha chiarito, ad esempio, nelle norme sulla co-progettazione (art. 11 c. 4) che i soggetti che vi partecipano «apportano proprie risorse materiali, immateriali ed economiche» e ha precisato che gli enti pubblici possono concorrere alla realizzazione dei progetti erogando contributi ai sensi dell'art. 12 della l. n. 241/1990. Il comma 5 dell'art. 11 precisa, inoltre, opportunamente, che «le amministrazioni di cui all'articolo 3, comma 1, detengono la titolarità delle scelte», sottolineando anche l'importanza della definizione preventiva degli obiettivi (generali e specifici) di interesse pubblico e delle caratteristiche essenziali del progetto da realizzare. In relazione all'affidamento di servizi sociali tramite convenzioni, ai sensi dell'art. 56 CTS, la legge fa luce sull'ambigua locuzione «se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato» contenuta in quest'ultimo, specificando che «il maggior favore rispetto al mercato è valutato, oltre che con riferimento alla convenienza economica, anche in relazione ai maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggior attitudine del sistema a realizzare i principi di sussidiarietà, universalità, solidarietà, accessibilità, adeguatezza», e richiedendo che tali aspetti vengano motivati all'inizio delle procedure di affidamento (art. 15).

La legge toscana, invece, si è discostata dallo schema indicato dal CTS in relazione all'indicazione dei soggetti che possono partecipare alla co-programmazione e alla co-progettazione. L'art. 10 c. 1 lett. b) prevede che possano essere ammessi alla co-programmazione anche «ulteriori soggetti, diversi dagli ETS», tuttavia consentendo tale «estensione» solo a

condizione che l'apporto di questi ultimi sia «direttamente connesso ed essenziale con le finalità della co-programmazione» stessa. In relazione alla co-progettazione, invece, l'art. 13 prevede «l'eventuale partecipazione di soggetti diversi dagli enti del terzo settore in qualità di sostenitori, finanziatori o partner di progetto; in quest'ultimo caso limitatamente ad attività secondarie e comunque funzionali alle attività principali».

In entrambe le ipotesi pertanto la legge toscana sembra allargare i confini soggettivi delineati dal CTS, che riserva l'impiego degli strumenti di collaborazione con la p.a. disciplinati dal Titolo VII ai soli ETS; tale previsione, come si è già visto⁷², è stata suffragata dalla la Corte costituzionale nella sentenza n. 131, che ha spiegato tale scelta affermando che «esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica»; la Corte ha ulteriormente precisato che sarebbe illegittima una eventuale «indebita omologazione» tra un soggetto estraneo al terzo settore e quelli che vi rientrano.

È possibile comprendere la ratio dell'ampliamento del perimetro soggettivo degli enti «eventualmente» ammessi dalla legge toscana alla co-programmazione e alla co-progettazione: nel primo caso, lo scopo è quello di non rinunciare all'apporto di soggetti privati comunque in grado di fornire elementi importanti per la definizione dei bisogni della collettività e per l'individuazione delle modalità per soddisfarli; nel secondo caso, l'obiettivo è garantire la fattibilità degli interventi co-progettati, anche grazie al sostegno materiale di soggetti esterni al TS, il cui ruolo, tuttavia, deve essere solo strumentale rispetto a quello svolto dagli ETS. Mentre la scelta di coinvolgere nella co-programmazione anche soggetti diversi dagli ETS, così come operata dalla l.r. n. 65/2020 della Regione Toscana, non sembra presentare rilevanti dubbi di costituzionalità, maggiori perplessità desta la norma sulla co-progettazione.

