

Corte Costituzionale, 20 aprile 2020, n. 131

LA PARTNERSHIP TRA LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E GLI ENTI  
TERZO SETTORE ALLA LUCE DEL DECRETO DEL MINISTERO DEL  
LAVORO N. 72 DEL 31 MARZO 2021

Carla Russo\*

**SOMMARIO:** 1.- Introduzione; 2.- Il previgente quadro normativo e le Linee Guida ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016; 3.- La co-programmazione e la co-progettazione *ex art. 55* del Codice del Terzo settore; 4.- Il parere reso dal Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul rapporto tra Codice del terzo settore ed il Codice degli appalti; 5.- La sentenza della Consulta n. 131 del 2020 ed il decreto semplificazioni sui rapporti tra enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni; 6.- Le nuove linee guida per una concreta applicazione del Codice del terzo settore (decreto n. 72 del 31 marzo 2021 del Ministero del Lavoro); 7.- Conclusioni.

### 1.- Introduzione.

Le amministrazioni pubbliche ricorrono sempre più spesso agli organismi “no-profit” per l’acquisto o l’affidamento di servizi alla persona<sup>1</sup>. Tale scelta organizzativa ha il

---

\* Dottoressa in Giurisprudenza.

<sup>1</sup> La normativa in materia di affidamenti di servizi sociali e nel sistema normativo di settore è: l. 8 novembre 2000 n. 328 sul sistema integrato di servizi sociali e decreto attuativo D.P.C.M. 30 marzo 2001; l. quadro sul volontariato 11 agosto 1991 n. 266; l. 30 dicembre 1995 n. 563 e relativo regolamento attuativo D.M. 233 del 2 gennaio 1996, in materia di accoglienza degli immigrati irregolari; d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e l. 30 giugno 2002 n. 189 in materia di accoglienza agli stranieri regolarmente soggiornanti; l. 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663 e dalla l. 22 giugno 2000 n. 1938, in materia di recupero dei soggetti detenuti. In generale per servizi sociali si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia. Nell’ottica dello Stato sociale, la pubblica amministrazione si preoccupa di garantire l’effettivo godimento dei diritti civili e politici e la concreta partecipazione dei consociati all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Tale scopo risulta ancor più evidente se si prendono in considerazione alcuni articoli della Costituzione; quali a titolo esemplificativo: art. 2 che richiama i doveri di solidarietà politica, economica e sociale; art. 3 che declina il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, prevenendo, in particolare che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale; art. 4 che poggia l’attenzione sulla necessità che sia assicurato a

vantaggio di promuovere un modello economico socialmente responsabile in grado di conciliare la crescita economica con il raggiungimento di specifici obiettivi sociali, quali, ad esempio, l'incremento occupazionale, l'inclusione e l'integrazione sociale.

Si va così evolvendo la collaborazione tra gli enti pubblici e le organizzazioni del privato sociale attraverso procedimenti che tengono conto delle regole di trasparenza ed imparzialità delle Pubbliche Amministrazioni, arricchendosi, allo stesso tempo, delle conoscenze e dell'esperienza dei soggetti privati.

La co-programmazione e la co-progettazione perseguono tali finalità<sup>2</sup>, mirando a realizzare attività di interesse generale<sup>3</sup> secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico.

Per un verso, la co-programmazione, avvalendosi degli enti del Terzo settore, è volta all'individuazione dei bisogni da soddisfare, alla definizione degli interventi a tal fine necessari, nonché al reperimento delle risorse disponibili.

Dal canto suo, la co-progettazione consente alla parte pubblica di essere coadiuvata dai soggetti del Terzo settore nella realizzazione delle soluzioni più idonee a soddisfare le necessità dei consociati.

I due momenti (della co-programmazione e della co-progettazione) dimostrano come il coinvolgimento attivo non si sostanzia nella sola attuazione di specifici interventi, estendendosi, invece, anche alla propedeutica fase di co-programmazione<sup>4</sup>.

Invero, la "partnership" tra la Pubblica Amministrazione ed i soggetti privati non rappresenta una novità nel panorama giuridico, posto che già la l. 8 novembre 2000, n. 328 (unitamente al DPCM 30 marzo 2001, emanato in sua attuazione)<sup>5</sup> ha introdotto il

---

tutti il diritto al lavoro; art. 41 enuncia la libertà di iniziativa economica privata; art. 42 che riconosce e garantisce la proprietà privata e la successione legittima e testamentaria, con il limite di assicurare la funzione sociale.

<sup>2</sup> Cfr. U. De Ambrogio, *Introduzione. La co-progettazione come metodo di promozione dell'innovazione*, in U. De Ambrogio, C. Guibetti, *La Coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2018, 12.

<sup>3</sup> Per la sua definizione vedi l'art. 5 del Codice del Terzo settore (d.lgs. 117/2017).

<sup>4</sup> A. Fortunato, *Evoluzione del rapporto tra P.A. ed Enti del Terzo Settore nella dimensione partecipativa di matrice costituzionale*, in *Saggi di Diritto Pubblico*, Marco Galdi (cur.), Atene, 2020, 40.

<sup>5</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri - 30 marzo 2001, *Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328*, art. 7 *Istruttorie pubbliche per la co-progettazione con i soggetti del terzo settore*, in base al quale: "1. Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno".

termine co-progettazione ed ha espresso gli indirizzi per la regolamentazione dei rapporti tra gli Enti Pubblici e Terzo settore, assegnando al legislatore regionale il compito di adottare e di individuare le misure attuative.

Gli artt. 55, 56 e 57 del Codice del terzo (d.lgs. 117/2017) settore costituiscono un'autentica espressione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost.

Attraverso il Codice del terzo settore si dà un nuovo e più concreto impulso all'attivazione degli strumenti di co-programmazione e co-progettazione<sup>6</sup>, generando una particolare forma di collaborazione tesa alla realizzazione di attività ed interventi normativi destinati a rispondere ai bisogni locali della persona.

Gli enti del Terzo settore, in definitiva, quali modelli organizzativi della sussidiarietà orizzontale<sup>7</sup> e della solidarietà organizzata per scopi di eguaglianza sostanziale, si affiancano all'Ente Pubblico al fine di perseguire il bene comune.

