

IL DIRITTO DEL TERZO SETTORE PRESO SUL SERIO

Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore



1. Premessa

Lo studio del parere n. 2052 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato il 20 agosto 2018 sugli istituti introdotti dagli articoli 55 e 56 del Codice del Terzo settore (in avanti “CTS”) rende opportuna, a nostro avviso, una riflessione utile a “riaprire” il merito di talune argomentazioni e ciò al fine di ben inquadrare il rapporto che corre tra la disciplina in materia di affidamento dei contratti pubblici, oggetto del d.lgs. n. 50/2016 (in avanti anche solo Codice) e il CTS.

Quel che colpisce – al riguardo – del cennato parere è la “visuale” assunta come base del ragionamento giuridico, con tutte le conseguenze in termini di rischio di svalutazione della riforma del terzo settore che rappresenta, invece, una tappa cruciale dello sviluppo del nostro ordinamento costituzionale, civile e amministrativo.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato ha infatti analizzato gli strumenti del CTS alla luce della disciplina che governa l’affidamento dei servizi mediante procedure competitive e concorrenziali, come se queste ultime esaurissero le forme e le modalità di relazione fra enti pubblici ed Enti di Terzo settore (in avanti “ETS”), alle quali è dedicato l’intero Titolo VII del CTS. Riteniamo, dunque, che, per meglio comprendere i principi enunciati in quello che è un parere del Consiglio di Stato reso in sede consultiva su uno specifico aspetto (e non un provvedimento giurisdizionale o un parere reso complessivamente su un atto del Governo), occorra muovere da un inquadramento generale dell’intera materia.

In via preliminare, va anche ricordato che il parere oggetto di questa riflessione non è l’unico espresso dallo stesso Consiglio di Stato in merito al CTS. Esso infatti si è già pronunciato dapprima sullo schema di decreto delegato recante il CTS (parere n. 1405/2017) e, poi, su quello del c.d. decreto correttivo (parere n. 1432/2018) senza tuttavia pervenire alle conclusioni, per la verità molto critiche, espresse nell’agosto 2018.

In secondo luogo, non pare irrilevante segnalare che il Consiglio di Stato, in quest’ultimo caso, è stato sollecitato a fornire il proprio contributo interpretativo su richiesta dell’ANAC e nell’ambito di uno specifico affare (ovvero l’aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione).

Proprio per questa ragione, lungi dall’assumere una valenza generale, il parere rappresenta solo la conseguenza logico-giuridica degli specifici quesiti posti dall’ANAC. In altre parole, la ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato va letta, e può apparire anche condivisibile, laddove si focalizzi lo specifico quesito in ordine alle modalità di affidamento dei servizi, in particolar modo di quelli sociali, alla luce della disciplina in materia di concorrenza e, dunque, in attuazione delle Direttive UE appalti (2014/24/UE) e concessioni (2014/23/UE).

Il parere non affronta né l’impostazione generale, né la *ratio* dell’intera Riforma del Terzo settore di cui al CTS e alla rinnovata disciplina dell’impresa sociale (d. lgs. n. 112/2017 e ss. mm.). Né esamina le ulteriori modalità di organizzazione ed affidamento dei servizi, previsti dalla tuttora vigente disciplina nazionale (a partire dalla legge n. 328/2000 e dal D.P.C.M. 30 marzo 2001) e dalle varie leggi regionali, sulle quali la stessa ANAC si era pronunciata in termini favorevoli nelle note Linee Guida approvate con determinazione n. 32 del 20 gennaio 2016.

Al contrario, assume come prospettiva metodologica ed interpretativa che il recepimento del diritto euro-unitario sopra richiamato sia avvenuto esclusivamente attraverso il Codice dei

contratti pubblici il quale viene, per questa ragione, a configurarsi quasi come una sorta di “sistema normativo” dotato di completezza e autosufficienza, sovraordinato rispetto a qualsiasi altra fonte del diritto interno per la sua derivazione dal diritto dell’Unione europea.

Ma questo assunto è giuridicamente assai discutibile. Così, si esclude che le norme europee possano trovare attuazione in una pluralità di fonti, ciascuna legata a specifici ambiti materiali o finalità e, quindi, anche nel CTS sicuramente ricollegabile direttamente, come si chiarirà in seguito, a principi e fonti normative dell’UE.

