



8 SETTEMBRE 2021

Il rapporto tra le pubbliche
amministrazioni e gli enti del Terzo
settore alla luce dei recenti interventi
normativi

di Annalisa Gualdani

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*

di Annalisa Gualdani

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Abstract [It]: Il presente contributo si prefigge di analizzare il rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi. Il Codice del Terzo settore infatti ha riservato al tema trattato precipua attenzione all'interno del Titolo VII. Occorre tuttavia sottolineare come nella sua fase attuativa sia apparsa subito evidente l'assenza di coordinamento tra le disposizioni di quest'ultimo e quelle del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) sull'affidamento dei servizi sociali, non essendo stato delineato con sufficiente chiarezza il confine del rispettivo ambito di applicazione. Ciò ha dato luogo ad una situazione di complessità che ha visto schierarsi in una costante tensione tra i principi di concorrenza e di sussidiarietà, l'Autorità nazionale anticorruzione, il Consiglio di Stato in sede consultiva e l'elaborazione pretoria. Un punto di svolta è stato segnato dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020 e dalle recenti novità normative che hanno poi condotto ad una composizione della questione.

Abstract [En]: This contribution aims to analyze the relationship between public administrations and entities in the third sector in light of recent regulatory interventions. The Code of the Third Sector has devoted particular attention to the subject dealt with in Title VII. However, it has been immediately evident that there is no coordination between the provisions of the Code and those of Legislative Decree no. 50/2016 (Code of public contracts). The scopes of those two disciplines are not delimited with sufficient clarity. This lack in clarity has produced a tension between national authorities in charge of implementing the two Codes: the Anticorruption Regulatory Authority, the Council of State, and the judges. A turning point is the decision of the Constitutional Court n. 131/2020 and the recent regulatory changes which led to the settlement of the question.

Parole chiave: Terzo settore, sussidiarietà, pubblica amministrazione, co-programmazione, co - progettazione

Key words: Third Sector, subsidiarity, public administration, coprogramming, co-playing

Sommario: 1. Premessa. 2. Gli affidamenti ai soggetti del Terzo settore: dissonanze da armonizzare. 2.1. La co-programmazione e la co – progettazione nel Codice del Terzo settore. 2.2. L'intervento della Commissione speciale del Consiglio di Stato con il parere n. 2052 del 2018. 3. La svolta della Corte costituzionale con la sentenza 20 giugno 2020, n. 131. 4. Il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto semplificazioni) e le modifiche introdotte al Codice dei contratti pubblici agli affidamenti dei servizi sociali. 5. Le linee guida sul rapporto tra Pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo settore. 6. Conclusioni.

1. Premessa

L'approvazione del Codice del Terzo settore (intervenuta con il d.lgs. 3 luglio 2017, n.117) ha rappresentato un importante punto di svolta nel nostro ordinamento sia perché si è addivenuti ad una sistemazione organica della materia, sia perché è stato finalmente tracciato il perimetro del c.d. Terzo

* Articolo sottoposto a referendum.

settore, individuando gli enti ad esso riconducibili e colmando così quella lacuna presente nel nostro ordinamento che nel tempo aveva spinto la scienza giuridica ad elaborare essa stessa una sua definizione¹. Sono stati dunque tradotti in una disposizione normativa (art. 4 del richiamato provvedimento normativo)² i contenuti espressi nel Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva, disposta dalla Commissione XII Affari sociali della Camera dei Deputati, del 14 febbraio 2001, laddove si sottolineava che i soggetti del Terzo settore sono: “organizzazioni private che perseguono interessi di natura collettiva in aree di rilievo sociale e con fini solidaristici contraddistinti dall'assenza di uno scopo di lucro che si sostanzia non nella preclusione a svolgere attività imprenditoriali, bensì nel divieto di ridistribuire gli utili tra gli associati”³.

Non è questa la sede per effettuare un'approfondita analisi della disciplina complessiva introdotta dal d.lgs. n. 117/2017, preme qui, invece, soffermare l'attenzione precipuamente sul Titolo VII, dedicato ai rapporti tra le pubbliche amministrazioni e il Terzo settore, il quale da sempre ha attratto l'attenzione del dibattito scientifico⁴, nell'intento di definirne il ruolo e la rilevanza nell'organizzazione e gestione dei servizi sociali⁵.

Il Codice del Terzo settore riserva tre distinte disposizioni (artt. 55 - 56 e 57) al tema che ci occupa: la prima “di carattere generale”, volta “a valorizzare un assetto relazionale tra sfera pubblica e sfera privata”,

¹ Cfr. le definizioni di Terzo settore elaborate da F. BASSANINI - P. RANCI (a cura di), *Non per profitto*, in *Quaderni della fondazione Olivetti*, n. 23, 1990; P. DONATI, *Teoria relazionale della società*, Milano 1991; L. BOCCACIN, *L'azione solidaristica organizzata: il terzo settore in Italia*, in *Agg. Soc.*, n. 1/1994, pp. 25 ss.; L. BRUSCUGLIA - E. ROSSI, (a cura di), *Terzo settore e nuove discipline giuridiche*, Milano, 2000, pp. 43 ss. Si rammenta infatti che si ritenevano riconducibili al c.d. Terzo settore le organizzazioni non statali e non aventi scopo di lucro che perseguono fini di utilità sociale, cfr. S. PASQUINELLI, *Stato Sociale e terzo settore in Italia*, in *Stato e mercato*, 1993, p. 279, ovvero l'insieme di quelle azioni organizzate di rilevanza sociale con esplicite finalità solidaristiche, terze, rispetto allo Stato (e alle altre istituzioni pubbliche in genere) e al mercato, cfr. E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, p. 155.

² “Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”.

³ L'opportunità di realizzare una riforma del Terzo settore era stata ben evidenziata da E. ROSSI, *La necessità di una “revisione organica” della legislazione del Terzo settore: un'opportunità da cogliere, un lavoro da realizzare*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 22. In argomento cfr. E. ROSSI - S. ZAMAGNI, *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011 e S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, p. 15.

⁴ Sul tema cfr. G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, pp. 206 ss.; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, tomo IV, pp. 1897 ss.; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, pp. 33 ss.; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008, 183 ss., P. DE ANGELIS, *La partecipazione dei soggetti privati, non profit e for profit, nella erogazione dei servizi sanitari*, Torino, 2017, pp. 75 ss.

⁵ Cfr. E. ROSSI, *Il futuro del terzo settore nei servizi alla persona*, in “*Aretè*”, 2010, pp. 23 ss., che evidenzia la rilevanza degli istituti dell'autorizzazione e dell'accreditamento nell'erogazione dei servizi sociali.

le altre specifiche, concernenti le convenzioni con il volontariato e le associazioni di promozione sociale, nonché il servizio di trasporto sanitario di emergenza urgenza ⁶.

Occorre tuttavia sottolineare come nella fase attuativa del Titolo VII sia apparsa subito evidente l'assenza di coordinamento tra le disposizioni del Codice del Terzo settore richiamate e quelle del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) sull'affidamento dei servizi sociali, non essendo stato delineato con sufficiente chiarezza il confine del rispettivo ambito di applicazione.

In particolare la disposizione che ha suscitato maggiore perplessità è stata l'art. 55 (in tema di co-programmazione e co-progettazione) la cui attuazione, connotata da "fasi molto travagliate" ⁷ ha visto schierarsi, in una costante tensione tra i principi di concorrenza e di sussidiarietà, l'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in poi ANAC), il Consiglio di Stato in sede consultiva⁸ e l'elaborazione pretoria.

Come si darà conto nel prosieguo gli interventi del giudice delle leggi con la sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020 prima e le recenti novità normative poi, hanno sciolto il nodo, deponendo per la pari equiordinazione delle due fonti legislative.

2. Gli affidamenti ai soggetti del Terzo settore: dissonanze da armonizzare

Il configurarsi di una "possibile disarmonia" fra il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore fu rilevata, a distanza di un anno dall'entrata in vigore di quest'ultimo, dall'ANAC, la quale - in occasione del Tavolo tecnico per la predisposizione dell'approfondimento sulla gestione dei servizi per l'accoglienza degli immigrati nell'ambito del Piano nazionale anticorruzione del 2018⁹ - si determinò nel richiedere un parere al Consiglio di Stato in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, attesa la difficoltà di coniugare le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 (modificato dal d.lgs. n. 57/2017) con i nuovi istituti contenuti nel d.lgs. n. 117/2017¹⁰.