L'ingresso degli enti del Terzo settore nel sistema di programmazione, organizzazione e offerta di interventi e servizi sociali<sup>8</sup> ed il realizzarsi del principio di sussidiarietà nella sua accezione orizzontale favoriscono il cambiamento del "welfare": da un

---

<sup>6</sup> L'art. 55 riguarda tutti gli enti pubblici qualificabili come amministrazioni pubbliche ex d.lgs. 165/2000: tutte le amministrazioni dello Stato, compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado; le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo; le Regioni; le Province; i Comuni; le Comunità montane; le istituzioni universitarie; istituti autonomi case popolari; CCIAA; ARAN; tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali; le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale; le agenzie di cui al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

<sup>7</sup> Cfr. T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II.2, Milano, 2008, 1136: "alla luce del principio di sussidiarietà, declinato in senso sia verticale che orizzontale emerge una nuova e originale concezione dello Stato e dei rapporti che so deve istituire con la società, tale per cui l'azione del primo si affianca a quella dei vari soggetti sociali nel perseguimento del bene comune". «Il principio di sussidiarietà, nella sua duplice accezione, verticale e orizzontale, informa di sé l'intero corpo normativo del Codice»: così, giustamente, A. Lombardi, *Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore*, in A. Fici (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli 2018, 222. Cfr. anche V. Tondi della Mura, *Della sussidiarietà (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo Settore*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 1ss.; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Riv. Diritto pubblico* fondata da Andrea Orsi Battaglini, 1/2002, 51ss.; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; G. Berti, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, 171ss.; ID., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Riv. Jus*, 1994, 405ss.; V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur., agg. XII*, 2004. Quanto al profilo concernente in particolare le relazioni tra gli ETS e le Regioni e i minori enti territoriali cfr. G. Delledonne, *Le ripercussioni sul riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Riv. Non profit*, 2017, 3, 71; F. Dal Canto, *Il volontariato nell'epoca delle autonomie*, in *Riv. Areté*, 2009, 3, 116-117; A. Celotto, *Legislazione regionale sul volontariato (trama e ordito di un "vestito di Arlecchino")*, in L. Brusciuglia e E. Rossi (curr.), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, 93ss.

<sup>8</sup> Per approfondimenti vedi: M. Gioncada, *Diritto dei servizi sociali*, Milano, 2011.

sistema di “welfare state” si passa ad un sistema di “welfare mix” e di “welfare society”.

Tanto premesso, giova evidenziare che, per molti anni, la normativa nazionale di riferimento si è limitata ad una serie di enunciazioni di principio, delegando il legislatore regionale all’emanazione di disposizioni attuative.

Si sono susseguiti, per l’effetto, plurimi e differenziati interventi, spesso in deroga alle ordinarie procedure competitive e con dichiarate finalità sperimentali.

## **2.- Il previgente quadro normativo e le Linee Guida ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016.**

La l. n. 328/2000, nel tentativo di superare il tradizionale rapporto di committenza tra pubblico e privato sociale, punta ad introdurre forme di partenariato più sensibili alle esigenze sociali del territorio.

Non mancano, tuttavia, zone d’ombra e di incertezza<sup>9</sup>.

Gli interventi del legislatore regionale<sup>10</sup>, pur nella loro frammentarietà, si addentrano nel dettaglio delle procedure e delle modalità di scelta dei soggetti “partner” e consentono di enucleare elementi comuni.

Tra questi, viene in rilievo la cosiddetta “istruttoria pubblica di co-progettazione”, vale a dire un procedimento amministrativo partecipato (di tipo competitivo o non competitivo) con soggetti del Terzo settore e destinato a concludersi con diverse forme di partenariato (ovvero: collaborazioni ai sensi dell’art. 119 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267<sup>11</sup> o dell’art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241)<sup>12</sup>.

Preso atto dell’assenza di una disciplina organica – nel quadro del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) – in tema di affidamento di contratti pubblici

---

<sup>9</sup> Cfr. L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra P.A. ed enti di Terzo settore “alla prova” dell’evidenza pubblica*, in *Riv. Welfare Oggi*, 2018, 2.

<sup>10</sup> Emilia-Romagna, L.R. 12 marzo 2003, n.2; Friuli-Venezia Giulia, L.R. 31 marzo 2006, n. 6; Liguria, L.R. 6 dicembre 2012, n.42; Lombardia D.G.R. 25 febbraio 2011, n. IX/1353; Puglia, L.R. 10 luglio 2006, n. 19.

<sup>11</sup> L’art. 119 del d.lgs. 267/2000 (Testo unico enti locali) prevede che, al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati, gli comuni possono stipulare accordi di collaborazione con soggetti pubblici o privati con i quali l’ente assume il ruolo di collaboratore del soggetto non profit, e quest’ultimo viene a configurarsi come partner dell’ente.

<sup>12</sup> La pubblica amministrazione può concludere con i soggetti interessati, nell’ambito di un procedimento amministrativo partecipato, gli accordi procedurali, ossia accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento finale, che l’atto con il quale si conclude di norma la fase di decisione del procedimento amministrativo.

ai soggetti operanti nel Terzo settore, l’Autorità nazionale anticorruzione<sup>13</sup>, con la delibera n. 32/2016, ha dettato ampie e dettagliate linee guida<sup>14</sup> nel tentativo di assicurare il rispetto, in materia, della normativa (comunitaria e nazionale) dei contratti pubblici e di prevenzione della corruzione.

L’Autorità nazionale anticorruzione, prima di tutto, sottolinea l’importanza di un’adeguata programmazione.

Le Amministrazioni hanno l’obbligo di procedere ad una corretta e puntuale programmazione delle risorse e degli interventi sociali, da effettuarsi con il coinvolgimento attivo degli attori della società civile a ciò deputati, partendo dall’analisi storica della domanda del servizio<sup>15</sup>, integrata da proiezioni sui possibili fabbisogni futuri, anche dettati da situazioni di urgenza-emergenza.

Lo stato di realizzazione delle azioni attivate deve essere valutato annualmente in termini di risultati raggiunti, sulla base dell’andamento storico del rapporto tra l’offerta del servizio interessato e la relativa domanda e dei dati sulla soddisfazione dell’utenza acquisiti nell’ambito delle azioni di monitoraggio.

Oltre all’attività di programmazione, in linea con i modelli già sperimentati in diverse realtà territoriali, l’Autorità nazionale anticorruzione, con le suindicate linee-guida, descrive il percorso di co-progettazione, che si articola nelle seguenti quattro fasi:

---

<sup>13</sup> L’intenzione dell’Autorità sull’Anticorruzione è quella di *“fornire indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore, al fine di realizzare i predetti obiettivi nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione, in particolare dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi nonché dei principi che ne derivano (parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza)”*. Va inoltre evidenziato che, all’indomani dell’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, l’ANAC ha chiarito che: *“(…) i principi affermati dall’Autorità nella delibera 32/2016, recante linee guida per l’affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, possono ritenersi validi anche in vigore del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006”* (delibera n. 911 del 31/08/2016).