Pertanto, l’esito di un eventuale conflitto fra le norme del Codice dei contratti pubblici e quelle del CTS non potrebbe essere risolto che con l’istituto della disapplicazione normativa della disciplina di quest’ultimo da parte dell’amministrazione e del giudice.

La disapplicazione normativa si configura una *extrema ratio* in assenza di rimedi alternativi sul piano interpretativo in caso di conflitto fra norme nazionali e norme europee. Vi è da chiedersi, dunque, se, nel caso qui in esame, tali rimedi alternativi siano stati tutti verificati e ritenuti non percorribili ed in ogni caso se l’istituto della disapplicazione non possa operare anche nel senso contrario a quello ipotizzato nel parere.

Obiettivo del presente contributo, pertanto, non è quello di rivedere il parere del Consiglio di Stato, quanto – piuttosto – di contrapporre allo stesso una lettura ad ampio spettro degli istituti introdotti dal CTS, nell’auspicio di una condivisione, formale e sostanziale, da parte dell’ANAC, chiamata, a questo punto, ad aggiornare le proprie Linee Guida.

2. Gli enti del Terzo settore e il loro diritto: il profilo costituzionale

La legge n. 106 del 2016 ed i successivi decreti legislativi nn. 117 e 112 del 2017, riordinando una congerie di norme stratificatesi nel tempo, hanno individuato, nel novero delle formazioni sociali (art. 2 Cost.) e dei soggetti espressione della libertà di associazione (art. 18 Cost.), così come di quelli previsti dall’art. 45 Cost., un insieme più limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici, costituzionalmente fondati, per i quali il legislatore statale (ma lo stesso potrebbero fare i legislatori regionali) ha inteso predisporre un quadro normativo unitario al fine di “agevolare” lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 118, u.c. Cost.).

In base alle previsioni del Codice, tali soggetti – gli enti del Terzo settore – emergono quindi dal *mare magnum* del pluralismo sociale e si distinguono poiché sono espressione dell’autonomia privata di cittadini che si associano per i fini di cui all’art. 2 e 118, u.c. Cost. Essi intendono realizzare finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale; svolgono attività di interesse generale (qualificate come tali dal legislatore medesimo) sia in forma imprenditoriale che in forma non imprenditoriale; non perseguono finalità lucrative soggettive; accettano, infine, un sistema pubblicistico di registrazione (il Registro unico nazionale del Terzo settore), dal quale discende anche la sottoposizione ad un sistema di controlli.

Questa esposizione – apparentemente didascalica – in realtà è la cornice ordinamentale entro la quale leggere il parere del Consiglio di Stato anche se esso non sembra tenerne conto così come non considera adeguatamente tutti gli interventi normativi e giurisprudenziali in materia.

Il dato incontrovertibile risulta così essere che la categoria “enti del Terzo settore” non è un semplice criterio ordinante o descrittivo del pluralismo sociale: essa è bensì una categoria giuridica, fondata su presupposti ed interessi costituzionalmente rilevanti. Essa identifica quei soggetti che per la loro origine, i loro fini, le loro attività, gli specifici vincoli e la qualità delle relazioni fra i soggetti coinvolti e gli *stakeholder* sono destinatari non solo di un particolare riconoscimento e di un trattamento agevolativo (civilistico, tributario, commercialistico), ma esprimono pure una attitudine specifica a collaborare con gli enti pubblici, su un piano paritario, in forza dalla sostanziale comunanza di obiettivi e del loro riconoscimento costituzionale nell’art. 118, u.c. Cost., per il perseguimento più efficace dei fini pubblicistici.

Anzi, potrebbe argomentarsi che un intervento normativo o giurisprudenziale che uniformi il trattamento di questi soggetti a quello di tutti gli altri soggetti del pluralismo sociale (inclusi quelli espressione delle c.d. libertà economiche, come le imprese), in forme indifferenziate, violerebbe il precetto dell'art. 118, u.c. Cost. ed il sistema costituzionale, più in generale. Tale considerazione non può essere pretermessa nello studio della materia in commento, ma ne costituisce, al contrario, il presupposto.

3. Solidarietà e concorrenza: i rapporti fra Enti pubblici ed ETS fra CTS e Codice dei contratti pubblici

In generale, l'affermata primazia del diritto euro-unitario sul diritto interno appare particolarmente incongrua perché ancorata, con incomprensibile certezza ad una visione mercantilistica, declinata esclusivamente sul principio di tutela della concorrenza, finendo per imporre quest'ultimo anche alle forme di collaborazione tra organismi pubblici e privati che perseguono obiettivi simili se non coincidenti.