Sulla prevalenza/rapporto tra le due richiamate fonti normative erano infatti emersi dubbi interpretativi in ragione del fatto che da più parti (*stakeholders* e Ministero del lavoro) si riteneva di dover escludere

⁶ In tal senso E. FREDIANI, *I rapporti con la Pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, n. 3/2017, p. 157.

⁷ Così L. GORI, *Rapporto tra pubblica amministrazione e Terzo settore: finalmente le linee guida*, 1 aprile 2021, in cantiereterzosettore.it

⁸ Il riferimento è ai pareri del Cons. Stato n. 2052 del 2018 e n. 3235 del 2019.

⁹ In argomento cfr. F. BIONDI DAL MONTE - M. VRENNA, *Il ruolo del Terzo settore nelle politiche per gli immigrati*, in E. ROSSI, - F. BIONDI DAL MONTE - M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, p. 318.

¹⁰ In particolare, nella richiesta di parere (reperibile nel sito dell'Autorità Anticorruzione), si domanda al Consiglio di Stato di fugare dubbi in merito "alla definizione degli ambiti di applicazione, rispettivamente, delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e della normativa speciale del Terzo settore in caso di affidamenti agli organismi del Terzo settore delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5 del decreto legislativo n. 117/2017 anche ai fini dell'applicazione della disciplina sulla trasparenza di cui alla legge n. 190/2012 e al decreto legislativo n. 33/2013".

dall'ambito di operatività del Codice dei contratti pubblici ampi settori di attività affidati agli organismi del Terzo settore¹¹.

Di contro l'ANAC aveva espresso forti perplessità sulla possibilità di poter affidare i servizi di accoglienza per gli immigrati attraverso lo strumento della co - progettazione, atteso che laddove si fosse ritenuto che il Codice del Terzo settore avesse dato luogo ad “un’alternativa rispetto all’affidamento di servizi a titolo oneroso” esso sarebbe incorso in una palese violazione della normativa europea (Direttiva, 2014/24/UE) e della sua disciplina attuativa (d.lgs. n. 50/2016), nonché del d.lgs. n. 233/2013 (in materia di trasparenza amministrativa)¹².

Preme sul punto rammentare che l'attuale Codice dei contratti pubblici si caratterizza, rispetto al previgente (d.lgs. 163/2006), per aver incluso anche i servizi sociali all'interno del proprio ambito di applicazione¹³ (artt. 35, 70, 72, 127 e 130, 95, da 140 a 144, 169). Recependo i contenuti delle Direttive UE 23/2014, 24/2014 e 25/2014, il d.lgs. n. 50/2016 prevede per tali tipologie di servizi un regime alleggerito¹⁴, procedure semplificate e individua nell'offerta economicamente più vantaggiosa il criterio da utilizzare per la scelta dei contraenti¹⁵.

Con precipuo riguardo al rapporto tra pubbliche amministrazioni e Terzo settore, il d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii ha disposto per gli enti ad esso riconducibili e in possesso dei presupposti indicati all'art. 143, comma 2, la possibilità di partecipare a gare riservate¹⁶. Ciò, peraltro, dando seguito a quanto stabilito

¹¹ In tal senso il Parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, n. 2052.

¹² Così L. GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi*, n. 14/2020, p. 5.

¹³ E ciò nonostante la normativa europea avesse riconosciuto ampia discrezionalità agli Stati membri nell'individuare i fornitori di servizi sociali. Sul punto cfr. D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governante della solidarietà*, in *Federalismi*, n. 3/2018, p. 18.

¹⁴ Si distingue infatti tra: i servizi sociali, sotto soglia, il cui importo ammonta sino a € 749.999; i servizi sociali sopra soglia di valore pari o superiore a € 750.000, nei settori ordinari “con regime speciale di procedura” e i servizi sociali, sopra soglia, di valore pari o superiore a 1.000.000 di euro nei settori speciali, “con regime speciale di procedura”. Con riguardo, infine, agli affidamenti il cui importo risulti inferiore alla soglia di € 749.999 (ove la gara non sia riservata ai soggetti del Terzo settore), il d.lgs. n. 50/2016 indica due modalità di affidamento: la gara e la procedura negoziata, preceduta “dalla consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti” (art. 36, comma 2, lett. b).

¹⁵ Sul tema cfr. C. POLIDORI, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, in *osservatorioappalti*, 2017; S. PICONE, *Appalti nei servizi sociali*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti*, Roma, 2016, pp. 2237 ss.; L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9/2016, pp. 1001 ss.

¹⁶ Art. 143 “Le stazioni appaltanti possono riservare alle organizzazioni di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all' allegato IX (segue specificazione dei servizi) Gli affidamenti di cui al comma 1 devono soddisfare tutte le seguenti condizioni: a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione; c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni. La durata massima del contratto non supera i tre anni”.

dall'art. 3, del d.p.c.m. 30 marzo 2001, il quale, aveva previsto una riserva a favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione delle prestazioni socio - assistenziali, in ragione della particolare natura delle prestazioni e delle finalità sociali perseguite con l'affidamento del servizio (solidarietà sociale, accessibilità diffusa del servizio, equilibrio economico, garanzia del mantenimento dei livelli essenziali).

Il tema delle gare riservate e dell'affidamento diretto ai soggetti del Terzo settore è stato oggetto di attenzione anche da parte del giudice europeo, il quale ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto del trasporto sanitario di emergenza alle organizzazioni di volontariato quando esse perseguano obiettivi di solidarietà sociale e di efficienza di bilancio e a condizione che esse non percepiscano remunerazione per l'attività svolta, ma soltanto rimborsi c.d. genuini (senza cioè sovra - compensazioni)¹⁷. Vengono così valorizzati dal giudice europeo i principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza, nonché i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 118, comma 4, Cost.¹⁸

In armonia con gli enunciati orientamenti anche l'ANAC, nella delibera del 20 gennaio 2016, n. 32, contenente le linee guida per gli affidamenti dei servizi sociali, ha evidenziato come: *“la deroga all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica può essere giustificata soltanto allorquando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza e adeguatezza economica”*¹⁹.

Nel giugno 2016 il legislatore procedette a conferire delega al Governo (legge 6 giugno 2016, n. 106) al fine di realizzare la *“Riforma del Terzo settore e del servizio civile”*, con l'intento di superare le antinomie originate da una disciplina disorganica. Venne così adottato il d.lgs. n. 117/2017, il quale, tuttavia, con riguardo agli affidamenti, non ha disposto l'espressa abrogazione della pregressa normativa stratificatasi

¹⁷ Corte di Giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, Causa C – 113/13 (c.d. “Spezzino”), con nota di A. ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto di servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro it.*, 2015, 3, IV, p. 145.

¹⁸ In argomento anche Corte di Giustizia UE, sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50: *“Le autorità locali di uno Stato membro possono procedere ad attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di pubblicità, ad associazioni di volontariato, a condizione che le associazioni non abbiano fini di lucro, abbiano una finalità sociale e lo Stato persegua un obiettivo di solidarietà, come la tutela della salute della collettività e ragioni di efficienza di bilancio. Le autorità di uno Stato membro che intendano ricorrere direttamente alle associazioni di volontariato non sono tenute a effettuare una previa comparazione delle proposte delle varie associazioni. Queste ultime possono svolgere anche alcune limitate attività commerciali, ma solo a condizione che siano marginali e servano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato”*, in *Guida al diritto*, 2016, 9, p. 104. Nel medesimo senso Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016 n. 3615, *“Gli artt. 49 e 56 Trattato UE non ostano ad una normativa nazionale che preveda che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario, di urgenza ed emergenza, sia attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale, in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola, contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata; di conseguenza sono legittimi gli atti con i quali una ASL, sulla base di un Accordo quadro regionale per la regolamentazione dei rapporti tra aziende sanitarie ed ospedaliere e associazioni di volontariato, sottoscrive convenzioni con esse per i trasporti sanitari di urgenza ed emergenza”*. Nel medesimo senso Cons. Stato, sez. III, sent. 21 novembre 2016, n. 4902.