<sup>14</sup> L’intervento si inserisce nel quadro normativo comunitario e nazionale vigente in materia di affidamenti di servizi sociali e nel sistema normativo di settore (l. 8 novembre 2000 n. 328 sul sistema integrato di servizi sociali e decreto attuativo D.P.C.M. 30 marzo 2001; l. quadro sul volontariato 11 agosto 1991 n. 266; l. 30 dicembre 1995 n. 563 e relativo regolamento attuativo D.M. 233 del 2 gennaio 1996, in materia di accoglienza degli immigrati irregolari; d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e l. 30 giugno 2002 n. 189 in materia di accoglienza agli stranieri regolarmente soggiornanti; l. 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663 e dalla l. 22 giugno 2000 n. 1938., in materia di recupero dei soggetti detenuti; l. 8 novembre 1991 n. 381 in materia di cooperative sociali di tipo B).

<sup>15</sup> In ottemperanza all’obbligo di aggregazione della domanda *ex art. 8, comma 3, lett. a, della l. n. 328/2000*.

- a) pubblicazione di un avviso di interesse con cui si rende nota la volontà di procedere alla co-progettazione ed in cui sono indicati un progetto di massima, i criteri e le modalità che saranno utilizzati per l'individuazione del progetto definitivo;
- b) individuazione del soggetto (o dei soggetti) "partner" mediante una selezione volta a valutare il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 38 del previgente d.lgs. n. 163/2006), tecnici, professionali e sociali (tra cui l'esperienza maturata), le caratteristiche della proposta progettuale, i costi del progetto;
- c) avvio dell'attività vera e propria di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato per la selezione degli offerenti;
- d) stipula della convenzione.

Alla stregua delle suindicate linee-guida, la co-progettazione si sostanzia, dunque, in un accordo procedimentale di collaborazione che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale, che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale.

L'Autorità nazionale anticorruzione ha anche precisato che tali strumenti discendono da disposizioni che, in quanto di natura derogatoria, sono utilizzabili solo nei casi tassativamente prescritti, con esclusione di ogni forma di applicazione analogica o estensiva.

In ragione di ciò, le divise Linee Guida definiscono le loro condizioni di utilizzo, che possono riassumersi nel modo che segue:

- gli affidatari devono essere dotati dei requisiti di moralità *ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006* (allora vigente, salvo specifiche deroghe, come per le coop. Sociali di tipo B finalizzate al reinserimento di detenuti, per le quali non si applicano le incapacità derivanti da condanne penali e civili);
- occorre controllare l'osservanza, da parte degli organismi "no-profit", della l. n. 231/2000, nonché attivare idonee forme di controllo nei confronti dei soggetti (del terzo settore) che beneficiano di particolari procedure di affidamento;
- la "proroga tecnica" è consentita solo in ipotesi del tutto limitate, ed è escluso per fatti imputabili alla Pubblica Amministrazione procedente;
- il contratto non può essere rinnovato tacitamente; è ammesso il rinnovo (con atto espresso e motivato) qualora tale facoltà sia contenuta in una clausola espressa, prevista ab origine negli atti indittivi e computata nel valore dell'affidamento;
- la clausola sociale, connessa alla finalità di garantire i livelli occupazionali, incontra il limite della compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante;

- l'autorizzazione e l'accreditamento sono ammesse nei confronti di soggetti che hanno adottato una propria Carta dei Servizi;
- occorre applicare le prescrizioni in materia di trasparenza e di anticorruzione, nonché gli obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

### **3.- La co-programmazione e la co-progettazione ex art. 55 del Codice del terzo settore.**

Il Codice del terzo settore dedica un intero Titolo (vale a dire il Titolo VII, art. 55-58) ai rapporti tra enti del Terzo settore e Pubblica Amministrazione<sup>16</sup>.

Tale disciplina appare particolarmente innovativa rispetto alla previgente disciplina, tenuto conto che, sulla scorta della vigente disciplina, gli istituti in commento non sono più relegati ai soli interventi innovativi e sperimentali.

L'analisi della co-programmazione e della co-progettazione rende opportuno chiarire le caratteristiche e le finalità degli enti del Terzo settore<sup>17</sup>.

Questi ultimi<sup>18</sup> sono organizzazioni non commerciali o commerciali, costituite come associazione, comitato, fondazione o impresa che, perseguendo finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, svolgono (in esclusiva o in via principale) una o più attività di interesse generale e senza scopo di lucro.

---

<sup>16</sup> Successivamente aggiornato con il d.lgs. 3 agosto 2018 n. 105. Per un'analisi del Codice si rinvia a M. N. Iannaccone, *Prime considerazioni sul Codice del terzo settore*, in *Riv. Coop. enti non profit*, 2017, n.10; F. Pacini, *L'impianto del Codice del terzo settore*, in *Riv. Non Profit*, fasc. 3, 2017, 17-28; M. Clarich, B. Boschetti, *Il Codice del Terzo settore: un nuovo paradigma?* Relazione "La riforma del Terzo Settore", Bologna, 9 febbraio 2019, su [www.spisa.unibo.it](http://www.spisa.unibo.it); M. V. Ferroni, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Nomos*, 2018, 2; M. Pignatti, *La partecipazione delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (onlus) alle procedure di scelta del contraente e le attività delle centrali di committenza*, in *Riv. For. Amm. (II)*, fasc. 1, 2015, 42.

<sup>17</sup> Pare ivi opportuno precisare che è il Terzo settore è "quel settore intermedio tra pubblico e privato, nel quale confluiscono enti privati con spiccata caratterizzazione sociale e enti pubblici sulla via della privatizzazione, il cui sviluppo è stato poi promosso dal legislatore con la cosiddetta stagione delle leggi per il terzo settore" M. Capecchi, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica. Dagli enti non lucrativi alla "impresa sociale"*, Padova, 2005, 30.

<sup>18</sup> D.lgs. 3 luglio n. 177/2017, art. 4, primo comma: "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore (...)"

È bene precisare che le attività di interesse generale si considerano di natura non commerciale quando sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi<sup>19</sup>.

Gli enti del Terzo settore, in quanto rappresentativi della “società solidale”, del resto, spesso costituiscono, sul territorio, una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile alle esigenze che provengono dal tessuto sociale e, 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.

Tanto è in grado di sortire significative conseguenze favorevoli, sia in termini di risparmio di spesa che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della società del bisogno<sup>20</sup>.

Nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione ed organizzazione degli interventi e dei servizi, gli Enti pubblici sono tenuti, dunque, ad assicurare il coinvolgimento degli enti del Terzo settore attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione ed accreditamento, in attuazione dei principi costituzionali<sup>21</sup>.

L’approccio collaborativo, come detto, concerne tanto la fase di programmazione, quanto quella di gestione e attuazione degli obiettivi, predeterminati in modo condiviso con gli enti che rientrano nel perimetro definito dall’art. 4 del Codice del terzo settore.

---

<sup>19</sup> C. Carbone, *Formulario Notarile Commentato*, Tomo II, Padova, 1550ss.

<sup>20</sup> Terzo settore: Sentenza della Consulta n. 131 del 2020 sui rapporti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni, Servizio Studi della Camera dei deputati, 30 giugno 2020.

