



19 OTTOBRE 2022

La co-progettazione *alla luce* del Codice
del terzo settore e *nella penombra* del
Codice dei contratti pubblici

di Alessandro Berrettini

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Macerata

La co-progettazione *alla luce* del Codice del terzo settore e *nella penombra* del Codice dei contratti pubblici*

di Alessandro Berrettini

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Macerata

Abstract [It]: La co-progettazione, introdotta dal Codice del Terzo settore, s’inserisce in un contesto di amministrazione condivisa in cui privato e pubblica amministrazione collaborano in vista della comune tutela di interessi generali. Tale istituto è caratterizzato da indeterminatezza dovuta al fatto che il dato normativo non indica il procedimento che le amministrazioni devono seguire ma solamente i principi e gli obiettivi da realizzare. A ciò si aggiunge l’interpretazione fornita dal giudice amministrativo che ha paventato il potenziale contrasto dell’art. 55, commi 3 e 4, d.lgs. n. 117/2017, con il Codice dei contratti pubblici e con il principio della libera concorrenza. Il presente lavoro, pertanto, si pone l’intento di superare le criticità applicative dell’art. 55, commi 3 e 4, d.lgs. n. 117/2017, cercando di fornire una definizione della sua natura che sia compatibile con le direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE.

Title: Co-design in the light of the Third Sector Code and in the shadow of the Public Contracts Code

Abstract [En]: Co-planning, introduced by the Third sector Code, is part of a shared administration context in which private and public administration work together in view of the common protection of general interests. This institute is characterized by indeterminacy because the law does not indicate the procedure that the administrations must follow but only the principles and objectives to be achieved. Added to this, there is an interpretation provided by the administrative judge who affirmed the potential conflict of art. 55, paragraphs 3 and 4, legislative decree n. 117/2017, with the Code of public procurement and with the principle of free competition. This work aims to overcome the application criticalities of art. 55, paragraphs 3 and 4, legislative decree n. 117/2017, trying to provide a definition of its juridical nature that is compatible with directives 2014/23/EU and 2014/24/EU.

Parole chiave: co-progettazione; Codice del Terzo settore; Codice dei contratti pubblici; Terzo settore; amministrazione condivisa

Keywords: co-planning; Third sector code; Code of public procurement; Third sector; shared administration

Sommario: 1. Premessa. Le ragioni della ricerca. 2. Il rilievo economico dell’attività svolta dagli enti del Terzo settore. 3. L’accesso alle procedure di gara degli enti del Terzo settore e le relative problematiche connesse in ordine alla compatibilità con il Codice dei contratti pubblici. 4. Le possibili antinomie fra co-progettazione e libera concorrenza. 5. L’“alternatività” della co-progettazione rispetto all’affidamento di un contratto pubblico in senso tecnico. 6. La co-progettazione quale peculiare modalità di affidamento di un contratto pubblico: analogie e differenze rispetto alle procedure previste dal d.lgs. n. 50/2016. 7. La co-progettazione nella prospettiva del partenariato pubblico-privato. 8. Sintesi conclusiva.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa. Le ragioni della ricerca

Il Codice del Terzo settore, approvato con d.lgs. n. 117/2017, è stato considerato da taluni come una riforma «epocale» perché volta a sistematizzare la tradizionale disorganicità del settore¹.

Infatti, prima del 2017, il Terzo settore, quale insieme di soggetti che si pongono al di fuori del mercato (c.d. primo settore) e dello Stato (c.d. secondo settore) per realizzare fini di interesse generale senza scopo di lucro soggettivo², era caratterizzato da un'accentuata frammentazione normativa soprattutto a causa del variegato quadro degli enti che ne facevano parte e delle connesse discipline di settore³. Una frammentarietà, questa, che difficilmente poteva essere ricondotta ad unità se si considera il trattamento differenziato dei singoli enti in base al grado di solidarietà prescelto nel proprio statuto. Nel senso che, più forte era il limite all'autonomia privata del singolo ente con riferimento allo svolgimento di attività finalizzate al lucro oggettivo⁴, come ad esempio le attività di natura commerciale, maggiori risultavano essere i vantaggi sul piano fiscale e contributivo.

Un esempio emblematico in tal senso era rappresentato dalla legge⁵ sulle associazioni di volontariato⁶, che prevedeva «agevolazioni fiscali» per organizzazioni «costituite esclusivamente per fini di solidarietà», le cui attività commerciali e produttive per realizzare i fini statuari dovevano essere «marginali»⁷; sancendo la possibilità di stipulare convenzioni con lo «Stato, le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri enti pubblici»⁸.

Di contro, più deboli erano i limiti statuari segnalati e minori sarebbero stati i vantaggi economici nel rapporto con l'amministrazione pubblica. Basti pensare a questo proposito alle imprese sociali caratterizzate dalla prevalenza di attività commerciale⁹.

Il vero cambio di paradigma rispetto alle discipline passate (e appena mostrate) in direzione del Codice del Terzo settore è stato compiuto con l'approvazione della l. n. 328/2000. Il legislatore, infatti, ha tentato

¹ Così, A. FICI, *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in A. FICI - E. ROSSI - G. SEPIO - P. VENTURI, *Dalla parte del terzo settore*, Milano, 2020, p. 3.

² Sul punto, S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2006, p. 21.

³ Secondo S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, cit., pp. 16 - 18, i vari enti *no profit* si differenziano fra loro per il profilo soggettivo (relativamente agli attori), per il profilo oggettivo (relativamente all'attività svolta e al settore di appartenenza) ed il profilo teleologico (relativamente al fine che l'ente vuole perseguire). A questa stregua si delinea una sorta di coacervo di enti.

⁴ Inteso come ottenimento del solo utile da ripartire tra i soci, vietato dall'art. 4, d.lgs. n. 117/2017.

⁵ Abrogata dall'art. 102, comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

⁶ l. n. 266/1991.

⁷ Art. 8 comma 4, l. n. 266/1991.

⁸ Art. 7 comma 1, l. n. 266/1991.

⁹ Basti vedere il d.lgs. n. 155 del 2006 che non prevede né la possibilità di stipulare convenzioni con l'amministrazione, né i vantaggi economici sopra riportati per le organizzazioni di volontariato e per le associazioni di promozione sociale.

di riportare ad unità soggetti diversi ma pur sempre riconducibili al Terzo settore, individuando la formula di «ente del terzo settore»¹⁰ ed una disciplina comune da applicare.

La legge del 2000 appena richiamata, nonostante sia rivolta ai soli servizi sociali, ha avuto il pregio di evidenziare il rilievo degli enti *no profit* nell'organizzazione e nell'azione amministrativa, prevedendo meccanismi di dialogo tra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione volti a fornire adeguatezza (in termini di aderenza ai bisogni) all'azione amministrativa mediante peculiari meccanismi di partecipazione alla redazione di atti amministrativi generali, come piani di zona, procedure di affidamento di servizi pubblici, ecc..

È grazie allo svolgimento di attività di interesse generale senza scopo di lucro nonché alla “prossimità” dell'ente del Terzo settore nei confronti dei destinatari dell'azione che si prevede un suo coinvolgimento al fine di colmare asimmetrie informative tra pubblica amministrazione e realtà socio-economica in cui opera.

Il riconoscimento del Terzo settore al livello più elevato del nostro ordinamento si è poi avuto con la riforma del Titolo V, Parte Seconda della Costituzione e segnatamente attraverso l'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4 Cost., secondo cui «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

La sussidiarietà orizzontale legittima il modello della l. n. 328/2000, valorizzando l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale e creando altresì un sistema di dialogo e di reciproca interazione fra Terzo settore e pubblica amministrazione.

Il principio mostrato è però caratterizzato da genericità, a partire dal tipo di attività che la pubblica amministrazione può (o deve) mettere in campo per favorire gli enti del Terzo settore¹¹. È proprio su questo profilo che il Codice del Terzo settore s'inserisce opportunamente, richiamando al suo interno - e fin dalle previsioni iniziali - l'esigenza di «riordino» e «revisione» «della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore»¹². Non a caso si utilizza l'espressione “Codice”, che richiama evidentemente all'esigenza di dare ordine e di sistematizzare un coacervo di norme afferenti alla stessa materia¹³.

¹⁰ Art. 5, l. n. 328/2000.

¹¹ G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 1762.

¹² Tale obiettivo è esplicitato dall'art. 1, d.lgs. n. 117/2017, rubricato «Finalità ed oggetto», secondo cui «Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore».

¹³ Si veda tra tutti, P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma, 2016.

Nonostante il d.lgs. n. 117/2017 conferisca una definizione alla categoria altrimenti indefinita di «attività di interesse generale»¹⁴ nonché a quella di «ente del terzo settore»¹⁵, superando così la “settorialità” della antesignana l. n. 238/2000 e la genericità di alcune espressioni contenute nel menzionato art. 118, comma 4 Cost, residuano margini di indeterminatezza. Si pensi che il legislatore, nel riservare il Titolo VII del Codice Terzo settore al rapporto tra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione, introduce (agli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017) tre istituti innovativi, ma allo stesso tempo caratterizzati da un certo tasso di genericità nella formulazione normativa. Si tratta della co-programmazione¹⁶, della co-progettazione¹⁷ e delle convenzioni per l'affidamento di «attività o servizi sociali» a particolari enti del Terzo settore¹⁸, la cui indeterminatezza risiede soprattutto nell'aver semplicemente individuato i soli obiettivi cui questi istituti sono preordinati.

Sebbene la frammentarietà e l'indeterminatezza del dato positivo si siano posti inevitabilmente come limite alla realizzazione degli obiettivi di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, gli enti del Terzo settore hanno comunque saputo trovare un ruolo rilevante nel nostro ordinamento, rispondendo a bisogni della cittadinanza che difficilmente potrebbero essere soddisfatti, specie in una dimensione di crisi economica del *welfare state*¹⁹.

Del resto, come evidenziato dalla Corte costituzionale²⁰, il Terzo settore non supplisce soltanto alle scarse risorse economiche dell'amministrazione, ma fornisce anche “efficacia” all'azione amministrativa, colmando ad esempio lacune conoscitive e organizzative della stessa, dovute alla fisiologica mancanza di *prossimità* con l'utenza. In effetti, gli enti del Terzo settore, essendo rappresentativi della «società solidale», come ribadito dal giudice delle leggi, «spesso 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”»²¹.

¹⁴ A mente dell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁵ Secondo l'art. 4, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁶ Art. 55, comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁷ Art. 55, commi 3 e 4, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁸ L'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, si rivolge alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi al registro degli enti del terzo settore.

¹⁹ Ciò è stato messo in luce da R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, n. 1, 2013.

²⁰ Corte costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131.

²¹ Corte costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131.

La necessità di creare un'amministrazione condivisa²² tra Terzo settore e pubblica amministrazione attraverso gli strumenti di dialogo offerti dal Codice del Terzo settore è una priorità anche del PNRR che, in diverse parti, pone come obiettivo non solo il sostegno degli enti del Terzo settore ma anche l'utilizzo della loro progettualità ed azione²³.

Il rilievo e l'attualità del tema impongono di analizzare il principale istituto che ha determinato una nuova forma di "dialogo" fra Terzo settore e P.A., ossia la co-progettazione. Quest'ultimo, infatti, non risulta solo il più utilizzato dalle singole amministrazioni²⁴ ma prevede anche diversi profili problematici di natura attuativa relativi al suo inquadramento giuridico.

Basti pensare che il Consiglio di Stato, in prima battuta, aveva determinato una sorta di incompatibilità tra l'art. 55, commi 3 e 4, d.lgs. n. 117/2017, ed il Codice dei contratti pubblici, frutto della tradizionale frizione (e forse solo apparente) tra "mercato" e "solidarietà"²⁵.

Sebbene la Corte costituzionale abbia recentemente stabilito una compatibilità tra Codice dei contratti pubblici e istituti del Codice del Terzo settore, residuano, nondimeno, dubbi circa la natura della co-progettazione.

Il presente lavoro intende dunque indagare questo aspetto anche al fine di proporre delle soluzioni che, anche tenendo conto di quanto affermato dal giudice delle leggi, garantiscano armonia di sistema.

2. Il rilievo economico dell'attività svolta dagli enti del Terzo settore

Il rapporto tra Terzo settore e pubblica amministrazione ha subito nel corso del tempo molteplici evoluzioni determinate dalla giurisprudenza nonché dall'attività della Commissione Europea in materia di servizi di interesse generale.

Il carattere prestazionale dell'attività di interesse generale svolta nel Terzo settore²⁶, assimilabile all'attività di servizio pubblico esercitata dalla stessa amministrazione pubblica²⁷, ha trovato massima esplicitazione

²² Su cui G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1997, p. 29 e ss., l'amministrazione condivisa è «un nuovo modello di amministrazione «fondato sulla collaborazione fra amministrazione e cittadini» e «sull'ipotesi che allo stadio attuale di sviluppo della società italiana esistano i presupposti per impostare il rapporto fra amministrazione e cittadini in modo tale che questi ultimi escano dal ruolo passivo di amministrati per diventare co-amministratori, soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale». L'espressione appena riportata è stata ripresa da C. cost. sent. n. 131/2020. Si veda inoltre in merito, G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2020, pp. 1449-1457.

²³ Con particolare riferimento all'«investimento 2.2: Piani Urbani Integrati» e all'«investimento 3: Interventi socio-educativi strutturati per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno a sostegno del Terzo Settore».

²⁴ Verificabile attraverso una semplice consultazione delle sezioni «amministrazione trasparente» o «società trasparente».

²⁵ Consiglio di Stato, Parere 20 agosto 2018, n. 2052.

²⁶ Basti effettuare una rassegna dell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017.

²⁷ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, n. 2, p. 547.

in una dimensione di crisi del *welfare state*²⁸ del secondo millennio, derivante dalla crescita della quantità e della qualità della domanda per ottenere servizi sociali che l'erario pubblico difficilmente può sostenere²⁹. In questa dimensione, il Terzo settore si inserisce per colmare i limiti di un *welfare* a carico della finanza pubblica, poiché gli attori che compongono il Terzo settore operano su base solidaristica³⁰, rifuggendo sia da logiche di mercato che da logiche legate all'autoritatività del potere tipiche delle P.A. Tuttavia, sebbene l'assenza di scopo di lucro contraddistingua l'attività di interesse generale svolta dagli enti riconducibili al Terzo settore, occorre evidenziare come questa peculiarità non privi la loro attività del carattere dell'economicità, pur se definire "economica" un'attività dal punto di vista giuridico non sia agevole. Parte della dottrina ha ricondotto questa definizione all'«attività economica» richiamata dall'art. 41 Cost., intesa come attività «di produzione e di erogazione»³¹, che può essere svolta anche al di fuori di un'organizzazione imprenditoriale e lontano da logiche speculative, ricomprendendo così anche il Terzo settore.

Uno stretto rapporto tra *no profit* ed economicità dell'attività degli enti del Terzo settore è stato rilevato ad esempio da Guido Calabresi nella sua celebre opera «Il futuro del *law and economics*». Secondo l'autore, infatti, l'altruismo, inteso come assenza di lucro soggettivo, può rappresentare nel linguaggio economico sia un fine che un mezzo attraverso il quale le imprese *no profit* possono svolgere la loro attività economica. A questo proposito si fa l'esempio dello svolgimento di un'attività sanitaria da parte di «ospedali *no profit*»³², in cui tali imprese non soltanto realizzano rendite elevate ma addirittura s'innestano in settori in cui vi è scarsa concorrenza, creando veri e propri monopoli. Per Calabresi, inoltre, l'"altruismo" si porrebbe come un vero e proprio prodotto del mercato, in cui le decisioni collettive definiscono la quantità delle forme di altruismo da produrre³³.

²⁸ Sul punto vedi: R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, cit., pp. 37-39; con riferimento al rapporto tra *welfare state* e servizi sociali e ruolo del *no profit*, vedi: E. CODINI, *Evoluzione storica della disciplina*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, pp. 4 - 13.

²⁹ Sul punto, M. C. JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008, pp. 29 e 30.

³⁰ F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella "formazione sociale" "organizzazione pubblica"*, in F. Manganaro, A. R. Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, pp. 155 e ss., il privato sociale è un elemento essenziale dell'organizzazione amministrativa a partire dall'art. 2 Cost., essendo nato per assolvere funzioni solidaristiche di interesse generale. In merito al rapporto tra art. 2 Cost. e organizzazione amministrativa: M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1, 2020, pp. 28-46.

³¹ In tal senso, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, vol. 21, Milano, 1971, p. 8, secondo cui: la Corte costituzionale non definisce nello specifico l'attività economica, ma semplicemente evidenzia come essa possa essere svolta anche al di fuori di un'organizzazione imprenditoriale. Inoltre, secondo l'autore parte delle attività economiche sono regolate «in disposizioni estranee» all'art. 41 Cost. e in modo diverso da esso, partendo dall'attività delle cooperative sociali che non agiscono con fine speculativo. Ciò non significa considerare le attività di quest'ultime come prive di valore economico.

³² G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, Milano, 2018, pp. 132-133.

³³ G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, cit., p. 134.

