Il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali

DECRETO n. 72/2021

VISTO il decreto legislativo 3 luglio 2017, n.117, recante il "*Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n.106*";

RICHIAMATO in particolare il titolo VII del sopra citato decreto legislativo n. 117 del 2017, dedicato ai rapporti con gli enti pubblici;

VISTO il resoconto della seduta del 23 gennaio 2020 del Consiglio nazionale del Terzo settore, nel corso della quale l'organismo collegiale ha richiesto al Ministero del lavoro e delle politiche sociali di avviare un'interlocuzione, attraverso la costituzione di un apposito gruppo di lavoro, con i livelli di *governance* regionale e locale, nonché con il Forum nazionale del Terzo settore, quale associazione maggiormente rappresentativa a livello nazionale degli enti del Terzo settore, finalizzata all'elaborazione di una posizione comune sugli istituti previsti negli articoli 55 e seguenti del già citato decreto legislativo n. 117 del 2017;

VISTO il decreto direttoriale del 25 marzo 2020, con il quale è stato costituito il gruppo di lavoro incaricato dell'elaborazione di una proposta di linee guida in tema di rapporti collaborativi tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, finalizzato a supportare le prime nella concreta applicazione degli istituti previsti nel titolo VII del decreto legislativo n. 117 del 2017;

VISTO il documento finale recante "Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55-57 del decreto legislativo n. 117 del 2017", elaborato e condiviso dal gruppo di lavoro di cui al capoverso precedente;

ACQUISITA l'intesa della Conferenza Unificata, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, nella seduta del 25 marzo 2021 (Repertorio atto n. 15/CU)

DECRETA

Articolo unico
(*Adozione delle linee guida*)

1. Sono adottate le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55 -57 del decreto legislativo n. 117 del 2017, di cui al documento allegato, che forma parte integrante e sostanziale del presente decreto.

Il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali

Al presente atto sarà data pubblicità nelle forme previste dall'articolo 32 della legge 18 giugno 2009, n. 69, mediante pubblicazione sul sito istituzionale *www.lavoro.gov.it*.

Roma, 31 marzo 2021

f.to Andrea Orlando

LINEE GUIDA SUL RAPPORTO TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ED ENTI DEL TERZO SETTORE NEGLI ARTT. 55-57 DEL D.LGS. N.117/2017 (CODICE DEL TERZO SETTORE).

INTRODUZIONE

Scopo del presente documento è quello di offrire un quadro condiviso di analisi degli istituti introdotti dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e successive modificazioni e integrazioni, recante il Codice del Terzo settore (in avanti anche solo "CTS"), e, specificatamente, di quelli previsti dal Titolo VII (*Dei rapporti con gli enti pubblici*).

La predetta analisi è finalizzata a supportare gli enti pubblici nella concreta applicazione degli articoli 55, 56 e 57 del CTS.

A tale ultimo riguardo, va precisato che il presente documento è stato elaborato tenendo conto della disciplina vigente, delle Relazioni governative di illustrazione del CTS e del suo correttivo, adottato nel 2018, dei pareri resi dal Consiglio di Stato, nonché dei primi pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa e contabile, direttamente o indirettamente, inerenti il tema trattato, degli atti dell'ANAC e delle competenti Amministrazioni statali nonché, da ultimo, della sentenza n. 131 del 26 giugno 2020 della Corte costituzionale e della legge 11 settembre 2020,n.120 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2010, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (cd. decreto "semplificazioni").

Per tale ragione, il presente documento non ha la pretesa della definitività e dell'esaustività, con la conseguenza che a fronte di eventuali sopravvenienze, normative e/o interpretative, se ne terrà debitamente conto ai fini del suo aggiornamento.

1.INQUADRAMENTO GENERALE DEGLI ISTITUTI

La riforma del Terzo settore ha introdotto, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, la categoria normativa di «ente del Terzo settore» (ETS). L'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 (CTS) definisce l'ente del Terzo settore quale ente privato che, senza scopo di lucro, persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale – fra quelle indicate all'art. 5 del Codice medesimo – 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.

Alcuni ETS sono *tipici* e sono soggetti ad una disciplina speciale: essi sono le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso, le imprese sociali (incluse le cooperative sociali), le reti associative. Sono da considerarsi ETS *generici* tutti gli altri enti privati, diversi dalle società, in possesso dei requisiti sopra descritti.

Ai fini della qualificazione quale ETS è requisito essenziale l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (per le imprese sociali, il requisito dell'iscrizione del Registro unico nazionale del Terzo settore è soddisfatto mediante l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese (art. 11 CTS).

Il legislatore ha creato, pertanto, una «categoria normativa» - gli enti del Terzo settore – per i quali ha dettato una disciplina promozionale e configurato, per altro verso, una serie di obblighi ed oneri. L'acquisizione della qualifica di ETS è *facoltativa:* ciascun ente, infatti, nell'esercizio della

propria autonomia, può scegliere di divenire ETS, così come di rimanere soggetto semplicemente alle norme di diritto comune.

La scelta del legislatore è da inquadrare alla luce del diritto costituzionale.

All'interno delle plurime manifestazioni del pluralismo sociale, si è individuata una particolare categoria di formazioni sociali (art. 2 Cost.) che sono espressione della libertà di associazione dei cittadini (art. 18 Cost.), o della libertà di impresa (art. 41 Cost., tenendo presente anche il riconoscimento della cooperazione ai sensi dell'art. 45 Cost.), le quali presentano alcune caratteristiche costituzionalmente rilevanti. La Corte costituzionale ha coniato, addirittura, la definizione di *libertà sociali* (ripresa, da ultimo, anche in C. cost., sentenza n. 185/2018), a sottolineare l'esercizio delle libertà costituzionali a fini di utilità collettiva e di solidarietà sociale. La recente sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 valorizza la qualificazione degli ETS «come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97)».

Il primo carattere che viene in rilievo è il perseguimento, in via esclusiva, di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale e la rinuncia al perseguimento di una finalità lucrativa, in senso soggettivo. Il secondo è lo svolgimento, in via principale o esclusiva, di una attività di interesse generale (mutuando significativamente l'espressione che la Costituzione utilizza all'art. 118, ultimo comma Cost.), che il legislatore elenca all'art. 5 del CTS.

L'uno e l'altro carattere conferiscono a tali enti una posizione ordinamentale specifica nella prospettiva dell'attuazione della Costituzione e, in particolare, dell'art. 3 Cost., comma primo e secondo. Assunta tale posizione, il legislatore è tenuto – ai sensi dell'art. 118, comma 4 Cost., che esprime il principio di c.d. *sussidiarietà orizzontale* – a «favorire» gli ETS, espressione qualificata dall'iniziativa autonoma dei cittadini associati, mediante la predisposizione di una serie di misure adeguate non solo a "sostegno" delle attività, bensì anche ad "integrazione" delle stesse con quelle della P.A.