<sup>21</sup> L’art. 55, comma 1, del Codice del Terzo Settore, testualmente, stabilisce che: “*In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell’amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165 nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all’articolo 5, assicurano il coinvolgimento degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento (...)*”. Tale previsione pone l’accento sui principi sanciti e consolidati nell’ordinamento nazionale: il principio di sussidiarietà orizzontale introdotto in maniera esplicita nella Costituzione con la riforma all’art. 118, comma 4; i principi di cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, corollario del più generale canone di buon andamento dell’azione amministrativa (consacrato dall’art. 97 Cost.), tali principi sono, inoltre, richiamati dall’art. 1 della Legge 241/1990; il principio di copertura finanziaria e patrimoniale, previsto all’art. 81 della Costituzione, in base al quale sussiste l’obbligo per lo Stato di assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico; i principi di unicità e di responsabilità amministrativa, attraverso i quali si attua una chiara attribuzione ad un singolo soggetto della Pubblica Amministrazione delle funzioni e dei compiti ad esse connessi, nonché delle conseguenti responsabilità dell’attività amministrativa; i principi della potestà regolamentare ed organizzativa richiamati dall’art. 117, comma 6, Cost..

L'esistenza di un nesso fra i due momenti della co-progettazione e della co-programmazione è uno degli aspetti più significativi della disposizione, che evidenzia come il coinvolgimento attivo non si sostanzia esclusivamente nel momento realizzativo o gestionale di "specifici progetti di servizio o di intervento", bensì si estenda alla fase precedente di co-programmazione, quale pre-condizione affinché i successivi interventi e progetti risultino in linea con i principi enunciati nello stesso art. 55, comma 1, del Codice del terzo settore.

È espressamente previsto che la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento debbano svilupparsi "nel rispetto dei principi della legge n. 241 del 1990, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona" (cfr. art. 55 del d.lgs. n. 117/2017).

Sotto il profilo dei soggetti destinatari delle previsioni dell'art. 55 del Codice del terzo settore, il rinvio (ivi contenuto) all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001<sup>22</sup> determina un significativo ampliamento della platea delle Pubbliche Amministrazioni interessate.

Ciò significa che gli istituti in esame non vengono confinati ai soli Enti locali, coinvolgendo l'intero apparato amministrativo.

Quanto ai contenuti, la co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della Pubblica Amministrazione di concerto con gli enti del Terzo settore precedente, dei seguenti elementi minimi: bisogni da soddisfare; interventi necessari al loro soddisfacimento; modalità di erogazione dei servizi; risorse disponibili.

L'art. 55 del Codice del terzo settore, peraltro, fa riferimento a specifici progetti di servizio o di intervento e precisa che essi si pongono in attuazione del distinto procedimento di co-programmazione.

Anche la co-progettazione concerne più attività di interesse generale.

Il legislatore, tuttavia, non ha provveduto all'individuazione dei criteri e delle modalità operative, mancando persino il rinvio alla normativa comunitaria e nazionale in materia di affidamento dei contratti pubblici.

---

<sup>22</sup> Art.1, comma 2, del d.lgs. 165/2001 stabilisce che: "2. Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

Tanto ha ingenerato profonde e rilevanti problematiche interpretative.

#### **4.- Il parere reso dal Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul rapporto tra Codice del terzo settore ed il Codice degli appalti.**

Nell'intenzione di aggiornare le Linee Guida del 2016<sup>23</sup> l'Autorità nazionale anticorruzione ha sottoposto (con la nota prot. n. 59638 del 6 luglio 2018) al Consiglio di Stato un quesito in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017) e del d.lgs. n. 117 del 2017<sup>24</sup>.

L'Autorità nazionale anticorruzione, in particolare, ha ivi rilevato una disarmonia fra il Codice dei contratti pubblici e del Codice del terzo settore, osservando come, in materia, si scontrino la tesi della autonomia<sup>25</sup> del Codice del terzo settore e quella della propria subordinazione al Codice dei contratti pubblici (quest'ultima è risultata essere, per molto tempo, la prevalente).

Il Consiglio di Stato, nel riscontrare la suddetta richiesta, nel parere del 20 agosto 2018 n. 2052, ha evidenziato come il vigente Codice dei contratti pubblici, rispetto alla previgente disciplina detta per l'affidamento dei servizi sociali una specifica disciplina. Vengono in rilievo, in proposito, le seguenti disposizioni del Codice dei contratti:

- l'articolo 35 che individua, per gli appalti di servizi sociali, la soglia di rilevanza comunitaria (€ 750.000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali);
- gli articoli 70 e 72 per i settori ordinari e gli articoli 127 e 130 per i settori speciali, che individuano il termine di validità ed il conseguente periodo di pubblicazione dell'avviso di pre-informazione circa le procedure di affidamento di servizi sociali;
- l'articolo 95 che individua il criterio di aggiudicazione, stabilendo che "i contratti relativi ai servizi sociali ... sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo";

---

<sup>23</sup> L'Anac ha ritenuto opportuno acquisire il parere del Consiglio di Stato prima di procedere ad un intervento chiarificatore che, nelle intenzioni dell'Autorità, si sarebbe dovuto svolgere in occasione dell'aggiornamento della delibera n. 32 del 2016.

<sup>24</sup> Sulla innovativa disciplina dettata dal d.lgs. n. 117/17 si segnalano: E. Rossi, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena, 2019; F. Donati, F. Sanchini (curr.), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019; A. Fici, E. Rossi, G. Sepio, P. Venturi (curr.), *Dalla parte del Terzo Settore, La riforma letta dai suoi protagonisti*, Bari - Roma, 2019; A. Mazzullo, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Torino, 2017. Sulla legge delega, invece, v. L. Bozzi, *Terzo Settore: osservazioni a prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contratto e impresa*, 4/2017, 1253ss.; E. Rossi L. Gori, *La legge delega n.106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Riv. Osservatorio sulle fonti*, 2/2016, 7s.

<sup>25</sup> Vedi nota del ministero del lavoro e politiche ANAC per l'aggiornamento delle linee guida n. 32/2016.

- gli articoli 140 (per i settori speciali), 142, 143 e 144 (per i settori ordinari) recanti, in ordine ad alcuni profili e per alcune tipologie di servizi sociali, una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella generale disposta dal Codice, connotata da un tendenziale alleggerimento degli oneri;
- l'articolo 169 che menziona espressamente le concessioni di servizi sociali, richiamate del resto anche negli allegati XXII e XXIV.

Chiarito quanto sopra, il Supremo consesso con il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 ha espresso i seguenti indirizzi.

In primo luogo, alla luce della supremazia del diritto eurounitario rispetto alla disciplina nazionale, l'affidamento dei servizi sociali deve conformarsi alla disciplina sulle procedure ad evidenza pubblica, poste a presidio della concorrenza.