¹⁹ Sul valore giuridico delle linee guida ANAC cfr. P. MANTINI, *Autorità anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *Giust. Amm.*, n. 2/2018, p. 2; C. BORGIA, *Linee guida Anac: natura giuridica e portata applicativa*, in *Italiappalti*, 8 febbraio 2018; C. FILICETTI, *L'insostenibile "leggerezza" delle linee guida ANAC (Autorità Nazionale Anti Corruzione)* in *GiustAmm*, 2019, 1, p. 8; G. D' URGOLO, *Le linee guida ANAC e la loro efficacia*, in *Giustamm*, 2018, 9, p. 6.

in materia (Codice dei contratti pubblici e d.p.c.m 30 marzo 2001 adottato in attuazione della legge quadro sul sistema integrato di interventi e servizi sociali)²⁰, causando sovrapposizioni e divergenze che hanno dato luogo ad incertezze interpretative in merito all'individuazione dell'ambito di applicabilità della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 e nel d.lgs. n. 117/2017.

2.1. La co - programmazione e la co - progettazione nel Codice del Terzo settore

Come evidenziato in premessa il tema del coordinamento tra i due testi normativi ha riguardato in via principale l'art. 55, del D.lgs. n. 117/2017, il quale valorizza il ruolo degli enti del Terzo settore nelle funzioni di programmazione e di organizzazione di interventi e servizi sociali²¹.

I soggetti del Terzo settore sono infatti chiamati, attraverso la co - programmazione, a collaborare con le pubbliche amministrazioni per individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari, nonché le modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili (comma 2). In ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale si realizza dunque una sinergia tra pubblico e privato attraverso la quale (grazie all'esperienza del *non profit*) si genera un arricchimento nell'apporto delle conoscenze, nella capacità di intercettare i bisogni, nonché nella promozione delle azioni e nell'individuazione delle risposte. Si recepisce in sostanza quanto contenuto nell'art. 1, del d.p.c.m. 30 marzo 2001, (attuativo dell'art. 5, comma 2, della legge n. 328/00), nella parte in cui, pur non parlando esplicitamente di co - programmazione, veniva focalizzata l'attenzione sulla necessità di valorizzare il coinvolgimento dei soggetti del Terzo settore nella programmazione e progettazione dei servizi socio - assistenziali, in virtù di quella funzione di *advocacy* che è loro propria²².

Occorre inoltre segnalare l'interdipendenza esistente tra la funzione di co - programmazione e quella di co - progettazione. Il d.lgs. n. 117/2017, infatti, nel delineare tale rapporto ha assunto a modello l'orientamento espresso dall'ANAC nella delibera n. 32/2016, contenente le *"linee guida in materia di affidamento dei servizi sociali ai soggetti del Terzo settore"*, nella quale la co - progettazione viene descritta come

²⁰ Così il parere Cons. Stato n. 2052/2018.

²¹ "In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co - programmazione e co - progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona".

²² In tal senso P. CONSORTI - L. GORI - E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018, p. 140. Gli autori evidenziano il ruolo di *advocacy* svolto dal Terzo settore, inteso come "un'attività di promozione e di tutela dei diritti realizzata da soggetti collettivi allo scopo costituiti, mediante azioni volontarie per perorare la causa di persone, famiglie, gruppi in stato di marginalità e bisogno, e per sollecitare riforme perequative e riparative nei confronti delle autorità incaricate di funzioni redistributive del prodotto sociale".

momento attuativo dei contenuti della co - programmazione²³. La delibera ANAC, infatti, dopo aver specificato il ruolo fondamentale della programmazione nel garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa, aveva evidenziato la sua connessione con l'attività di progettazione²⁴.

La disciplina sulla co - programmazione non pecca tuttavia per chiarezza. Essa infatti nulla dice in merito alle modalità di realizzazione della stessa, connotandosi la disposizione per evidente genericità. Per tale ragione il Consiglio di Stato, chiamato a rendere parere sullo schema del Codice del Terzo settore²⁵, aveva sollecitato il legislatore, purtroppo senza esito, ad estendere il tenore dell'art. 55, comma 4 - *"l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partners"* - anche al procedimento di co - programmazione.

Con riguardo alla co - progettazione si osserva come il legislatore la descriva come lo strumento deputato alla *"definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2"* (art. 55, comma 3)²⁶. Il tenore di tale disposizione recepisce palesemente i contenuti dell'art. 7, del d.p.c.m 30 marzo 2001, laddove si evoca la possibilità per i comuni di coinvolgere gli enti del Terzo settore (attraverso le istruttorie pubbliche) nella co - progettazione di *"interventi innovativi e sperimentali finalizzati ad affrontare specifiche problematiche sociali"*.

Il *discrimen* tuttavia è rappresentato dal fatto che la normativa codicistica, rispetto a quella contenuta nel d.p.c.m. attuativo della legge n. 328/2000, trasforma l'eventualità (possono) e l'eccezionalità (solo per gli interventi normativi e sperimentali nell'ambito dei servizi sociali) in regola, ricomprendendo nel suo ambito tutte le attività di interesse generale richiamate dall'art. 5, del d.lgs. n. 117/2017. Si trascende in sostanza dall'area dei servizi sociali per estendersi ad altri ambiti, quali ad esempio quello culturale.

Anche la disciplina sulla co - progettazione, pur contenendo il riferimento alle forme di accreditamento per attivare il partenariato, risulta sprovvista di un modello procedimentale da seguire, limitandosi la disposizione ad evocare il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento.

²³V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'Anac al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, p. 23.

²⁴ Delibera ANAC del 20 gennaio 2016, n. 32, 9, la quale evidenzia la necessità di procedere ad una adeguata programmazione delle risorse e degli interventi in ragione dei bisogni da alleviare a cui segue l'esigenza di realizzare un coinvolgimento attivo dei soggetti pubblici e privati nel sistema di interventi e servizi sociali.

²⁵ Parere del Cons. Stato del 31 maggio 2017.

²⁶ Per un'analisi dell'istituto della co - progettazione cfr. U. DE AMBROGIO - C. GUIDETTI, *La co - progettazione. La partnership tra pubblico e Terzo settore*, Roma, 2016.

Le lacune descritte sono state affrontate di recente nel decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 31 marzo 2021, n. 72, contenente le “*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017*”, il quale, facendo tesoro del pronunciamento della Corte Costituzionale n. 131/2020, nonché delle linee guida ANAC del 2016, ha cercato di risolvere le segnalate criticità (si rinvia al par. 5).

2.2. L'intervento della Commissione speciale del Consiglio di Stato con il parere n. 2052 del 2018

Nello scenario descritto va collocato il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2052/2018, volto a far luce sul rapporto tra il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore. Il dato di partenza è rappresentato dal fatto che non si configurano dubbi sul fatto che gli artt. 55 e ss. del d.lgs. n. 117/2017 abbiano ampliato le modalità con cui gli enti del Terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con le pubbliche amministrazioni (co - progettazione, accreditamento, convenzioni)²⁷. Vero è però che le disposizioni richiamate non indicano più (a differenza di quanto previsto nell'art. 7 del d.p.c. m. 30 marzo 2001 sulla co - progettazione) “quale superiore principio conformativo delle procedure di affidamento di servizi sociali” il necessario rispetto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni²⁸.

Tale circostanza da un lato ha “allertato” l'ANAC sulle possibili ricadute derivanti da tale omissione, dall'altro ha spinto la Commissione speciale del Consiglio di Stato ad affermare la supremazia del diritto eurounitario anche in tema di affidamenti dei servizi sociali.

L'articolato percorso argomentativo del parere muove dalla constatazione che il Codice dei contratti pubblici sia frutto del recepimento, nel diritto interno, della normativa europea e che pertanto esso debba essere interpretato sulla base delle categorie giuridiche e dei principi propri di quell'ordinamento, *in primis* quello di concorrenza.

Dopo aver ricordato l'accezione funzionale utilizzata nel diritto europeo per definire le nozioni di impresa²⁹ e di appalto pubblico, nonché la rilevanza riservata alla qualificazione di un servizio come economico³⁰, il Consiglio di Stato rileva come, “sebbene di regola l'affidamento di un servizio sociale

²⁷F. SCALVINI, *Co - programmazione, co - progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, p. 268.

²⁸ In tal senso il parere del Cons. Stato, 9.

²⁹ La Commissione ha osservato innanzitutto che “*i Trattati Europei non attribuiscono all'Unione alcuna competenza in materia di enti non profit*”. Ciononostante, “*la competenza degli Stati membri deve, nondimeno, essere esercitata nel rispetto della disciplina in materia di concorrenza, secondo la nozione funzionale di impresa adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*” (incentrata sullo svolgimento di attività economica, anziché sulle caratteristiche dell'operatore professionale).