Quanto rilevato sul piano dottrinale sembra essere confermato a livello positivo allorchè gli enti del Terzo settore, ai sensi dell'art. 6 del relativo Codice, possano svolgere attività commerciali, tradizionalmente caratterizzate da economicità, diverse ma strumentali rispetto alle attività di interesse generale³⁴. Allo stesso modo si prevede la possibilità per l'amministrazione di stipulare convenzioni per l'affidamento di servizi sociali, a mente dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, «se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato», riconoscendo così il valore economico dell'attività in affidamento.

La capacità del Terzo settore di produrre beni e servizi nel mercato determina la ricomprensione di esso nell'ampia definizione di operatore economico offerta dal d.lgs. n. 50/2016. Così, all'art. 3, comma 1, lett. p., si specifica che per operatore economico s'intende «una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

Merita sul punto rilevare come anche la giurisprudenza nazionale abbia qualificato, sulla scorta del diritto vivente europeo e prima ancora del d.lgs. n. 50/2016, gli enti caratterizzati dall'assenza di scopo di lucro come operatori economici. Emblematica sul punto risulta la giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁵ secondo cui «l'assenza dello scopo di lucro» non esclude che i soggetti in esame «possano esercitare un'attività economica e siano ritenuti operatori economici, potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come imprenditori, fornitori o prestatori di servizi»; ciò coerentemente con la disciplina europea per la quale «i termini imprenditore, fornitore e prestatore di servizi designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offrano sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi».

Altrettanto rilevante è poi quella giurisprudenza del medesimo giudice amministrativo³⁶ per cui «Le associazioni di volontariato, in quanto soggetti autorizzati dall'ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attività economiche, ancorchè senza scopi di lucro, rientrano nel novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici».

Del resto, come anticipato, la stessa Corte di giustizia³⁷ aveva sostenuto che l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi

³⁴ Sul punto vedi il D.M. 19 maggio 2021, n. 107 emanato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali che ha dato attuazione all'art. 6, d.lgs. n. 117/2017, per stabilire criteri e limiti delle attività secondarie e strumentali all'attività di interesse generale.

³⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, 15 aprile 2013, n. 2056.

³⁶ Consiglio di Stato Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5249.

³⁷ Corte di Giustizia UE sez. III, 29 novembre 2007, n.119.

delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza³⁸. Il Consiglio di Stato ha inoltre tenuto a precisare come l'«operatore economico può essere anche un soggetto senza fine di lucro che operi occasionalmente sul mercato o goda di finanziamenti pubblici»³⁹, divergendo dalla nozione di imprenditore commerciale che invece richiede la continuità dell'attività di impresa, ai sensi dell'art. 2082 c.c.⁴⁰.

Quanto rilevato fin qui è confermato anche dalla previsione legislativa che consente alle stazioni appaltanti di riservare procedure di appalto alle cooperative sociali, a mente dell'art. 112, d.lgs. n. 50/2016, nonché ad enti senza scopo di lucro per i servizi sanitari, sociali e culturali ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016⁴¹.

Il rilievo economico dell'attività degli enti del Terzo settore ed il conseguente riconoscimento della qualifica di operatore economico risultano particolarmente significativi per la materia dei contratti pubblici: come si vedrà è da qui che sono originati i principali problemi relativi al rapporto fra Terzo settore, pubblica amministrazione e mercato. Ciò sia sotto il profilo dell'effetto prodotto dal loro ingresso nel campo della «concorrenza per il mercato, cioè in competizione con gli altri operatori per ottenere la “commessa” pubblica»⁴², che dalla nascita di normative *ad hoc* volte a derogare al regime generale di affidamento stabilito dal d.lgs. n. 50/2016.

Ed in effetti, se da una parte gli enti del Terzo settore sono nati facendo fronte ai costi della loro attività con risorse economiche proprie⁴³, a seguito dell'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale è

³⁸ Più precisamente, secondo la Corte: «l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (v., in questo senso, sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* e a., Racc. p. I-4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-C-C- 184/98, *Pavlov* e a., Racc. p. I-6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C- 264/01, C-306/01, C-354/01 e C-C-355/01, *AOK Bundesverband* e a., Racc. p. I-2493, punto 49)».

³⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2013, n.387. Per completezza, la pronuncia appena indicata fa suoi i pareri della precedente AVCP, affermando che «L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che aveva inizialmente escluso che le associazioni di volontariato potessero partecipare a gare di appalto, attesa la gratuità dell'attività di volontariato (Autorità, 31 gennaio 2008 n. 29, parere; Autorità, 29 dicembre 2008 n. 266, parere), ha successivamente stabilito che operatore economico può essere anche un soggetto senza fine di lucro che operi occasionalmente sul mercato o goda di finanziamenti pubblici (Autorità, 23 aprile 2008 n. 127, parere; Autorità, 20 ottobre 2010 n. 7, determinazione)».

⁴⁰ Secondo cui «E' imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». È proprio la professionalità dell'attività che implica continuità. Sul punto si veda: G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2017, pp. 15-17. Si veda inoltre A. FUSARO, *Spunti per un'ermeneutica della riforma del terzo settore*, in *www.federalismi.it*, n. 10, 2020, pp. 234-236.

⁴¹ Servizi di cui all'allegato IX al codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 143, comma 2, che più precisamente riserva alle organizzazioni assimilabili agli enti del Terzo settore. Si legga in tema A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale*, in S. Pellizzari - A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019, pp. 34-38.

⁴² M. C. JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, cit., p. 29. Si veda in tema anche L. DE LUCIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 275 e ss. In tema si vedano S. CORNELLA - S. PELLIZZARI, *La concorrenza itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in B. Marchetti - M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, p. 373 e ss.

⁴³ M. C. JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, cit., p. 30, che osserva come in zone con alto tasso di disoccupazione gli enti del Terzo settore faticano a nascere, vista l'assenza di volontari che tardano ad inserirsi nel mondo del lavoro.

stato reso possibile l'ingresso nel campo del Terzo settore di soggetti privi di capitale attraverso meccanismi di *favor* consistenti, ad esempio, in procedure di affidamento riservate o comunque in deroga al codice dei contratti pubblici⁴⁴.

Il campo d'indagine su cui opera anche la co-progettazione è dunque quello riguardante il rapporto tra Terzo settore e mercato, con riferimento alle regole che permettono l'ingresso di operatori economici nell'erogazione dei servizi pubblici. Ed è proprio per questo motivo che occorre fin d'ora evidenziare che il problema del rapporto indicato si pone a protezione della concorrenza⁴⁵ (nei suoi corollari di *favor participationis* e di *par condicio*) al fine di tutelare le posizioni delle imprese "*profit*" che a tale mercato potrebbero essere interessate a partecipare⁴⁶.

In sostanza, il rapporto tra Terzo settore, pubblica amministrazione e mercato non può che rilevare in presenza di servizi di interesse economico generale (SIEG)⁴⁷, la cui economicità presuppone

⁴⁴ Quanto alle procedure in deroga, s'inseriscono gli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 e la disciplina contenuta nella l. n. 381/1991, in cui le amministrazioni pubbliche «possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1». Inoltre, nel regime derogatorio s'inseriscono anche le procedure di affidamento di servizi alla persona previste dall'art. 5, l. n. 328/2000. In merito, fra tutti, A. BATTISTELLA, *La 328/2000 e le modalità di esternalizzazioni dei servizi*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2000, p. 20 e ss.; P. DE ANGELIS, *I sistemi di affidamento dei servizi*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013, pp. 56-64; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e sei servizi sociali*, Torino, 2017, pp. 170-172; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il ruolo del terzo settore nel sistema integrato dei servizi sociali*, in F. Manganaro - V. Molaschi - R. Morzenti Pellegrini - D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, pp. 323 - 324.

⁴⁵ Come evidenziato da A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2008, pp. 1-4, il termine concorrenza non ha un valore univoco, essendo legato alla scienza economica e alle sue evoluzioni, comportando dunque diverse prospettive di studio. A prescindere dal valore che si vuole attribuire al termine è pacifico che la concorrenza sia posta in rapporto al mercato, essendo finalizzata, quanto al richiamo alla disciplina positiva, a porre un argine alle condotte degli operatori economici nel mercato, in cui è ricompresa anche l'amministrazione pubblica (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., p. 6, il quale definisce una concezione statica e dinamica di concorrenza in base alla capacità dei singoli operatori economici di influenzare il mercato). Occorre dunque evidenziare che il principio di libera concorrenza non viene qui analizzato sotto il profilo dei «poteri neutrali, attribuiti a garanzia dell'ordine naturale del mercato, per esercitare funzioni "politiche" di indirizzo del mercato medesimo» (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., p. XX), ma come quell'insieme di regole volte a garantire parità di trattamento degli operatori economici e massima partecipazione degli stessi a «tutela del libero mercato», nel rispetto dei principi di libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali e di libertà di stabilimento all'interno degli stati membri (A. BOTTO - S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., p. 5.). Dello stesso avviso, A. FONZI, *Il principio di libera concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 42-43; R. CARANTA - D. C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, n. 5, p. 493 e ss.

⁴⁶ R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, pp. 325-326, secondo cui la disciplina europea «ha caratterizzato la disciplina sulle gare come norme a favore della concorrenza di tutela dei diritti soggettivi dei concorrenti, forse giungendo a relegare l'amministrazione ad una tutela riflessa o secondaria rispetto all'interesse ad un corretto funzionamento del mercato».

⁴⁷ In tema la letteratura è amplissima e qui ci si limita a richiamare, fra gli altri, L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007, p. 1791 e ss.; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, pp. 923 e ss.; F. DONATI - E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*,

competizione nel mercato ed il conseguente obbligo di ricorrere dovere della disciplina nazionale e sovranazionale nell'applicazione di procedure di affidamento⁴⁸.

Ai fini della presente indagine, tra i servizi di interesse economico generale rivestono particolare rilevanza i servizi sociali di interesse generale (SSIEG), sia economici che non, consistenti in «servizi che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, fondati sui principi di solidarietà e di accesso paritario»⁴⁹, rappresentando il principale campo d'azione degli enti del Terzo settore⁵⁰.

Difatti, dall'analisi delle Comunicazioni della Commissione europea in tema⁵¹ - che costituiscono una sorta di “manuale” per gli Stati membri nella definizione dei servizi sociali di interesse generale, individuando i criteri di organizzazione che li contraddistinguono ed il loro rapporto con il mercato, ammettendone anche il carattere economico-imprenditoriale⁵² - si ravvisa come le attività di interesse generale, a mente dell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, siano ricomprese in questi servizi, strutturati principalmente su base solidaristica.

in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, pp. 313 e ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, pp. 5517 e ss.; S. CASSESE, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. CASSESE., *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 386 e ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 371 e ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1063 e ss.

⁴⁸ I servizi di interesse economico generale (c.d. SIEG) sono infatti richiamati dalle ultime direttive europee in materia (2014/23/UE; 2014/24/UE) per stabilire l'ambito di applicazione delle medesime e, conseguentemente, l'applicazione delle disposizioni di legge degli Stati membri che le hanno attuate, come da noi il d.lgs. n. 50/2016. Più precisamente, il *Considerando* 6, par. 2, di entrambe le direttive europee in tema dispone che «i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva», affermando *a contrario* il rilievo dei servizi economici di interesse generale.

⁴⁹ R. MORZENTI PELLEGRINI, *Le modalità di gestione dei servizi sociali nell'ambito dei servizi pubblici locali*, in F. Manganaro – V. Molaschi – R. Morzenti Pellegrini – D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, p. 249.

⁵⁰ La maggior parte delle attività di interesse generale indicate nell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017 sembrano essere ricomprese nell'alea dei servizi sociali di interesse generale, in base alle comunicazioni della commissione europea che si vedranno di seguito, volte a definire i tratti peculiari dei servizi sociali di interesse generale.

⁵¹ Per la comunicazione (COM 2006) 177 del 26 aprile 2006, pag. 4, i servizi sociali «operano in base al principio di solidarietà, necessario in particolare in caso di mancata selezione dei rischi o in caso di mancanza, a livello individuale, di un'equivalenza fra versamenti e prestazioni; – hanno un carattere globale e personalizzato, che integra la risposta ad esigenze diverse in modo da garantire i diritti fondamentali e tutelare le persone più vulnerabili; – non hanno scopo di lucro, bensì l'obiettivo di affrontare le situazioni più difficili, facendo spesso parte di una tradizione con radici storiche; – comprendono la partecipazione di volontari, espressione delle capacità della cittadinanza; – hanno un forte radicamento connesso a tradizioni culturali (locali). Questo aspetto trova spesso espressione nella prossimità fra il fornitore del servizio e il beneficiario, il che consente di tener presenti le esigenze specifiche di quest'ultimo; – rapporti complessi e diversificati fra coloro che forniscono il servizio e i beneficiari, che non rientrano nell'ambito di un 'normale' rapporto fornitore/consumatore e che richiedono la partecipazione finanziaria di terzi». Merita rilevare come la seconda comunicazione del 20 novembre 2007 (COM (2007) 725) costituisca una sorta di specificazione della comunicazione del settembre del 2006. In tema si veda, A. ALBANESE, *Il sistema integrato dei servizi sociali: spunti di analisi in prospettiva europea*, in S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, pp. 137-171.

⁵² Secondo E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, p. 131, la diversità e la specificità dei servizi sociali di interesse generale delinea una disciplina a «geometrie variabili» di volta in volta diversa in base alle previsioni del singolo stato membro.

Vista l'irrilevanza della natura del soggetto (*profit* o *no profit* che sia) per definire un'attività come economica, considerato che «la nozione di “impresa” abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»⁵³ ed il riconoscimento della qualifica di operatore economico al Terzo settore da parte del diritto dell'unione europea⁵⁴ anche in settori come i servizi sociali di interesse generale⁵⁵, occorre ora verificare se l'inserimento *nel mercato* degli enti del Terzo settore produca o meno effetti distorsivi in quella «concorrenza per il mercato» più volte richiamata.

3. L'accesso alle procedure di gara degli enti del Terzo settore e le relative problematiche connesse in ordine alla compatibilità con il Codice dei contratti pubblici

L'accesso alle procedure ad evidenza pubblica da parte degli enti *no-profit* ha ingenerato diversi interrogativi sotto il profilo della compatibilità con il principio della *par condicio* degli operatori economici, assimilabile al divieto di disparità di trattamento sancito dal principio di imparzialità, quale elemento essenziale del principio della libera concorrenza⁵⁶.

Il problema di compatibilità deriva dal *favor* che la legge attribuisce agli enti del terzo settore. Questo *favor* consiste essenzialmente nella possibilità di presentare un'offerta più vantaggiosa rispetto agli altri soggetti che operano sul mercato⁵⁷, in forza dei vantaggi previsti *ex lege* sia dal punto di vista fiscale che del costo

⁵³ Corte giustizia UE, grande Sezione – 6 novembre 2018, n. 622 in merito all'applicazione dell'IMU agli enti ecclesiastici, la cui mancata applicazione ha configurato una violazione del TFUE sugli aiuti di stato. Dello stesso avviso, sentenze del 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e a., C-222/04, EU:C:2006:8, punto 107, nonché del 27 giugno 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punti 39 e 41. La corte di giustizia inoltre precisa che «Costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, vale a dire prestazioni fornite di norma dietro remunerazione. A tale riguardo, la caratteristica essenziale della remunerazione risiede nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze dell'11 settembre 2007, Schwarz e Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, punti 37 e 38, nonché del 27 giugno 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punti 45 e 47)».

⁵⁴ Da ultimo si veda Corte giustizia UE sez. IX, 6 febbraio 2020, n.11 che riconosce espressamente la qualifica di operatore economico ad un'organizzazione di volontariato.

⁵⁵ Ciò a differenza dell'Italia che considerava, precedentemente alle Comunicazioni analizzate, tali servizi al di fuori del tradizionale regime concorrenziale F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008, p. 380, riteneva, infatti, che l'esenzione nazionale dalle dinamiche concorrenziali dei servizi sociali non derivassero dall'assenza di offerta dei servizi medesimi ma dalla difficoltà «di accedervi da parte tutti i cittadini».

⁵⁶ Sul punto: S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2008, p. 228, secondo cui il significato attribuito al principio di imparzialità è molto vicino a quello della libera concorrenza. Infatti, «nelle decisioni del giudice amministrativo la parità di trattamento o la *par condicio* degli interessi privati di fronte all'amministrazione e per l'amministrazione è intesa in senso oggettivo, come presupposto per la realizzazione effettiva del principio di concorrenza».

⁵⁷ Così, P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti “disomogenei”*, cit., p. 340, che attraverso un'approfondita disamina della giurisprudenza in tema ha evidenziato questa posizione del giudice amministrativo con particolare riferimento a T.A.R. Campania, Sez. V, 31 marzo 2008, n. 1666 e T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 2034/2007.

del lavoro. Ciò determinerebbe, secondo parte della giurisprudenza⁵⁸, una sorta di «incompatibilità logica»⁵⁹ nella partecipazione mista tra soggetti *for profit* e *no profit*.

Rispetto alle imprese *profit*, le agevolazioni fiscali ricordate determinerebbero la possibilità per gli enti del terzo settore di presentare un'offerta economica contenente un maggiore ribasso dell'importo posto a base di gara, determinando una "disparità delle armi" e dunque violazione della *par condicio*.