La partecipazione di soggetti diversi dagli ETS alla co-programmazione appare infatti compatibile con la struttura e con le finalità proprie di tale istituto, volto all'individuazione dei bisogni e alla individuazione dei possibili modi per realizzarli, senza che ciò debba preludere ad un

⁷² V. *supra* § 2.2.

necessario coinvolgimento nella loro realizzazione da parte dei soggetti che vi hanno partecipato. Inoltre, la norma impone che l'ente pubblico, al momento stesso dell'ammissione alla co-programmazione degli «ulteriori soggetti», espliciti le ragioni della stretta (essenziale) connessione fra tale partecipazione e la co-programmazione stessa. Si tratta, in definitiva, di un possibile arricchimento dell'istruttoria, che consente all'ente pubblico di meglio definire il contenuto dei propri atti generali di programmazione. La formulazione dell'art. 13, per contro, appare più problematica, poiché la partecipazione alla procedura di co-progettazione di soggetti estranei al TS prelude in modo concreto ad un loro possibile ruolo, ancorché tale ruolo sia mediato e servente rispetto a quello degli ETS coinvolti, nella realizzazione del progetto in qualità di sostenitori, finanziatori, o di partner. La norma peraltro non contiene alcuna connotazione dei soggetti diversi dagli ETS che possono partecipare alla co-progettazione: non specifica che si debba trattare di soggetti senza di fine di lucro, né precisa le condizioni per la loro eventuale partecipazione come partner del progetto. Tali aspetti rischiano di mettere in discussione la «rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire» fra tali soggetti e gli enti pubblici nonché «l'effettiva 'terzietà' rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano» – ritenute dalla Corte costituzionale il tratto caratterizzante che spiega la riserva agli ETS della collaborazione con le amministrazioni pubbliche, attraverso gli strumenti disciplinati dal titolo VII del CTS – e pertanto rischia di riaprire la querelle sulla effettiva dimensione solidaristica della loro collaborazione con gli enti pubblici, che sembra invece, dopo molta fatica, in via di risoluzione⁷³.

5. Considerazioni conclusive

Si può provare, all'esito dell'analisi svolta, a trarre qualche considerazione conclusiva e a svolgere qualche riflessione sulle prospettive che si delineano per gli istituti di amministrazione condivisa.

In primo luogo, si è avuto modo di osservare come la costruzione della via d'uscita dal conflitto fra CTS e CCP abbia avuto, negli ultimi due anni, una significativa accelerazione, che lascia sperare nella possibilità

⁷³ La legge regionale toscana non è stata oggetto di impugnazione da parte del Governo.

di soluzione di alcuni fra i principali problemi che hanno impedito la possibilità di un'efficace (e, si potrebbe dire, 'serena') attuazione degli istituti di amministrazione condivisa disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017. La ricostruzione delle modalità di relazione fra ETS e p.a. disciplinate dai due Codici come fra loro distinte e alternative, offerta dalla sentenza n. 131/2020, è ormai cristallizzata nelle modifiche apportate al CCP; precisata dalle Linee Guida Ministeriali del 2021 e da quelle dell'ANAC del 2022; recepita, infine dall'ultimo parere del Consiglio di Stato. Si dovrebbe ormai trattare di un dato acquisito, almeno dal punto di vista teorico. Dalla ricostruzione del sistema che si va delineando, appare altresì sempre più chiaro che la distinzione fra le relazioni collaborative instaurate dagli enti pubblici e gli ETS in base alla disciplina del CTS e i rapporti di tipo contrattuale regolati dal CCP non passa (più) attraverso l'assenza o la presenza della rilevanza economica dell'attività svolta, poiché questa è potenzialmente sottesa anche alle attività oggetto di co-progettazione o di convenzionamento ex artt. 56 e 57 CTS. Il differente paradigma delle forme di collaborazione disciplinate dal CTS risiede invece nella loro dimensione solidaristica, concretamente connotata, da un lato, dalla mancanza di un corrispettivo (in termini più chiari: di un utile) per le prestazioni rese dagli ETS e, dall'altro, dall'idoneità di questi ultimi a contribuire "effettivamente", per le loro caratteristiche strutturali e per gli scopi perseguiti, al raggiungimento delle finalità sociali cui tendono le attività svolte.