³⁰ La Corte di Giustizia (sentenza 18 dicembre 2007, C-532/03, Commissione c. Irlanda; 10 marzo 2011, C-274/09) fondandosi su un dato oggettivo, ha qualificato come economica quell'attività, che, a prescindere dal fine sociale perseguito, si sostanzia nella produzione o offerta (anche solo potenziale) di beni e servizi su un dato mercato. In

(comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale) debba rispettare la normativa pro - concorrenziale di derivazione europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (un appalto) che rientra nell'ambito applicativo del diritto eurounitario”, tuttavia, in presenza di alcune condizioni (*id est* la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo; non tenda neppure prospetticamente all'affidamento di un servizio sociale, la procedura disciplinata dal diritto interno miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito) la procedura di affidamento del diritto interno non è soggetta alla disciplina europea³¹.

Il parere ricostruisce inoltre, attraverso un'interpretazione restrittiva, la nozione di gratuità, laddove afferma che essa “si risolve contenutisticamente in una non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore. Di conseguenza esso non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato”. Il mancato equilibrio tra costi e ricavi non è tuttavia sufficiente ad affermare con certezza la gratuità del servizio, essendo necessario indagare le singole voci di rimborso del servizio prestato; infatti “soltanto il rimborso delle spese a piè di lista, documentato e non forfettario, può essere compatibile con la gratuità della prestazione di un servizio, escludendo qualsiasi forma potenzialmente riconducibile ad una remunerazione anche indiretta”³².

Le ricadute prodotte a cascata sugli istituti introdotti dal d.lgs. n. 117/2017 da siffatta ricostruzione sono evidenti. E invero sia la co - progettazione, sia il partenariato sarebbero configurabili solo in presenza del principio di gratuità; l'accreditamento possibile solo se aperto a tutti i soggetti interessati e spogliato del carattere della selettività (trasformandosi lo stesso in un mero titolo abilitativo); la convenzione esposta al rischio di essere additata come strumento idoneo a violare il principio della concorrenza, a causa dell'espressione “se più favorevole al mercato”³³, (peraltro aggiunta, dal legislatore, in seguito ai rilievi dello stesso Consiglio di Stato in occasione del parere sullo schema di decreto del 14 giugno 2017, n. 1405)³⁴. Come è stato opportunamente rilevato infatti “stipulare una convenzione con un ente del Terzo settore in un ambito che risulta aperto al mercato determinerebbe una condizione che si porrebbe in contrasto con la disciplina europea, con conseguente inapplicabilità pressoché totale dell'istituto”³⁵.

argomento cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 331.

³¹ In tal senso il Parere del Consiglio di Stato, par, 5, pp. 12-13.

³² Commissione speciale Consiglio di Stato, *cit.*, 17.

³³ G. MACDONALD, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sui rapporti tra amministrazioni pubbliche e terzo settore*, in *labus.org*, 2018/10, p. 2.

³⁴ Sul tema delle convenzioni cfr. A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto con il diritto europeo*, in *Non Profit*, 3, 2017, p. 173.

³⁵ G. Macdonald, *op. cit.*, p. 2.

Sulla base delle considerazioni che precedono ne deriva pertanto che, ad eccezione dei casi in cui ricorrano la gratuità e la non selettività, le procedure descritte dal Codice del Terzo settore (co-progettazione, accreditamento, convenzioni) debbano essere qualificate come forme di appalti di servizi sociali e pertanto sottoposte alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

D'altra parte il diritto dell'Unione (art. 76 della direttiva 2014/24/UE e 93 della direttiva 2014/25/UE) consente ai singoli Stati in materia di aggiudicazione di appalti sociali ampia libertà di scelta nelle procedure da adottare, ferma restando tuttavia la doverosa applicazione della disciplina europea pro - concorrenziale.

Alla luce di ciò e in considerazione della primazia del diritto eurounitario, ad avviso del Consiglio di Stato, la disciplina del Codice dei contratti dovrà considerarsi dunque prevalente sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore, “ove queste non possano in nessun modo essere interpretate in modo conforme alla normativa comunitaria”.

Ne consegue, pertanto, che al ricorrere di questa ipotesi, non potrà che operare il meccanismo della disapplicazione normativa, il quale rappresenta un dovere sia per il giudice che per l'amministrazione³⁶, con la conseguenza che agli Enti del Terzo settore dovrà applicarsi la disciplina di entrambi i Codici³⁷.

Dallo scenario descritto deriva inoltre la necessità per le pubbliche amministrazioni di dover motivare (di volta in volta) la scelta di ricorrere “agli stilemi procedimentali delineati dal Codice del Terzo settore”, anziché procedere all'indizione di una gara d'appalto. E invero in considerazione del fatto che l'impiego degli istituti elaborati dal Codice del Terzo settore privano della possibilità per i soggetti *for profit* di partecipare all'affidamento del servizio ne deriva che “l'amministrazione dovrà evidenziare la maggior idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni sociali ricorrenti nella fattispecie alla luce dei principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato”³⁸.

Le argomentazioni utilizzate dal Consiglio di Stato per giungere a tale conclusione non sono esenti da profili di criticità.

La proclamazione indiscussa della prevalenza del principio di concorrenza pare, infatti, non tenere conto dell'elaborazione pretoria della Corte di giustizia (fatta propria peraltro dalla giurisprudenza del supremo organo della giustizia amministrativa), formatasi a proposito dell'affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato del trasporto sanitario di emergenza e ordinario (in precedenza richiamata), i cui

³⁶ In tema di effetti della disapplicazione cfr. da ultimo N. CANZIAN, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, 2018, pp. 212 - 214.

³⁷ Così E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, p. 57. Parla della coesistenza di due codici, V. AZZOLINI, *Due codici per il terzo settore*, in *lavoce.info*, 28 dicembre 2018, p. 23

³⁸ In tal senso il parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018, 18.

pronunciamenti hanno assunto valenza generale che trascendono il caso concreto, laddove si è assegnata peculiare rilevanza ai principi di solidarietà e sussidiarietà, di cui agli artt. 2 e 118, comma 4 Cost.

In sostanza la Commissione speciale del Consiglio di Stato si è limitata ad esaminare il complesso rapporto tra i due Codici con la sola lente della concorrenza, omettendo di valorizzare le specificità e le caratteristiche solidaristiche dei soggetti del Terzo settore. Si è così svilito quel *favor* per questi ultimi consacrato con la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e conseguentemente depotenziato il ruolo degli istituti introdotti dal Codice del Terzo settore³⁹.

3. La svolta della Corte costituzionale con la sentenza 20 giugno 2020, n. 131

La conclusione formulata nel Parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018, in base alla quale “in considerazione della primazia del diritto euro-unitario la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario”, nonché la invocata disapplicazione delle disposizioni in contrasto con essi, ha posto in seria discussione l’operatività degli artt. 55 - 56 - 57 del Codice del Terzo settore.

In questo contesto si colloca il tentativo dell’ANAC di elaborare un aggiornamento alle linee guida sull’affidamento dei servizi sociali, peraltro bloccate dal Consiglio di Stato, il quale, con il parere del 29 dicembre 2019, n. 3235, ha restituito al mittente il documento, sull’assunto della necessità di verificarne la compatibilità con il Regolamento unico, invitando, l’Autorità a “rivedere le linee guida (...) con riferimento alle norme e agli istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore che non possono rientrare nel campo di operatività delle linee guida non vincolanti”⁴⁰.

La fase di stallo determinatasi a causa del parere n. 2052/2018 è stata incisa radicalmente dalla sentenza della Corte Costituzionale del 20 giugno 2020, n. 131, la quale, in sintonia con parte della dottrina⁴¹, ha

³⁹ Per una lettura critica del parere del Cons. Stato n. 2052/2018, cfr. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, n. 1/2019, p. 145, la quale ha individuato nella posizione accolta dalla Commissione una “sostanziale rinuncia da parte dell’organo consultivo a trovare un equilibrio nel sistema delle relazioni fra enti pubblici e soggetti *non profit*, in grado di conciliare le esigenze del mercato con quelle della coesione sociale e del *welfare*”.

⁴⁰ A seguito del parere del Consiglio di Stato n. 3235/2019 il Decreto Cura Italia ha previsto la possibilità di utilizzare la co - progettazione nell’ambito della rimodulazione dei servizi sociali nel corso dell’emergenza sanitaria causata dal Covid-19.