Tale disomogeneità tra terzo settore ed imprese risulta evidente, ma solo in via apparente, se si considera che le stazioni appaltanti avevano, nell'ottica del precedente codice appalti, d.lgs. n. 163/2006, una maggiore discrezionalità nella scelta del criterio di selezione dell'offerta del prezzo più basso, valorizzando maggiormente il prezzo offerto per la selezione del contraente⁶⁰. Come è stato rilevato⁶¹, però, non esiste - e non può esistere - alcun obbligo stabilito dal diritto positivo per compensare i vantaggi economici degli enti del Terzo settore rispetto alle imprese indirizzate al profitto: questa evenienza potrebbe determinare altrimenti una disparità di trattamento *a contrario* nei confronti delle organizzazioni senza scopo di lucro. Non vi sono pertanto né obblighi europei, né obblighi nazionali volti ad indirizzare la discrezionalità delle stazioni appaltanti⁶² a selezionare requisiti economici o tecnico professionali legittimamente escludenti oppure a riservare procedure ad evidenza pubblica per rendere omogenea la

⁵⁸ Ed infatti secondo la già richiamata pronuncia del T.A.R. Campania, Sez. V, 31 marzo 2008, n. 1666 «la stipulazione di un contratto a titolo oneroso, quale l'appalto pubblico di servizi in esame, si pone come incompatibile, rispetto al fondamentale aspetto del volontariato; l'onerosità presuppone infatti che un soggetto, per acquistare un qualsiasi tipo di diritto, beneficio o vantaggio, accetti un correlativo sacrificio, sussistendo tra vantaggio e sacrificio un nesso di causalità, laddove la gratuità implica che un soggetto acquisisca un vantaggio senza alcun correlativo sacrificio». In chiave critica M. C. JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, cit., pp. 255-257, in cui ricorda che è solo precluso alle organizzazioni *no profit* il lucro soggettivo e non il lucro oggettivo, a nulla rilevando il carattere dell'onerosità al fine di considerare economica la sua attività di interesse generale o onerosi i contratti che stipula. L'autrice ricorda come la nozione di onerosità del contratto e di impresa prescinde dalla qualifica soggettiva dell'ente che esercita un'attività se questa è oggettivamente economica.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Ad oggi come è noto il d.lgs. n. 50/2016 all'art. 95, in controtendenza con il vecchio codice del 2006, valorizza il criterio del miglior rapporto qualità prezzo, riducendo a casi tipici il ricorso al criterio del minor prezzo. In tema si veda, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 5, 2016, pp. 503-545; L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. app.*, n. 1, 2017, pp. 24-36.

⁶¹ P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urb. app.*, n. 3, 2011, pp. 342-343.

⁶² In ordine alla discrezionalità della stazione appaltante in materia di servizi sociali: D. SENZANI, *L'evidenza pubblica e la procedura di scelta del contraente*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 422; A. MASSERA, *L'espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione*, in C. Marzuoli-S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, p. 93 e ss. Sulla facoltà di riservare procedure ad evidenza pubblica: A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale attraverso contratto di appalto*, cit., p. 30. Quanto alla giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sez. III, 4 dicembre 2019, n. 8305 afferma che «[è] evidente che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante conformare la *lex specialis*, quanto alla determinazione della base d'asta, in modo da garantire il migliore perseguimento del suo interesse». Inoltre «sia la giurisprudenza europea (Corte giust. 7 ottobre 2004, causa C-247/2002), che quella nazionale, pur con riferimento al previgente quadro normativo, hanno costantemente valorizzato la discrezionalità della PA nel valutare, caso per caso, le peculiarità di ogni singolo appalto, in modo da attribuire il giusto peso alla componente economica e a quella tecnica (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, nn. 5637/2011 e 6837/2007)».

partecipazione tra operatori economici, evitando così partecipazioni miste tra enti senza scopo di lucro e imprese *profit*.

La giurisprudenza, seppure con andamento oscillante, ha difatti sanzionato ogni comportamento delle stazioni appaltanti volto a “sterilizzare” i vantaggi fiscali dell’ente del terzo settore⁶³.

Benchè nella dinamica delle procedure ad evidenza pubblica non vi siano obblighi giuridici volti a riequilibrare la disomogeneità tra Terzo settore ed imprese commerciali, merita rilevare la presenza di meccanismi fisiologici di compensazione al fine di valorizzare la funzione sociale ed il fine di interesse generale degli enti del terzo settore⁶⁴. Il primo consiste nel limite imposto all’esercizio delle attività commerciali da parte degli enti senza scopo di lucro, finalizzate alla produzione o allo scambio di beni o di servizi in un determinato mercato⁶⁵. Tradizionalmente il limite accennato riguardava le associazioni di volontariato che potevano trarre risorse economiche volte al loro funzionamento da «attività commerciali e produttive marginali»⁶⁶, determinando di conseguenza una presenza sul mercato quantitativamente inferiore rispetto ad un’impresa con scopo di lucro. Di recente, come già ricordato, anche il Codice del Terzo settore, all’art. 6, ha definito la possibilità per gli enti ad esso riconducibili di svolgere attività ulteriori rispetto alle attività di interesse generale purchè strumentali ad esse.

Sebbene quanto detto comporti una riduzione della presenza sul mercato degli enti del terzo settore, ciò vale solo per le attività ulteriori rispetto a quelle di interesse generale previste dallo statuto. Dall’analisi sin qui condotta è infatti emerso come le attività di interesse generale, a prescindere dalla loro qualifica di attività commerciale, rilevante solo per l’applicazione dei regimi di imposte sui redditi, possano essere qualificate come attività economiche, ossia capaci di «offrire beni o servizi su un determinato mercato, anche potenziale»⁶⁷. Pertanto, le organizzazioni prive di scopo di lucro potranno partecipare alle gare per l’affidamento di pubblici servizi nei casi in cui «l’attività oggetto di gara sia funzionale allo scopo associativo dell’ente e compatibile con la disciplina statutaria di esso»⁶⁸. Ciò anche perché «la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell’impresa, sicché l’assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici»⁶⁹.

⁶³ Si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 185 e T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 29 dicembre 2010, n. 4857.

⁶⁴ A. ALBANESE, *Il sistema integrato dei servizi sociali: spunti di analisi in prospettiva europea*, cit., p. 167, evidenzia come non possa essere posta in termini di incompatibilità tale funzione sociale e solidaristica con la qualifica di impresa.

⁶⁵ Ciò si desume dalla nozione di imprenditore commerciale *ex art.* 2082 c.c.

⁶⁶ Ai sensi dell’art. 5, comma 1, l. n. 266/1991.

⁶⁷ Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44.

⁶⁸ Così T.A.R. Emilia-Romagna - Bologna, Sez. II, 9 aprile 2019, n. 333.

⁶⁹ T.A.R. Emilia-Romagna - Bologna, Sez. II, 9 aprile 2019, n.333. Dello stesso avviso, Consiglio di Stato, Sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116, con una sentenza precedente alle direttive del 2014 in materia di appalti e concessioni, secondo cui «Alla luce della direttiva Ce n. 18/2004 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell’impresa, per cui l’assenza di fine di lucro non è di

Un ulteriore meccanismo volto a riequilibrare l'asimmetria tra enti del terzo settore ed imprese commerciali consiste nella possibilità di riservare procedure ad evidenza pubblica ad enti *no profit*, ai sensi degli artt. 112 e 143, d.lgs. n. 50/2016. La prima disposizione indicata prevede per le stazioni appaltanti la facoltà di avviare procedure di appalto o di concessione riservata per cooperative sociali di tipo B, il «cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati». Mentre la seconda disposizione segnalata afferma che le stazioni appaltanti possono riservare a determinate «organizzazioni» «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»⁷⁰.

Risulta evidente che la *ratio* di entrambe le norme consiste nel valorizzare lo scopo solidaristico delle organizzazioni del terzo settore attraverso la creazione di un mercato autonomo “ad armi pari” tra operatori della stessa natura. Si osserva inoltre come codesti istituti non vadano solamente a compensare il *deficit* di agevolazioni economiche degli operatori *profit*, ma anche a controbilanciare il *deficit* fisiologico dell'offerta tecnica presentata da cooperative sociali di tipo B finalizzate all'inserimento lavorativo. Ed infatti, sebbene lo scopo solidaristico delle organizzazioni senza scopo di lucro determini talvolta vantaggi rispetto agli altri operatori economici in sede di gara, lo scopo solidaristico di particolari organizzazioni *no profit* rappresenta di contro uno svantaggio. Questo è il caso, come detto, delle cooperative sociali di tipo B che, prevedendo l'assunzione di personale svantaggiato, potrebbero presentare un'offerta tecnica a condizioni peggiori rispetto ad un operatore economico che impieghi personale non riconducibile a siffatta categoria⁷¹. La norma, dunque, permette di concorrere a soggetti della stessa natura per garantire una competizione alle stesse condizioni di mercato valorizzando, allo stesso tempo, il fine di interesse generale realizzato dall'attività delle cooperative sociali che giustifica la scelta discrezionale della riserva⁷².

per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici». In tal senso anche Consiglio di Stato, Sez. V, 26 agosto 2010, n. 5956; TAR Lazio- Roma, Sez. III, 22 febbraio 2007, n. 1559.

⁷⁰ Tale disposizione di legge replica il contenuto dell'art. 77 della direttiva 2014/24/UE.

⁷¹ Sotto diversi profili, come ad esempio nella disponibilità di straordinari, nel numero delle ore di lavoro che il personale può prestare e nella disponibilità di orario notturno. Si veda in merito, M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2, 2018, p. 43. In tema, G. GUERRINI, *Discutono sul tema*, in S. Pellizzari - A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, cit., p. 242 e ss.; A. MONEA, *Affidamento di servizi a Terzo Settore e coop sociali: le linee guida ANAC*, in *Cooperative e enti non profit*, n. 10, 2015, pp. 28-38; S. SORRENTINO, *È possibile un rapporto "preferenziale" tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus*, n. 3, 2014, pp. 566-587; S. AGOSTINI, *Principi sociali, cooperative e appalti pubblici*, in *Riv. coop.*, n. 1, 2008, pp. 51-59. Sul rilevante tema della partecipazione a procedure di appalto da parte di consorzi fra società cooperative quale «singolare modello giuridico» vedi: S. STICCHI DAMIANI - M. MONTEDURO, *I consorzi fra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2018.

⁷² Come previsto dal comma 3 dell'art. 112, d.lgs. n. 50/2016, «Il bando di gara o l'avviso di preinformazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservata», con contestuale motivazione.

L'art. 143 del Codice dei contratti pubblici prevede anche la possibilità di riservare l'affidamento di servizi sociali (specificamente enunciati dalla norma⁷³) ad organizzazioni senza scopo di lucro⁷⁴ sia per evitare la contestuale partecipazione di enti *profit* e *no profit*, sia per garantire adeguatezza ed efficacia al servizio erogato da soggetti maggiormente sensibili alle esigenze delle utenze⁷⁵.

La procedura appena indicata si pone in deroga a quella ordinaria, prevedendo la disapplicazione di parte delle disposizioni previste dal d.lgs. n. 50/2016, come ad esempio la valutazione dell'anomalia dell'offerta e la definizione di una soglia *sui generis*⁷⁶.

La limitazione della concorrenza in favore di un mercato caratterizzato da soggetti solidali, determinata dalla formalizzazione di procedure riservate e dall'introduzione di regimi c.d. "alleggeriti"⁷⁷, trova la sua ragion d'essere nella peculiare natura dei servizi sociali. Sul punto, il *Considerando* 114 della direttiva 2014/24UE sancisce opportunamente che «Certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi». Ed è proprio la diversa natura dei servizi sociali, diversa in ogni Stato membro anche in base alle proprie tradizioni culturali, che determina l'esigenza di un regime differenziato, scelto dagli stessi Stati membri, rispetto alle procedure di appalto o di concessione ordinarie in forza della limitata dimensione transfrontaliera ed una soglia di rilevanza europea più alta rispetto ai servizi di interesse economico generale⁷⁸.

Più precisamente, il medesimo *Considerando* 114 impone agli Stati membri, proprio «In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi [...], un'ampia discrezionalità [per] organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato».

⁷³ Allegato IX della direttiva 2014/24/UE.

⁷⁴ Organizzazioni di lucro che soddisfino le condizioni indicate dall'art. 143, d.lgs. n. 50/2016.

⁷⁵ Si veda in tema A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2015, pp. 89-137.

⁷⁶ Difatti, l'art. 142, comma 5-*sexies*, d.lgs. n. 50/2016, afferma che «Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65», così anche il comma 5-*septies*, secondo cui «Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-*sexies*, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo». Si veda in tema, L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1011 e ss. In merito all'evoluzione della disciplina, soprattutto dopo il c.d. decreto correttivo, d.lgs. n. 56/2017, M. DE NES - G. QUARNETI, *Gli appalti nei servizi sociali: una disciplina sensibilmente riformata*, in M.A. SANDULLI - M. LIPARI - F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 371 e ss.; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *www.federalismi.it*, n. 3, 2018, pp. 18 e ss.

⁷⁷ Così come previsto dall'art. 77 della dir. 2014/24/UE.

⁷⁸ Pari a 750.000 euro a mente dell'art. 35, d.lgs. n. 50/2016.

Onde evitare che la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'individuare il regime alleggerito si tramuti in abuso, il *Considerando* in questione sancisce inoltre che «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».

Alla luce di quanto detto risulta evidente come la scelta del Legislatore italiano, a mente dell'art. 142, d.lgs. n. 50/2016, sia stata quella di prevedere per l'affidamento dei servizi ricompresi nell'All. IX, che vede la preponderanza di servizi sociali di interesse economico generale, una procedura ad evidenza pubblica *a spot*, prendendo talvolta parte della disciplina per le procedure ordinarie, talaltra, invece, lasciando libere le stazioni appaltanti di esercitare la propria discrezionalità e “costruire” la procedura di appalto o di concessione più adeguata al contesto in cui si trova ad operare⁷⁹. Ciò permette alla stazione appaltante di graduare la procedura stessa, consentendo di superare le disomogeneità di una partecipazione mista tra operatori economici *profit* e no, attraverso la scelta di una procedura riservata ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016, bilanciando così il principio di libera concorrenza con quello più propriamente solidaristico⁸⁰. Occorre rilevare come il bilanciamento indicato sia particolarmente proporzionato, non determinando un recesso totale della libera concorrenza: le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016, prevedono una durata massima di 3 anni del contratto di appalto ed il divieto di aggiudicare il servizio sociale all'operatore economico che negli ultimi 3 anni ha ottenuto l'aggiudicazione per i servizi oggetto della procedura riservata. Così facendo si inserisce un contrappeso alla discrezionalità della stazione appaltante, valorizzando il principio del *favor participationis*, allo stesso modo del principio di rotazione⁸¹, evitando il consolidarsi di rapporti contrattuali con lo stesso operatore economico.

L'analisi del *Considerando* 114 della direttiva 2014/24/UE ha permesso di evidenziare come il legislatore europeo abbia previsto delle deroghe rispetto al principio della libera concorrenza, realizzato attraverso

⁷⁹ A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore*, in *Munus*, n. 1, 2019, pp. 173 - 174.

⁸⁰ A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *www.federalismi.it*, n. 12, 2018, che ricorda, attraverso un parallelismo con le procedure riservate a mente del D.P.C.M. 30 marzo 2001, le parole dell'ANAC contenute nella delibera del 20 gennaio 2016, n. 32: «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».

⁸¹ Come evidenziato da Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030, al pari di quanto previsto dall'art. 143, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 50/2016, «Il principio di rotazione in sede di gara costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio». In tema si veda, *ex multis*, A. ILACQUA, *Procedure sotto soglia e principio di rotazione alla luce delle modifiche apportate, al codice appalti, dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32, convertito con modifiche in Legge 55/2019*, in *Giust.Amm.it*, n. 6, 2019, p. 14 e ss.; A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia, Commento a dec. legge 18 aprile 2019 n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici)*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 6, 2019, pp. 730-737; F. MANGANARO - R. PARISI, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC*, in *Urb. app.*, n. 5, 2018, pp. 589-598; S. DEIANA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urb. app.*, n. 5, 2018, pp. 681-689.

la disciplina dei contratti pubblici ordinaria contenuta nelle direttive del 2014, per il carattere spiccatamente sociale e a base solidaristica di alcune attività come i servizi sociali di interesse generale sia economici che non⁸². Grazie al *Considerando* appena esaminato si modifica la concezione stessa delle procedure ad evidenza pubblica che da strumento di promozione del mercato diventano «strumento di integrazione sociale e territoriale»⁸³, incentivando forme alternative di affidamento attraverso una rinnovata fiducia di cooperazione tra pubblico e privato.

È esattamente in questo ambito che si inserisce la co-progettazione che, grazie al rapporto tra amministrazione e privato sociale, intende prevedere, come si vedrà, una nuova dinamica legata alla co-definizione di un progetto e all'eventuale realizzazione di esso da parte di un soggetto particolarmente qualificato come l'ente del Terzo settore.