Soprattutto non si tiene conto di un altro basilare principio comunitario, quello solidaristico, che trova la sua espressione proprio nella direttiva n.24/2014, recepita con il d.lgs.n.50/2016. Essa, infatti, non impone alcun obbligo agli Stati membri di adottare misure pro-concorrenziali in tutti i settori. Una siffatta interpretazione, peraltro, se portata alle sue conseguenze più estreme, comporterebbe forse, in ultima istanza (una *extrema ratio!*), l'attivazione di contro-limiti costituzionali, in quanto il diritto dell'Unione perverrebbe a violare uno dei caratteri essenziali dell'ordinamento costituzionale e dei suoi principi e valori fondamentali dello stesso (proprio il principio solidarista).

Al contrario, l'esame dei Considerando (purtroppo spesso negletti dall'ermeneutica nostrana, quando invece rientrano a pieno titolo nel corpus normativo dei provvedimenti europei) della richiamata "Direttiva appalti" dimostra invece come l'affidamento di contratti di appalto non sia l'unica modalità di erogazione di servizi a carico dei bilanci pubblici; intendiamo riferirci ai numeri 4, 5, 6 e 7.

Con specifico riferimento ai c.d. servizi alla persona, il Considerando n. 114 stabilisce che gli "Stati membri" sono liberi di fornire i servizi alla persona direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi. E tali considerazioni sono altresì confermate nell'ambito dell'articolato normativo: l'art. 1, comma 4, della predetta Direttiva "appalti" specifica che è fatta *"salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengono essere servizi di interesse generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici debbano essere soggetti (...)"*.

Alle medesime conclusioni perviene anche la Direttiva "concessioni" (2014/23/UE), sia nei Considerando (12, 13 e 54), che nell'articolato normativo (articoli 2 e 4).

Il Consiglio di Stato, poi, non solo non considera adeguatamente il "perimetro" della competenza legislativa regionale, che - come noto - nella materia dei "servizi sociali" è di tipo esclusivo, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, della Costituzione, ma, sotto il profilo costituzionale, giunge a disconoscere il riconoscimento normativo del Terzo settore come attuativo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118, ultimo comma, Cost.

Nel CTS, proprio in ragione del riferimento al principio di sussidiarietà, gli artt. 55 e ss. sono ispirati ad una logica promozionale e collaborativa, disciplinando così una nuova modalità di relazione tra PP.AA. ed enti del Terzo settore, da svilupparsi attraverso il solido ancoraggio alle norme ed ai principi della legge n.241/1990.

A tale ultimo proposito, occorre rammentare che proprio l'art. 30 (*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*) del Codice dei contratti pubblici, all'ottavo comma, precisa 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 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (...)".

Per esser chiari, contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, gli enti pubblici sono liberi, in forza delle scelte legislative fatte dallo Stato e dalle Regioni, di configurare in concreto l'organizzazione e l'erogazione, fra l'altro, di servizi sociali nelle più diverse modalità previste dalla vigente legislazione (qualificandoli come SIEG, come SIG non economici, esternalizzandoli mediante contratti di appalto o concessione di servizio o, ancora, affidandoli secondo strumenti non assoggettati alla disciplina sull'affidamento di contratti pubblici).

In presenza di Servizi sociali di interesse economico generale (SSIEG) non v'è dubbio che debbano essere osservati i principi europei a tutela della concorrenza (primi fra tutti, gli articoli 14, 106 e 107 del TFUE, nonché il Protocollo 26), ma ciò non conduce automaticamente all'assoggettamento alle Direttive "appalti" e "concessioni" e, correlativamente, al Codice dei contratti pubblici. Del pari, non v'è dubbio che tutte le volte che si è in presenza di un appalto di servizi in senso proprio la disciplina da applicare sia e resti il richiamato Codice dei contratti pubblici.

Più in generale, la visione che individua l'unico strumento relazionale nel contratto d'appalto, secondo la logica della competitività, da un lato priva la P.A. dell'apporto originale che può essere fornito dagli enti inseriti in un procedimento di collaborazione, ma soprattutto la priva della possibilità di conseguire risparmi di spesa derivanti dall'apporto materiale degli enti medesimi all'implementazione degli interventi, con conseguente lesione di un altro principio di rilevanza eurounitaria, la tutela degli equilibri di bilancio, recepito negli articoli 81, 97 e 119 Cost.