Anche la nozione di 'gratuità' dell'attività prestata dagli ETS sembra avviarsi (anche se ancora con qualche difficoltà) verso un significato meno ambiguo, in cui l'assenza di corrispettivo implica l'assenza di utili, ma non esclude la percezione di rimborsi delle spese effettivamente sostenute, secondo i criteri indicati dalla CGUE.

Alcuni ulteriori, recenti, elementi di conferma di tali punti di arrivo si possono trovare, da un lato, nell'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022⁷⁴ sul riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; dall'altro, nell'art. 6 dello schema di d.lgs, recante il (nuovo) CCP,

⁷⁴ D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

inviato all'esame delle commissioni parlamentari per il parere previsto dalla legge delega.

L'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 – inserito in un testo normativo che fin dal titolo chiarisce come la sua disciplina riguardi i servizi locali di rilevanza economica – è dedicato proprio ai rapporti di partenariato con gli ETS. La norma prevede che «gli enti locali possono attivare con enti del terzo settore rapporti di partenariato, regolati dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica», aggiungendo che gli istituti collaborativi previsti dal CTS possono essere utilizzati per la realizzazione dei suddetti servizi, purché che le risorse messe a disposizione dagli enti non siano «complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato». Nell'ultima precisazione si coglie con evidenza il riferimento ai criteri di rimborso delle spese sostenute dagli ETS, indicati dalla sentenza Spezzino.

Inoltre, la scelta di utilizzare le forme di amministrazione condivisa previste dal CTS deve essere motivata con riferimento alla sussistenza «delle circostanze che, nel caso concreto, determinano la natura effettivamente collaborativa del rapporto e agli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento».

Dalla formulazione della norma si evince, quindi, in primo luogo che le relazioni fra ETS ed enti pubblici instaurate in base alla disciplina del CTS costituiscono una modalità collaborativa diversa da tutte le altre forme di “gestione dei servizi locali” previste dal d.lgs.; in secondo luogo, che esse possono avere ad oggetto attività dotate di rilevanza economica; inoltre, che l'amministrazione può mettere a disposizione degli ETS risorse, ma solo nei limiti in cui il loro ammontare non determini degli utili per i soggetti coinvolti; infine che la motivazione dell'attivazione di tale forma di partenariato deve rendere manifesta la «sussistenza dei requisiti che concorrono al raggiungimento degli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio». I parametri della motivazione – richiesta dal decreto non solo in relazione alle forme di partenariato previste dal CTS,

bensi per ogni scelta relativa alle modalità di gestione dei servizi (art. 14) – sono opportunamente rapportati, nel caso del ricorso agli istituti di amministrazione condivisa, alle finalità sociali cui il modello tende, nel rispetto delle indicazioni offerte dalla Corte costituzionale.

Anche lo schema di d.lgs. del nuovo CCP contiene una norma, l'art. 6, dedicata ai rapporti delle p.a. con gli ETS, di cui va sottolineata innanzitutto l'importanza ai fini del coordinamento della futura disciplina sui contratti con quella del titolo VII del CTS.

Tuttavia, dal testo presentato dal Governo alle Camere per ottenerne il parere⁷⁵ non si traggono indicazioni univoche. L'art. 6 è inserito fra i principi ed è rubricato «Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del terzo settore». L'articolo, si compone di due disposizioni, la prima delle quali, come è stato da altri già osservato⁷⁶, ha un contenuto di tipo descrittivo dei rapporti collaborativi fra enti pubblici ed ETS disciplinati dal CTS, mentre la seconda afferma, in modo asciutto: «non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.117».

La seconda disposizione sancisce quindi in modo chiaro (quasi lapidario) la distinzione fra l'ambito disciplinato dal CTS e quello regolato dal CCP. Se ne trae pertanto un'ulteriore (e, si spera, definitiva) conferma dell'acquisita consapevolezza del differente fondamento giuridico posto alla base delle relazioni fra enti pubblici ed ETS che ricadono nella sfera di applicazione dei due Codici, nonché della equiordinazione fra questi ultimi.