Il rilievo economico dell'attività prestazionale svolta dal Terzo settore anche in regime di co-progettazione è stata oggetto di attenzione del giudice amministrativo che ha affermato una incompatibilità della disciplina contenuta nel Codice del Terzo settore all'art. 55 commi 2 e 3, con le regole previste dal diritto eurounitario e dal Codice dei contratti pubblici poste a tutela del principio della libera concorrenza.

4. Le possibili antinomie fra co-progettazione e libera concorrenza

Con il parere n. 2052/2018 il Consiglio di Stato ha sollevato forti dubbi sulla compatibilità dell'istituto della co-progettazione con il principio della libera concorrenza, così come cristallizzato nel Codice dei contratti pubblici.

Il parere *de qua* origina da una richiesta dell'ANAC sull'aggiornamento delle linee guida in materia di affidamento di servizi pubblici precedentemente redatte dalla medesima autorità⁸⁴ e parte dal rapporto tra “mercato” e “Terzo settore”, in funzione strumentale alla disamina degli istituti di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione introdotti dal codice del terzo settore. Si sottolinea il contesto normativo di riferimento dove si ricorda come, rispetto al d.lgs. n. 163/2006, il Codice dei contratti pubblici del 2016 non escluda dal proprio ambito l'affidamento dei servizi sociali, disciplinandoli nello specifico. Così, nel riportare il testo dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017 più volte menzionato, la sezione

⁸² Come evidenziato da F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, cit., p. 158, anche prima delle direttive europee del 2014 la Corte di giustizia aveva sottolineato la derogabilità del principio della libera concorrenza con la sentenza *Sodemare* (Corte giustizia UE, 17 giugno 1997, n.70), secondo cui «occorre constatare che, allo stato attuale del diritto comunitario, uno Stato membro può, nell'ambito della competenza ad esso spettante per organizzare il suo sistema previdenziale, considerare che un sistema socio-assistenziale, come quello di cui trattasi nel procedimento a quo, implichi necessariamente, per raggiungere i suoi obiettivi, che l'ammissione di operatori privati a tale sistema in quanto prestatori di servizi d'assistenza sociale venga subordinata alla condizione che essi non perseguano fini di lucro».

⁸³ Così, E. BANI, *Il codice dei contratti pubblici tra stato mercato e non profit*, in A. Fioritto, (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, p. 255.

⁸⁴ Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016.

consultiva del Consiglio di Stato ricorda quanto affermato nei suoi precedenti in tema⁸⁵, ossia che «i Trattati Europei non attribuiscono all'Unione alcuna competenza in materia di enti non profit». Ma, nonostante tale scelta di *policy*, «la competenza degli Stati membri deve «essere esercitata nel rispetto della disciplina in materia di concorrenza»⁸⁶.

La presa di posizione del giudice nazionale si fonda sulla nozione di impresa nel diritto europeo caratterizzata da una nozione “oggettiva” e non “soggettiva”, ossia incentrata sullo svolgimento di attività economica⁸⁷, consistente nell’offrire beni e servizi da destinare al mercato, ritenendo come il Codice del Terzo settore potrebbe considerare con più attenzione la necessità «di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato”».

Sulla scorta di quanto indicato, il Consiglio di Stato riconduce la natura della co-progettazione all'appalto di servizi sociali. E ciò poiché la co-progettazione risulta «finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento» da parte della P.A., sostanziandosi in un momento selettivo degli operatori interessati a cui sarà affidato un servizio sociale⁸⁸.

La co-progettazione sarebbe sussumibile per il Consiglio di Stato sotto la fattispecie del partenariato per l'innovazione, così come disciplinato dal codice dei contratti pubblici all'art. 65. A questo proposito, «solo la comprovata ricorrenza dell'elemento della gratuità (...) esclude la sussunzione della procedura entro la disciplina euro-unitaria», rendendo «estraneie al codice unicamente le procedure di accreditamento c.d. libero e le procedure di co-progettazione e partenariato finalizzate a rapporti puramente gratuiti»⁸⁹, ove per gratuità s'intende «la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto» e l'assenza di eventuali «costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale». È in tali casi che si realizza la fattispecie della “gratuità”, risolvendosi «in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore».

Secondo l'interpretazione appena riportata, l'istituto della co-progettazione troverebbe applicazione esclusivamente per affidamenti gratuiti che prevedono la stipulazione di un contratto di partenariato per l'innovazione, non essendo ravvisabile alcuna contendibilità del contratto stesso sul mercato. In caso di onerosità, invece, la stazione appaltante sarebbe costretta a rispettare le procedure di affidamento “alleggerite” ex art. 142, d.lgs. n. 50/2016, o riservate, ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016.

⁸⁵ Parere n. 1405 del 14 giugno 2017 relativo allo schema del d.lgs. n. 117/2017. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, al punto 3 c del parere sullo schema del codice del terzo settore:

⁸⁶ Corte giustizia UE, sentenza 14 settembre 2006 in causa C-386/04, Stauffer.

⁸⁷ Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 4..

⁸⁸ Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 5.

⁸⁹ *Ibid.*

In ordine al profilo della “onerosità”, al fine di valutare se l’affidamento di servizi sociali rientri o meno nell’ambito di interesse dell’Unione europea, il medesimo giudice amministrativo ritiene che «solo il rimborso spese a piè di lista», che cioè «escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive», consente di affermare la gratuità della prestazione e di postulare per questa via la estraneità all’ambito del Codice dei contratti pubblici non trattandosi di un servizio di interesse economico generale.

In sintesi, la co-progettazione consiste in una procedura di affidamento di un servizio sociale da sottoporre al d.lgs. n. 50/2016 ove il servizio sia svolto in forma onerosa (che ricorre anche quando si sia in presenza di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione)⁹⁰). Si individuano pertanto margini di antinomia fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore.

5. L’“alternatività” della co-progettazione rispetto all’affidamento di un contratto pubblico in senso tecnico

A questo punto della ricerca, occorre riflettere sulla natura della co-progettazione attraverso una preliminare analisi della dottrina nata successivamente alle prese di posizione del giudice amministrativo di cui si è già fornito un saggio ricostruttivo nel paragrafo precedente.

Parte della dottrina⁹¹ ha infatti criticato l’inquadramento del Consiglio di Stato ritenendolo troppo riduttivo rispetto al sistema delineato dall’ordinamento giuridico nazionale ed europeo: in sostanza, ad avviso della dottrina, non si tiene nel dovuto conto l’esistenza di modalità alternative e più innovative rispetto all’affidamento di un servizio di interesse economico generale secondo le procedure di gara ordinarie.

Per la dottrina richiamata, interpretare la disciplina sulla co-progettazione come una procedura di affidamento in senso tecnico sarebbe una strada possibile da percorrere ma la co-progettazione dovrebbe assumere come modello quello di «accreditamento aperto o liberalizzato»⁹² che, oltre ad essere posto al di fuori dell’ambito di applicazione della disciplina dei contratti pubblici dai considerando 4 e 114 della

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, cit., pp. 568 - 573; in senso conforme: L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. e app.*, 2018, p. 15 e ss; L. GORI, *La “sagra” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e P.A.*, in *www.federalismi.it*, p. 194; F. GIGLIONI - A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 239, il quale ritiene che la co-progettazione sia assimilabile ad un accordo ex art. 11, l. n. 241/1990. Allo stesso modo, senza dare alcuna motivazione sul punto se non rimandare alla disciplina delle linee guida ANAC n. 32/2016 e senza ritenere necessario l’utilizzo della convenzione, G. LEONARDINI, *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019, pp. 74 -80.

⁹² S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, cit., p. 569.

direttiva 2014/24/UE⁹³, consentirebbe di valorizzare «una pluralità di prestatori di servizio pubblici e privati o, ancora il sostegno ad attività anche solo private, nella misura in cui condividano gli obiettivi pubblicistici, arricchendo l'offerta delle prestazioni in risposta ai bisogni della comunità»⁹⁴. In caso contrario, uscendo dall'ottica dell'affidamento, la co-progettazione potrebbe essere qualificata come un accordo o *partnership* tra pubblica amministrazione ed enti del Terzo settore, «privilegiando la sinergia dei diversi attori e la messa in comune di mezzi, piuttosto che la competizione per l'individuazione del miglior offerente del servizio»⁹⁵, a mente dell'art. 11, l. n. 241/1990⁹⁶.

Si evidenzia dunque una modalità alternativa alle procedure di affidamento⁹⁷, che pone in posizione paritaria soggetto pubblico e soggetto privato nella realizzazione del progetto co-definito, «con risorse aggiuntive rispetto a quelle pubbliche, tra cui beni immobili, risorse umane (professionisti e volontari), contributi e/o finanziamenti da parte di altri enti»⁹⁸. In questo modo si uscirebbe dalla nozione di corrispettivo, basando l'eventuale corresponsione di denaro su una «logica di supporto e sostegno finanziario»⁹⁹. Per questa ragione, l'eventuale finanziamento che dovesse riguardare la co-progettazione s'inserirebbe nell'area dell'art. 12, l. n. 241/1990, attraverso una forma di predeterminazione delle singole voci di costo rimborsabili¹⁰⁰.

L'interpretazione della co-progettazione indicata s'inserirebbe nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale, che qualifica il privato sociale come una «risorsa imprescindibile per delineare l'interesse generale»¹⁰¹. Di conseguenza, il modello collaborativo appena delineato imporrebbe agli enti del Terzo settore di dotarsi di un'organizzazione che permetta il passaggio da un «associazionismo civico e caritativo a forme maggiormente imprenditoriali e strutturate»¹⁰², al fine di realizzare una valida alternativa alle

⁹³ Per il *Considerando 4*, direttiva 2014/24/UE «La crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario definire più chiaramente il concetto stesso di appalto. [...]La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico».

⁹⁴ Così, S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, cit., p. 569.

⁹⁵ *Ibid.* p. 570.

⁹⁶ S. PELLIZZARI, *Co-progettazione tra P.A. ed ETS nel diritto amministrativo*, in S. Pellizzari e C. Borzaga, *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Trento, 2020, p. 42.

⁹⁷ Su questa posizione alternativa rispetto al codice dei contratti pubblici, F. SCALVINI, *Una nuova stagione. Il codice del terzo settore e le relazioni tra enti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni*, in *Welfare oggi*, n. 2, 2018, p. 25; L. GALLO, *Art. 55*, in AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore*, in A. Fici- E. Rossi - G. Sepio- P. Venturi, *Dalla parte del terzo settore*, Milano, 2020, pp. 295- 298; F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in F. Donati - F. Sanchini (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019, p. 249 e ss.

⁹⁸ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, cit., p. 570.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, evidenzia come le singole voci di spesa rimborsabili possono riguardare anche il personale purchè «vi sia un analitico collegamento con i progetti oggetto di finanziamento e un chiaro metodo di rendicontazione».

¹⁰¹ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, cit., p. 572.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 572 - 573.

forme di affidamento e a rendersi sempre meno dipendenti dalle risorse pubbliche, conquistando una propria autonomia.

L'accordo di partenariato e di collaborazione è lo strumento giuridico per realizzare tale obiettivo: utile non solo per realizzare interessi pubblici, ma anche per «stabilire forme, tempi, modi e contenuti dell'azione rispetto a obiettivi condivisi e, soprattutto, a misurare, in questo modo, le ricadute delle politiche e delle azioni pubbliche», così come richiamato dallo stesso art. 55, comma 1, d.lgs. n. 117/2017¹⁰³.

Sulla scorta di quanto mostrato ed al fine di determinare lo «statuto procedurale della co-progettazione»¹⁰⁴, altra parte della dottrina ritiene ancora più centrale l'art. 11, l. n. 241/1990¹⁰⁵. La riconduzione dell'istituto oggetto della presente disamina all'art. 11, l. n. 241/1990 permetterebbe, compatibilmente al dettato normativo dell'art. 55 d.lgs. n. 117/2018, di valorizzare il momento del confronto degli enti del Terzo settore e della pubblica amministrazione nello svolgimento di attività di interesse generale¹⁰⁶. Allo stesso modo, l'art. 11, comma 4-*bis*, l. n. 241/1990 consentirebbe di realizzare quella volontà richiamata dal Codice del Terzo settore di definire previamente i termini essenziali della co-progettazione da parte dell'organo competente ad adottare il provvedimento finale¹⁰⁷.

Esiste poi un parallelismo fra l'art. 55, d.lgs. n. 117/2017 e l'art. 12, l. n. 241/1990 nel senso della «*eadem ratio*»¹⁰⁸ in cui l'amministrazione limita «a monte»¹⁰⁹ la propria discrezionalità amministrativa¹¹⁰, così da permettere il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento richiamati dal Codice del Terzo settore¹¹¹ per individuare l'ente del Terzo settore *partner*.

Tale dottrina - attraverso il combinato disposto tra lo stesso art. 55 e la delibera ANAC n. 32/2016 relativa agli affidamenti dei servizi sociali - individua quattro momenti in cui scandire la co-progettazione: il primo consiste nella pubblicazione di un avviso pubblico che contiene il progetto di massima redatto dall'amministrazione, in cui sono riportati i criteri per scegliere il progetto definitivo; il secondo consiste nei criteri di selezione dell'ente del Terzo settore e della proposta progettuale; il terzo riguarda la

¹⁰³ *Ibid.*, p. 573.

¹⁰⁴ E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021, p. 221.

¹⁰⁵ Proprio grazie al richiamo dell'art 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017 al «rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241».

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit., p. 218.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 220

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Ed in effetti, vista l'indeterminatezza della procedura che caratterizza la co-progettazione, il richiamo del comma 1 dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017 all'«autonomia organizzativa e regolamentare» dell'amministrazione sembra far riferimento proprio all'autovincolo. Si veda par. 6.

¹¹¹ Con particolare riferimento al comma 4, art. 55, d.lgs. n. 117/2017, che richiede il rispetto di tali principi per individuare il soggetto *partner* dell'amministrazione.

«rimodulazione del progetto di massima» grazie all'apporto del privato sociale selezionato; il quarto, invece, interessa la stipulazione della convenzione il cui contenuto è il risultato dei precedenti momenti¹¹². Diversa parte della dottrina riconduce la co-progettazione sempre nell'area degli accordi tra amministrazione e privato, a mente dell'art. 11, l. n. 241/1990, essendo degli strumenti che pongono alla loro base il consenso. Differentemente dalle logiche procedurali tradizionali, gli accordi richiamati sono calati in un «“ambiente protetto» in cui gli enti del Terzo settore «- operando in base a dinamiche solidaristiche – s[o]no moss[i] dalla volontà di cura di un interesse generale coincidente con quello al cui soddisfacimento è preposta l'amministrazione procedente»¹¹³. Ciò determina infatti una maggiore potenzialità dell'accordo che non risulta solo «espressione di un “avvicinamento” incidentale tra pubblico e privato verso un punto di mediazione tra interessi contrapposti, ma un movimento congiunto e parallelo di pubblico e privato verso la migliore cura possibile dell'interesse condiviso»¹¹⁴.

Anche secondo questo orientamento il ruolo dell'amministrazione risulterà basilare nell'individuazione della procedura tramite cui separare il momento della co-definizione del progetto da quello della sua esecuzione da parte del privato sociale. Perciò, nell'ottica dell'amministrazione condivisa, si predilige una lettura dell'art. 55 del Codice del Terzo settore «a gara zero» in cui dare centralità all'avviso pubblico dove inserire i soli «criteri di ammissione» degli operatori del Terzo settore, senza precisare i criteri di selezione delle proposte progettuali, riguardando la fase successiva dell'esternalizzazione¹¹⁵.

Nella prospettiva offerta si evidenzia come l'amministrazione debba assumere un ruolo preponderante non solo nell'identificazione dei «“tavoli tematici”»¹¹⁶ quale luogo di confronto tra amministrazione e Terzo settore, e sulla scorta dell'art. 11, comma 1-*bis* l. n. 241/1990, ma anche di assicurare una «partecipazione informata» dei soggetti del Terzo settore attraverso una «condivisione di informazioni con e tra i soggetti partecipanti»¹¹⁷, creando cioè sinergie tra gli operatori *no-profit*. Tutto ciò al fine di rifuggire la logica puramente competitiva di una procedura di gara classica.

È poi attraverso il ricorso all'accordo che l'amministrazione dovrebbe garantire all'ente del Terzo settore «un'adeguata capacità deliberativa», scongiurando il rischio di un apporto meramente consultivo di quest'ultimo¹¹⁸.

¹¹² E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit., pp. 221 – 223.

¹¹³ L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, 2022, p. 114.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 113.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 119.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.* p. 122, in cui si riprende quanto affermato da E. POLIZZI, *Costruire le politiche sociali con la società civile. Piani di zona e partecipazione nella Provincia di Milano*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2008, p. 449.

¹¹⁸ L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, cit., p. 123, ritiene necessaria questa soluzione al fine di superare le precedenti dinamiche della co-progettazione nella l. n. 328/2000.

6. La co-progettazione quale peculiare modalità di affidamento di un contratto pubblico: analogie e differenze rispetto alle procedure previste dal d.lgs. n. 50/2016

Dalla trattazione sin qui condotta, risulterà chiaro come l'istituto della co-progettazione presenti un alto tasso di indeterminatezza soprattutto nella scelta del procedimento da seguire per selezionare l'operatore del Terzo settore con cui attivare la collaborazione preordinata agli obiettivi di interesse generale da realizzare. Al riguardo, la disciplina normativa si limita a prevedere che «l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche 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 partner»¹¹⁹.