⁴¹ Sul punto si veda G. ARENA, *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *nonprofitonline* e V. TONDI DALLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Dirittifondamentali*, n. 1/2019, p. 7, il quale pone l’attenzione sulle caratteristiche proprie del Terzo settore che giustifica la sottoposizione ad un regime speciale, *id est* “quello di essere destinatario di politiche pubbliche di promozione e sostegno, più agevolmente giustificabili sul fronte del diritto europeo della concorrenza e degli aiuti di Stato”.

confutato la conclusione elaborata dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, mutandone il fondamento concettuale⁴².

Il giudice delle leggi infatti, investito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lett. b), l. reg. Umbria 11 aprile 2019 n. 2⁴³, è andato oltre la trattazione del caso di specie (risoltosi peraltro con la dichiarazione di infondatezza) ed ha colto l'occasione per fare chiarezza sul rapporto tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni.

La Corte muove dall'assunto che il dettato di cui all'art. 55, del Codice del Terzo settore costituisca una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4 Cost.), il quale “ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della profonda socialità che connota la persona umana⁴⁴ e della sua possibilità di realizzare una ‘azione positiva e responsabile’ ”⁴⁵.

L'aver accolto nella Carta fondamentale il principio richiamato ha significato il riconoscimento e la consacrazione di una pari dignità tra attori pubblici e privati nello svolgimento di attività di interesse generale, potendo queste ultime essere affidate all'autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati⁴⁶.

In tale contesto, l'art. 55, quale espressione del principio contenuto nel quarto comma dell'art. 118 Cost., “realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria strutturando ed ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale” dall'art. 1, comma 1 della legge n. 328/00 e dall'art. 7 del d.p.c.m. 30 marzo del 2001.

Esso pone infatti in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare, “nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona”, il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo Codice del Terzo settore.

⁴² In tal senso E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit., p. 57.

⁴³ Che “nel riconoscere e disciplinare le cooperative di comunità (che non sono, necessariamente, ETS ma possono acquisire tale qualifica, ricorrendo i presupposti previsti dal legislatore statale), ha previsto, tra l'altro, che la Regione, «riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare» disciplini «le modalità di attuazione della co - programmazione, della co - progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) “, in tal senso L. GORI, *Sentenza n. 131 della Corte Costituzionale su Terzo settore e coprogrammazione e coprogettazione*, in *Forumterzosettore*, 26 giugno 2020.

⁴⁴ Corte cost. n. 228/2004 e n. 75/1992.

⁴⁵ Così Corte cost. 20 giugno 2020, n. 131, al punto 4, del considerato in diritto.

⁴⁶ In argomento F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021.

Tra pubbliche amministrazioni e soggetti del Terzo settore si viene così ad instaurare “un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato”. In tale contesto gli istituti della co - programmazione della co - progettazione e del partenariato si configurino, dunque, “come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico e il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico”.

Si trascende pertanto dall'impostazione adottata dal Consiglio di Stato nella quale si dava la prevalenza al dato oggettivo l'attività (di impresa) svolta dai soggetti del Terzo settore, per concentrarsi sulla valorizzazione del dato soggettivo che qualifica gli enti del Terzo settore come dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a “perseguire il bene comune” (art. 1), a svolgere “attività di interesse generale” (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97).

Ciò che distingue allora il modello delineato dall'art. 55, rispetto a quelli tipici del mercato concorrenziale (appalti e concessioni) disciplinati dal Codice dei contratti, è la convergenza di obiettivi e l'aggregazione delle risorse pubbliche e private per programmare e progettare servizi e interventi di interesse generale destinati ad alleviare i bisogni dei cittadini di una determinata comunità, “secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”⁴⁷, piuttosto che un rapporto sinallagmatico fondato sulla corresponsione di un corrispettivo dalla parte pubblica a quella privata.

Ma la pronuncia si spinge oltre, risolvendo l'asserita conflittualità tra il Codice del Terzo settore e la disciplina eurounitaria in precedenza emersa, laddove evidenzia l'assenza di contrasto tra il primo e la seconda, poggiandolo sia sulla direttiva 2014/24/UE, sia sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in precedenza richiamata⁴⁸.

A ben vedere, infatti, il diritto dell'Unione conserva in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività di spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di sussidiarietà, quando le organizzazioni non lucrative contribuiscono, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali⁴⁹.

⁴⁷ Corte cost. sent. n. 131/2020, punto 2.1 del Considerato in diritto.

⁴⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, V sez., sent. n. 28 gennaio 2016 *Casta* c.a e Corte di giustizia dell'Unione europea, V sez., sent. 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino”* Tali pronunce ad avviso della Corte smorzano la tensione fra concorrenza e solidarietà.

⁴⁹ La Consulta richiama le direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 ed altresì la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, *Casta* e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*. Sul punto cfr. E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione*, cit., p. 56. In argomento F. GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del Terzo settore*, in A. FICI - L. GALLO - F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, Napoli, 2020, p. 87.

Non è un caso allora che nell'imminenza dell'approvazione del Codice del Terzo settore si fosse sostenuto, a più voci, la coesistenza dei richiamati testi normativi (Codice dei Contratti e Codice del Terzo settore)⁵⁰, inerendo l'affidamento dei servizi sociali “nell'intersezione fra due discipline”: quella relativa ai contratti pubblici (ad essi applicabile anche se con deroghe e peculiarità) e quella dettata dal Codice del Terzo settore, ponendosi così come necessario un loro coordinamento, al fine di contemperare il principio della concorrenza con quello di solidarietà⁵¹.

Sulla stessa direttrice si colloca anche la pronuncia della Corte costituzionale. E invero l'ordinamento italiano ha legittimamente normato un settore, quello relativo alla disciplina dell'organizzazione (*latu sensu*) dei servizi sociali che il Considerando n. 114 della Direttiva 2014/24/UE ha demandato alla discrezionalità legislativa dello Stato membro⁵², il quale tuttavia dovrà assicurare parità di trattamento ai soggetti che collaborano alla realizzazione delle finalità proprie del sistema pubblico⁵³. Da ciò ne consegue, pertanto, che il Codice del Terzo settore costituisce una peculiare forma di attuazione, nell'ordinamento italiano, della disciplina europea⁵⁴.

4. Il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto semplificazioni) e le modifiche introdotte al Codice dei contratti pubblici agli affidamenti dei servizi sociali

Sulla scia della portata innovativa prodotta dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020 il legislatore, al fine di superare il blocco venutosi a creare con il parere del Consiglio di Stato, ha introdotto - con la legge di conversione 11 settembre 2020, n. 120 del c.d. Decreto semplificazioni (D.L. 16 luglio 2020, n. 76, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”⁵⁵) - all'interno del Codice dei contratti pubblici (art. 8, comma 5) specifici riferimenti al Titolo VII del Codice del Terzo settore.

L'intento (vedremo se risolutivo oppure no) è stato quello di dar luogo ad un coordinamento tra le due fonti normative nel tentativo di superare la posizione assunta nel parere del Consiglio di Stato che poneva in posizione ancillare la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 117/2017⁵⁶, rispetto a quella del d.lgs. n. 50/2016.

⁵⁰ Sul punto sia consentito rinviare ad A. GUALDANI, *L'esternalizzazione dei servizi sociali*, in *Federalismi*, n. 12/2018

⁵¹ L. GALLO, *L'affidamento dei servizi sociali, Formazione IFEL per i comuni*, reperibile nel sito della *Fondazioneifel*

⁵² “In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi...” ed ancora che “Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici..... a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione”.

⁵³ Così E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione*, cit., p. 58.

⁵⁴ L. GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del terzo settore*, in *rivistaimpresa sociale*, 27 giugno 2020.

⁵⁵ Convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120, in G.U. 14 settembre 2020, n. 228 - Suppl. Ordinario n. 33.

⁵⁶ Così L. GORI, *Il Codice dei contratti riconosce il rapporto tra P.A. e terzo settore*, in *Cantiere del Terzo settore*, 16 settembre 2020, p. 2, il quale sottolinea altresì come “Queste disposizioni ‘completino’, in qualche modo, la riforma del Terzo settore,

Non può sottacersi del fatto che una spinta al legislatore nazionale a far luce sul rapporto Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore sia pervenuta dalle Regioni. Preme infatti rammentare che ancor prima dell'approvazione del Decreto Semplificazioni, il legislatore Toscano, sulla scorta del *decisum* della sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020, aveva approvato la legge 22 luglio 2020, n. 65, nella quale ha indicato (senza che peraltro il Governo sollevasse un contrasto con la Costituzione) i casi in cui gli istituti del Codice del Terzo settore dovessero essere applicati in luogo della normativa sui contratti pubblici.