Tale statuizione è sostanzialmente confermata dalla prima parte dell'articolo, che tuttavia presenta una formulazione molto meno nitida; ancorché il testo in prevalenza riprenda le affermazioni contenute nella sentenza n. 131/2020, esso contiene anche alcune espressioni (estrane tanto alla sentenza quanto al CTS) che rischiano di risultare di incerta interpreta-

⁷⁵ Camera dei deputati, n.19, Atto del governo sottoposto a parere parlamentare, Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici, trasmesso alla Presidenza il 5 gennaio 2023.

⁷⁶ L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, in <https://www.cantiereterzosettore.it/codice-dei-contratti-pubblici-alcune-osservazioni-sul-rapporto-con-il-terzo-settore/> 12 gennaio 2023.

zione e di creare nuove ambiguità sulle modalità di applicazione degli art. 55, 56 e 57 CTS.

L'art. 6 afferma infatti che «in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che gli enti del terzo settore contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato.»

Per andare al cuore della questione, senza soffermarsi su altri profili che pure richiederebbero attenzione⁷⁷, l'aspetto che desta più perplessità è l'affermazione secondo cui la collaborazione di tipo solidaristico debba svolgersi «in base al principio del risultato», enunciato dall'art. 1 dello schema di decreto legislativo quale principio cardine del nuovo Codice dei contratti e totalmente calibrato (anche terminologicamente) su attività sinallagmatiche (a fronte della non sinallagmaticità delle forme di collaborazione di tipo solidaristico, espressamente affermata dallo stesso art. 6). L'inserimento di tale principio fra quelli posti alla base delle forme di amministrazione condivisa – oltre ad essere intrinsecamente in contraddizione con l'affermazione contenuta nello stesso articolo, secondo la quale le norme del CCP non si applicano agli istituti disciplinati dal CTS – può essere foriero di seri problemi interpretativi, che riporterebbero il rapporto fra enti pubblici ed ETS previsti dal CTS al centro di dubbi applicativi. Si rischierebbe, in altri termini, di riportare le modalità collaborative di cui al titolo VII verso un approccio di tipo concorrenziale, che darebbe nuovamente vita alle vecchie tensioni che, invece, sembrano finalmente in via di superamento e di composizione. È sperabile che, nelle prossime tappe dell'iter che porterà alla versione finale del decreto, la rilettura del testo porti a riallineare con maggiore coerenza il contenuto della prima e della seconda disposizione dell'art. 6. Si può comunque conclusivamente rilevare che il quadro normativo e di sistema si va finalmente stabilizzando; si tratta di una condizione es-

⁷⁷ Puntualmente analizzate da L. GORI nel commento citato alla nota precedente.

senziale per il buon funzionamento degli strumenti di amministrazione condivisa disciplinati dal CTS. La loro applicazione, tuttavia, richiede alle p. a. molta consapevolezza e l'acquisizione di specifiche competenze nella gestione della relazione con gli ETS: sono problematiche con cui le amministrazioni, in specie quelle locali, saranno ora chiamate a confrontarsi più intensamente.

La sinergia fra TS e p. a., nel rispetto dei reciproci ruoli, costituisce infatti una risorsa preziosa per la garanzia di diritti che hanno una rilevanza fondamentale per la vita delle persone e per la costruzione di una società più eguale o, almeno, meno disuguale. Come ci ha ricordato anche il PNRR, infatti, l'amministrazione condivisa «consente di operare una lettura più penetrante dei disagi e dei bisogni al fine di venire incontro alle nuove marginalità e fornire servizi più innovativi, in un reciproco scambio di competenze ed esperienze che arricchiranno sia la PA sia il terzo settore»⁷⁸.

⁷⁸ PNRR, Missione 5, Inclusion e coesione, p. 203.