Tanto comporta, in via conseguente, l'obbligo, ricadente non solo sull'Autorità giurisdizionale ma anche sulle Pubbliche Amministrazioni, di disapplicare le norme interne qualora risultassero in contrasto con la disciplina euro-unitaria.

Ma soprattutto, tali premesse conducono ad un'interpretazione (e ad un'applicazione) alquanto restrittiva degli istituti in commento, trovando spazio quando la scelta del "partner" privato avvenga secondo modalità non selettive, ovvero qualora l'affidamento risulti sostanzialmente gratuito, come nel caso del mero rimborso delle spese effettivamente sostenute dall'ente del Terzo settore.

Le procedure competitive del Codice dei contratti pubblici al contrario, si impongono qualora l'affidamento risulti oneroso<sup>26</sup>.

Le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono soggette al Codice dei contratti pubblici, al fine di tutelare la concorrenza anche fra enti del terzo settore, ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma onerosa, ricorrente in presenza anche di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione; l'Amministrazione, inoltre, deve specificamente e puntualmente motivare il ricorso a tali modalità di affidamento, che,

---

<sup>26</sup> La Commissione ribadendo la supremazia del diritto euro-unionale ed in particolare il principio della concorrenza ogni qualvolta viene prestato il servizio sociale in forma onerosa, afferma che: «*salve, le eccezioni, le procedure previste dal Codice del terzo settore (e, in generale, dalla normativa ancora in vigore in subiecta materia) configurano, in ottica europea, appalti di servizi sociali e, pertanto, sono sottoposte anche alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, che si affianca, integrandola, a quella apprestata dal Codice del terzo settore*». Per approfondimenti vedi M. Galdi, *Terzo settore e codice degli appalti: una integrazione necessaria e dalle prospettive inesplorate*, in *Saggi di Diritto Pubblico*, Marco Galdi (cur.), Atene, 2020, 53.

in quanto strutturalmente riservate ad enti non profit, *de facto* privano le imprese profit della possibilità di rendersi affidatarie del servizio<sup>27</sup>.

Con ogni evidenza, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato appare legato ad una visione mercantilitica<sup>28</sup> della materia, particolarmente attenta a preservare la concorrenza, finendo così per imporre l'applicazione del Codice dei contratti pubblici anche alle forme di collaborazione tra organismi pubblici e privati in settori, come quello dei servizi sociali, in cui vengono in rilievo profili diversi dal mero profitto.

Occorre evidenziare che anche il Codice del terzo settore, e non solo il Codice dei contratti, attua la disciplina euro-unitaria.

Il principio solidaristico è presente anche nella direttiva 24/2014, essendo ivi consentito agli Stati membri di fornire i servizi alla persona direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici e con il semplice finanziamento degli stessi<sup>29</sup>.

### **5.- La sentenza della Consulta n. 131 del 2020 ed il decreto semplificazioni sui rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni.**

Sul rapporto tra le due discipline si è espressa anche la Corte Costituzionale<sup>30</sup>, la quale, con la sentenza n. 131 del 2020<sup>31</sup>, si è pronunciata sul ricorso di legittimità

---

<sup>27</sup> Parere del Consiglio di Stato sulla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, Servizio Studi della Camera dei deputati, 4 settembre 2018.

<sup>28</sup> Cfr. G. Arena, F. Scalvini, P. Bonasora, C. Borzaga, A. Fici, P. Forte, F. Giglioni, L. Gori, G. Macdonald, G. Marocchi, S. Pellizzari, E. Rossi, E. Salvatorelli, G. Sepio, E. Uccellini, *Il diritto del terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in [welforum.it](http://welforum.it), Roma, 28 gennaio 2019; G. Arena, *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in [www.nonprofitonline.it](http://www.nonprofitonline.it); vedi anche V. Tondi Della Mura, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2019, 7, per il quale il parere forzerebbe la relazione tra le fonti, arrivando ad assicurare una supremazia al diritto euro-unitario su quello interno capace di “svuotare di contenuto il ruolo specifico del terzo settore. Ciò in quanto negare legittimità alla logica promozionale e collaborativa perseguita dal codice avrebbe l'effetto di uniformare il trattamento dei soggetti del terzo settore a quello di tutti gli altri soggetti del pluralismo sociale (inclusi quelli espressivi delle libertà economiche ed agenti per esclusivo scopo di profitto), sino a disconoscere il riconoscimento normativo del terzo settore come attuativo del principio di sussidiarietà (art. 118, ult. comma, Cost.) e del sistema costituzionale nel suo complesso”.

<sup>29</sup> Cfr. A. Fortunato, *Evoluzione del rapporto tra P.A. ed Enti del Terzo Settore nella dimensione partecipativa di matrice costituzionale*, in *Saggi di Diritto Pubblico*, Marco Galdi (cur.), Atene, 2020, 43.

<sup>30</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 131 del 20 aprile 2020 n.131, in [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it), 2020.

<sup>31</sup> La sentenza della Corte Costituzionale per la sua portata innovativa ha suscitato una forte reazione in dottrina: G. Boletto, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020. Il suo (possibile) impatto*

costituzionale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso la L.R. Umbria n. 2/2019<sup>32</sup>.

Il Giudice Costituzionale<sup>33</sup>, allontanandosi dalla visione mercantilistica sostenuta del Consiglio di Stato, muove dalla considerazione che, nel perimetro del Terzo settore, l'agire dei privati per scopi di interesse generale concretizza il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

Viene ivi chiarito che l'art. 55 del Codice del terzo settore una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost., un originale canale di amministrazione condivisa<sup>34</sup>, alternativo a quello del profitto e del mercato, scandito per la prima volta in termini generali (come) una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria”.

---

*nel sistema di imposizione dei redditi del Terzo settore, in impresasociale.it, n. 2, 2021; L. Gori, Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore, in impresasociale.it, 27 giugno 2020; R. Carocchia, Codice del Terzo Settore all'esame della Consulta, tra affermazione della primazia della sussidiarietà ed identificazione di un criterio comune nella disciplina, in impresasociale.it, 6 luglio 2020; S. Pellizzari, Sentenza 131/2020: attuare con responsabilità l'art. 55 del Codice del Terzo settore in Riv. impresasociale.it, 9 luglio 2020.*

<sup>32</sup> La citata legge è importante perché riconosce le cosiddette “cooperative di comunità” e precisamente dispone che: “La Regione, nel rispetto degli articoli 45 , 117 e 118, quarto comma della Costituzione e della normativa nazionale, nonché in attuazione dell' articolo 15 dello Statuto , con la presente legge, riconosce e promuove il ruolo e la funzione delle “cooperative di comunità”, che abbiano come obiettivo la produzione di vantaggi a favore di una comunità territoriale definita alla quale i soci promotori appartengono o eleggono come propria nell'ambito di iniziative a sostegno dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale volte a rafforzare il sistema produttivo integrato e a valorizzare le risorse e le vocazioni territoriali e delle comunità locali nonché a favorire la creazione di offerte di lavoro (...)”.