La lesione di tale principio risulta ulteriormente evidente non solo sotto il profilo del mancato risparmio di spesa, che potrebbe essere conseguito dal cofinanziamento dell'intervento da parte degli ETS i quali, diversamente dalle imprese private, possono contribuire, di norma, alla gestione dei servizi con risorse proprie umane (volontariato) materiali e finanziarie, ma, altresì, in termini di maggiori oneri finanziari da sostenersi direttamente da parte della P.A.

Difatti, ove l'unica strada percorribile sia quella della procedura di gara, la P.A. procedente dovrebbe sostenere costi maggiori in relazione alla sottoposizione ad IVA delle relative operazioni (ove non rientranti in alcuna delle tipologie di esenzione di cui all'art.10 del D.P.R. n.633/1972 o salva l'ipotesi in cui esse siano rese da ODV), come già evidenziato da Agenzia delle entrate con circolare n. 34/E del 2013.

Cosicché, la (supposta) tutela del principio concorrenziale finirebbe (paradossalmente) per ledere il principio dell'equilibrio di bilancio e, in particolare, dell'efficace ed efficiente allocazione delle risorse pubbliche, senza peraltro garantire risparmi conseguenti a incrementi di efficienza, determinando risvolti tutti da indagare sul piano delle responsabilità degli amministratori pubblici.

4. L'accreditamento di cui all'art. 55 del CTS nell'interpretazione del Consiglio di Stato

In particolare, per quanto riguarda l'art. 55 del CTS, il parere si sofferma sull'istituto dell'accreditamento, facendo notare che esso è al di fuori della normativa euro-unitaria ove si limiti alla mera individuazione dei soggetti del terzo settore da inserire nella rete dei servizi sociali, senza che, a monte, sia stato previamente individuato un numero od un contingente prefissato (c.d. modello dell'accreditamento libero). In tal caso, infatti, l'istituto si risolve sostanzialmente in una sorta di abilitazione priva di carattere selettivo e non propedeutica all'affidamento di un servizio. Viceversa, ove sia ex ante stabilito un contingente massimo di operatori accreditabili, la procedura presenta carattere selettivo e di conseguenza deve essere ricondotta ai principi del diritto euro-unitario.

Non è chiaro tuttavia se nel parere ci si riferisca alla figura dell'accreditamento dei servizi sociali o all'accreditamento propedeutico agli accordi di partenariato.

Se si tratta della figura generale dell'accreditamento dei servizi sociali e sociosanitari, il parere disattende l'orientamento pacifico della giurisprudenza amministrativa, seguito anche dall'ANAC, secondo il quale tale fattispecie è estranea al contratto di appalto. Infatti, lo strumento dell'accreditamento non è riconducibile allo schema dell'appalto di servizi e consiste in un provvedimento amministrativo discrezionale che l'Amministrazione competente adotta al termine di un procedimento valutativo da effettuarsi in coerenza con le decisioni adottate in sede di programmazione e alle logiche ed ai requisiti di qualità dei servizi erogati.

L'accreditamento è infatti finalizzato ad individuare i servizi e le strutture necessari per la copertura del fabbisogno espresso nella programmazione territoriale e consente, a seguito dell'espletamento di procedure nelle quali dovranno essere dimostrati da parte dei soggetti gestori i requisiti di qualità nella conduzione e nell'erogazione del servizio, l'instaurazione dei rapporti di servizio pubblico tra i soggetti titolari della committenza dei servizi sociosanitari ed i soggetti gestori/erogatori di tali servizi, le cui relazioni vengono disciplinate attraverso un apposito contratto di servizio.

Se si tratta invece dell'accreditamento preliminare all'accordo di partenariato, allora la procedura è necessariamente selettiva, perché è finalizzata a scegliere uno o più soggetti con cui stipulare l'accordo. Se l'accordo, come specifica poi il parere, non ha rilevanza economica perché basato sul mero rimborso dei costi, allora tutta la fattispecie è estranea al contratto di appalto, anche se la procedura seguita è di tipo selettivo.