Ma pur se tale procedura di selezione risulta scarna, il Legislatore sembra aver accennato ad una modalità di affidamento attraverso la quale ricostruire la natura ed il procedimento di evidenza pubblica dell'istituto in analisi, ossia il «partenariato». Esso riecheggia l'istituto disciplinato dagli artt. 179 e ss., d.lgs. n. 50/2016, riconducendo la co-progettazione ad una procedura di selezione *sui generis* di enti del Terzo settore a cui affidare un contratto pubblico.

Merita subito rilevare che il termine «partenariato» è stato in dottrina interpretato in diversi modi non sempre riconducibili a forme di esternalizzazione dell'attività amministrativa. Inizialmente si è discusso se esso potesse essere assimilato ad un istituto di partecipazione procedimentale, ma si è risposto che, a differenza di quest'ultimo, il partenariato non è un principio metodologico con conseguenti «ricadute istituzionali»¹²⁰ essendo semplicemente un risultato di «un assetto organizzativo o gestionale al pari di una esternalizzazione». Dello stesso avviso risulta essere l'Unione europea che ha ritenuto (e come si vedrà ritiene) il partenariato una forma di «cooperazione che può essere realizzata con strumenti differenti e che può coinvolgere, in orizzontale, le stesse istituzioni europee, in verticale, istituzioni europee e istituzioni nazionali, globalmente, soggetti istituzionali pubblici e privati»¹²¹. Il partenariato è stato dunque

¹¹⁹ Art. 55, comma 4 d.lgs. n. 117/2017.

¹²⁰ F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico privato*, in B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2011, p. 14. L'autore, partendo dal contributo di D. DONATI (*Partecipazione come categoria, identità e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative* in A. Valastro [a cura di], *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010), evidenzia come le regole procedurali e metodologiche della partecipazione democratica, sopra analizzata, differiscano notevolmente dalla forma di partenariato intesa come risultato organizzativo.

¹²¹ G. PIPERATA, *Introduzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 9.

ritenuto uno strumento di realizzazione di azioni comunitarie¹²², ricondotto, poi, ad «un istituto giuridico vero e proprio»¹²³ del settore dei contratti pubblici¹²⁴.

Il Libro verde redatto dalla Commissione europea¹²⁵, infatti, aveva ricondotto il partenariato pubblico privato ad una tipologia «contrattuale» assimilabile allo schema della concessione¹²⁶.

Propositi e prospettive di partenariato immaginati dalla Commissione europea sono confluiti poi nel dato positivo nazionale, vista l'assenza di una definizione generale a livello eurounitario. In particolare, il Codice dei contratti pubblici definisce il «contratto di partenariato» come un «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore»¹²⁷.

Oltre a fornire una definizione di partenariato, negli artt. 179 e 180 del Codice dei contratti pubblici si specifica la procedura attraverso cui affidare questo particolare contratto pubblico. In particolare, l'art. 179 introduce una disciplina generale attraverso la quale si prevede l'applicazione¹²⁸ delle disposizioni in

¹²² *Ibid.*

¹²³ F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico privato*, cit., p. 15. L'autore (F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino [a cura di], *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 39) si chiede anche se il partenariato possa essere qualificato come un «principio giuridico vero e proprio» o uno «schema ricostruttivo (dal valore essenzialmente classificatorio ma senza conseguenze precettive, dirette o indirette, ovvero con conseguenze precettive che non dipendono dal significato univoco che si può attribuire alla relativa nozione, bensì dal modo concreto o dall'istituto specifico che di volta in volta il legislatore voglia indicare per la realizzazione - anche in altri contesti, diverse dalle opere o dai servizi - di *ratio* collaborative o sinergiche analoghe o comunque assimilabili)».

¹²⁴ Comunicazione della Commissione europea del 15.11.2005 sui PPP e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni (COM 2005, 569); Risoluzione del Parlamento europeo del 16.10.2006 sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario in tema di appalti pubblici e concessioni; Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) del 5.2.2008 (COM 2007 6661); Libro verde del 2011 relativo alla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti (COM 2011 15).

¹²⁵ Libro verde del 30 aprile 2004 dalla Commissione europea COM (2004). Si veda in merito, da ultimo: E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, Padova, 2020, p. 87. Sull'evoluzione della nozione di partenariato pubblico-privato in chiave critica con la nozione data dal libro verde della commissione europea del 30 aprile 2004, M. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009, p. 4, il quale giudica inappropriata la trattazione congiunta di più istituti tra loro diversi. Sul punto, F. MARZARI - F. SUTTI, *Nel libro verde monito UE: garantire sempre la concorrenza tra operatori*, in *Ed. Terr.*, n. 19, 2004.

¹²⁶ Visto il trasferimento del rischio in capo al privato e la sua centralità nella progettazione e realizzazione dell'opera. Così, G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, Torino, 2018, p. 48.

¹²⁷ Art. 3, lett. eee), d.lgs. n. 50/2016.

¹²⁸ Ciò è riferito alla parte IV del Capo III del d.lgs. n. 50/2016 in cui si prevede l'applicazione di tale disciplina anche per contratti diversi dal Partenariato pubblico-privato.

materia di lavori e servizi¹²⁹. L'art. 180, invece, più nello specifico, riconduce al partenariato pubblico-privato una serie di contratti a titolo oneroso come la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità nonché qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche delineate dalla medesima disposizione¹³⁰. Elemento peculiare del contratto pubblico oggetto di analisi consiste nell'allocazione dei rischi in capo all'operatore economico. Come evidenziato, la ripartizione del rischio negoziale è effettuata in base alle specifiche del progetto che si intende affidare, secondo le previsioni dell'art. 180 comma 3, d.lgs. n. 50/2016¹³¹.

L'art. 180, comma 2 d.lgs. n. 50/2016 definisce però una modalità attraverso cui garantire l'equilibrio economico-finanziario del progetto, compensando il rischio imprenditoriale mediante i canoni offerti del servizio e «qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna». La soluzione apprestata dalla norma indicata non mira certo ad annullare il rischio connesso all'esecuzione del contratto di partenariato pubblico privato, ma solamente a garantire la partecipazione di capitali privati in luogo di condotte che, senza il finanziamento pubblico, potrebbero apparire antieconomiche e prive di interesse per il privato¹³². Il rischio connesso all'operazione di partenariato dal lato dell'operatore economico¹³³ e

¹²⁹ Come evidenziato da E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, Padova, 2020, p. 172, cioè «delle disposizioni di cui alla parte I (Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni), III (Contratti di concessione), V (Infrastrutture e insediamenti prioritari) e VI (Disposizioni finali e transitorie) del Codice stesso, se e in quanto compatibili»¹²⁹.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, cit., p. 56.

¹³² *Ibid.*, p. 58. Si ricorda inoltre che il divieto di limitare il rischio connesso all'esecuzione del partenariato pubblico-privato è previsto dal comma 6, art. 180, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico».

¹³³ Il codice dei contratti pubblici all'art. 3 definisce il rischio con particolare riferimento all'art. 180 e alle concessioni di servizi e di lavori. Infatti, s'intende alla lett. zz) il «rischio operativo», «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile»; alla lett. aaa) il «rischio di costruzione», cioè «il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento» dell'opera; alla lett. bbb) il «rischio di disponibilità», cioè «il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa».

la sussunzione del contratto di partenariato nell'alea delle concessioni di servizi¹³⁴, come già anticipato, costituisce «una delle possibili forme di partenariato»¹³⁵

Dalle norme analizzate risulta agevole percepire la *ratio* di fondo del partenariato che deve essere «rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività»¹³⁶. Ne consegue che in «un quadro di questo tipo il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità». Per questo motivo, «L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato [...] costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità»¹³⁷.

Il richiamo al «partenariato» assume dunque un valore pregnante all'interno del Codice del Terzo settore, valorizzando nella dinamica della co-progettazione l'apporto collaborativo dell'ente del terzo settore al fine di realizzare (insieme all'amministrazione) attività di interesse generale, conferendo sia informazioni che soprattutto conoscenze tecniche sul piano progettuale ed esecutivo. È evidente, perciò, come il fine dell'amministrazione attraverso il ricorso al partenariato pubblico-privato sia il medesimo rispetto alla co-progettazione volendo esso garantire una *partnership* tra amministrazione e privato affinché quest'ultimo determini i reali bisogni della collettività nello svolgimento di attività di interesse generale per «avere il proprio ritorno nel capitale investito»¹³⁸.

Diverso è invece l'*animus* di profitto mediante il quale l'operatore economico decide di collaborare con l'amministrazione, partecipando ad una procedura ad evidenza pubblica ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al fine solidaristico che muove l'azione dell'ente del terzo settore.

A fronte di quanto detto non stupisce che la dottrina¹³⁹ abbia ricondotto il partenariato pubblico-privato al principio di sussidiarietà orizzontale, rendendo partecipe il privato all'esercizio di compiti e funzioni pubbliche che l'amministrazione esternalizza senza perderne la titolarità¹⁴⁰. Come visto, infatti, il senso

¹³⁴ Ai sensi dell'art. 3, lett. vv), d.lgs n. 50/2016, infatti s'intende per «concessione di servizi», «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi».

¹³⁵ A. BOTTO - S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., p. 205.

¹³⁶ Consiglio di Stato Ad. Plen., 3 marzo 2008, n.1.

¹³⁷ Consiglio di Stato Ad. Plen., 3 marzo 2008, n.1.

¹³⁸ G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, cit., p. 62.

¹³⁹ R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, pag. 25; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 90 e ss.

¹⁴⁰ Come evidenziato da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, pag. 569, «L'appaltatore», come oggi il concessionario divergendo dal primo solo per la ripartizione del rischio, «si obbliga verso l'Amministrazione

del partenariato è proprio quello di favorire «la collaborazione e il trasferimento di responsabilità»¹⁴¹, garantendo l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione e del rischio che il privato assume nello svolgimento di attività di interesse generale.

Parte della dottrina¹⁴² esclude il rapporto indicato fra principio di sussidiarietà orizzontale e partenariato pubblico-privato. Secondo questa diversa interpretazione, il partenariato, finalizzato a creare una *partnership*, non esprime alcuna preferenza tra pubblico e privato, a differenza del principio di sussidiarietà orizzontale che determina, invece, una preferenza del soggetto privato alla P.A.¹⁴³, quasi a comportare un arretramento di quest'ultima nell'esercizio delle attività di interesse generale.

Muovendo da una diversa prospettiva, occorre rilevare, però, che il principio di sussidiarietà orizzontale favorisce il superamento della dicotomia pubblico-privato fondato sul rapporto di separazione fra «autorità» e «libertà»¹⁴⁴. Tale modello non pare determinare un arretramento dell'amministrazione per la presenza di un *privato sociale* al quale si affida la tutela di interessi generali¹⁴⁵, spettando sempre ad essa la titolarità delle funzioni, ossia «un ruolo di regolazione, di programmazione, di controllo anche quando non abbia la gestione»¹⁴⁶, e la correlata responsabilità verso la collettività.

Al *privato sociale* spetta di conseguenza solamente un ruolo di partecipazione all'esercizio dell'attività amministrativa, in linea con le modalità di collaborazione disciplinate dal Codice del Terzo settore che conferiscono colore al principio di sussidiarietà orizzontale¹⁴⁷.

Il partenariato pubblico-privato replica quanto appena segnalato confermando una stretta attinenza con il principio di sussidiarietà orizzontale. Esso si fonda su una «dinamica non autoritativa ma dialogica», in cui «il soggetto privato cessa di essere solo il fruitore di un'azione che l'ente pubblico concepisce e realizza

ma non si sostituisce a questa nei rapporti con i terzi e gestisce il servizio in nome (oltrechè per conto) dell'Amministrazione: l'appaltatore instaura con l'Amministrazione un'obbligazione di attività e non si surroga ad essa».

¹⁴¹ R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 26.

¹⁴² S. VALAGUZZA - E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, n. 1, 2020, p. 25.

¹⁴³ Così, *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁴ G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 1753; G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale tra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 20, secondo cui «il principio di sussidiarietà orizzontale libera la relazione giuridica tra i cittadini ed il pubblico potere dal paradigma autorità - libertà». In senso più diffuso, B. SORDI, *Verso la grande dicotomia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 45, 2016.

¹⁴⁵ G.U. RESCIGNO, *Principi di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2002, p. 31 e V. CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 77, paventano una sostituzione del privato da parte dell'amministrazione nello svolgimento di attività di interesse generale sul presupposto di una inefficienza ed inefficacia del privato stesso.

¹⁴⁶ G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 1762.

¹⁴⁷ Basti vedere come all'art. 1, d.lgs. n. 117/2017, si affermi come «Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore».

o fa realizzare, e diviene partecipe dell'interpretazione dei bisogni della comunità¹⁴⁸, senza sostituire l'amministrazione.

Ciò vale anche per la co-progettazione, ove, come già evidenziato, si instaura tra P.A. e Terzo settore, a mente dell'art. 55, comma 3, d.lgs. n. 117/2017, una posizione paritaria nella realizzazione del comune obiettivo volto alla realizzazione di interessi pubblici generali¹⁴⁹, grazie «alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, anche alla luce degli strumenti»¹⁵⁰ di co-programmazione.

Il rapporto tra co-progettazione e partenariato pubblico-privato sembra essere messo ancora più in luce dalle Linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali¹⁵¹, nate per orientare le amministrazioni nell'applicazione degli artt. 55, 56 e 57, d.lgs. n. 117/2017. Esse, nella definizione del termine «partenariato», sembrano prendere le mosse dalla struttura e dal fine del partenariato pubblico-privato appena descritto e delineato dal codice dei contratti pubblici. La co-progettazione si presenta infatti come una modalità di affidamento *sui generis* di un partenariato pubblico-privato per i servizi, ispirata a valori solidaristici, necessari per realizzare i fini statutarî degli enti del Terzo settore.

Naturalmente, nel rispetto dei due momenti richiamati dall'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, ciò riguarda sia all'affidamento del servizio di progettazione, sia all'affidamento del servizio pubblico in esecuzione del progetto co-definito tramite partenariato¹⁵².

Ma al fine di giustificare quanto detto è necessario passare all'analisi delle Linee guida approvate nel 2021¹⁵³. Al loro interno si richiama dapprima la nozione di evidenza pubblica, locuzione coniata da Massimo Severo Giannini, intendendo per «evidenza pubblica» il procedimento di formazione della volontà contrattuale per la stipulazione di un contratto di appalto o di concessione ed il procedimento amministrativo in cui l'amministrazione «spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte»¹⁵⁴.

Successivamente le stesse Linee guida indicano il procedimento da seguire per rispettare i principi richiamati dal Codice del Terzo settore prevedendo che tale procedimento inizi d'ufficio, individuando anche il responsabile del procedimento e previa approvazione dei relativi atti¹⁵⁵. Il procedimento per la

¹⁴⁸ S. VALAGUZZA - E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, cit., p. 26.

¹⁴⁹ Compito degli enti del terzo settore, secondo la definizione data dall'art. 4, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁵⁰ Così art. 55, comma 3, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁵¹ Adottate con D.M. n. 72/2021.

¹⁵² L'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, prevede che la co-progettazione non riguardi solo la definizione del progetto ma anche la sua realizzazione.

¹⁵³ D.M. n. 72/2021.

¹⁵⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 363.

¹⁵⁵ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 11.

selezione dell'ente del Terzo settore con cui co-progettare è poi caratterizzato dalla pubblicazione di un avviso nel quale inserire le finalità del procedimento; l'oggetto del procedimento; la relativa durata; il quadro progettuale ed economico di riferimento; i requisiti di partecipazione e le cause di esclusione con particolare riguardo alla disciplina in materia di conflitti di interesse; le fasi del procedimento e modalità di svolgimento; i criteri di valutazione delle proposte (anche finalizzate a sostenere la continuità occupazionale del personale dipendente degli [enti del Terzo settore] ; la conclusione del procedimento»¹⁵⁶.

L'avviso pubblico dovrà inoltre prevedere l'allegazione di «un documento progettuale di massima e/o progetto preliminare; di uno schema di convenzione, regolante i rapporti di collaborazione, anche ai fini del rispetto degli obblighi previsti dalla disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari; un modello di domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione procedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate ed infine un eventuale modello di proposta (progettuale ed economica)»¹⁵⁷.

Si desume chiaramente come la procedura dettata dalle Linee guida ministeriali replichi quanto disciplinato dall'art. 181 del Codice degli appalti, che impone l'adozione di una procedura ad evidenza pubblica attraverso cui selezionare il soggetto privato con cui effettuare il partenariato nel rispetto dell'art. 32, d.lgs. n. 50/2016. In particolare, l'art. 181 menzionato prevede che tale procedura di selezione possa seguire quella prevista per il dialogo competitivo, a mente dell'art. 64, d.lgs. n. 50/2016, il cui schema è ripetuto dalle medesime linee guida.