In tale prospettiva, gli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore individuano una misura di sostegno ed integrazione fra ETS e PP.AA., declinando una serie di istituti specifici, plasmati sulla natura specifica del Terzo settore. Si tratta, pertanto, di un'applicazione dell'art. 118, ultimo comma Cost. che valorizza ed agevola la possibile convergenza su «attività di interesse generale» fra la pubblica amministrazione ed i soggetti espressione del Terzo settore. Secondo la Corte costituzionale, si tratta di «*una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost*.», un originale canale di «amministrazione condivisa», *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».* Agli enti che fuoriescono dal perimetro legale non possono essere riferite le forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS: «esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica» (n. 131 del 2020).

Tali istituti richiedono a tutte le PP.AA. di «assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore» nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale (art. 55, c. 1 CTS). Il *coinvolgimento attivo* significa, anzitutto, sviluppare sul piano giuridico forme di confronto, di condivisione e di co-realizzazione di interventi e servizi in cui tutte e due le parti – ETS e PP.AA. – siano messe effettivamente in grado di *collaborare* in tutte le attività di interesse generale.

Non si realizza, quindi, una semplice sottrazione rispetto alle norme di derivazione euro-unitaria che disciplinano il rapporto fra soggetti privati e PP.AA., bensì l'applicazione di altre norme che, nel rispetto del quadro normativo europeo, riescono a svolgere più efficacemente quella funzione di promozione richiesta dall'art. 118, comma 4 Cost.

Il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 24 aprile 2016, n. 50, (in avanti anche solo "CCP") infatti, muove dal generale presupposto che i soggetti privati debbano concorrere, fra loro, per

acquisire la qualità di controparte contrattuale della P.A. ai fini della conclusione di un contratto pubblico per l'affidamento o la concessione di un servizio. Al contrario, il CTS muove dalla considerazione che le finalità perseguite dagli ETS siano fra loro omogenee (finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) e distinte da quella lucrativa e che le loro attività siano convergenti con quelle svolte dalla P.A. (attività di interesse generale): ne discende, quindi, la non automatica applicabilità di schemi che prevedano la competizione e lo scambio sinallagmatico, e la necessità di prevederne altri che partano da tale carattere *genetico* degli ETS. In tal modo, l'amministrazione pubblica sarà posta in grado di scegliere, in base alle concrete situazioni, lo schema procedimentale preferibile, assumendo come criterio-guida la necessità di assicurare il "coinvolgimento attivo" degli ETS. La citata sentenza n. 131 del 2020 identifica nell'art. 55 CTS la definizione di «*un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico*».

Peraltro, ciò non significa assolutamente deflettere dalla necessità di una piena applicazione dei principi che governano il procedimento amministrativo ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di un *corpus* di principi posti a presidio dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.

La scelta del legislatore va a questo punto inquadrata anche alla luce del diritto euro-unitario.

Nel diritto dell'Unione europea i Trattati non impongono un alcun modello di welfare nazionale ed è riconosciuta una ampia libertà agli Stati membri di organizzare i propri servizi di interesse generale (SIG) nel modo che ritengano più opportuno, nel rispetto del loro contesto costituzionale.

A tale proposito, si richiama la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa "*ai servizi del mercato interno*", il cui art. 1 (*Oggetto*) stabilisce, fra l'altro, che "*(...) 3. La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità con le regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti (...)*" ([1]).

In termini essenziali, si è in presenza di un SIG quando le autorità pubbliche nazionali (a qualsiasi livello di governo) subordinano la prestazione di un'attività, ritenuta necessaria per garantire la soddisfazione dei bisogni essenziali delle persone e della comunità, a specifici obblighi (di servizio pubblico) e adempimenti, comunque vòlti ad assicurare diritti costituzionalmente garantiti: la soddisfazione di tali bisogni non potrebbe essere realizzata senza l'intervento pubblico o lo sarebbe a condizioni differenti e non accettabili. Rispetto a questa prima definizione generale si è in presenza di un SIEG (che è una sottocategoria dei SIG) qualora l'obbligo di servizio pubblico sia imposto rispetto a un'attività che abbia anche rilevanza economica, in quanto quest'ultima è erogata dietro un corrispettivo, su un determinato mercato, secondo le logiche tipiche dell'autonomia imprenditoriale. Al riguardo, rileva la forza di attrazione della disciplina euro-unitaria in materia di concorrenza nel mercato interno e, più in particolare, nella disciplina d'evidenza pubblica per la conclusione di contratti pubblici di appalto o di concessione, fatto salvo che ciò non impedisca loro di realizzare i loro compiti di interesse generale.

La direttiva appalti 2014/24/UE introduce alcuni elementi di chiarificazione importante di questo rapporto fra categorie disomogenee. Nel *considerando n. 114* si afferma che «*certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. (...) Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che*

[1] Sulla base delle motivazioni meglio espresse nei Considerando n. 27 e n. 28 della medesima Direttiva.

vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione».

In tali ultimi casi, anche qualora si sia in presenza astrattamente di SIEG, in casi in cui gli Stati membri apprestino un modello organizzativo ispirato al principio di solidarietà (come, ad es., nel caso della co-progettazione o della convenzione), che preveda il coinvolgimento di soggetti privi dello scopo lucrativo, tenuto conto della salvaguardia degli equilibri di bilancio e della regia pubblica dell'intervento, dovrebbe essere prevista l'applicabilità della sola disciplina nazionale, quale espressione, in tal senso, delle diverse «tradizioni culturali» e, si potrebbe aggiungere, «costituzionali».

È il legislatore nazionale che contrassegna tali attività come «di interesse generale», assunte come oggetto degli enti del Terzo settore. Questi ultimi – come si è ricordato - perseguono in via esclusiva finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, senza fine di lucro, attraverso l'iscrizione in un pubblico registro.

Sulla base di questo criterio di lettura, da un lato il diritto dell'Unione europea trova nel Codice del Terzo settore una sua più compiuta attuazione; dall'altro, sul versante nazionale, si perviene ad una chiara ripartizione degli ambiti di competenza fra il CTS ed il CCP, i quali - armonicamente ed in forma complementare – disciplinano le procedure di affidamento dei servizi pubblici, in relazione all'ambito nel quale ricadono ed al fine perseguito.

Tale ricostruzione, già sostenuta in dottrina, ha trovato autorevole conferma nella sentenza n. 131 del 2020, nella quale il giudice costituzionale evidenzia come sia insito nel diritto euro-unitario il tentativo di «*smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà*», riconoscendo «*in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali*)». Tale orientamento giurisprudenziale, dunque, guida l'interpretazione delle norme del CTS e conferisce loro uno spazio autonomo, non conflittuale, nella disciplina del CCP.

Il Titolo VII del CTS ha, pertanto, in parte riempito uno spazio lasciato aperto dal CCP, definendo le condizioni che consentono di escludere dalla sfera di interesse del mercato servizi pur potenzialmente economicamente rilevanti.

Da ultimo, va segnalato che la legge di conversione (n. 120/2020) del decreto-legge n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) ha introdotto diverse modifiche al CPP, alcune delle quali sono finalizzate a coordinare l'applicazione dei due codici.