La legge regionale toscana, superando le criticità evidenziate nel parere del Consiglio di Stato, si è, così, premurata di specificare che le pubbliche amministrazioni, quando intendano procedere all'affidamento di servizi mediante esternalizzazione e con riconoscimento di un corrispettivo (art. 12), sono tenute ad applicare la disciplina di cui al d.lgs. n. 50/2016, confermando che l'onerosità e la sinallagmaticità delle prestazioni impongono l'impiego della disciplina pro - concorrenziale.

Sulla scorta di tali sollecitazioni anche il legislatore nazionale ha ritenuto di dover risolvere il conflitto interpretativo creatosi in merito all'applicazione dei c.d. "due Codici", attraverso il c.d. Decreto Semplificazioni, il quale è intervenuto sugli artt. 30, comma 8, 59, comma 1 e 140, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Con riguardo alla prima disposizione (art. 30, comma 8), recante *"principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni"* la nuova formulazione afferma che per quanto non espressamente previsto dal Codice dei contratti e negli atti attuativi, *"alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, mentre *"alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del Codice civile"*.

Si è in sostanza inserita espressamente nel Codice dei contratti pubblici l'estensione della disciplina dettata dalla legge generale sul procedimento amministrativo a tutti gli istituti collaborativi del Titolo VII del Codice del Terzo settore (e non soltanto alle forme di co -programmazione e co - progettazione e accreditamento).

A ben vedere, però, la formula appare pleonastica, non aggiungendo nulla di nuovo alla normativa previgente. In primo luogo poiché tutta l'attività amministrativa è informata al rispetto delle disposizioni contenute nella legge n. 241/90, in secondo luogo perché anche se negli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017 non si rinviene un riferimento espresso alla legge n. 241/1990, pur tuttavia si riscontra un richiamo al rispetto dei principi in essa contenuti, laddove si afferma (art. 56) che *"l'individuazione delle organizzazioni di"*

precisando uno dei tasselli che l'art. 55 del Codice del Terzo settore – la nota disposizione in tema di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento – non ha esplicitato".

volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento” (comma 3) e laddove si estende anche alle convenzioni aventi ad oggetto il trasporto sanitario di emergenza urgenza (art. 57), l’applicazione del citato comma 3, dell’art. 56.

Relativamente alle procedure di scelta del contraente, di cui all’art. 59, comma 1, del Codice dei Contratti pubblici, il legislatore alla formulazione *“nell’aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette”*, ha premesso, così come all’art. 140, comma 1 (dedicato agli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all’allegato XI, aggiudicati in applicazione degli artt. 142, 143, 144), l’inciso *“fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117”*.

Tale espressione *“fermo restando (...)”* è stata interpretata come “sintomo” della volontà del legislatore di porre in posizione paritaria i due Codici, trattandosi di due normative che rispondono a logiche diverse l’uno quello della concorrenza, l’altro quello della sussidiarietà.

E’ stato infatti sostenuto che *“il Codice dei contratti pubblici contiene, oggi, quella norma-ponte con il Codice del Terzo settore da molti auspicata, che spegne ogni tentativo di leggere in termini di conflittualità insanabile il regime degli appalti pubblici e quello della co - programmazione, co - progettazione, accreditamento”*⁵⁷, fugando ogni dubbio sulla compatibilità degli artt. 55 e 56 con il diritto eurounitario. Ed ancora che *“con il Decreto semplificazioni l’Amministrazione condivisa guadagna ulteriore spazio nell’ordinamento giuridico”*⁵⁸.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la laconica espressione *“fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117”*, non pare essere destinata a risolvere le criticità legate all’utilizzo da parte dell’amministrazione dell’una o dell’altra via, né idonea ad indicare termini e modi del coordinamento tra i due Codici.

Ciò che invece può essere evidenziato è l’elemento di svolta operato dalla sentenza della Corte costituzionale rispetto allo stato dell’arte precedente. Assegnando, infatti, pari dignità al principio di concorrenza e a quello di sussidiarietà e ponendo l’accento sulla *“sfera di relazione”* (non utilitaristica e non sinallagmatica) che si instaura nei rapporti descritti dall’art. 55 del Codice del Terzo settore, rispetto a quello lucrativo proprio del Codice dei contratti, sono state poste le basi per consentire una precisa perimetrazione dell’ambito di applicazione delle due fonti normative.

⁵⁷ L. GORI, *Il Codice dei contratti riconosce il rapporto tra P.a. e terzo settore, cit.*, p. 2.

⁵⁸ Sul punto cfr. F. GIGLIONI, *Le novità del decreto semplificazioni*, in *Labsus*, 10 novembre 2020, reperibile in labsus.org, n. 11/2020.

5. Le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo settore

In tempi molto recenti il Ministero del Lavoro, al fine di risolvere le incertezze in precedenza evidenziate e recependo il principio elaborato dalla Consulta che ha declinato la relazione pubblico - privato definendola “dell’Amministrazione condivisa”, ha pubblicato il Decreto del 31 marzo 2021, n. 72, contenente le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore⁵⁹.

L’intento è quello di delineare i percorsi che gli enti pubblici dovranno seguire per rendere effettivamente operanti gli istituti di cui agli artt. 55 ss., del d.lgs. n. 117/2017⁶⁰, nonché quello di fugare ogni dubbio in merito alla perimetrazione dell’ambito di applicazione tra la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici e quella dettata dal Codice del Terzo settore.

Nella consapevolezza della non risolutività degli interventi apportati dal Decreto semplificazione al d.lgs. n. 50/2016, il D.M. n. 72/2021 evidenzia in primo luogo che nel caso in cui gli enti pubblici possano utilizzare entrambe le modalità per lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un’attività (*id est* attivazione di un rapporto collaborativo o affidamento di un contratto pubblico), spetterà alla discrezionalità dell’Amministrazione decidere se valorizzare, attraverso “un’opzione politica”⁶¹, il principio di concorrenza o quello di sussidiarietà orizzontale. In secondo luogo si precisa che l’utilizzo degli istituti del Titolo VII, del d.lgs. n. 117/2017, non deve avvenire per eludere i principi e le disposizioni europee e interne in tema di concorrenza e di aiuti di Stato, ma semmai per realizzare una nuova modalità di relazione tra enti del Terzo settore e amministrazioni, basata sulla convergenza di obiettivi “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”⁶².

Al fine di effettuare una distinzione tra l’attivazione di rapporti collaborativi con i soggetti del Terzo settore e l’affidamento di appalti di servizi, le linee guida, chiariscono, poi, che mentre nell’appalto le pubbliche amministrazioni avviano una procedura concorrenziale per l’affidamento di un servizio dietro un corrispettivo idoneo ad assicurare un utile di impresa, negli istituti normati dagli artt. 55 e ss. del d.lgs. n. 117/2017 viene in evidenza un canale di cooperazione tra la parte pubblica e i soggetti del Terzo settore alternativo a quello del profitto e del mercato

Dal D.M. n. 72/2021 si evince in sostanza che la scelta tra i due modelli applicabili (concorrenziale o collaborativo) si fonda sulla presenza o meno del fine di lucro⁶³. Ciò in armonia con quanto previsto, con

⁵⁹ Il documento, adottato in seguito all’intesa raggiunta in Conferenza unificata è il frutto della collaborazione tra il Ministero del lavoro e delle Politiche sociali, le Regioni, gli enti locali e il Consiglio nazionale del Terzo settore.

⁶⁰ A tal riguardo L. GORI, *La pubblicazione delle Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore rappresenta un interessante punto di arrivo ed un altrettanto importante punto di partenza*, cit., p. 1, sottolinea come le linee guida forniscano un supporto alle pubbliche amministrazioni chiamate ad applicare le disposizioni del Titolo VII, del d.lgs. n. 117/2017, “in tema di definizioni sostanziali, di procedimento amministrativo, di regime di trasparenza”.

⁶¹ Espressione contenuta nelle linee guida.

⁶² In tal senso Corte Cost. n. 131/2020.