<sup>33</sup> Cfr. L. Gori, *Gli effetti giuridici a lungo raggio della sentenza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale*, in Riv. impresasociale.it., 3/2020; F. Pizzolato, *Il volontariato davanti alla Corte Costituzionale*, in Riv. dirittifondamentali.it, fasc. 3, 2020; A. Santuari, *La Corte Costituzionale sulla co-progettazione. Sciolti i dubbi interpretativi sull'art.55 del Codice del Terzo Settore*, in Riv. welforum.it, 30 giugno 2020.

<sup>34</sup> La teoria che ha dato vita a questo nuovo modello organizzativo di “amministrazione condivisa” fu presentata per la prima volta in un saggio pubblicato nel 1997, intitolato *Introduzione all'amministrazione condivisa*. Questa espressione era stata scelta di proposito per distinguere questo nuovo modello di amministrazione da un lato dalle esperienze di partecipazione a livello locale degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, dall'altro dalla partecipazione al procedimento amministrativo prevista dalla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. L'amministrazione condivisa era 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». G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa in Studi parlamentari e di politica costituzionale* 117-118, 1997, 29ss.

In altri termini, non sussiste alcuna disarmonia tra il Codice del terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici, trattandosi di due procedimenti distinti, espressioni di principi comunitari di egual importanza, ovvero, rispettivamente, la tutela della concorrenza ed il principio solidaristico<sup>35</sup>.

Lo stesso diritto euro-unitario nega la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di dar luogo ad un modello organizzativo che non si limiti al solo principio della concorrenza ma si estenda al principio della solidarietà, sempre che le organizzazioni non lucrative perseguano finalità sociali in modo effettivo e trasparente<sup>36</sup>.

La forza propulsiva di questa pronuncia è destinata a propagarsi in una pluralità di direzioni, consentendo di sviluppare, in una prospettiva europea, una serie di strumenti promozionali e relazionali, anche coinvolgendo il Terzo settore<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni della sentenza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2020, 2.

<sup>36</sup> Art. 5, del Codice del Terzo settore prevede che: “1. Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Si considerano di interesse generale, se svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio, le attività aventi ad oggetto: a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n.328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n.104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni; b) interventi e prestazioni sanitarie; c) prestazioni sociosanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni; d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n.53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa; e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi; f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n.42, e successive modificazioni; g) formazione universitaria e post-universitaria; h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale; i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo; j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'art. 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n.223, successive modificazioni; k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso (...)”.

<sup>37</sup> In questa scia, che testimonia un cambiamento di prospettiva nell'ambito degli affidamenti al Terzo Settore, si ascrive la L.R.T. n. 65/2020, non impugnata per profili di incostituzionalità da parte del Governo, che al punto 5 del Preambolo esprime la volontà di “rendere sistematica [...] la collaborazione tra pubbliche amministrazioni e gli ETS, prevedendone la regolamentazione con specifico riferimento agli istituti della co-programmazione e della co-progettazione con l'obiettivo di sostenere le attività degli ETS, promuovendo lo sviluppo e il consolidamento della rappresentanza di settore e valorizzando il ruolo di questi soggetti come agenti attivi di sviluppo e coesione sociale delle comunità locali”. La Legge Regionale Toscana agli artt. 11ss. regola l'istituto della co-progettazione e all'art. 12 fornisce indicazioni sugli appalti di servizi nell'ambito del Terzo Settore, richiamando l'elemento distintivo del

Un ulteriore e recente segnale si registra anche nel DPCM “Cura Italia”<sup>38</sup>, in cui l’istituto della co-progettazione è stato invocato per far fronte alla necessità di garantire (in pieno “lock-down”) i servizi essenziali alla persona (con particolare riguardo ai servizi educativi e scolastici, sociosanitari e socioassistenziali), anche se permanevano dubbi in ordine alle sue modalità di attuazione.

Proprio al fine di armonizzare la disciplina degli Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore, in virtù dei principi enunciati dalla Corte costituzionale, il legislatore ha apportato (con il decreto-legge n. 76/2020, convertito con la legge n. 120/2020) alcune modifiche al Codice dei contratti pubblici<sup>39</sup>.

In particolare, sono state modificate tre disposizioni del Codice dei contratti pubblici, e segnatamente: 1) l’art. 30, recante i principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni<sup>40</sup>; 2) l’art. 59, rubricato scelta delle procedure e oggetto del contratto<sup>41</sup>; 3) l’art. 140, contenente norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali.

---

“corrispettivo” quale fondamento del rapporto sinallagmatico dei contratti rientranti nel CCP: *“Qualora i soggetti di cui all’articolo 3, comma 1, intendano procedere all’affidamento di servizi mediante esternalizzazione e con riconoscimento di un corrispettivo, si applica la disciplina in materia di contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)”*.

<sup>38</sup> Articolo 48, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, (c.d. “Decreto Cura Italia): *“Durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici, di cui all’art 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, disposta con i provvedimenti adottati ai sensi dell’art.3 c. 1 del D.L. del 23 febbraio 2020 n.6, e durante la sospensione delle attività sociosanitarie e socioassistenziali nei centri diurni per anziani e per persone con disabilità, laddove disposta con ordinanze regionali o altri provvedimenti, considerata l’emergenza di protezione civile e il conseguente stato di necessità, le pubbliche amministrazioni forniscono, avvalendosi del personale disponibile, già impiegato in tali servizi, dipendente da soggetti privati che operano in convenzione, concessione o appalto, prestazioni in forme individuali domiciliari o a distanza o resi nel rispetto delle direttive sanitarie negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente i servizi senza ricreare aggregazione. Tali servizi si possono svolgere secondo priorità individuate dall’amministrazione competente, tramite coprogettazioni con gli enti gestori, impiegando i medesimi operatori ed i fondi ordinari destinati a tale finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previsti, anche in deroga a eventuali clausole contrattuali, convenzionali, concessorie, adottando specifici protocolli che definiscano tutte le misure necessarie per assicurare la massima tutela della salute di operatori ed utenti”*.

<sup>39</sup> V. A. Fici, L. Gallo, *Dal decreto Semplificazioni pari dignità agli affidamenti al Terzo settore*, in vita.it, 11 settembre 2020, n. 120 e pubblicato nella GU n. 228 del 14.09.2020 – Suppl. Ordinario n. 33.

<sup>40</sup> Art. 30, comma 8, del Codice dei contratti pubblici: *“(…)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”* [comma così modificato dall’art. 8, comma 5, lettera a), della legge n. 120 del 2020].