In particolare, l'intervento del legislatore ha interessato le seguenti disposizioni:

i) art. 30, recante i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti e delle concessioni;
ii) art. 59 relativo alle procedure di aggiudicazione;
iii) art. 140 in ordine alla disciplina di settore per quanto riguarda l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi, indicati nell'Allegato XI al CCP.

Con gli interventi in commento, il legislatore ha precisato – all'interno della disciplina generale sugli affidamenti dei contratti pubblici, mediante procedure concorrenziali – che, in applicazione del c.d. principio di specialità, "*restano ferme*" le forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore, previste dal più volte richiamato Titolo VII del CTS.

BOX - Gli enti del Terzo settore

Le caratteristiche degli enti del Terzo settore:
1) Enti a carattere privato;
2) Finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociali;
3) Assenza dello scopo di lucro;
4) Svolgimento in via principale o esclusiva di attività di interesse generale (possibilità di svolgere attività diverse, secondarie e strumentali entro i limiti fissati con D.M.);
5) Azione volontaria; erogazione gratuita di beni, danaro e servizi; produzione o scambio di beni o servizi;
6) Iscrizione nel RUNTS.

Gli **enti esclusi**:
a) amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165;
b) le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro;
c) gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dagli enti di cui alle lett. *a)* e *b).*

1.1) La distinzione fra l'attivazione di rapporti collaborativi con ETS e l'affidamento di appalti e concessioni di servizi.

Occorre affrontare, a questo punto, un primo elemento rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina contenuta nel CTS, ovverosia il tratto distintivo fra l'attivazione di un rapporto collaborativo, ai sensi del richiamato CTS, e l'affidamento di un contratto pubblico, per l'esecuzione di servizio in appalto, su disposizione di un ente pubblico, come tale regolato dal CCP.

Si tratta di un'operazione necessaria sotto due profili.

Il primo attiene alla discrezionalità delle PP.AA., nel senso che, laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un'attività, la concreta scelta potrebbe essere la conseguenza di un'*opzione politica* propria della P.A., tesa a valorizzare il principio della tutela della concorrenza degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o, in alternativa, il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi.

Il secondo profilo attiene alla legittimità dell'azione amministrativa delle PP.AA., nel senso che il ricorso agli istituti previsti dal CTS non può, tuttavia, avvenire per eludere i principi e le disposizioni europee ed interne in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato.

Al fine di chiarire l'ambito di applicazione e gli eventuali limiti all'applicazione degli strumenti previsti dal Titolo VII del CTS, occorre muovere dalla vigente disciplina, europea ed interna di recepimento in materia di affidamento di contratti pubblici.

Come è noto, sono tali fonti normative a fornire, fra l'altro, la definizione di appalto; ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *ii*) del CCP per «appalti pubblici» si intendono "*i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*".

Inoltre, l'art. 30 del CCP (*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*) al comma 8, come risultante modificato dalla legge n. 120/2020 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* ***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*".

Ne deriva che – laddove un ente pubblico agisce quale stazione appaltante, attivando una procedura concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico per lo svolgimento di un servizio, definito dall'ente stesso nel relativo bisogno e nelle obbligazioni e relative prestazioni, economiche e contrattuali, con il riconoscimento di un corrispettivo, idoneo ad assicurare un utile di impresa, determinato sulla base dell'importo a base d'asta – si applicherà il CCP, venendo ad esistenza un rapporto a prestazioni corrispettive.

A fronte, invece, dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica, ai sensi del Titolo VII del CTS, finalizzata alla selezione degli ETS con i quali formalizzare un rapporto di collaborazione per lo svolgimento di "*altre attività amministrative in materia di contratti pubblici*", nelle quali PA ed ETS vengono in relazione, (come previsto dal richiamato art. 30, comma 8, CCP), anche a seguito dell'iniziativa degli stessi ETS, si applicheranno le disposizioni previste sul procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990 e ss. mm., oltre che quelle specifiche del CTS.

Nell'ambito di una procedura d'appalto è l'ente pubblico a definire sostanzialmente tutto, ad eccezione dello spazio, lasciato dagli atti della procedura, al contenuto dell'offerta dell'operatore economico concorrente. Il rapporto di collaborazione sussidiaria, che connota gli istituti del CTS, è – per tutta la durata del rapporto contrattuale/convenzionale – fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla conclusione delle attività di progetto ed alla rendicontazione delle spese.

Fatta questa necessaria premessa metodologica, è possibile passare all'esame della disciplina contenuta nel richiamato Titolo VII del CTS.

2.1) L'ambito soggettivo di applicazione ed i principi comuni nell'applicazione degli strumenti previsti dal Titolo VII del CTS.

Preliminarmente appare utile richiamare la Relazione illustrativa del Governo sullo schema di decreto legislativo (poi divenuto il d.lgs. n. 117 del 2017), nella parte in cui chiarisce che "*il coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle fasi sopra indicate deve rispondere alla duplice esigenza di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie dell'Amministrazione procedente in ordine a tali scelte. Il coinvolgimento degli enti del Terzo settore, in tale cornice, si pone come espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, di sussidiarietà e di autonomia*".

In proposito, soccorrono i principi comuni stabiliti dal primo comma dell'art. 55 CTS, che si applicano, per espressa previsione normativa, a tutti gli istituti del Titolo VII.

In primo luogo, va evidenziato che la disciplina, oggetto del presente documento, riguarda tutti gli enti pubblici qualificabili come "amministrazioni pubbliche", ai sensi del d. lgs. n. 165/2001 e segnatamente:

- 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 (e, dunque, le Unioni di Comuni);
- le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni;
- le istituzioni universitarie;
- gli Istituti autonomi case popolari (variamente denominati);
- 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);
- le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

In secondo luogo, occorre tener conto che fra i principi comuni è compreso anche quello dell'*autonomia organizzativa e regolamentare*.

Ne deriva che ciascun ente pubblico, fra quelli appena richiamati, potrà dare attuazione alle disposizioni del Titolo VII tenendo conto del proprio assetto organizzativo, ma più in generale delle scelte statutarie, nonché utilizzare i regolamenti esistenti (a mero titolo esemplificativo, in materia di assegnazione di contributi e sovvenzioni, di affidamento dei contratti pubblici, di affidamento e valorizzazione di beni pubblici o di procedimento amministrativo) o approvarne di nuovi.

Nel primo comma del più volte menzionato art. 55 sono, inoltre, indicati i principi posti a presidio della corretta azione amministrativa e dello svolgimento dei giusti procedimenti.

L'utilizzo degli strumenti previsti, pertanto, dagli articoli 55, 56 e 57 deve avvenire anche al fine di dare attuazione ai seguenti principi:

- di sussidiarietà;
- di cooperazione;
- di efficacia, efficienza ed economicità;
- di omogeneità;
- di copertura finanziaria e patrimoniale;
- di responsabilità ed unicità dell'amministrazione;
- della legge 7 agosto 1990, n. 241, per quanto attiene allo svolgimento dei procedimenti amministrativi, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento, nonché di prevenzione dei conflitti di interesse, di cui all'art. 6-bis della predetta legge;
- infine, del rispetto delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

A tale ultimo proposito, la norma è chiara nel far salve le discipline di settore, statali e regionali, con riferimento alle *attività* di *interesse generale* indicate nell'art. 5 del CTS ed, in particolare, delle disposizioni che disciplinano piani e programmi di settore (ad esempio, in materia di organizzazione della rete integrata dei servizi e degli interventi sociali, mediante il piano sociale di zona, oppure di valorizzazione dei beni culturali).