Nella prospettiva sopra delineata, lo stesso documento di aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall'ANAC e sottoposto a consultazione pubblica, nell'approfondimento tematico dedicato alle procedure di gestione dei fondi strutturali e dei fondi nazionali per le politiche di coesione, evidenzia come la selezione delle attività e dei progetti da finanziare possa avvenire sia tramite bandi pubblici che mediante il diverso sistema dell'accreditamento, eventualmente anche mediante l'utilizzo di costi standard.

Da questa affermazione ci pare evidente come si possano dedurre almeno due conseguenze.

- L'accreditamento è un strumento ulteriore e diverso dall'appalto di servizi, attivabile da parte della P.A. procedente ai fini del soddisfacimento dei bisogni emergenti dal territorio.
- All'accreditamento è applicabile altresì il sistema dei costi standard, che costituisce un'opzione di semplificazione dei costi riconosciuta dall'ordinamento comunitario (Regolamento (UE) n. 1303/2013, artt. 67 e 68; Regolamento (UE) n. 1304/2013, art. 14, par. 2, 3 e 4), avente ad oggetto il rimborso sulla base di tabelle standard di costi unitari, all'interno dei quali sono ricomprese le remunerazioni del personale impiegato e gli oneri di funzionamento, in senso, pertanto contrario, alla ristretta concezione di gratuità/onerosità espressa nel parere del Consiglio di Stato.

In quest'ultima fattispecie, difatti, il valore della sovvenzione è determinato moltiplicando i costi unitari riportati nelle tabelle preventivamente determinate per delle quantità fisicamente misurabili o riscontrabili. I costi determinati in base alle opzioni semplificate potranno essere considerati ammissibili, a condizione che risultino definiti in anticipo e siano determinati sulla base di un calcolo giusto, equo e verificabile.

In ogni caso, appare evidente che la (ovviamente dal nostro punto di vista non condivisibile) "riconfigurazione" dell'istituto dell'*accreditamento* nel settore sociale contenuta nel parere del Consiglio di Stato dovrebbe portare l'ulteriore conseguenza di applicare i medesimi principi non solo nei servizi sociali, ma anche nel settore sanitario e socio-sanitario (e dunque rispetto a quanto tuttora previsto dalla legge n. 502/1992 e ss. mm.), posto che taluni servizi sono oggi contemplati

dall'Allegato IX al Codice dei contratti pubblici, nell'ambito della c.d. disciplina "alleggerita" (articoli 142 e 143).

Non v'è chi non veda gli effetti anche pratici di una tale opzione interpretativa, per effetto della quale anche i servizi sanitari e socio-sanitari dovrebbero andare "in gara".

Le considerazioni che precedono, a nostro avviso, evidenziano la necessità di distinguere fra l'evidenza pubblica propria delle procedure di selezione competitive e concorrenziali, disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, e l'evidenza pubblica propria dell'affidamento dei servizi, secondo modalità diverse dall'appalto e dalla concessione, ma comunque rispettose dei principi di trasparenza, pubblicità e di parità di trattamento.

Anzi, laddove la scelta venga compiuta direttamente dall'utente finale del servizio la tutela della concorrenza è massima e ciò può avvenire – come sovente avviene – al di fuori dello schema dell'appalto di servizi.

5. La co-progettazione

Le considerazioni fin qui svolte consentono di apprezzare la necessità di un maggiore approfondimento anche dell'istituto della co-progettazione, più di quanto fatto nel parere del Consiglio di Stato.

Ancora una volta, non può dubitarsi che tutte le volte in cui la co-progettazione si risolve in un affidamento di servizi secondo lo schema dell'appalto, oggetto di disciplina del Codice, a quest'ultima fonte normativa occorrerà riferirsi.

Il parere, tuttavia, non affronta né esamina le distinte ipotesi riconducibili all'art. 55 del CTS, quale figura evolutiva dell'istituto previsto nel solo settore sociale dall'art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001. Il parere, infatti, non chiarisce – come sarebbe a questo punto necessario – se la co-progettazione prevista dall'art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 e dalla corrispondente legislazione e regolamentazione regionale riferita agli "*interventi innovativi e sperimentali*" conservi la propria specificità e dunque piena efficacia.

Ed, infine, il parere non considera tutte quelle iniziative, provenienti dai cittadini, singoli e associati, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, costituzionalmente previsto, che non possono certo essere ricondotte ad appalti di servizio, soprattutto ove tali iniziative intendano affrontare un bisogno, magari non noto alla P.A., per il quale si chiede un sostegno pubblico (nella forma della concessione di un bene pubblico o di un contributo).