Il procedimento individuato dalle Linee guida più volte citate non solo prevede che il privato presenti la propria offerta economica sulla base del quadro economico predisposto dall'amministrazione¹⁵⁸, che dovrà contenere sia le risorse che l'ente del terzo settore metterà a disposizione sia le risorse chieste all'amministrazione per realizzare il progetto, ma anche che il privato presenti la propria offerta tecnica (migliorie progettuali e della convenzione¹⁵⁹) in relazione al progetto di base allegato al bando in cui l'amministrazione rende note le sue esigenze di interesse pubblico. Al pari di quanto previsto nel dialogo competitivo¹⁶⁰, l'amministrazione, una volta selezionato il soggetto o i soggetti con cui co-progettare, darà

¹⁵⁶ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 11.

¹⁵⁷ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 12.

¹⁵⁸ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 12.

¹⁵⁹ Secondo le linee guida ministeriali a p. 14, «la convenzione, nello spirito e nella peculiarità del procedimento di co-progettazione, potrebbe essere considerata anche ai fini della valutazione delle proposte progettuali, riconoscendo la possibilità agli ETS di proporre miglioramenti allo schema di convenzione, posto a base della procedura dall'amministrazione procedente ed allegato all'avviso, con il conseguente riconoscimento di un punteggio premiale».

¹⁶⁰ Il dialogo competitivo prevede la fase di dialogo senza eccessivi vincoli salvo poi avviare una procedura selettiva mediante il criterio del miglior rapporto qualità prezzo delle proposte progettuali al pari di quanto indicato nelle linee guida. Sul punto, per un'analisi dettagliata del dialogo competitivo si veda, R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., pp. 182 e 183.

avvio alla fase di *dialogo* per individuare il progetto definitivo sulla base delle proposte progettuali pervenute dagli enti del terzo settore mediante «tavoli di co-progettazione». A seguito alla selezione dei progetti definitivi sorti dal dialogo tra Terzo settore e pubblica amministrazione, si stipuleranno le relative convenzioni che disciplineranno l'esecuzione delle attività oggetto del progetto stesso, i cui elementi, stabiliti dalle stesse Linee guida, ricordano il contenuto essenziale del contratto *standard* di partenariato pubblico privato, recentemente approvato da ANAC e MEF¹⁶¹.

Al pari del partenariato pubblico-privato, con la co-progettazione la P.A. mira quindi ad acquisire informazioni e tecniche volte ad individuare il progetto più adeguato a soddisfare il fabbisogno previamente selezionato in un atto di programmazione. Entrambi s'inseriscono in una chiara prospettiva di "amministrazione di risultato" che, per la dinamica di entrambi gli istituti, assume un connotato particolare riconducibile sia all'economicità dell'azione svolta «con il migliore uso possibile dei mezzi e delle risorse disponibili (l'efficienza)», che «con il grado maggiore di soddisfazione degli obiettivi perseguiti ed in ultima analisi delle domande sociali»¹⁶². In questo modo la possibilità di utilizzare l'apporto conoscitivo ed i mezzi del privato - sia sociale che non - nello svolgimento di attività di interesse generale realizza un equilibrio mirabile tra efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa così da garantire «la massima soddisfazione della domanda sociale»¹⁶³.

Quanto emerso sembra poter far ritenere che le Linee guida propendano per una modalità di affidamento di un partenariato pubblico-privato che segue lo schema del dialogo competitivo con un regime (super) alleggerito per garantire flessibilità applicativa, derogando in parte dalle disposizioni previste dal Codice dei contratti pubblici.

Parlare solo di partenariato pubblico – privato non è corretto poiché occorre ricondurre questo contratto pubblico a diversi modelli previsti all'art. 180 comma 8, d.lgs. n. 50/2016, tra cui rientra la concessione di servizi. La tipologia contrattuale indicata sembra attagliarsi bene alla co-progettazione che mira, secondo la prospettiva adottata, all'affidamento di un servizio di progettazione in regime di dialogo competitivo e/o di realizzazione del servizio co-progettato. Infatti, visto il silenzio dell'art. 55, d.lgs. n.

¹⁶¹ Basti confrontare il D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, pag. 14 con la Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1116 del 22 dicembre 2020 e con la Determina del Ragioniere Generale dello Stato n. 1 del 5 gennaio 2020, in cui risultano essenziali: la durata del partenariato; gli impegni comuni e quelli propri di ciascuna parte; il quadro economico risultante dalle risorse, anche umane, messe a disposizione dall'ente procedente e da quelle offerte dagli [enti del Terzo settore] nel corso del procedimento; le eventuali garanzie e le coperture assicurative richieste. Sebbene il

¹⁶² Così A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. Immordino - A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 87, il quale riprende quanto detto da M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 110; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 4 e L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 63.

¹⁶³ *Ibid.*

117/2017, dalle indicazioni delle Linee guida pare emergere che l'ente del Terzo settore nell'erogazione del servizio assuma il rischio di domanda¹⁶⁴, consistente nel disinteresse da parte dell'utenza del servizio reso se non all'altezza delle aspettative. Un rischio che, però, deve essere calato nella dimensione legata all'attività di servizio erogata dall'ente del Terzo settore, consistente nella realizzazione dei suoi fini statutari, limitando il rilievo economico senza escluderlo. Le conseguenze che derivano dal rischio di domanda potrebbero determinare non solo il venir meno dell'investimento economico adoperato dall'ente *no-profit* prima della presentazione alla candidatura ed inserito nel quadro economico, che difficilmente potrà essere rimborsato quale spesa effettivamente sostenuta, ma anche – e soprattutto – nel non soddisfare i bisogni generali dell'utenza, riducendo l'intervento a “solidarietà zero”.

Come è noto, la definizione partenariato pubblico - privato non solo si basa sull'onerosità del contratto ma anche sull'assunzione del rischio operativo legato prevalentemente ad aspetti economici¹⁶⁵. In relazione a quest'ultimo elemento, nell'ottica del partenariato pubblico privato, il rischio operativo sembra voler essere riequilibrato dalle Linee guida che prevede la possibilità per l'amministrazione di finanziare l'ente del terzo settore attraverso la messa a disposizione di risorse economiche da parte della pubblica amministrazione per far fronte ai costi sostenuti in occasione dall'erogazione del servizio oltre il limite sancito dall'art. 180, comma 6 d.lgs. n. 50/2016¹⁶⁶, affermando così una netta distanza dalle dinamiche di profitto che caratterizzano il Codice dei contratti.

7. La co-progettazione nella prospettiva del partenariato pubblico-privato

L'interpretazione fornita a livello dottrinale sulla natura e sulla portata della co-progettazione di cui si è detto in precedenza, in cui si ritiene che la co-progettazione sia qualcosa di diverso rispetto ad un affidamento di un servizio, risulta comprensibile in considerazione della presa di posizione contenuta nel parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018, al fine di evitare un depotenziamento sul piano pratico dell'art. 55, d.lgs. n.117/2017. Infatti, il Consiglio di Stato, senza individuare in maniera sistematica le norme in materia di affidamenti di servizi sociali di interesse economico generale, paventava la disapplicazione delle principali norme di dialogo tra pubblica amministrazione e privato sancite dal d.lgs. n. 117/2017, ritenendo una potenziale antinomia con il Codice dei contratti pubblici. Si comprende dunque il necessario ricorso ad interpretazioni che prevedano forme diverse dall'affidamento in senso tecnico per

¹⁶⁴ Rischio tradizionalmente inteso, al di là della definizione del Codice dei contratti, come una fluttuazione nel mercato di riferimento della domanda di un determinato servizio; la possibile concorrenza svolta da altri operatori; il rischio d'insolvenza dei fruitori del servizio erogato ed infine i possibili rischi che derivano dalla responsabilità in luogo dei servizi prestati (G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, cit., p. 57).

¹⁶⁴ E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, cit., p. 103

¹⁶⁵ Definito dall'art. 3, lett. zz), d.lgs. n. 50/2016.

¹⁶⁶ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 14 che prevede nel quadro economico anche le «risorse, anche umane, messe a disposizione dall'ente procedente».

definire la natura e la portata giuridica della co-progettazione. Così è stato necessario ricostruire l'istituto al di fuori del campo dell'onerosità e nell'ambito dell'art. 11, l. n. 241/1990, giustificando l'eventuale somma di denaro percepita a titolo di rimborso spese come un finanziamento erogato ai sensi dell'art. 12, l. n. 241/1990.

A parere di chi scrive, però, anche la ricostruzione della co-progettazione quale procedura di affidamento *sui generis* di un contratto di partenariato pubblico privato risulta compatibile con il diritto europeo.

Il principale limite del ragionamento seguito dal Consiglio di Stato è stato quello di interpretare in maniera errata il rapporto fra d.lgs. n. 50/2016 e direttive europee del 2014. Tali direttive impongono agli Stati membri di attuare le disposizioni in esso contenute nei modi sanciti dall'art. 288, par. 3 TFUE¹⁶⁷, nel senso che ogni Stato membro può stabilire in che modo attuare gli obiettivi imposti da una direttiva dell'Unione europea negli spazi consentiti da essa¹⁶⁸. Come si è già avuto modo di evidenziare¹⁶⁹, nel *Considerando* 114 della direttiva europea 2014/24/UE si desume chiaramente come gli Stati membri abbiano la facoltà di disciplinare liberamente le modalità di affidamento di taluni servizi sociali anche al di sopra di una certa soglia¹⁷⁰, purché siano rispettati «i 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, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale».

Il *Considerando* in parola limita pertanto (solo) in via generale la discrezionalità dei singoli Stati membri ponendo quale limite l'art. 14 del TFUE¹⁷¹ ed il Protocollo n. 26¹⁷² nell'individuazione della procedura di affidamento.

Ebbene, a parere di chi scrive, il Codice del Terzo settore ha introdotto con la disciplina sulla co-progettazione un regime (super) alleggerito, derogatorio rispetto al d.lgs. n. 50/2016 in materia di affidamento dei servizi sociali richiamati dal *Considerando* 114 per gli enti del terzo settore, in linea con quanto sancito dalla direttiva 2014/24/UE.

¹⁶⁷ A mente dell'art. 288, par. 3, TFUE «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi». Si veda in merito R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, p. 440.

¹⁶⁸ È ovvio il riferimento alle c.d. direttive *self-executing*, ossia di diretta applicazione, che non consentono margini di scelta su come disciplinare una certa materia.

¹⁶⁹ Cfr. par. 1.

¹⁷⁰ Pari a 750.000 euro.

¹⁷¹ «Affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie»

¹⁷² In cui si sancisce «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

A differenza di quanto dichiarato dal Consiglio di Stato, il parametro di riferimento per valutare la compatibilità di una normativa sulla disciplina degli affidamenti di servizi, lavori e forniture con il diritto eurounitario non può essere rappresentato dalla norma che attua gli obiettivi da esso imposti, come il d.lgs. n. 50/2016, in quanto per valutare la possibile disapplicazione¹⁷³ della disposizione di legge nazionale in contrasto con il dato sovranazionale, si dovrà considerare unicamente la normativa europea rappresentata, nel caso di specie, dalla direttiva 2014/24/UE. Esaminando le attività di interesse generale, richiamate dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, esse possono essere ricomprese nell'alea dei servizi sociali di interesse generale, con particolare riferimento ai servizi alla persona, sanitari e scolastici, in forza dell'ampia portata della comunicazione 2006 della Commissione europea¹⁷⁴, non essendo presente una norma nazionale che li definisce in via generale¹⁷⁵. Di conseguenza, la co-progettazione, nella ricostruzione qui offerta come modalità di affidamento *sui generis* di un servizio s'inserirebbe nella sfera applicativa del *Considerando* 114 senza determinare alcun contrasto tra d.lgs. n. 117/2017 e direttiva 2014/24/UE. L'antinomia tra due fonti di pari rango, quali sono il d.lgs. n. 117/2017 ed il d.lgs. n. 50/2016 che prevedono come indicato due discipline per l'affidamento di servizi sociali (gli artt. 142 e 143, d.lgs. n. 50/2016 e gli artt. 55, commi 3 e 4, e 56, d.lgs. n. 117/2017), si risolverebbe, pertanto, con il tradizionale criterio della specialità¹⁷⁶.

¹⁷³ Come è noto la disapplicazione di una normativa nazionale con il diritto dell'unione europea può avvenire solo per norme che siano *self executing*, mentre in caso di contrasto tra una norma europea non *self executing* ed una norma nazionale allora il giudice dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale (R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 449-450). Da ultimo, si veda T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321 in cui si afferma in seguito ad una ricostruzione del potere di disapplicazione che «Il potere di disapplicazione della legge nazionale in conflitto con quella euro-unionale (nella specie, in materia di concessioni demaniali marittime), attribuito prudentemente al giudice dall'ordinamento interno e dall'ordinamento euro-unionale e supportato all'uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, non è sic et simpliciter attribuito in via automatica e addirittura vincolata al dirigente comunale, che non dispone (e non a caso) della possibilità di ricorrere all'ausilio di tali facoltà».

¹⁷⁴ Occorre ammettere che la quasi totalità degli interessi generali richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, potrebbero essere ricompresi nei servizi sociali di interesse generale visto il loro spiccato carattere solidaristico e l'assenza di «lucro». Ed infatti, riprendendo le parole della Commissione dell'Unione europea, gli interessi generali da tutelare mediante attività di prestazione dell'amministrazione hanno «l'obiettivo di affrontare le situazioni più difficili, facendo spesso parte di una tradizione con radici storiche; – comprendono la partecipazione di volontari, espressione delle capacità della cittadinanza; – hanno un forte radicamento connesso a tradizioni culturali (locali). Questo aspetto trova spesso espressione nella prossimità fra il fornitore del servizio e il beneficiario, il che consente di tener presenti le esigenze specifiche di quest'ultimo; – rapporti complessi e diversificati fra coloro che forniscono il servizio e i beneficiari, che non rientrano nell'ambito di un 'normale' rapporto fornitore/consumatore e che richiedono la partecipazione finanziaria di terzi». Conferma tali caratteristiche dei servizi sociali anche al livello nazionale S.A. FREGO LUPPI, *I principi*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, pp. 36-39. Sulla definizione ampiamente ricomprensiva dei servizi sociali al livello nazionale, in cui sono pilasti il principio di solidarietà, uguaglianza e gli ulteriori valori fondanti della nostra costituzione, V. MOLASCHI, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla l. n. 328/2000*, in F. Manganaro - V. Molaschi - R. Morzenti Pellegrini - D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, pp. 47 - 54.

¹⁷⁵ Tale assenza definitoria, in contrasto con la tecnica legislativa europea, che mira, come per la disciplina dei contratti pubblici (basti vedere l'art. 3, d.lgs. n. 50/2016) a garantire certezza del diritto attraverso norme chiare e precise, è criticata al livello eurounitario dal rapporto biennale dei SSIEG del 2013.

¹⁷⁶ Il criterio di specialità, come è noto, è un criterio logico-teoretico utilizzato per risolvere *antinomie*, ossia contrasti tra due o più norme «che pongono conseguenze giuridiche diverse ed incompatibili per una medesima fattispecie» (A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, p. 2). Dunque, non tollerando una simile situazione, il nostro

Nonostante le prese di posizione del Consiglio di Stato alludano alla prevalenza del principio di libera concorrenza sul principio solidaristico, occorre sottolineare come anche alla luce di una recente pronuncia della Corte costituzionale¹⁷⁷ si affermi invece esattamente il contrario, ricordando che il *sistema* delineato dal diritto dell'Unione europea in materia di contratti pubblici impone un equo bilanciamento tra i principi richiamati in funzione della natura e dello scopo solidaristico del soggetto affidatario. Ne consegue che al fine di comprendere se la ricostruzione operata nel presente lavoro della co-progettazione sia compatibile con il diritto europeo occorre considerare anche la sentenza menzionata.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale si è pronunciata in merito ad una disposizione regionale che ampliava il novero dei soggetti del Terzo settore¹⁷⁸ stabiliti dalla normativa nazionale, invadendo per questa via la materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. Nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, affermando come la legge in questione non abbia alterato la definizione contenuta dal Codice del Terzo settore¹⁷⁹, la Consulta ricostruisce la *ratio legis* del Codice oggetto di interesse riportando come quest'ultimo attui il principio di sussidiarietà orizzontale, *ex* art. 118 comma 4 Cost. Attraverso un'esegesi del principio citato, si ritiene che l'art. 118, comma 4 Cost. abbia esplicitato «le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della “profonda socialità” che connota la persona umana e della sua possibilità di realizzare una “azione positiva e responsabile”». Infatti, fin da tempi risalenti «le relazioni di solidarietà sono state all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese». In tale contesto, il Terzo settore emerge quale frutto della «creatività dei singoli», espressa «in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.)», che hanno garantito «assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso».

ordinamento giuridico prevede l'applicazione della norma speciale e la restrizione della portata della norma generale, riassumendo l'effetto nella altrettanto nota espressione latina: *lex specialis derogat generali*. Secondo N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 100 e ss., è considerato un momento ineliminabile di sviluppo dell'ordinamento nel suo divenire.

¹⁷⁷ Corte cost. sent. n. 131/2020.

¹⁷⁸ Art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 11 aprile 2019, n. 2.