Allo stesso modo, sono fatte salve le disposizioni, statali e regionali, che disciplinano l'approvazione degli strumenti di programmazione da parte degli enti territoriali, nonché in materia di processi partecipativi e di trasparenza.

Alla disciplina di settore, pertanto, dovrà preliminarmente farsi riferimento ai fini della relativa integrazione con quella prevista dal Titolo VII del CTS nell'ambito dei procedimenti, oggetto del presente documento, anche in ordine all'eventuale disciplina vigente in materia di partecipazione pubblica e/o di istruttorie pubbliche.

2.IL PROCEDIMENTO DI CO-PROGRAMMAZIONE

L'istituto della co-programmazione è disciplinato dal secondo comma dell'art. 55 CTS, a mente del quale "*2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili*".

La richiamata Relazione governativa illustrativa al riguardo ha chiarito che "*L'articolo 55, recependo l'orientamento espresso dall'ANAC nella delibera n. 20 gennaio 2016, n. 32, recante" Determinazione delle linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali" definisce al comma 2 la co- programmazione come il processo attraverso il*

quale la pubblica amministrazione individua i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari, le modalità di realizzazione degli stessi e le risorse disponibili".

In sostanza, la co-programmazione si sostanzia in un'istruttoria partecipata e condivisa, nella quale – fermo restando le prerogative dell'ente pubblico, quale "amministrazione procedente", ai sensi della legge n. 241/1990 – il quadro di conoscenza e di rappresentazione delle possibili azioni da intraprendere è il portato della collaborazione di tutti i partecipanti al procedimento. Offrendo una lettura del ruolo degli ETS nell'ordinamento costituzionale, la Corte costituzionale – nella più volte richiamata sentenza n. 131 del 2020 – afferma che essi sono «*rappresentativi della "società solidale"*» e «*costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, (…) in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno*"».

La disposizione introduce un fondamento di diritto positivo ed una piena legittimazione alle tante esperienze, anche informali, attivate dagli enti nella costruzione di tavoli di lavoro e di percorsi di partecipazione su vari ambiti e ferma restando la oramai collaudata esperienza – con specifico riguardo ai servizi sociali – della pianificazione sociale di zona, variamente denominata, regolata e declinata a livello territoriale.

Il fine dell'art. 55, secondo comma, è chiaro. La co-programmazione dovrebbe generare un arricchimento della lettura dei bisogni, anche in modo integrato, rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa degli enti, agevolando – in fase attuativa – la continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco.

Giova precisare, al riguardo, che – in applicazione dei principi sul procedimento amministrativo – l'iniziativa può essere assunta anche da uno o più ETS, i quali richiedono all'ente competente l'attivazione del procedimento di co-programmazione attraverso la pubblicazione di un Avviso.

La co-programmazione è un procedimento amministrativo e, pertanto, si articolerà nelle seguenti fasi:

- iniziativa, che si sostanzia nell'atto con il quale si dà avvio al procedimento (eventualmente in accoglimento dell'istanza di parte);
- nomina di un Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e della eventuale disciplina regionale in materia di procedimento amministrativo;
- pubblicazione di un Avviso;
- svolgimento dell'attività istruttoria;
- conclusione del procedimento.

L'attività di co-programmazione, che – in ragione dell'oggetto della procedura e del numero dei partecipanti – può essere articolata dal responsabile del procedimento in più sessioni, viene debitamente verbalizzata.

Il verbale dà conto dell'eventuale proposta unitaria e condivisa o, in alternativa, delle diverse posizioni e proposte formulate dai partecipanti al procedimento istruttorio.

Il procedimento si conclude con atto del dirigente competente dell'ente, sulla base dell'organizzazione propria dell'ente medesimo; in proposito, rappresenta una buona pratica quella di raccogliere la documentazione eventualmente prodotta nelle sessioni istruttorie dagli ETS partecipanti, unitamente ad una relazione del responsabile del procedimento, in ordine allo svolgimento dell'attività di co-programmazione ed ai relativi esiti raggiunti.

L'atto, con cui si conclude l'istruttoria, può coincidere con la determinazione assunta dall'ente in ordine alle attività ed alle azioni ritenute funzionali alla cura dei bisogni individuati nel corso della co-programmazione.

Gli enti, infine, tengono conto degli esiti dell'attività di co-programmazione ai fini dell'adozione e dell'aggiornamento degli strumenti e degli atti di programmazione e di pianificazione generali e settoriali.

Come più volte evidenziato, la co-programmazione deve svolgersi nel rispetto dei principi in materia di evidenza pubblica; al riguardo, il CTS non contiene previsioni o prescrizioni in ordine al contenuto degli avvisi. La ragione di ciò è legata al richiamato principio di *autonomia organizzativa e regolamentare* di ciascun ente, al quale è riconosciuta la discrezionalità nella declinazione in concreto dell'istituto previsto dal Codice.

In ragione delle finalità del presente documento, costituisce buona pratica pubblicare un Avviso, contenente i seguenti elementi minimi:

a) oggetto del procedimento di co-programmazione;
b) requisiti dei partecipanti;
c) modalità di presentazione della domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione procedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate
d) tempi e modalità di svolgimento del procedimento;
e) conclusione del procedimento;
f) regime di pubblicità e trasparenza.

Con riferimento all'oggetto del procedimento, fermo restando che la co-programmazione deve riferirsi ad una o più delle *attività* di *interesse generale*, indicate dall'art. 5 CTS, al fine di valorizzare la funzione di innovazione dei processi di definizione del quadro di riferimento dei bisogni della comunità di riferimento e delle possibili azioni conseguenti, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, potrebbe costituire buona pratica considerare contestualmente più oggetti, purché fra loro connessi, nonché tenere conto dell'integrazione di tali oggetti nell'ambito delle politiche generali dell'ente titolare del procedimento.

Per quanto attiene ai tempi di svolgimento del procedimento, essi dovrebbero essere congrui rispetto alla complessità dell'oggetto e delle attività relative al procedimento di co-programmazione, oltre alla numerosità degli ETS partecipanti.

Infine, come già rilevato nella descrizione delle finalità dell'istituto, l'attività di co-programmazione con gli ETS dovrebbe concludersi con l'elaborazione, condivisa, di un documento istruttorio di sintesi, mentre le determinazioni conseguenti sono di competenza dell'amministrazione procedente, in modo da garantire l'autonomia di quest'ultima nell'acquisizione, nel bilanciamento e nella sintesi dei diversi interessi acquisiti nel corso dell'istruttoria in coerenza con gli indirizzi dell'ente medesimo.