<sup>41</sup> Art. 59 comma 1, del Codice dei contratti pubblici *“1. 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.*

Per l'effetto delle disposte modifiche normative:

- è fatta salva la possibilità di impiegare altre forme di attività contrattuale, in virtù dell'espresso richiamo al Codice del terzo settore, il tutto nel rispetto dei principi della legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990) con riguardo alla fase dell'affidamento, nonché i principi del Codice civile per quanto concerne la fase dell'esecuzione (art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016);

- nell'individuare le tipologie di procedure di affidamento (aperte o ristrette, partenariato per l'innovazione, competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara), si fa salvo l'utilizzo delle procedure di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal d.lgs. n. 117/2017 (art. 59 del Codice dei contratti pubblici);

- anche nel disciplinare i servizi sociali, si richiama espressamente la possibilità di utilizzare le procedure del Codice del terzo settore (cfr. art. 104 del d.lgs. n. 50/2016). Alla luce di quanto sopra, le Amministrazioni dispongono di uno strumentario ulteriore, non elusivo del Codice contratti pubblici, ma che ad esso si affianca<sup>42</sup>.

Si tratta di strumenti legislativamente "parificati", nel senso che il Codice dei contratti pubblici non può prevalere automaticamente sul Codice del terzo settore.

Quindi, il contratto di appalto ed il contratto di concessione non esauriscono tutte le forme di attività contrattuale, fermo restando l'impossibilità di escludere l'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica.

Il decreto semplificazioni, mediante l'intervento normativo sopra esaminato, ha chiarito che le Pubbliche Amministrazioni possono scegliere, in forza della discrezionalità loro riconosciuta dall'ordinamento, le forme di affidamento del Codice dei contratti pubblici oppure quelle del Codice del terzo settore.

---

*Esse possono altresì utilizzare il partenariato per l'innovazione quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 65, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo quando sussistono i presupposti previsti dal comma 2 e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 63. Fatto salvo quanto previsto al comma 1bis, gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'articolo 23, comma 8, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti. È vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'art. 1, comma 2, lettera e). Si applica l'art. 216, comma 4bis" [comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera a-quater), della legge n. 120 del 2020].*

<sup>42</sup> Cfr. A. Bertelli, A. Barbiero, G. Fortunato, M.T. Massi, G. Iannacone, C. Lucidi, L. Mellano, L. Gallo D.L. 76/2020 - *Il rapporto tra il codice dei contratti pubblici ed il codice del Terzo settore dopo il decreto Semplificazioni*, Claudio Lucidi e Federico Sartori (curr.), Fondazione IFEL, settembre 2020.

Ed a seconda della forma di affidamento prescelta, la Pubblica Amministrazione assume un diverso ruolo: è “aggiudicatrice”, nel caso di applicabilità del Codice dei contratti pubblici la Pubblica Amministrazione, perché aggiudica contratti e concessioni; è “precedente” per il Codice del terzo settore, in quanto attiva procedimenti nel rispetto dei principi dell’evidenza pubblica e delle norme generali sul procedimento amministrativo.

L’evidenza pubblica resta pur sempre la “via maestra”, ma diversa ne è la sua declinazione, in quanto, ferma restando l’applicazione dei suoi principi, non ci si limita alla sola ottica competitiva del mercato concorrenziale.

#### **6.- Le nuove linee guida per una concreta applicazione del Codice del terzo settore (decreto n. 72 del 31 marzo 2021 del Ministero del Lavoro).**

Il punto di arrivo di un percorso, fatto di significativi *revirement*, è rappresentato dalle linee guida del 21 marzo 2021, le quali fanno della sentenza della Corte Costituzionale n. 130 del 2020 il loro punto di riferimento.

A seguito dell’intesa sancita nella seduta del 25 marzo 2021 della Conferenza Unificata<sup>43</sup>, con decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72 del 31 marzo 2021 sono state adottate le linee guida sul rapporto tra Pubbliche Amministrazioni ed enti del Terzo settore.

Il provvedimento è significativo sotto il profilo sia metodologico che contenutistico, e rappresenta il risultato di una proficua collaborazione sviluppatosi tra Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Regioni, Enti locali e Terzo settore.

In tale sede si chiarisce che, *in primis*, deve effettuarsi la distinzione fra l’affidamento di un contratto pubblico per l’esecuzione di servizio in appalto e l’attivazione di rapporti collaborativi con gli Enti del Terzo settore.

Nel primo caso, nell’ambito della procedura d’appalto<sup>44</sup> l’ente pubblico, che agisce come stazione appaltante, attiva una procedura concorrenziale finalizzata all’affidamento di un contratto pubblico per lo svolgimento di un servizio.

Nel secondo caso, invece, si realizza una procedura nel rispetto dei principi dell’evidenza pubblica, finalizzata alla selezione degli enti del Terzo settore con i quali

---

<sup>43</sup> La Conferenza unificata è stata istituita dal d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, che ne ha definito anche la composizione, i compiti e le modalità organizzative e operative (art. 8 - 9). La Conferenza unificata opera al fine di: favorire la cooperazione tra l’attività dello Stato e il sistema delle autonomie; esaminare le materie e i compiti di comune interesse.

<sup>44</sup>Per una più puntuale trattazione dell’argomento, F. Armenante, *L’attività negoziale della P.A. (nel codice dei contratti “corretto”)*, disponibile sul sito [europa.basilicata.it](http://europa.basilicata.it); R. Garofoli, G. Ferrari, *La nuova disciplina dei Contratti Pubblici*, II ed., Bari, 2018.

formalizzare un rapporto di collaborazione, e si applicano le disposizioni<sup>45</sup> di cui alla legge n. 241 del 1990 (oltre che quelle specifiche del Codice del Terzo settore).

La co-programmazione si sostanzia in un'istruttoria partecipata e condivisa nella quale, ferma restando le prerogative dell'Ente pubblico, si aggiungono la collaborazione di tutti i partecipanti al procedimento.

Essa, nel dettaglio, si articola nelle seguenti fasi:

- iniziativa, che coincide con l'atto di avvio del relativo procedimento;
- nomina del responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 (e dell'eventuale disciplina regionale in materia);
- pubblicazione di un avviso;
- svolgimento dell'attività istruttoria;
- conclusione del procedimento.

La co-progettazione, posta in essere in sua attuazione, è, di regola, avviata su impulso dell'Amministrazione Pubblica<sup>46</sup>.

È opportuno che il relativo avviso contenga le informazioni, i dati e gli eventuali strumenti di programmazione ritenuti utili e pertinenti, al fine di consentire agli enti del Terzo Settore di presentare una proposta progettuale coerente.

Alle proposte non manifestatamente inammissibili si applicano le regole previste dalla legge n. 241/1990.

In caso di accoglimento di una proposta, l'Ente procedente pubblica un avviso per dare la possibilità agli altri soggetti interessati di presentare la propria proposta progettuale, con la conseguente valutazione comparativa fra quelle pervenute.

L'Amministrazione, all'esito di tale valutazione, conclude il procedimento con atto motivato, cui seguirà la sottoscrizione di una convenzione.