¹⁷⁹ Secondo la Corte cost. sent. n. 131/2020, «la legge reg. Umbria n. 2 del 2019 non contiene, in nessuna sua disposizione, un'espressa qualificazione delle cooperative di comunità come ETS», in quanto «non è imputabile, a carico dell'impugnato art. 5, comma 1, lettera b), della legge reg. Umbria n. 2 del 2019, alcuna alterazione dell'impianto dell'art. 55 CTS: le cooperative di comunità saranno infatti qualificate come imprese sociali e quindi come ETS».

Per questa via si valorizza la socialità dell'uomo¹⁸⁰. Da qui deriva la bella espressione «privato sociale»¹⁸¹, che supera l'idea secondo cui «solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale», riconoscendo che queste attività possono essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini», in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale fortemente radicata nel tessuto del nostro Paese.

Gli enti del terzo settore s'inseriscono perciò in un ambito di organizzazione delle «“libertà sociali”»¹⁸², non riconducibili né allo Stato, né al mercato, ma a «“forme di solidarietà” che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese “tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente”»¹⁸³.

Un importante passaggio da segnalare è inoltre quello che riguarda il ruolo degli enti del terzo settore e la loro posizione di tendenziale parità nei confronti della p.a. che conferirebbe all'azione della pubblica amministrazione efficacia ed economicità in termini di risparmio di spesa pubblica in forza della loro «specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale», come a dire che il rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione si ponga in chiave di complementarità¹⁸⁴.

La Consulta si occupa anche del rapporto fra “concorrenza” e “solidarietà”. In proposito, essendo gli enti del terzo settore «rappresentativi della “società solidale”» e costituendo «sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà», s'instaura tra i soggetti pubblici e questi enti un «canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato». Co-programmazione, co-progettazione e partenariato si configurano come «fasi di un procedimento complesso espressione di un

¹⁸⁰ Si richiama Corte costituzionale, 28 febbraio 1992, n. 75 secondo cui «Il volontariato costituisce un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali. In quanto tale esso sfugge a qualsiasi rigida classificazione di competenza, nel senso che può trovare spazio in qualsiasi campo materiale della vita comunitaria, tanto se riservato ai poteri di disposizione dello Stato, quanto se assegnato alle attribuzioni delle regioni. Come schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale, il volontariato esige che siano stabilite, da parte del legislatore statale, le condizioni necessarie affinché sia garantito uno svolgimento dello stesso il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale. Non si può richiedere al legislatore la copertura di oneri meramente eventuali e, comunque, non quantificabili».

¹⁸¹ La Corte costituzionale riprende un termine già utilizzato in dottrina. Tra tutti si veda S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, cit.

¹⁸² C. costituzionale, 12 ottobre 2018, n. 185 del 2018 e Corte costituzionale, 29 settembre 2003, n. 300

¹⁸³ Si riprende quanto precedentemente detto da Corte costituzionale 17 dicembre 2013, n. 309.

¹⁸⁴ Ed infatti per la Corte costituzionale «gli ETS sono identificati dal CTS come un insieme limitato di soggetti giuridici 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). Tali elementi sono quindi valorizzati come la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli ETS, al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale».

diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico».

La compatibilità di un sistema così delineato con la disciplina sui contratti pubblici va ricercata, a giudizio della Corte, proprio nel fatto che agli Stati membri viene mantenuta 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». Ciò sempre - precisa la Corte - se «le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali».

La Corte costituzionale prefigura un sistema di affidamento alternativo rispetto a quello delineato dal codice dei contratti pubblici, quest'ultimo basato esclusivamente sulla «corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata»¹⁸⁵, quale bene della vita conteso dagli operatori economici *for profit* in un regime di libera concorrenza. Infatti, lo spiccato carattere solidaristico delle attività svolte dagli enti senza scopo di lucro viene espressamente riconosciuto anche dal diritto dell'Unione europea attraverso la creazione di un sistema alternativo e più flessibile rispetto alle procedure ordinarie per l'affidamento di taluni servizi sociali, alla luce del loro basso impatto transfrontaliero dovuto alle diverse tradizioni culturali che li condizionano¹⁸⁶. Il sistema alternativo ispirato al principio di solidarietà, si ricorda, è dunque legittimato dalle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE e dal diritto vivente della Corte di Giustizia¹⁸⁷. Di conseguenza la il giudice delle leggi sembra richiamare il *Considerando* 114 riconoscendo al nostro ordinamento giuridico discrezionalità nell'individuazione della procedura di affidamento più adatta¹⁸⁸, limitata al solo rispetto «dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento», garantendo «la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali».

¹⁸⁵ C. cost., sent. n. 131 del 2020.

¹⁸⁶ M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C.cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in www.federalismi.it, n. 32, 2020, p. 113, evidenzia questo aspetto. Basti pensare poi all'introduzione, grazie all'art. 76 della direttiva 2014/24/UE, della procedura riservata per le organizzazioni senza scopo di lucro, cristallizzata nell'art. 143 d.lgs. n. 50/2016, che non tralascia la natura di operatore economico dell'ente del Terzo settore.

¹⁸⁷ In particolare, Corte cost. sent. n. 131/2020 afferma che «lo stesso diritto dell'Unione - anche secondo le recenti 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, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) - mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà».

¹⁸⁸ Discrezionalità presente nelle direttive 2014/23/UE; 2014/24/UE e 2014/25/UE che la dottrina individua in chiave di adeguatezza delle procedure in relazione al conteso socio economico in cui le stazioni appaltanti operano. Si veda sul punto, G. D. COMPORTI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e di concessioni*, in www.federalismi.it, n. 6, 2015, pp. 37-38.

L'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, sembra inserirsi in questo contesto. Tale disposizione di legge richiama espressamente i principi di trasparenza e di parità di trattamento, non solo attraverso il comma 4 ma anche mediante il richiamo all'art. 1, l. n. 241/1990. Inoltre, l'art. 55, comma 4, del Codice del Terzo settore salvaguarda l'autonomia richiamata dal *Considerando* 114 per la scelta dei criteri «di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi», obbligando le pubbliche amministrazioni definire i «criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti *partner*».

Merita rilevare come le regole sinora evidenziate producano i loro effetti giuridici nel campo di applicazione delle direttive europee, ossia in relazione ai contratti sopra soglia comunitaria¹⁸⁹ e cristallizzate nell'art. 35, d.lgs. n. 50/2016, e ai contratti di appalto o di concessione a titolo oneroso¹⁹⁰. Onerosità, questa, non esclusa nel caso in cui l'amministrazione preveda meri rimborsi per l'erogazione del servizio affidato. Come accennato, il concetto di onerosità è stato interpretato da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia in senso ampio, al fine di evitare fenomeni di abuso delle stazioni appaltanti consistenti nell'attuare affidamenti diretti in violazione della disciplina euro unitaria, creando «“sacche” sottratte al confronto competitivo»¹⁹¹.

Due pronunce emblematiche in tema sono le c.d. sentenze «Spezzino» e «Casta»¹⁹² in materia di affidamento di servizi di trasporto sanitario d'urgenza¹⁹³. Le controversie riguardavano sostanzialmente la paventata illegittimità di provvedimenti di affidamento diretto del servizio richiamato aggiudicato a delle associazioni di volontariato attraverso la stipulazione di una convenzione che non prevedeva un prezzo per il servizio reso, ma solo un rimborso dei costi sostenuti.

Secondo i ricorrenti, ossia gli operatori economici esclusi, le convenzioni, avendo un valore sopra la soglia di mercato, avrebbero dovuto seguire per la loro stipulazione la procedura comparativa ad evidenza pubblica stabilita al livello europeo, ritenendo illegittima – in quanto discriminatoria – una procedura di

¹⁸⁹ Come è noto, la direttiva 2014/24/UE trova applicazione, secondo l'art. 4 «agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore» a determinate soglie. Di conseguenza, gli Stati membri possono prevedere per i contratti pubblici al di sotto delle soglie indicate. Quanto enunciato, trova conferma, al livello di principio, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea la quale ritiene irricevibile una domanda di pronuncia pregiudiziale per una norma riguardante le procedure sotto-soglia non coperte dal diritto dell'Unione europea ma frutto della scelta discrezionale del legislatore di uno Stato membro (Corte giustizia UE Sez. IX, sentenza 14 febbraio 2019, n. C-710/17).

¹⁹⁰ Secondo il *Considerando* 4 della direttiva 2014/24/UE «La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico».

¹⁹¹ Efficace espressione contenuta nel parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018.

¹⁹² Rispettivamente Corte giustizia UE, Sez. V – 28 gennaio 2016, n. 50 e Corte giustizia UE - Sez. V – 11 dicembre 2014, n. 113.

¹⁹³ Si veda tra tutti in merito, A. ALBANESE, *La corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra aver paura del proprio coraggio)*, in *Foro It.*, 2015, p. 151 e ss.; C. COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. e app.*, 2015, p. 379 e ss.

affidamento diretto. I giudici della Corte di Giustizia, nella sentenza «Spezzino»¹⁹⁴, che sarà ripresa nel suo contenuto dalla sentenza «Casta», hanno dapprima affermato che a nulla rileva per la definizione di «contratto di appalto oneroso» che le convenzioni prevedano unicamente «trasferimenti finanziari a favore delle associazioni di volontariato diversi dal rimborso di costi»; un contratto non può esulare infatti «dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto»¹⁹⁵, comportando l'illegittimità di una procedura di affidamento diretto di questo contratto qualora abbia un valore sopra le soglie individuate dalle direttive europee in materia.

Se astrattamente una procedura di affidamento diretto di questo genere determina «una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto»¹⁹⁶, nondimeno «nel valutare il rispetto di tale divieto è necessario tener conto del fatto che la salute e la vita delle persone rivestono un'importanza primaria tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri, i quali dispongono di un margine di potere discrezionale, decidere il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto»¹⁹⁷.

La Corte di giustizia prefigura pertanto una prima eccezione al principio della libera concorrenza, affermando la legittimità della procedura di affidamento diretto in presenza di «un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale», che «può costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi». Nel caso di specie, l'affidamento del servizio sanitario di trasporto d'urgenza rientrava nella deroga indicata dal giudice europeo, in quanto «l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute»¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Al giudice si chiedeva di rispondere a questa questione pregiudiziale, ossia «se le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e le regole di concorrenza del Trattato debbano essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che le amministrazioni locali debbano affidare la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza in via prioritaria e di affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi forma di pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, le quali, per la fornitura di detti servizi, ricevono unicamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute a tal fine nonché di una frazione dei costi fissi e durevoli nel tempo»

¹⁹⁵ Corte giustizia UE, Sez. V – 28 gennaio 2016, n. 50, punto 37.

¹⁹⁶ Corte giustizia UE, Sez. V - 28 gennaio 2016, n. 50, punto 52.

¹⁹⁷ Corte giustizia UE, Sez. V - 28 gennaio 2016, n. 50, punto 56. In tal senso, si riportano le sentenze Commissione/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punti 46 e 51 nonché giurisprudenza ivi citata, e Blanco Pérez e Chao Gómez, EU:C:2010:300, punti 43, 44, 68 e 90.

¹⁹⁸ Corte giustizia UE, Sez. V - 28 gennaio 2016, n. 50, punto 57. Si riporta inoltre la sentenza Stamatelaki, C-444/05, EU:C:2007:231, punti 30 e 31.

Inoltre, la Corte di giustizia precisa che per derogare alle procedure ordinarie di selezione dell'operatore economico devono sussistere altre due condizioni: la prima consiste nella natura degli operatori economici affidatari, i quali devono avere spiccato carattere solidaristico¹⁹⁹ e non devono, dal punto di vista statutario, perseguire obiettivi diversi rispetto a quelli oggetto di convenzione, senza trarre «alcun profitto [da distribuire ai loro membri] dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime»²⁰⁰; la seconda condizione riguarda invece la mera previsione nella convenzione del rimborso dei costi sostenuti, vegliando «a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse»²⁰¹. La presa di posizione del giudice europeo delinea in maniera netta la possibilità di derogare al principio di libera concorrenza in funzione delle peculiarità del servizio da affidare, della natura degli interessi da esso tutelati e del carattere solidaristico dell'operatore economico. La Corte di Giustizia, inoltre, ha evitato che il principio della libera concorrenza potesse recedere del tutto, specificando il concetto di onerosità. È naturale pensare dunque come la sentenza «Spezzino» abbia influenzato il contenuto delle direttive 2014 più volte citate²⁰².

Sulla base del quadro normativo e giurisprudenziale qui ricostruito risulta difficile sostenere la validità giuridica della posizione sostenuta dal Consiglio di Stato relativa alla contrarietà dell'art. 55 del Codice del Terzo settore al diritto dell'Unione europea, anche ammettendo che la co-progettazione introduca una peculiare procedura di affidamento di un contratto pubblico. Il *sistema* delineato consente agli Stati membri di disciplinare regimi di affidamento di particolari servizi sociali di interesse economico generale con ampi margini di discrezionalità, anche in deroga alle procedure ordinarie, operando un bilanciamento tra solidarietà e concorrenza alla luce delle caratteristiche marcatamente solidaristiche dei servizi sociali di interesse generale (economico e non) e di chi li eroga.

¹⁹⁹ Le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto della presente sentenza, 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. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale.

²⁰⁰ Corte giustizia UE, Sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50, punto 61. Si ritiene inoltre che sia «ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale».

²⁰¹ Corte giustizia UE, Sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50, punto 62.

²⁰² Ciò non solo riguardo al Considerando 114 e all'art. 77 della direttiva 2014/24/UE ma anche e soprattutto al Considerando 28 che sembra replicare esattamente il contenuto delle pronunce analizzate, escludendo dall'ambito di applicazione della direttiva richiamata il servizio di trasporto sanitario d'urgenza. Si veda tra tutti in merito, A. ALBANESE, *La corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra aver paura del proprio coraggio)*, in *Foro It.*, 2015, pag. 151 ss.; C. COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. e app.*, 2015, pag. 379 ss.

Inoltre, nonostante il Consiglio di Stato abbia ritenuto che la co-progettazione si sostanzi in una procedura di affidamento, non è condivisibile - a parere di chi scrive - sussumerla sotto l'ombrello previsionale del partenariato per l'innovazione disciplinato dall'art. 65, d.lgs. n. 50/2016²⁰³. Si consideri, infatti, che l'attività di servizio prestata dagli enti del Terzo settore non consiste nel fornire servizi innovativi rispetto a quelli offerti dal mercato²⁰⁴ ma semplicemente nell'erogarli con una maggiore efficacia, efficienza ed economicità, considerata l'assenza di logiche di mercato nella loro azione, le agevolazioni economiche che ne conseguono e la prossimità con l'utenza.

Allo stesso modo, risulta difficile ricondurre la co-progettazione a forme alternative rispetto ad un affidamento di un contratto pubblico in senso tecnico se l'attività svolta nei confronti ed insieme all'amministrazione dall'ente del Terzo settore preveda un rimborso spesa. Ciò risulta evidente dalle sentenze «Spezzino» e «Casta», secondo cui una convenzione «non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto o che tale contratto sia stipulato con un soggetto che non persegue scopi di lucro»²⁰⁵. Sarebbe arduo, inoltre, qualificare diversamente dal corrispettivo la somma di denaro erogata dall'amministrazione per l'attività di interesse generale resa in forza di una convenzione in cui sono cristallizzate le prestazioni corrispettive di amministrazione e privato sociale, consistenti per la parte pubblica nell'esborso della somma di denaro a titolo di rimborso spese, e, per la parte privata, nell'erogazione delle attività di interesse generale *ex* art. 5, d.lgs. n. 117/2017. Difatti, come si è già visto, la Corte di giustizia ritiene che il «corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito»²⁰⁶. Tuttavia, ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporti necessariamente la fissazione di «obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale»²⁰⁷. Del resto, è la stessa Consulta che non esclude il carattere

²⁰³ Secondo cui «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti».

²⁰⁴ Così, S. BIGAZZI, *Le "innovazioni" del partenariato per l'innovazione*, in A. FIORITTO, (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, p. 221. In tema tra tutti G.M. RACCA - C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation*, Belgio, 2019.

²⁰⁵ Corte giustizia UE, Sez. V, 11 dicembre 2014, n. 113, punto 52.

²⁰⁶ «In particolare, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29; del 13 giugno 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31, nonché del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punto 29».

²⁰⁷ Corte giustizia UE, Sez. IV, 10 settembre 2020, n.367. V. in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62.

sinallagmatico della co-progettazione affermando come il modello delineato dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, non sia «fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico», in considerazione della sua *ratio* di fondo ispirata a logiche solidaristiche e non di profitto.

Quanto appena rilevato escluderebbe la riconduzione all'art. 12, l. n. 241/1990²⁰⁸ della somma di denaro versata al privato sociale a titolo di rimborso spese in funzione di contro prestazione per aver erogato un servizio in co-progettazione, venendo meno così la funzione dell'art. 11, l. n. 241/1990 quale provvedimento sostitutivo del finanziamento preventivamente stabilito nei tempi e nei modi dall'amministrazione.