BOX - Le fasi del procedimento di co-programmazione

1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su impulso degli ETS;
2) pubblicazione dell'avviso e di eventuali allegati;
3) svolgimento dell'istruttoria;
4) conclusione della procedura ad evidenza pubblica.

3.IL PROCEDIMENTO DI CO-PROGETTAZIONE

L'istituto della co-progettazione è disciplinato dal terzo comma dell'art. 55 CTS, di seguito riportato: "*3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione*

di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2".

Volendo, a questo punto, indagare la finalità di tale istituto, è utile richiamare la Relazione illustrativa del Governo sullo schema di CTS, nella parte in cui chiarisce che "*(...) Anche la co-progettazione viene individuata dal legislatore come strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa, non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato (...)*". La Corte costituzionale, qualificando l'istituto della co-progettazione, l'ha definita come modello che «*non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*» (n. 131 del 2020).

Il CTS, in proposito, generalizza l'utilizzo della co-progettazione oltre il settore del welfare e, più precisamente, nell'ambito delle attività di interesse generale indicate nel catalogo contenuto nell'art. 5 CTS.

In secondo luogo, il ricorso alla co-progettazione non è più limitato alle sole ipotesi, prima previste dall'art. 7 del DPCM 30 marzo 2001, relativo al richiamato settore dei servizi sociali, degli "interventi innovativi e sperimentali". La stessa Corte costituzionale, nella già menzionata sentenza n. 131 del 2020, conferma questa soluzione interpretativa, già sostenuta in dottrina, riconoscendo come la disposizione abbia ampliato «*una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale, nell'art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) e quindi dall'art. 7 del 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).*

La co-progettazione diventa, dunque, metodologia ordinaria per l'attivazione di rapporti di collaborazione con ETS; l'art. 55, al riguardo, fornisce due indicazioni di cui tener conto nella sua applicazione:

a) da un lato, l'attivazione della co-progettazione dovrebbe essere la conseguenza dell'attivazione della co-programmazione, quale esito "naturale";

b) dall'altro, tale istituto è riferito a "*specifici progetti di servizio o di intervento*".

La collaborazione fra enti pubblici ed ETS, in funzione "sussidiaria", è attivabile tanto per la co-costruzione di progetti di intervento, ma anche di servizi. La norma, è bene precisarlo, esige che si tratti di "specifici progetti".

Tale ultima notazione è rilevante ai fini del rapporto con l'affidamento di servizi, in senso stretto, come tali disciplinati dal CCP, già oggetto del precedente paragrafo 2 al quale si rinvia per le relative argomentazioni.

Da un punto di vista procedurale, è ancora la Relazione governativa a chiarire che "*L'individuazione degli enti del Terzo settore da coinvolgere nel partenariato dovrà avvenire attraverso procedimenti ex articolo 12 della legge n.241/1990, rispettosi dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. Centrale sarà il ruolo dell'amministrazione procedente alla quale compete, come già enunciato dalla richiamata delibera ANAC n. 32/2016, la predeterminazione degli obiettivi generali e specifici del progetto, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner. Una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative e non potrà produrre modifiche al progetto tali che, se originariamente previste, avrebbero potuto determinare una diversa individuazione del partner*".

La disposizione, pertanto, al dichiarato fine di preservare o, comunque, di non limitare le prerogative di ogni singolo ente pubblico, al quale – si ribadisce – viene riconosciuta l'autonomia organizzativa e regolamentare, non specifica, tipizzandole, le modalità ed i termini per la corretta indizione e svolgimento di procedimenti amministrativi di co-progettazione.

Proprio il richiamo, contenuto nel più volte citato primo comma, ai principi del procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990, permette di individuare le esigenze minime dell'evidenza pubblica. Non si prescinde, conseguentemente, dallo svolgimento di procedure comparative ad evidenza pubblica.

Di norma, come nelle procedure di co-programmazione, è l'amministrazione pubblica, in quanto "procedente", ad indire il procedimento, sulla base di apposito provvedimento, con il quale viene indicato il Codice Unico di Progetto (CUP), di cui alla relativa disciplina vigente, ed individuato il responsabile del procedimento, ai sensi degli articoli 5 e 6 della legge n.241/1990, e, quindi, avviato il procedimento, previa approvazione dei relativi atti.

Segue la pubblicazione dell'avviso.

Coerentemente con la specifica finalità del presente documento, si ritiene che tale avviso, a sua volta, dovrebbe avere un contenuto minimo; in via meramente esemplificativa, esso potrebbe aver almeno i seguenti elementi:

a) finalità del procedimento;
b) oggetto del procedimento;
c) durata del partenariato;
d) quadro progettuale ed economico di riferimento;
e) requisiti di partecipazione e cause di esclusione, con particolare riguardo alla disciplina in materia di conflitti di interesse;
f) fasi del procedimento e modalità di svolgimento;
g) criteri di valutazione delle proposte, anche eventualmente finalizzate a sostenere – nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità – la continuità occupazionale del personale dipendente degli ETS;
h) conclusione del procedimento.

All'avviso, infine, potrebbero essere allegati almeno i seguenti atti e documenti:

i. documento progettuale di massima e/o progetto preliminare;
ii. schema di convenzione, regolante i rapporti di collaborazione fra Amministrazione procedente e ETS, anche ai fini del rispetto degli obblighi previsti dalla disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari;
iii. modello di domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione procedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate;
iv. eventuale modello di proposta (progettuale ed economica).

Con riferimento all'oggetto del procedimento, come già rilevato nella sezione dedicata alla co-programmazione, anche la co-progettazione può avere ad oggetto – è, anzi, auspicabile che ciò avvenga – più attività di interesse generale indicate dall'art. 5 CTS.

La durata del partenariato potrebbe essere, in primo luogo, minima; usualmente è in relazione agli obiettivi dell'ente procedente, dei risultati attesi, nonché degli impegni e delle attività richieste agli ETS.

La durata del partenariato, inoltre, potrebbe essere considerata quale criterio di valutazione delle proposte progettuali presentate dagli ETS, con la conseguenza di poter attribuire un punteggio incrementale a quelle proposte che prevedano una durata maggiore di quella iniziale e ciò in ragione della qualità del partenariato e dei relativi apporti.

Laddove, inoltre, il procedimento di co-progettazione sia finalizzato all'attuazione di un progetto innovativo e/o sperimentale, l'avviso, ma in generale tutte le fasi del procedimento, dovranno indicare e dar conto dei risultati attesi e di quelli conseguiti ad esito della collaborazione.

Gli atti del procedimento di co-progettazione, inoltre, potrebbero prevedere e disciplinare la valutazione dell'impatto sociale (in avanti anche come "VIS"), generato dall'attività degli ETS, in applicazione di quanto previsto dall'art.7, comma 3 della legge n.106/2016 e dal DM 23 luglio 2019 (pubblicato nella G.U. del 12 settembre 2019).