Per quanto riguarda lo svolgimento delle sessioni di co-progettazione, nella prassi si registrano due modalità: l'attivazione del tavolo di co-progettazione con i soli enti del Terzo settore utilmente collocati nella graduatoria finale, ovvero l'ammissione di tutti gli enti purché in possesso dei requisiti previsti dagli avvisi.

Le sessioni di co-progettazione vengono verbalizzate dal responsabile del procedimento, ed il relativo verbale (accettato e sottoscritto da tutte le parti) costituisce un accordo integrativo e/o sostitutivo del provvedimento<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Per approfondimenti sul punto vedi: F. G. Scoca, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2017, 212ss.

<sup>46</sup> L'iniziativa può anche provenire dagli enti del Terzo settore singoli o associati, i quali formalizzano una proposta progettuale, nella quale siano chiaramente indicati l'idea progettuale proposta, le risorse messe a disposizione e le eventuali richieste.

<sup>47</sup> È bene precisare che, ai sensi dell'art. 55 del Codice del terzo settore, la co-progettazione può essere declinata anche nella forma di accreditamento. In merito, le divise linee guida chiariscono che tale

In conclusione, sulla scorta dell'orientamento espresso con le sopra esaminate linee guida, si assiste ad un radicale rinnovamento del rapporto pubblico-privato, tenuto conto che quest'ultimo non è sempre e solo un mero fornitore, potendo rivestire, attraverso l'utilizzo degli istituti in commento, la qualità di "partner".

Tanto consente all'Amministrazione non solo di usufruire, nel perseguimento dei fini istituzionali, delle esperienze e del "know-how" del settore privato, ma anche di allacciare rapporti utili ad avvicinare il settore pubblico alle concrete esigenze della collettività<sup>48</sup>.

## **7.- Conclusioni.**

In base a quanto testé dedotto si ricava che se, da un lato, appare rischioso derogare la normativa appalti e sacrificare totalmente i principi e le procedure che assicurano tutela al mercato e alla concorrenza, d'altro canto, non appare opportuno appiattare la "partnership" tra la Pubblica Amministrazione e gli enti del Terzo settore all'appalto o concessione.

La rigida ed eccessiva applicazione del Codice dei contratti pubblici, infatti, rischia di vanificare le intenzioni del legislatore nazionale, il quale, se ha inteso introdurre particolari strumenti e procedure, evidentemente, intende rafforzare il dialogo tra la parte pubblica e quella privata, e così facendo alimentare una rete di interventi che coinvolga, in maniera diretta, tutti gli operatori.

Al contempo, la medesima tendenza rischia di ridurre eccessivamente gli spazi per l'utilizzo degli strumenti di sussidiarietà orizzontale, contrariamente a quanto emerge dalle disposizioni costituzionali, che puntano ad una partecipazione attiva dei soggetti privati, tanto sotto il profilo della programmazione quanto della progettazione-esecuzione, al fine di sviluppare interventi più incisivi e vicini alle esigenze delle persone.

Il decreto n. 72/2021, preso atto dei rischi che derivano dall'interpretazione estensiva del Codice dei contratti pubblici, si allontana dalla posizione presa dal Consiglio di Stato, e sulla scia della pronuncia della Corte Costituzionale afferma che l'antinomia tra il Codice del Terzo settore ed il Codice dei Contratti pubblici è solo apparente, operando gli stessi su due piani diversi.

---

strumento è assimilabile all'autorizzazione, per effetto del quale un soggetto persona fisica o giuridica, che possiede i presupposti normativamente previsti, può svolgere una data attività o un servizio, in virtù di un meccanismo oggettivo di scelta privo di una selezione competitiva o valutazioni discrezionali della Pubblica Amministrazione.

<sup>48</sup> G. Ciceri, L. Raimondi, *La Progettazione dal punto di vista amministrativo*, in U. De Ambrogio, C. Guibetti, *La Coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2018, 50.

Il Codice dei Contratti pubblici muove dal generale presupposto che i soggetti privati debbano concorrere fra loro per acquisire la qualità di controparte contrattuale della Pubblica Amministrazione ai fini della conclusione di un contratto pubblico.

Al contrario, il Codice del Terzo settore muove dalla considerazione che le finalità perseguite dagli enti del Terzo settore siano omogenee, distinte da quella lucrativa e che le loro attività siano convergenti con quelle svolte dalla Pubblica Amministrazione. Del resto, lo stesso diritto eurounitario non è di ostacolo alla previsione di nuove forme di collaborazione tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore, dal momento che riconosce agli Stati membri un'ampia discrezionalità in sede di adeguamento delle norme interne sui contratti pubblici<sup>49</sup>.

Pertanto, riconosciuta l'importanza degli enti del Terzo Settore per la realizzazione dei diritti sociali, l'auspicio è che la Pubblica Amministrazione *tout court* intesa si adegui alle nuove forme di collaborazione tra pubblico e privato al fine di realizzare una "partnership" vincente nell'interesse della comunità<sup>50</sup>.

**Abstract.** - Con il presente lavoro si analizzano le relazioni che possono instaurarsi tra la Pubblica Amministrazione e gli enti del Terzo settore attraverso gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione, disciplinati dagli artt. 55, 56 e 57 del Codice del terzo settore.

Se, per un verso, il Codice del terzo settore assume una portata innovativa e rivoluzionaria, lo stesso, al contempo, risulta piuttosto scarno circa le modalità operative attraverso cui poter allacciare i rapporti di co-progettazione, lasciando aperti dubbi e perplessità, specie con riguardo al rapporto con la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici.

Tanto, anche alla luce degli orientamenti espressi dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale, che nel presente lavoro saranno oggetto di specifica analisi, ha reso opportuno l'intervento chiarificatore del Ministero del Lavoro attraverso l'adozione (con decreto n. 72 del 21 marzo 2021) di apposite Linee Guida.

---

<sup>49</sup> V. 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, V sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, V 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).

<sup>50</sup> Tale *modus procedendi* potrebbe divenire attuazione e recepimento effettivo degli obiettivi enunciati dall'ONU nella Strategia sullo sviluppo sostenibile per il 2030.

**Abstract.** - This paper analyzes the relationships that can be established between the Public Administration and the Third Sector entities through the co-programming and co-planning institutes, governed by Articles 55, 56 and 57 of the third sector code.

If, on the one side, the Third Sector Code assumes an innovative and revolutionary significance, at the same time, it is rather meager regarding the operating methods through which it is possible to establish co-design relationships, leaving doubts and perplexities open, especially in relation to the discipline dictated by the Code of public contracts.

So, also in light of the guidelines expressed by the Council of State and the Constitutional Court, which in this report will be the subject of specific analysis, the Ministry of Labor made the clarifying intervention appropriate through the adoption (by decree no.72 March 2021) of specific Guidelines.