Non solo l'inquadramento operato in precedenza della co-progettazione quale modalità di affidamento di un contratto di partenariato pubblico-privato non risulta in contrasto con le direttive europee in tema, qualificandosi, sempre nell'ottica del *Considerando* 114, come un regime alleggerito speciale rispetto al d.lgs. n. 50/2016, ma non sembra nemmeno porsi in conflitto con il d.lgs. n. 50/2016.

Recentemente il Legislatore, nel recepire quanto indicato dalla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, ha modificato sia l'art. 30 che l'art. 59 del Codice contratti pubblici, riconoscendo una complementarità tra Codice del Terzo settore e d.lgs. n. 50/2016²⁰⁹. Quanto all'art. 30 menzionato, la modifica legislativa ha introdotto il comma 8 sancendo che «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile»²¹⁰. Invece, riguardo all'art. 59 la medesima novella del 2020 ha modificato il primo alinea del comma 1, disponendo che «Fermo restando quanto previsto dal Titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara».

Sebbene si tratti di interventi volti a valorizzare un possibile equilibrio fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici negli istituti analizzati (a partire dalla co-progettazione), la scelta operata non

²⁰⁸ Come già evidenziato, la dottrina, infatti, esclude la riconduzione dei vantaggi economici erogati all'art. 12, l. n. 241/1990, quale effetto di una corresponsione di una prestazione come quanto previsto dall'art. 180, d.lgs. n. 50/2016, sebbene possa «costituire una compensazione meramente parziale» (così, F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 680).

²⁰⁹ In tema si veda F. GIGLIONI, *Le novità del decreto semplificazioni*, in www.labsus.org, n. 11, 2020.

²¹⁰ Comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera a), della legge n. 120 del 2020. Sebbene la formula risulti poco chiara, sembra evidente come non essendo prevista alcuna norma nel codice dei contratti pubblici riferita espressamente al terzo settore, la disposizione da applicare in caso di antinomia è la disciplina del codice del terzo settore.

arriva a risolvere del tutto le problematiche applicative²¹¹ inerenti alle modalità scelta tra gli istituti previsti nei Codici medesimi.

8. Sintesi conclusiva

Alla luce del presente contributo è possibile sostenere come il Codice del Terzo settore prenda le mosse dagli artt. 179 e ss. del d.lgs. n. 50/2016 al fine di stabilire una procedura più flessibile rispetto a quelle definite dal codice dei contratti pubblici. Ad esempio, le fasi della procedura di co-progettazione non sono scandite secondo le modalità stabilite dall'art. 32, d.lgs. n. 50/2016 e, allo stesso modo, non vengono del tutto applicate le disposizioni richiamate dall'art. 179 del medesimo Codice dei contratti pubblici.

Nella fase di co-progettazione, le Linee guida ministeriali precedentemente esaminate confermano questa impostazione, ossia che l'art. 55, d.lgs. n. 117/2017 introduce una procedura in cui si recepiscono solo i tratti essenziali di quelle previste nel d.lgs. n. 50/2016, come il necessario regime di pubblicità degli atti, finalizzato a garantire il principio di *favor participationis*, ex art. 29²¹² o la predeterminazione di una *lex specialis* in cui individuare la disciplina da applicare ed i criteri di selezione dell'offerta basati sul criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, anche nominando una commissione *ad hoc* per la valutazione delle relative offerte²¹³. Si tratta, in sostanza, di un regime (super) “alleggerito” che consente «un adeguato contemperamento tra la logica competitiva tipica delle procedure di evidenza pubblica e l'attenzione verso la tutela e la promozione delle peculiarità dei servizi»²¹⁴ rientranti nel Codice del Terzo settore.

Nonostante le Linee guida ministeriali in tema appaiano uno strumento attuativo utile per una specificazione della co-progettazione, esse presentano diverse contraddizioni. La prima riguarda la (supposta) “distanza” tra procedura di affidamento di un contratto pubblico e la co-progettazione sulla base dell'assenza di un rapporto a prestazioni corrispettive. Tuttavia, ciò non pare condivisibile perché, come visto, si delinea in concreto tutt'altro, prevedendo una convenzione nella quale inserire, anche in termini economici, una serie di obblighi a cui P.A. e Terzo settore dovranno sottostare²¹⁵.

²¹¹ A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *www.federalismi.it*, n. 21, 2021, p. 128.

²¹² D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 22 in cui al pari della co-programmazione vengono descritte le modalità attraverso le quali garantire un regime di pubblicità ai sensi del d.lgs. n. 33/2013.

²¹³ Secondo quanto previsto dall'art. 95, d.lgs. n. 50/2016.

²¹⁴ Il principio di questo regime super alleggerito, in deroga a parte della disciplina dei contratti pubblici, sembra corrispondere a quello previsto dall'art. 142, d.lgs. n. 50/2016 e specificato da A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale*, in S. Pellizzari - A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, cit., p. 24.

²¹⁵ Secondo il D.M. n. 72/2021, si afferma infatti che «laddove un ente pubblico agisce quale stazione appaltante, attivando una procedura concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico per lo svolgimento di un servizio, definito dall'ente stesso nel relativo bisogno e nelle obbligazioni e relative prestazioni, economiche e contrattuali, con il riconoscimento di un corrispettivo, idoneo ad assicurare un utile di impresa, determinato sulla base dell'importo a base d'asta – si applicherà il CCP, venendo ad esistenza un rapporto a prestazioni corrispettive» con conseguente impossibilità di adottare gli strumenti previsti dal d.lgs. n. 117/2017.

Ulteriore elemento contraddittorio attiene al richiamo operato nelle medesime Linee guida agli accordi ex art. 11, l. n. 241/1990 per escludere che la co-progettazione possa essere ricondotta ad un appalto o ad una concessione di servizi, non comprendendosi quale provvedimento l'accordo di co-progettazione debba sostituire o integrare ed in quali termini²¹⁶.

Nemmeno la qualificazione di contributo, ai sensi dell'art. 12, l. n. 241/1990, delle risorse economiche erogate dall'amministrazione per far fronte alle spese sostenute dall'ente del Terzo settore che ha ottenuto l'affidamento del servizio oggetto di co-progettazione evita che la convenzione venga inclusa nel contratto pubblico. Come già visto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha parificato più volte il termine convenzione ad un contratto pubblico, sposando un principio sostanzialistico (rispetto al *nomen iuris*) basato sul contenuto dell'atto consensuale²¹⁷, che, nel caso specifico, prevede la dazione di una somma di denaro quale controprestazione all'attività svolta dal Terzo settore, così da escludere l'applicazione dello stesso art. 12, l. n. 241/1990²¹⁸.

La riconduzione della co-progettazione all'affidamento di un contratto di partenariato pubblico-privato, che segue logiche e modalità diverse rispetto al d.lgs. n. 50/2016, risulta compatibile anche con la recente sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, secondo cui: si instaura tra i soggetti pubblici e gli enti del Terzo settore, in forza dell'art. 55, «un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato»²¹⁹.

²¹⁶ Si afferma genericamente che «in chiusura del lavoro di co-progettazione si dovesse manifestare un accordo unanime fra gli ETS rispetto ad un dato assetto progettuale e laddove il possibile esito sia ritenuto dall'amministrazione precedente rispondente all'interesse pubblico, il relativo verbale potrebbe esplicitare che è esso redatto anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 della legge n. 241/1990, ovvero sia il verbale costituisce accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento finale dell'ente pubblico» (D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, pp. 13-14)

²¹⁷ In tutte queste pronunce il giudice amministrativo ha riconosciuto la presenza di un contratto di appalto in luogo del termine «convenzione» utilizzato dall'amministrazione, rientrando nelle definizioni date di Consiglio di Stato sez. III - 16/12/2020, n. 8084; T.A.R. Lombardia- Milano, Sez. II, 3 giugno 2020, n. 990; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 682; T.A.R. Lazio- Roma, Sez. III, 24 settembre 2019, n. 11294. Del resto, è stato evidenziato come la convenzione sia talvolta un termine equivalente del contratto F. MESSINEO, *Convenzione, dir. pr.*, in *En. Giur.*, 1962, pag. 511. Per M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, *cit.*, pag. 424, «convenzione» è un termine «generale», «per indicare tutto», valorizzando il contesto in cui è inserito ed il contenuto. P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, *cit.* p. 342, richiama quanto detto da A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e ai servizi sociali*, *cit.*, p. 283 secondo cui la convenzione è «uno strumento consensuale, attraverso il quale possono poi essere regolati rapporti fra soggetti pubblici e privati che [...], a seconda dei casi, rispondono a funzioni e contenuti diversi». L'autrice desume ciò dall'analisi della legislazione in materia di rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione. Per un'analisi del termine «convenzione» e del suo sviluppo in campo pubblicistico, si veda A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, pp. 72-79.

²¹⁸ La dottrina, infatti, esclude la riconduzione dei vantaggi economici erogati all'art. 12, l. n. 241/1990, quale effetto di una corresponsione di una prestazione, allo stesso modo di quanto previsto dall'art. 180, d.lgs. n. 50/2016 «anche se potrebbe costituire una compensazione meramente parziale» (così, F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, *cit.*, p. 680).

²¹⁹ La pronuncia in analisi continua nel dire che «la co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica

La pronuncia indicata non nega né la sinallagmaticità, né la riconducibilità della co-progettazione nell'alea di un contratto pubblico oneroso come il partenariato pubblico-privato in cui si prevede la cooperazione tra pubblico e privato sociale nell'individuazione di servizi ed interventi quale *ratio* e causa dello stesso contratto. Del resto è la stessa Consulta che richiama le pronunce «Spezzino» e «Casta», le quali non escludono, al pari della recente giurisprudenza della medesima Corte di giustizia sopracitata²²⁰, l'onerosità della convenzione di affidamento di un servizio che preveda un mero rimborso spese²²¹.

Naturalmente, lo si ribadisce, per le logiche solidaristiche che muovono l'agire del Terzo settore e l'operatività degli strumenti che gli sono propri, la procedura da seguire per la co-progettazione non sarà desumibile per intero dal d.lgs. n. 50/2016, che, oltre ad essere permeato dalle differenti logiche di mercato, si pone come alternativa rispetto al Codice del Terzo settore. Il Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento al contratto di partenariato pubblico privato, servirà solo come base per costruire una procedura di affidamento funzionale a superare l'indeterminatezza dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, rispettando i due diversi momenti richiesti dalla norma: la definizione condivisa del progetto e la sua realizzazione²²².

L'operazione volta a riempire di contenuto la co-progettazione delinea una relazione organizzativa di coordinamento che s'instaura tra amministrazione pubblica e Terzo settore. La riconduzione allo schema del partenariato pubblico-privato conferma la sostanziale posizione di equiordinazione tra amministrazione e privato sociale nell'individuazione degli interventi da realizzare per la tutela di interessi generali, nel rispetto dell'autonomia dei soggetti coordinati, ossia dei soggetti privati, attraverso il ricorso ad uno strumento consensuale come il contratto pubblico²²³. La pubblica amministrazione mantiene

a quella privata, 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 i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

²²⁰ Corte di giustizia UE, Sez. IV, 10 settembre 2020, n. 367.

²²¹ Più correttamente si fa riferimento a Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino».

²²² Secondo lo schema indicato dal Codice dei contratti pubblici, l'art. 3 comma 1, lett. eee) parla di realizzazione di un servizio che può comprendere anche la progettazione. L'art. 59, d.lgs. n. 50/2016, inoltre prevede che la procedura di affidamento del partenariato pubblico privato possa riguardare contestualmente sia la progettazione che la sua realizzazione.

²²³ In dottrina si è evidenziato che il fine della relazione organizzativa del coordinamento è quello di «mettere insieme uomini e portarli verso mete comuni, rispettando e valorizzando le possibilità e le vocazioni di ciascuno» G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. Amato - G. Marongiu, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p. 142. Per raggiungere questo risultato il coordinamento si pone sul piano giuridico come un principio a valenza procedimentale che prevede il formarsi di «una decisione comune» con «codeterminazione dei fini» (G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, cit., p. 145). Per questa via, tali procedimenti presuppongono che tra i soggetti coordinati vi sia una commistione di equiordinazione e di sovraordinazione, «tra esigenze di autorità direttiva ed esigenze di libertà e autonomia» (G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, cit., pag. 144). Sulla scorta di queste affermazioni, si è rilevato che da una parte il coordinamento presuppone che vi sia un indirizzo e dall'altra che il coordinamento sia effettuato somministrando un indirizzo (M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, in G. Amato - G. Marongiu,

comunque le proprie competenze indirizzando l'attività dell'ente del terzo settore sulla base dell'(auto) vincolo²²⁴ dettato dalla *lex specialis*²²⁵. Ed è lo stesso art. 55, d.lgs. n. 117/2017, che, oltre a stimolare il ricorso all'autolimitare richiamando l'«autonomia organizzativa e regolamentare» delle P.A.²²⁶, impone a quest'ultima di definire gli «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 *partner*»²²⁷.

Così, indicando esclusivamente lo “scheletro” della co-progettazione, il Legislatore lascia spazio di azione alla P.A nell'individuazione della procedura più adeguata alla realtà socio-economica in cui opera insieme al Terzo settore²²⁸. Nondimeno, resta sullo sfondo l'esigenza che questa discrezionalità sia adeguatamente esercitata in direzione dell'attuazione del principio di sussidiarietà, congiuntamente al modello di

L'amministrazione della società complessa, Bologna, 1982, p. 25 e ss.). Per coordinare la molteplicità delle figure giuridiche soggettive all'interno dell'organizzazione amministrativa, tutte considerate in posizione equiordinata limitatamente al fine dell'interesse pubblico da tutelare, il meccanismo organizzativo che introduce il coordinamento impone che vi sia un soggetto dirigente che deve imprimere un indirizzo. Ciò comporta una commistione tra sovraordinazione e equiordinazione, ove il soggetto dirigente ha la facoltà - forse talvolta il dovere - di esercitare un potere di direttiva a cui il coordinato deve attenersi in vista della realizzazione dell'obiettivo di interesse pubblico comune (*Ibid.*, pp. 28 – 29). All'interno di questa particolare relazione organizzativa l'indirizzo non viene mai considerato come una imposizione a cui il soggetto coordinato deve attenersi passivamente, trattandosi di un «indirizzo partecipato», così da assicurare «all'indirizzo la partecipazione dell'indirizzato» (M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, cit., p. 29). Ciò sembra riguardare proprio il rapporto che si crea tra amministrazione e terzo settore alla luce dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017.

²²⁴ Per il tema delle predeterminazioni delle decisioni amministrative si veda E. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987 p. 93 e ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, p. 62, il quale evidenzia che i vocaboli «autolimitare»; «autovincolo» [...] sono di derivazione germanica e «attribuiscono all'istituto una connotazione di “limite alla discrezionalità” piuttosto che quella di funzione propulsiva della futura azione negoziale» come affermato da P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, pag. 112 e ss. e P. STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano, 1983, p. 402 in materia di direttiva. Riprende tale nozione la dottrina in tema di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici (F. Gighioni, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 669- 681; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla Legge n. 241 del 7 agosto 1990*, Torino, 1993 p. 44 e ss., M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, p. 318). In tema di autovincolo si veda P.M. VIPIANA, *L'autolimitare delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1990.

²²⁵ In termini di autovincolo della *lex specialis* parla il Consiglio di Stato, Sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4683, secondo cui «Le esigenze di trasparenza e legalità degli appalti pubblici comportano che la stazione appaltante, una volta individuato con precisione l'oggetto del contratto, si autovincola ad esso, nel senso che non può poi - in sede di valutazione delle offerte - modificarne (in senso ampliativo o riduttivo) il contenuto e le finalità, che non a caso vengono precedentemente cristallizzate nella *lex specialis* di gara».

²²⁶ Art. 55, comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

²²⁷ Art. 55, comma 4, d.lgs. n. 117/2017.

²²⁸ Il principio di adeguatezza, a prescindere dal rango della norma in cui viene richiamato, impone all'amministrazione di effettuare scelte idonee al contesto in cui sono destinate, riconoscendo un proporzionato tasso di autonomia. Secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., pag. 63, il principio di adeguatezza richiamato dall'art. 118 Cost., dalla l. n. 59/1997, artt. 1, 3, 4 e dal d.lgs. n. 112/1998 art. 2, impone al legislatore di «attribuire le funzioni ai diversi enti del governo territoriale tenendo conto del fatto che essi posseggano una dimensione e perciò una capacità di governo, adeguata»; «differenziandone l'attribuzione». Più correttamente il principio si rivolge anche «agli stessi enti locali perché nell'ambito della loro autonomia organizzativa provvedano a darsi dimensioni adeguate». Sul punto anche R. PESSI, *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2, 2016, pp. 803-814, il quale ritiene che in forza della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale (Cfr. Corte costituzionale, 30 aprile 2015, n. 70) è necessario che l'intera disciplina sia adeguata alle varie forme di *welfare* in cui viene inserita.

⁵²⁴ Ciò ovviamente dovrà essere fatto nel rispetto dell'art. 1, l. n. 241/1990 alla luce di quanto indicato nel primo comma dell'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017.



amministrazione condivisa. È forse per questa ragione che lo strumento paradigmatico più utilizzato - e conosciuto - dalle amministrazioni resta quello del Codice dei contratti pubblici come base per la costruzione di un procedimento di co-progettazione.