Gli avvisi dovrebbero descrivere in modo chiaro il quadro progettuale ed economico di riferimento;*in primis*, mettendo a disposizione degli ETS, che intendano partecipare al procedimento ad evidenza pubblica, le informazioni, i dati e gli eventuali strumenti di programmazione e di pianificazione, ritenuti utili e pertinenti, in modo da consentire loro di elaborare una proposta progettuale coerente con l'azione degli enti procedenti, nonché efficace ed effettiva.

In secondo luogo, gli avvisi dovrebbero indicare l'insieme delle risorse messe a disposizione dall'amministrazione procedente ed utilizzabili nell'eventuale esecuzione delle attività di progetto.

In ragione della peculiarità della metodologia della co-progettazione, le risorse pubbliche messe a disposizione dei partecipanti possono essere di vario tipo e, dunque, trattarsi di:

- risorse economiche, proprie o di altro ente o soggetto;
- beni mobili e/o immobili;
- risorse umane, proprie dell'ente procedente o di cui esso si avvale a vario titolo (ad esempio per attività di stage o tirocinio o altro ancora).

Le risorse economiche, in ragione della natura giuridica della co-progettazione e del rapporto di collaborazione, che si attiva con gli ETS, sono da ricondurre ai contributi, disciplinati dall'art. 12 della legge n. 241/1990.

Nel caso in cui un ente procedente conferisca l'utilizzo, anche parziale, di un proprio bene immobile, si ritiene che – oltre a non essere utilizzato al momento di pubblicazione dell'avviso per fini istituzionali e non rientrare fra i beni oggetto di alienazione o valorizzazione, ai sensi della relativa disciplina – il predetto bene dovrebbe essere oggetto di apposita relazione amministrativa ed estimativa.

L'ente proprietario, a tale ultimo proposito, dovrebbe redigere una relazione descrittiva del bene, con la quale vengono rese le informazioni salienti sulla situazione amministrativa del bene medesimo, anche in ordine alle eventuali limitazioni di ordine urbanistico, edilizio o in ragione dell'eventuale disciplina di tutela (ad esempio, in quanto bene culturale vincolato).

Inoltre, nella stessa relazione dovrebbe essere stimato il c.d. *valore d'uso* del bene, da tenere distinto rispetto al suo valore dominicale, il quale viene utilizzato, invece, per la determinazione del prezzo di vendita, in caso di cessione, del canone di locazione o del canone di concessione nella relativa ipotesi.

Il valore d'uso, la cui determinazione è richiesta al fine di scongiurare ipotesi di danno erariale, serve proprio a individuare l'utilità economica, indiretta per gli ETS partner, i quali vengono sollevati da un esborso, laddove questi ultimi avessero dovuto reperire sul mercato un immobile analogo per tipologia e ubicazione. In ogni caso, occorrerà indicare anche gli oneri dovuti per il pagamento delle utenze attive, al di là di chi sia il soggetto che ne sostenga effettivamente il costo.

In ragione della peculiarità del rapporto di collaborazione attivato mediante co-progettazione, si ritiene che, di norma, agli ETS è richiesta una compartecipazione, mediante diverse forme, nei termini e con le modalità stabilite dalle Amministrazioni procedenti sia nell'ambito delle eventuali regolamentazioni generali dell'istituto o, in alternativa, nell'ambito della regolamentazione sulla concessione di contributi, sovvenzioni o altre utilità economiche, che negli avvisi pubblicati.

Con specifico riferimento all'eventuale apporto dell'attività prestata da volontari, esso potrà essere valorizzato attraverso l'applicazione, alle ore di attività di volontariato effettivamente svolte, della retribuzione oraria lorda prevista per la corrispondente qualifica dai contratti collettivi di cui

all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ma – beninteso – senza possibilità di rimborsare detto apporto, neppure in forma forfettaria.

Venendo, poi, allo sviluppo della procedura di co-progettazione, fermo restando quanto previsto dalla regolamentazione regionale e locale, in primo luogo occorre ribadire che, trovando applicazione i principi del procedimento di cui alla legge n. 241/1990, l'iniziativa può essere anche di parte e, dunque, di uno o più ETS.

In tale ultima ipotesi, si ritiene che gli ETS non possano limitarsi ad una mera richiesta, rivolta all'amministrazione competente, affinché attivi un procedimento di co-progettazione, posto che quest'ultima non è obbligata a rispondere a tale richiesta, né – in ogni caso – a darvi corso.

Gli ETS, singoli o associati, devono formalizzare all'amministrazione una proposta progettuale, nella quale siano chiaramente indicati l'idea progettuale proposta, le attività rimesse alla cura del partenariato del privato sociale, ivi comprese le risorse messe a disposizione e le eventuali richieste, anche con riferimento alle risorse, indirizzate dall'ente.

Alle proposte non manifestamente inammissibili si applicano le regole previste dalla legge n. 241/1990 ed in particolare in materia di istruttoria, di conclusione del procedimento, di motivazione del provvedimento finale.

In caso di accoglimento di una proposta presentata dagli ETS, singoli o associati, l'ente procedente pubblica a quel punto un avviso, con il quale si dà notizia della valutazione positiva della proposta ricevuta e si dà agli altri ETS, eventualmente interessati, la possibilità di presentare la propria proposta progettuale, con la conseguente valutazione comparativa fra le proposte pervenute.

In ogni caso, l'amministrazione conclude il procedimento con atto motivato, cui seguirà la sottoscrizione della convenzione per l'attivazione del rapporto di collaborazione con gli ETS, singoli o associati, la cui proposta progettuale sia stata ritenuta come quella più rispondente alle finalità dell'ente medesimo.

Per quanto riguarda, invece, lo svolgimento delle sessioni di co-progettazione, ferme restando le eventuali previsioni e/o indicazioni regionali e locali, la prassi dimostra sostanzialmente due modalità, fra loro alternative:

i) l'attivazione del c.d. tavolo di co-progettazione con i soli ETS utilmente collocati nella graduatoria finale o, comunque, la cui proposta progettuale sia stata valutata positivamente;

ii) l'ammissione di tutti gli ETS, purché in possesso dei requisiti previsti dagli avvisi, alla co-progettazione.

Si tratta, come intuibile, di due modalità che mostrano tratti distintivi e che hanno ricadute rilevanti, anche in termini organizzativi e di attività delle amministrazioni procedenti, ma anche del possibile impatto dell'istituto.

Da un lato, infatti, l'attività di co-progettazione con i soli ETS "selezionati" assicura speditezza al procedimento, ma priva l'amministrazione procedente degli apporti, di vario genere, di tutti gli ETS potenzialmente interessati, anche di quelli di minore consistenza. Il rischio, pertanto, è quello di perdere una parte di "capitale" di conoscenza, di proposta e di apporti, di varia natura.

Dall'altro lato, un procedimento allargato a tutti gli ETS, per così dire "prequalificati", non sconta la criticità appena richiamata, ma richiede una capacità organizzativa delle amministrazioni procedenti nella gestione efficace ed efficiente di un procedimento complesso ed articolato, ad esito del quale – a fronte di più proposte progettuali – saranno comunque chiamate a scegliere quella ritenuta come la più funzionale al raggiungimento delle finalità pubbliche.