⁶³ Riferita al soggetto che pone in essere l’attività e che inevitabilmente si riflette anche sulla natura di quest’ultima.

riguardo al requisito del *non profit*, dalla Direttiva 2014/24/UE (considerando n. 28⁶⁴ e art. 10, lett. h⁶⁵) e con quanto affermato nella sentenza della Corte costituzionale del 26 novembre 2020, n. 255 (punto 5.1 in diritto)⁶⁶.

Se dunque la pubblica amministrazione deciderà di ricorrere al criterio del *for profit* troverà applicazione la disciplina pro - concorrenziale contenuta nel Codice dei contratti pubblici, viceversa, laddove deciderà di adottare il criterio del *non profit*, si ricadrà nell'ambito di applicazione del Codice del Terzo settore. Tuttavia in questo secondo caso la pubblica amministrazione, nello scegliere i soggetti privati con cui instaurare i rapporti collaborativi, non è esentata dal rispettare i principi di imparzialità, pubblicità, parità di trattamento, di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo.

Le linee guida specificano inoltre l'ambito soggettivo di applicazione degli strumenti dell'amministrazione condivisa. Per l'individuazione della parte privata si afferma, infatti, che il rapporto collaborativo può essere instaurato soltanto con i soggetti elencati nell'art. 4, del d.lgs. 117/2017, purché iscritti (*conditio sine qua non*) al Registro unico del Terzo settore (di prossima attivazione), mentre, con riferimento alla parte pubblica, il Codice del Terzo settore amplia il novero degli enti pubblici che possono intessere relazioni con gli enti del Terzo settore, come è dato evincere dal rinvio alla nozione di pubblica amministrazione contenuta nell'art. 1, del d.lgs. n. 165/2001.

Il D.M. n. 72/2021, dopo aver ricordato che gli enti pubblici nell'applicazione degli strumenti del Titolo VII devono conformarsi ai principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità dell'amministrazione, pubblicità, trasparenza, parità di trattamento, nonché di prevenzione del conflitto di interessi (art. 6 *bis*, legge n. 241/1990), pone

⁶⁴ “La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario”.

⁶⁵ La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi (...) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza.

⁶⁶ “Va sottolineato che, ai sensi della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, resta in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà, che può prevedere l'affidamento tramite modalità estranee al regime dei contratti pubblici o comunque attraverso un regime di evidenza pubblica alleggerito. Inoltre, il considerando n. 28 e l'art. 10, lettera h), della direttiva escludono dal campo di applicazione della stessa taluni specifici servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, tra cui è individuato proprio il trasporto sanitario di emergenza e urgenza. La normativa europea è stata recepita dal [d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 \(Codice dei contratti pubblici\)](#), che lascia impregiudicata la facoltà di affidare i medesimi servizi sociali individuati dalla direttiva 2014/24/UE attraverso modalità diverse dall'appalto di servizi, escludendoli dal campo di applicazione del medesimo codice (art. 17), e prevede per altri servizi sociali specifiche discipline; in relazione a queste, sono oggi espressamente fatte salve le diverse modalità previste dal codice del terzo settore (artt. 30, comma 8, 59, comma 1, e 140, comma 1, come modificati, rispettivamente, dall'[art. 8](#), comma 5, lettere a, a-quater, e c-bis, del [decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76](#), recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito, con modificazioni, nella [legge 11 settembre 2020, n. 120](#))”.

al centro il principio di autonomia organizzativa e regolamentare. Tale scelta è indice della libertà riconosciuta a ciascun ente pubblico di dare attuazione alle disposizioni degli artt. 55 ss., tenendo conto del proprio assetto organizzativo, dei singoli statuti e della possibilità di utilizzare sia i regolamenti esistenti, sia di approvarne di nuovi⁶⁷.

Con l'intento di sanare le falle presenti nella disciplina codicistica (spesso colmata con rinvii alle linee guida ANAC del 2016 ed alla legge n. 328 del 2000), il D.M. 72/2021 descrive analiticamente i singoli procedimenti di co - programmazione e di co - progettazione, riconducendoli allo schema della legge n. 241/90. E così per entrambi si prevede l'avvio del procedimento d'ufficio e ad istanza di parte, la pubblicazione di un avviso, il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, il ruolo chiave svolto dall'istruttoria, la quale nella co - programmazione si sostanzia nell'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari per alleviarli e delle modalità di realizzazione degli stessi, mentre nella co - progettazione si concretizza nella definizione ed eventualmente nella realizzazione di specifici progetti di servizio o di interventi⁶⁸. Si specifica inoltre che la conclusione del procedimento di co - programmazione termina con la stesura di un documento "compartecipato" di sintesi, mentre quello di co - progettazione si definisce con la sottoscrizione di una convenzione, contenente la disciplina dei rapporti tra la parte pubblica e quella privata.

Al fine di colmare la lacuna presente nel comma 4, dell'art. 55, si chiarisce che l'accreditamento (definito locale)⁶⁹ (art. 55, comma 4) altro non è se non un'autorizzazione attraverso la quale il soggetto privato (se in possesso di determinati requisiti previsti dalla norma) viene "abilitato" a svolgere una data attività o un determinato servizio e inserito nell'elenco dei soggetti privati accreditati⁷⁰. Qui è assente la selezione competitiva, poiché le amministrazioni si limitano ad effettuare l'accertamento della presenza, nei soggetti richiedenti, dei requisiti stabiliti e conseguentemente a stipulare con essi una convenzione (c.d. patto di accreditamento).

Precipuo spazio (par. 4) viene inoltre riservato alle convenzioni con gli organismi del volontariato e con le associazioni di promozione sociale (art. 56), nonché alle convenzioni con le organizzazioni di volontariato aventi ad oggetto il trasporto sanitario di emergenza urgenza (art. 57).

Dopo aver acclarato che il rapporto tra la prima e la seconda delle disposizioni richiamate si configura come *genus ad speciem* (trasporto sanitario di emergenza) le linee guida ricordano come esse introducano,

⁶⁷ Così le linee guida, par. 2.1, 7.

⁶⁸ Sul punto cfr. Corte cost. n. 131/2020 che definisce la co - progettazione come un modello che "non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata" (come accade negli appalti di servizi) "ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune di servizi e interventi diretti a elevare livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico".

⁶⁹ Distinto cioè dall'accreditamento inteso come forma di affidamento di servizi di cui alla legge n. 502/1992.

⁷⁰ In argomento cfr. L. PARONA, *La gestione dei servizi tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, in S. PELLIZZARI - A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Napoli, 2019, p. 59.

per via legislativa, i contenuti delle sentenze della Corte di giustizia 11 dicembre 2017, C-113/13 (c.d. Spezzino) e 28 gennaio 2016, C-50/2014 (c.d. Casta), effettuando, altresì, una analitica disamina delle questioni in esse contenute in tema di gratuità, rimborsi, ambito oggettivo e soggettivo.

Viene inoltre fornita un'interpretazione dell'inciso dell'art. 56 *“più favorevole rispetto al ricorso al mercato”*, laddove si ritiene che *“non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle pubbliche amministrazioni, bensì che si richieda di verificare l'effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina”*⁷¹.

Peculiare attenzione è poi dedicata all'art. 57, sul trasporto sanitario di emergenza urgenza, il quale rinviene il proprio fondamento nella direttiva appalti 2014/24/UE e in particolare nel considerando 28, nella parte in cui afferma che: *“la presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario”*.

Soffermandosi sui contenuti della disposizione richiamata, il D.M. n. 72/2021 - dopo aver ricordato come anche la giurisprudenza abbia ormai appurato che il dettato dell'art. 57 rende evidente che *“non sussiste nell'ordinamento alcuna obbligatorietà della gara per l'affidamento dei servizi in questione, ma al contrario deve ritenersi oramai codificato il principio dell'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza urgenza”*⁷² - affronta il tema dell'incerto confine tra quest'ultimo e il trasporto ordinario, da tempo attenzionato dalla giurisprudenza europea⁷³ e interna⁷⁴.

⁷¹ Par. 4 delle linee guida.

⁷² Tar Puglia, Lecce, sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32.