Ci pare evidente come il parere non colga la *ratio* e la portata dell'art. 55 del CTS, il quale evidentemente non ha ad oggetto "servizi" in senso proprio, individuati dagli enti affidanti ed inseriti nella programmazione degli acquisti ai sensi dell'art. 21 del Codice dei contratti pubblici e declinati nel relativo "progetto", ai sensi dell'art. 23, comma 15, del predetto Codice.

Per individuare l'oggetto peculiare dell'istituto, occorre, invece, riferirsi agli "*(...) specifici progetti di intervento*", ai sensi dell'art. 55, comma 3, del CTS che seguono, di norma, le attività di co-programmazione ex art. 55 comma 2 del CTS e rispetto ai quali si genera un rapporto di "collaborazione" fra enti pubblici ed ETS, disciplinato dalle pur rigorose regole del procedimento amministrativo (in particolare, dagli articoli 11 e 12 della legge n. 241/1990 e ss. mm.).

Peraltro, la prassi ed alcune discipline regionali prevedono anche la co-progettazione ad iniziativa privata, a sottolineare la possibile *bidirezionalità della collaborazione*, nell'ambito della quale i soggetti del Terzo settore formulano una proposta di intervento di "interesse generale" e l'ente pubblico la valuta come di "interesse pubblico" (ad es., art. 14, l.r. Toscana n. 58 del 2018).

Non c'è una "gara" fra "contendenti", da una parte, e stazione appaltante, dall'altra, ma l'attivazione di un partenariato collaborativo tra soggetti con obiettivi simili e in cui tutti apportano proprie risorse rispetto ad una o più *attività di interesse generale*, con una finalità non lucrativa.

Tale partenariato opera in funzione di più obiettivi di interesse generale:

- a) co-progettare gli interventi, ritenuti congrui ed appropriati rispetto ai bisogni da soddisfare;
- b) di norma, attivare un pluralismo dal lato degli ETS, attuatori degli interventi;
- c) attivare meccanismi "implementativi" rispetto alle risorse, di varia natura, messe a disposizione dall'ente pubblico, quale "amministrazione precedente", in ciò differenziandosi radicalmente dal meccanismo tipico delle gare d'appalto, connotate dall'obbligo di avere una base d'asta congrua, di norma soggetta a ribasso;
- d) di norma, garantire la circolarità del rapporto di partenariato, che dunque non si esaurisce nella formazione della graduatoria o nell'individuazione dei partner di progetto, ma anzi che vive per tutta la durata del rapporto di collaborazione.

Nello schema appena tratteggiato la PA non eroga, conseguentemente, un corrispettivo di servizio, ma riconosce un contributo, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/1990, con tutte le conseguenze anche di ordine contabile.

6. Le convenzioni con APS e OdV di cui all'art. 56 del CTS nell'interpretazione del Consiglio di Stato

Per quanto attiene alle convenzioni con organizzazioni di volontariato ed associazioni di promozione sociale, di cui all'art. 56 del CTS, il parere richiama costantemente la normativa e la giurisprudenza euro-unitaria in materia di appalti, ma trascura le fondamentali sentenze della Corte di Giustizia Europea che si sono occupate proprio delle convenzioni a rimborso italiane, previste in particolare da leggi regionali (vedi le sentenze CGUE nelle cause C-113/13 e C-50/14).

In quelle occasioni, la Corte di Giustizia ha infatti sancito la legittimità delle convenzioni a rimborso, a condizione che le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli di solidarietà sociale, 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 le ODV 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. Quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al suo regolare funzionamento.

Relativamente al rimborso dei costi, secondo la CGUE occorre vegliare 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 preventivamente stabiliti dalle associazioni stesse.

Al contrario, questa concezione di gratuità/onerosità sviluppata nel parere appare largamente censurabile.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, solo il rimborso delle spese a piè di lista che, in particolare, escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente consente di affermare la gratuità della prestazione del servizio e dunque di postulare l'estraneità all'ambito del codice dei contratti pubblici.

In altre parole, solo la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale, anche se finalizzati al servizio stesso, dimostrano l'oggettiva assenza dell'economicità.

Infine, il Consiglio di Stato individua una forte criticità nell'art. 56 del CTS e un possibile conflitto con le norme del codice dei contratti, nella parte in cui legittima il ricorso alle convenzioni esclusivamente se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

Tale clausola, secondo il Consiglio di Stato, non consente di inquadrare in modo lineare il coordinamento tra servizi non economici e servizi economici.