A tale ultimo proposito, va avvertito che gli avvisi potranno prevedere – disciplinandola – l'ipotesi in cui le diverse e distinte proposte progettuali presentate dagli ETS, singoli e associati, potrebbero essere fra loro integrate, in modo da configurare una proposta progettuale "unitaria".

Le sessioni di co-progettazione vengono verbalizzate dal responsabile del procedimento. Qualora, in ragione di quanto appena rilevato, in chiusura del lavoro di co-progettazione si dovesse manifestare un accordo unanime fra gli ETS rispetto ad un dato assetto progettuale e laddove il possibile esito sia ritenuto dall'amministrazione procedente rispondente all'interesse pubblico, il relativo verbale

potrebbe esplicitare che è esso redatto anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 della legge n. 241/1990, ovverosia il verbale costituisce accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento finale dell'ente pubblico.

Dopo la chiusura del procedimento ad evidenza pubblica e, comunque, prima dell'avvio delle attività, le parti (amministrazione procedente e gli ETS, singoli o associati) sottoscrivono la convenzione, con la quale regolano i reciproci rapporti.

A tale ultimo proposito, la convenzione, nello spirito e nella peculiarità del procedimento di co-progettazione, potrebbe essere considerata anche ai fini della valutazione delle proposte progettuali, riconoscendo la possibilità agli ETS di proporre miglioramenti allo schema di convenzione, posto a base della procedura dall'amministrazione procedente ed allegato all'avviso, con il conseguente riconoscimento di un punteggio premiale. In questo modo, sarebbe ancor più evidente la volontà "collaborativa" degli ETS rispetto all'ente pubblico.

La convenzione dovrebbe disciplinare gli elementi salienti dell'esecuzione delle attività di progetto quali:

- la durata del partenariato;
- gli impegni comuni e quelli propri di ciascuna parte, incluso il rispetto della disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari;
- il quadro economico risultante dalle risorse, anche umane, messe a disposizione dall'ente procedente e da quelle offerte dagli ETS nel corso del procedimento;
- le eventuali garanzie e le coperture assicurative richieste agli ETS (tenuto conto della rilevanza degli impegni e delle attività di progetto);
- le eventuali sanzioni e le ipotesi di revoca del contributo a fronte di gravi irregolarità o inadempimenti degli ETS;
- la disciplina in ordine alla VIS (valutazione di impatto sociale), per come risultante dagli atti della procedura;
- i termini e le modalità della rendicontazione delle spese;
- i limiti e le modalità di revisione della convenzione, anche a seguito dell'eventuale riattivazione della co-progettazione;
- la disciplina in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, in applicazione della disciplina vigente.

In proposito, la rendicontazione delle spese è necessaria in ragione della riconducibilità delle risorse riconosciute agli ETS ai contributi, di cui all'art. 12 della legge n. 241/1990; pertanto, la relativa attività, sulla scorta degli orientamenti univoci della giurisprudenza amministrativa e contabile, dovrà essere analitica ed inerente alle attività svolte, posto che le amministrazioni pubbliche devono controllare il "corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali" (art. 93, comma 3, lett. e), CTS), ma anche degli eventuali beni pubblici messi a disposizione (ai sensi del richiamato art. 93, comma 4, CTS).

In ragione dell'eventuale eterogeneità delle attività di progetto e degli ETS chiamati a darne esecuzione, gli atti della procedura, compresa la convenzione, dovrebbero disciplinare esplicitamente l'attività di coordinamento delle attività, in quanto funzionale al raggiungimento delle finalità attese.

La co-progettazione, inoltre, quale metodologia di attività collaborativa, oltre che procedimento amministrativo orientato all'attivazione del partenariato, dovrebbe avere natura "circolare", ovverosia dovrebbe essere riattivata – nei termini e con le modalità disciplinati da ogni singolo avviso, anche in relazione alla peculiarità dell'oggetto del procedimento – allorquando si manifesti la necessità o, anche, l'opportunità di rivedere o implementare l'assetto raggiunto con la co-progettazione.

Come in precedenza osservato, tanto la modifica della convenzione, quanto la riattivazione della co-progettazione, in ogni caso presuppongono il rispetto dei principi di trasparenza (ovverosia la relativa possibilità dovrà essere prevista a monte nell'avviso) e di parità di trattamento tra gli ETS partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica (quale conseguenza della trasparenza).

La co-progettazione, ai sensi del più volte richiamato art. 55, comma 3 del CTS può essere declinata nella forma dell'accreditamento, oggetto di disciplina specifica al successivo quarto comma, di seguito riportato "*4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché' dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner*".

L'accreditamento contemplato dall'art. 55, quarto comma, del CTS non è, pertanto, da confondere con la forma di affidamento di servizi, disciplinata dalla legge n. 502/1992 e dalle varie leggi regionali di settore, in particolare nei settori dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali, nonché della formazione e del collocamento al lavoro.

L'accreditamento c.d. "locale", previsto dal CTS, può essere ricondotto al regime autorizzatorio, ovverosia a quella peculiare forma di abilitazione – da parte delle competenti amministrazioni – mediante la quale un soggetto, persona fisica o giuridica, al ricorrere dei presupposti normativamente previsti, può svolgere una data attività o un servizio.

Ferma restando l'evidenza pubblica, finalizzata a verificare il possesso dei requisiti dei soggetti richiedenti, richiesti per lo svolgimento delle attività di interesse generale, indicate nel relativo avviso, la competente Amministrazione procedente si limita ad un mero riscontro fra quanto richiesto dalla disciplina generale e di settore al soggetto da autorizzare e quanto posseduto da quest'ultimo.

Tale modalità di relazione pubblico-privato non attiva una selezione competitiva, né prevede valutazioni discrezionali di merito da parte dell'Amministrazione procedente.

Come più volte evidenziato, la disposizione contenuta nel quarto comma non ha disciplinato in modo preciso la procedura con la quale attivare partenariati mediante accreditamento, in coerenza con i principi comuni del primo comma, già esaminati.

I regimi autorizzatori, si ribadisce, sono esclusi dall'applicazione del vigente codice dei contratti pubblici per le ragioni in precedenza esposte ([2]).

In proposito, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, in occasione dell'attività consultiva sullo schema di Codice, di cui al parere n. 1405/2017 del 14 giugno 2017, ha osservato che "*(...) il comma 4 dell'articolo in esame, pur essendo mosso dalla condivisibile finalità di garantire la scelta imparziale e trasparente degli enti partner nell'attività di co-progettazione, reca solo principi di carattere generale che andrebbero meglio specificati nella legge non essendo all'uopo sufficiente il richiamato operato dal comma 1 al rispetto della legge n. 241 del 1990.*

In alternativa si potrebbe espressamente prevedere che, nel rispetto delle norme contenute all'articolo 55, spetti a ciascuna amministrazione adottare bandi che specifichino meglio le regole per la selezione degli enti partner".