⁷³ Sulla inapplicabilità della direttiva 2014/24 UE ai soli trasporti di emergenza cfr. Corte di giustizia 21 marzo 2019, C-465/17. In argomento Corte di Giustizia UE, IX Sez., sent. 20 giugno 2019 C-424/18, come rettificata con ordinanza del 18 settembre 2019, che dopo aver precisato che *“tanto i servizi di ambulanza per i quali la normativa nazionale controversa nel procedimento principale stabilisce la necessaria presenza a bordo di un autista soccorritore e di almeno un soccorritore adeguatamente formati, quanto i servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza effettuati con mezzi di soccorso, non possono automaticamente rientrare nell'esclusione prevista dall'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24. Infatti, la possibilità di beneficiare di tale esclusione presuppone, oltre alla presenza di personale adeguatamente addestrato alla prestazione di cure di primo soccorso, che il servizio di ambulanza venga fornito da organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro ai sensi della disposizione sopra citata e che sussista una situazione di emergenza”*.

⁷⁴ Sul punto cfr. Cons. Stato sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905, il quale richiamando la pronuncia della Corte di Giustizia UE, sent. 20 giugno 2019 C-424/18 ricorda però che *“il carattere anche solo meramente potenziale dell'esigenza emergenziale, sufficiente secondo il giudice europeo per attrarre il servizio di trasporto nell'ambito di operatività della deroga (alle norme in tema di evidenza pubblica) va inteso nel senso che non necessariamente l'emergenza deve esistere *ab initio*, quale finalità del trasporto in atto e ravvisabile a priori, ma può concretizzarsi, secondo una ragionevole valutazione prognostica, nel corso dello stesso trasporto, improntandone quindi, fin dall'inizio della sua esecuzione, l'aspetto funzionale (ed imponendo, di conseguenza, l'impiego di idonei mezzi materiali e personali)”*.

Ricordando l'interpretazione restrittiva accolta dalla stessa direttiva 2014/14/UE, in base alla quale “i servizi di trasporto di pazienti (in condizione di non urgenza) in ambulanza non dovrebbero essere esclusi dall'applicazione della direttiva”, il D.M. n. 72/2021 non pare, tuttavia, fornire risposte convincenti sul punto, limitandosi a constatare ciò che era già intuibile dalla lettura degli artt. 56 e 57 e cioè che, in ragione del rapporto *genus ad speciem* esistente tra le due disposizioni, se un servizio non rientri nel paradigma tipico dell'art. 57 può sempre essere oggetto di affidamento in convenzione, ai sensi dell'art. 56, se ne ricorrano i presupposti.

6. Conclusioni

Le vicende che negli ultimi anni hanno interessato il Codice del Terzo settore e precipuamente i rapporti dei soggetti *non profit* con le pubbliche amministrazioni hanno messo in evidenza la costante tensione tra concorrenza e sussidiarietà.

La ontologica genericità delle norme europee in tema di contratti pubblici e la non sempre lineare normativa interna di recepimento ha di fatto, in questi anni, paralizzato il ricorso agli istituti dell'amministrazione condivisa. A ciò si sono aggiunte le resistenze da parte delle pubbliche amministrazioni ad accogliere le novità introdotte nel d.lgs. n. 117/2017, a causa delle perplessità sollevate dall'ANAC, poi corroborate dal parere del Consiglio di Stato del 2018.

Vero è, però, che alcune realtà regionali, nelle quali il legame con gli enti del Terzo settore è da sempre fortemente radicato, da un lato hanno recepito nelle proprie legislazioni i modelli contenuti nel nuovo Codice, dall'altro hanno cercato di superare gli ostacoli frapposti a livello nazionale, a volte “scontrandosi” con il Governo (il caso della legge umbra n. 2/2019), altre volte superando indenni il “vaglio” di quest'ultimo (legge regionale toscana n. 65/2020).

Come si è dato conto la vera svolta è stata rappresentata dall'intervento della Corte costituzionale, la quale ha ribadito la pari dignità dei principi di sussidiarietà e di concorrenza, valorizzando il ruolo dei privati nello svolgimento delle attività di interesse generale. Si è così delineato un nuovo rapporto tra il pubblico e il privato, fondato su una fattiva collaborazione definita dell'“Amministrazione condivisa”.

Gli Enti del Terzo settore, infatti “in quanto rappresentativi della ‘società solidale’ (...) costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della ‘società del bisogno’ ”⁷⁵.

⁷⁵ Così Corte cost. n. 131/2020.

Da ciò si evince, allora, che la realizzazione di attività di interesse generale, attraverso gli strumenti descritti dal Titolo VII, del Codice del Terzo settore, non si sostanzia in una mera operazione culturale o politica, ma piuttosto in un'opportunità vantaggiosa per le amministrazioni, le quali possono fornire una risposta più ampia ed adeguata ai bisogni dei cittadini, sfruttando così le conoscenze e l'esperienza del *non profit* e potendo, tra l'altro, conseguire anche un contenimento delle risorse pubbliche. Si delinea allora, non solo un'alternativa al mercato, ma semmai, in presenza di certe condizioni, una preferenza rispetto al mercato.

I dubbi manifestati dall'ANAC prima e dal Consiglio di Stato poi, sembrano, almeno in parte trovare una composizione grazie alla via tracciata dalla Corte costituzionale e ai recenti interventi normativi (se pur con i limiti descritti).

E invero le amministrazioni potrebbero senz'altro ricorrere agli istituti del Titolo VII ogni qual volta intendano privilegiare l'esperienza e i *know how* di quegli enti (*non profit*) mossi da finalità solidaristiche e sussidiarie, che intendano, in un processo fondato sulla co - responsabilità e sulla compartecipazione, costruire, in sinergia con l'amministrazione, un sistema di servizi condiviso, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento che dominano l'azione amministrativa.

Di contro, laddove gli enti pubblici decidano di ricorrere al criterio del *for profit* e quindi di attivare una procedura concorrenziale, definendo da soli tutti gli elementi e gli aspetti che i concorrenti devono possedere⁷⁶, con la sola eccezione “dello spazio lasciato dagli atti della procedura, al contenuto dell'offerta dell'operatore economico concorrente”⁷⁷, troverà applicazione la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici.

Si pone tuttavia un interrogativo e cioè se le amministrazioni saranno capaci o meno di sfruttare l'opportunità che il nostro ordinamento offre loro ed intraprendere la nuova strada suggerita dagli istituti disciplinati dagli artt. 55 - 56 e 57, del d.lgs. n. 117/2017. Possibili ostilità da parte delle pubbliche amministrazioni potrebbero, infatti, derivare dal timore di annosi contenziosi (magari promossi da enti *for profit*) per asserite violazioni della disciplina pro - concorrenziale. Ciò potrebbe allora indurre gli enti pubblici a preferire l'utilizzo degli istituti del Codice dei contratti pubblici, nella convinzione della loro maggior garanzia.

Questa scelta condurrebbe però non soltanto ad una rinuncia aprioristica all'impiego delle nuove modalità di collaborazione pubblico - privato, ma alla vittoria dell'amministrazione difensiva sull'amministrazione collaborativa e partecipata.

Occorre da ultimo evidenziare come un ausilio per la definizione dei confini della disciplina applicabile può pervenire dal concetto di gratuità dell'attività di interesse generale svolta da enti che non perseguono

⁷⁶ Sul punto cfr. A. SANTUARI, *Le linee guida ministeriali sugli istituti giuridici di cooperazione tra PA e ETS*, in *welforum.it*

⁷⁷ Così le linee guida del 31 marzo 2021, par. 2.



finalità lucrative. Le pubbliche amministrazioni infatti potranno ricorrere agli strumenti dell'amministrazione condivisa⁷⁸ laddove esse intendano valorizzare le caratteristiche solidaristiche e l'attitudine a perseguire il bene comune degli enti del Terzo settore e laddove il servizio erogato si connoti per la sua gratuità (oggettiva). Quest'ultima si configura infatti allorché i soggetti erogatori non traggono alcun profitto “né direttamente, né indirettamente”⁷⁹ e non percepiscono remunerazione alcuna per l'attività svolta, ma soltanto rimborsi c.d. genuini (senza sovra – compensazioni)⁸⁰, necessari per fornire le loro prestazioni⁸¹.

⁷⁸ Descritti dalla Corte costituzionale nella sent. n. 131/2020 come “alternativi rispetto al profitto e al mercato”.

⁷⁹ Così Il D.M. n. 72/2021.

⁸⁰ Così Corte di Giust. UE, sez. V, 11 dicembre 2014, Causa C 113/13 (c.d. Spezzino).

⁸¹ “Soltanto il rimborso delle spese a piè di lista, documentato e non forfettario, può essere compatibile con la gratuità della prestazione di un servizio, escludendo qualsiasi forma potenzialmente riconducibile ad una remunerazione anche indiretta” Così Commissione speciale Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018, pag. 17.