Il punto è che l'interpretazione dell'art. 56 CTS accolta dal Consiglio di Stato nel parere non trova alcun riscontro nel dato positivo del CTS, neppure se interpretato alla luce della giurisprudenza europea.

L'articolo 56 del CTS prescrive infatti l'esclusivo rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (ivi comprese quelle riguardanti gli oneri relativi alla copertura assicurativa dei volontari, richiamata altresì in altra parte del CTS, all'articolo 18, comma 3), senza alcuna discriminazione tra le varie tipologie di spese, tra le quali vanno legittimamente incluse anche quelle relative al costo del lavoro.

Il CTS, cioè, positivizza al livello di fonte primaria, un consolidato criterio (proprio della disciplina dei fondi strutturali UE) di riconoscibilità della spesa, che è quello dei costi reali, aggiungendo ad esso il divieto di riconoscimento di costi forfettari e prevedendo, altresì una limitata eleggibilità dei costi indiretti alla quota parte direttamente imputabile alle attività oggetto di convenzione.

La nozione restrittiva di gratuità esplicitata nel parere costituisce, tra l'altro, la riproposizione di una lettura fatta sempre dal Consiglio di Stato e smentita dalla CGUE proprio in occasione delle sentenze sopra richiamate. In sede di rinvio della questione pregiudiziale alla CGUE il Consiglio di Stato si interrogava sul carattere non oneroso delle convenzioni tra PA e ODV, considerato che l'esecuzione delle stesse determinava il rimborso di spese relative sia ai costi indiretti e generali delle associazioni di volontariato convenzionate, e quindi legati all'esercizio dell'attività svolta, sia ai costi diretti corrispondenti a spese fisse durevoli nel tempo, quali le retribuzioni del personale.

Se le condizioni individuate dalla Corte di Giustizia sono rispettate, le convenzioni a rimborso stipulate tra pubbliche amministrazioni e organismi del terzo settore costituiscono uno strumento di collaborazione non configurabile come contratto di appalto. Sul piano sostanziale la convenzione, espressione del dovere di solidarietà sociale, richiamato anche dalla Corte di Giustizia europea, formalizza l'intento comune dell'ente pubblico e dell'organismo del terzo settore, accomunati dalle stesse finalità di solidarietà nell'attuazione di un'attività di pubblico interesse.

Sulla scorta della giurisprudenza europea e italiana, il Codice del terzo settore ha fissato gli elementi costitutivi delle convenzioni a rimborso, elementi che le differenziano radicalmente dagli appalti di servizi e che possono essere così riassunti:

- apporto prevalente e determinante dei volontari nello svolgimento delle attività;
- divieto di retribuire i volontari, se non a titolo di mero rimborso per le spese sostenute e documentate, alle condizioni preventivamente stabilite dall'organizzazione di volontariato. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfettario;
- impiego di lavoratori, nella misura necessaria a qualificare o specializzare l'attività. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari;
- determinazione del contenuto e delle modalità dell'intervento volontario, del numero e dell'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, delle modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici;
- fissazione delle condizioni necessarie per svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge;

- durata del rapporto convenzionale;
- copertura assicurativa dei volontari, i cui oneri sono a carico dell'amministrazione pubblica;
- previsione delle modalità di risoluzione del rapporto, di forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, oltre che dei reciproci adempimenti;
- previsione delle modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione.

Le disposizioni del CTS si inseriscono, dunque, coerentemente, nel percorso giuridico dalla giurisprudenza comunitaria: difatti la limitazione della legittimazione soggettiva alla sottoscrizione delle convenzioni di cui all'art. 56 del CTS in capo alle ODV e alle APS trova la sua giustificazione nella peculiare profilazione organizzativa di questi enti, che svolgono le attività di interesse generale avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati (artt. 32, comma 1 e 35, comma 1); esse inoltre possono costituire rapporti di lavoro esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta, tenendo conto che il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al 50% del numero dei volontari (art.33, comma 1 per le ODV).

Analoga prescrizione si rinviene per le APS all'art. 36, comma 1, laddove l'impiego dei lavoratori è possibile ove sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità statutarie: anche in questo caso il numero dei lavoratori non può essere superiore al 50% dei volontari o al 5% degli associati.

Quanto, infine, alla criticità espressa con riferimento alla clausola che impone di considerare la maggior convenienza del ricorso alle convenzioni rispetto al mercato, si ricorda che l'inserimento di tale clausola è stato voluto proprio dal Consiglio di Stato in sede di parere reso sul codice del Terzo settore (parere n.1405/2017). In quella sede non è stata rilevata alcuna perplessità sotto il profilo del rapporto con il Codice dei contratti e il Consiglio di Stato si è limitato a ricordare che spetta al legislatore delegato individuare il giusto punto di equilibrio tra valorizzazione delle organizzazioni non lucrative e tutela della concorrenza.

Pertanto, alla luce di questo orientamento, sarebbe importato che il Consiglio di Stato chiarisse l'oggetto della valutazione imposta dalla clausola di cui si tratta.

Infatti, l'operazione di confronto fra le condizioni di stipula delle convenzioni e quelle offerte dal ricorso al mercato comporta la comparazione fra due realtà difficilmente comparabili.

Schematizzando, a pena di qualche semplificazione, si chiede di confrontare, sul piano della convenienza di mercato, le attività e l'apporto di enti che perseguono finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale senza fine di lucro soggettivo con quelli di soggetti che perseguono finalità (altrettanto legittime) di lucro oggettivo e soggettivo. Si tratta di una *probatio diabolica* (se non addirittura impossibile, nei termini in cui è formulata), cui sono sottoposte le pubbliche amministrazioni, in sede di motivazione della decisione amministrativa di stipulare una convenzione.

7. Conclusioni: per un diritto del terzo settore preso sul serio

Il parere del Consiglio di Stato, in conclusione, merita – per le ragioni fin qui esposte – di essere rimeditato.

Meritano di essere sottoposti ad una nuova considerazione almeno tre aspetti:

- a) il corretto inquadramento della categoria giuridica di "ente del Terzo settore" e degli istituti che disciplinano i rapporti con la pubblica amministrazione previsti dalla riforma del Terzo settore;

- b) il bilanciamento fra i diversi principi e valori costituzionali che debbono guidare la ricostruzione sistematica e la risoluzione delle questioni interpretative: principio solidaristico, principio personalistico, tutela del pluralismo sociale, tutela degli equilibri della finanza pubblica, principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, principio di sussidiarietà orizzontale, principio concorrenziale. L'operazione complessiva di bilanciamento si fonda su una corretta "pesatura" di ciascuno di essi, senza annullare o comprimere irragionevolmente alcuno di essi;
- c) la ricostruzione sistematica del sistema delle fonti e, specialmente, del rapporto fra diritto euro-unitario e diritto interno, evitando ricostruzioni eccessivamente semplificate che si limitino a predicare una automatica supremazia della fonte europea.

Da una "rilettura" di questi tre aspetti emerge una rilevanza costituzionale degli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, che li distingue da quelli del Codice dei contratti pubblici.

Anzi, nonostante l'arretramento segnato dal parere del Consiglio di Stato, tali istituti, per come disciplinati oggi dal legislatore ordinario, sono da considerare non come punto di approdo finale del rapporto fra ETS, bensì come *punto di partenza* verso modelli sempre più integrati e collaborativi di rapporti fra P.A. ed enti del Terzo settore.

L'aggiornamento da parte dell'ANAC delle proprie Linee Guida n. 32/2016 sugli affidamenti agli enti di Terzo settore rappresenta una prima occasione decisiva affinché il diritto del terzo settore sia davvero preso sul serio.

Sul piano sostanziale, è imprescindibile non privarsi, come Paese, di feconde ed utili esperienze di rapporti collaborativi, che hanno e che possono alimentare la dignità dei cittadini, singoli ed associati, ma anche qualificare la spesa e la risposta ai bisogni della comunità da parte di enti pubblici palesemente dotati di risorse insufficienti per far fronte ai crescenti bisogni di una larga parte di cittadini.

Roma, 28 gennaio 2019

Gregorio Arena
 Felice Scalvini
 Pasquale Bonasora
 Carlo Borzaga
 Antonio Fici
 Pierpaolo Forte
 Fabio Giglioni
 Luca Gori
 Giangiorgio Macdonald
 Gianfranco Marocchi
 Silvia Pellizzari
 Emanuele Rossi
 Elisabetta Salvatorelli
 Gabriele Sepio
 Ettore Vittorio Uccellini