Facendo applicazione di quanto affermato dal Consiglio di Stato, gli avvisi finalizzati all'attivazione di rapporti di collaborazione con ETS mediante co-progettazione nella peculiare modalità dell'accreditamento, oltre a quanto già indicato in precedenza, potrebbero regolare i seguenti ulteriori aspetti:

- requisiti richiesti agli ETS, specificatamente inerenti alla procedura di accreditamento;
- eventuale durata del rapporto di accreditamento e/o della convenzione/patto di accreditamento;
- condizioni economiche per l'attivazione del rapporto di accreditamento;
- regolamentazione delle modalità di scelta degli ETS accreditati per l'attivazione del partenariato;
- sistema di controllo, vigilanza e monitoraggio, nonché relativo regime sanzionatorio;

[2] Come confermato dalla Corte di Giustizia dell'UE nelle pronunce del 2 giugno 2016 nella causa C-410/14 e del 1° marzo 2018 nella causa C-9/17.

– regolamentazione delle ipotesi di recesso, di risoluzione e di continuità delle attività e dei servizi.

Per quanto riguarda la durata dell'accreditamento, sono possibili alcune opzioni fra cui:

a) durata minima dell'accreditamento (ad esempio di cinque anni, analogamente a quanto previsto dalla disciplina di settore per alcune autorizzazioni, specie in materia ambientale), anche per garantire agli ETS la possibilità di poter programmare nel tempo la propria attività, salvo rinnovo periodico o decadenza;

b) accreditamento a tempo indeterminato, salvo revoca, e durata predeterminata del contratto/patto di accreditamento in relazione alla specifica attività o servizio accreditati.

Gli avvisi, inoltre, dovrebbero stabilire e disciplinare il regime economico, conseguente all'attivazione del partenariato con gli ETS accreditati. A tal proposito, anche al fine di agevolare il meccanismo di scelta degli ETS medesimi, garantendo al contempo la parità di trattamento, ovverosia delle opportunità di essere scelti, gli avvisi dovrebbero indicare l'importo del contributo riconoscibile agli ETS accreditati, eventualmente tenendo conto della compartecipazione da parte del destinatario dell'attività/del servizio.

La scelta fra gli ETS accreditati è un aspetto molto rilevante, non solo in ordine alla peculiare natura giuridica dell'istituto, ma anche in ragione delle conseguenze pratiche.

In termini generali, le amministrazioni procedenti, dopo la selezione degli ETS da accreditare, istituiscono un "Elenco" o "Albo" da cui attingere; il rispetto dei principi della legge n. 241/1990 comporta, in primo luogo, che tale Elenco/Albo dovrebbe essere di tipo "aperto", in modo da garantire agli ETS, che decidano di iscriversi ad esso, avendone i requisiti, di poter avere le medesime opportunità degli altri ETS accreditati.

Entrando nel merito del tema della scelta degli ETS accreditati, si osserva che, di norma e laddove possibile, l'individuazione degli ETS iscritti nell'Elenco/Albo, chiamati a svolgere l'attività/servizio, dovrebbe essere riservata al beneficiario finale dell'attività dell'ETS o, si pensi al settore dei minori e degli anziani, ai prossimi congiunti o a chi ne ha la rappresentanza e tutela. Viceversa, dovrebbe essere residuale l'opzione della scelta operata dalla stessa amministrazione procedente.

A tale ultimo proposito, la scelta dello stesso ente pubblico, nella cui figura sono concentrati tanti ruoli e prerogative (ente procedente, parte della convenzione/patto di accreditamento, tenutario dell'Elenco/Albo, ente affidante e controllore), dovrebbe essere residuale ed, in ogni caso, avvenire sulla base di una mera valutazione connotata da sola discrezionalità tecnica, attinendo la sfera della scelta alla congruità dell'ETS rispetto al bisogno/aspettativa del beneficiario finale.

In ogni caso, quale che sia la concreta modalità di scelta degli ETS accreditati, a parità di condizioni fra ETS, deve essere loro garantita la parità di trattamento, intendendosi la possibilità di ricevere le stesse opportunità di attivazione del partenariato, in modo da non frustrare la relativa originaria partecipazione al procedimento ad evidenza pubblica per l'istituzione dell'Elenco/Albo.

La natura sostanzialmente autorizzatoria dell'accreditamento, che si traduce in un regime più alleggerito e non contingentato di scelta degli ETS da parte degli enti pubblici, trova il proprio bilanciamento in un sistema rafforzato in termini di controllo, monitoraggio e attività sanzionatoria dell'ente accreditante.

Gli atti della procedura dovrebbero, pertanto, prevedere e regolamentare un sistema, chiaro ed efficace, di controllo e monitoraggio, da un lato, e di applicazione delle misure sanzionatorie, di tipo graduale, dall'altro, che vada dai richiami alle penali, fino alla risoluzione del contratto/patto di accreditamento e della decadenza dell'ETS dall'Elenco/Albo.

Gli avvisi, a tale ultimo riguardo, dovrebbero disciplinare i termini e le modalità mediante le quali gli ETS cancellati dall'Elenco/Albo degli ETS accreditati possano chiedere di essere reinseriti, previa dimostrazione del rinnovato possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento delle attività/dei servizi.

Nel chiudere la trattazione sull'accreditamento e nel ricordare che – nella *ratio* dell'art. 55, terzo comma CTS – esso è una modalità/declinazione della co-progettazione, occorre precisare che gli ETS accreditati, prima di dare avvio alle proprie attività, co-progettano gli interventi o i servizi oggetto di accreditamento.

BOX - Le fasi del procedimento di co-progettazione

1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell'attività di co-programmazione;
2) pubblicazione dell'avviso e dei relativi allegati;
3) svolgimento delle sessioni di co-progettazione;
4) conclusione della procedura ad evidenza pubblica;
5) sottoscrizione della convenzione.

BOX - Le fasi del procedimento di co-progettazione nella forma di accreditamento

1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell'attività di co-programmazione;
2) pubblicazione dell'avviso e dei relativi allegati;
3) istituzione dell'Elenco/Albo degli ETS accreditati;
4) svolgimento delle sessioni di co-progettazione;
5) conclusione della procedura ad evidenza pubblica;
6) sottoscrizione del patto di accreditamento.

4.LE CONVENZIONI CON APS E ODV

Le convenzioni, disciplinate dagli artt. 56 e 57, costituiscono una delle forme tipiche nelle quali alcuni ETS– organizzazioni di volontariato ed associazioni di promozione sociale – possono concludere accordi di collaborazione con le PP.AA. L'art. 56 del CTS contiene una formulazione più ampia rispetto all'art. 57: la prima disposizione si configura quasi come un *genus* di cui la seconda costituisce una *species* in un settore particolare (trasporto sanitario di emergenza ed urgenza) e nel quale molto rilevante è stato il contenzioso giudiziale.

Le disposizioni introducono, di fatto, per via legislativa, una serie di condizioni che sono state definite per via giurisprudenziale nel corso del tempo (soprattutto, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea: CGUE 11 dicembre 2017, C-113/13, c.d. *Spezzino* e 28 gennaio 2016, C-50/2014 c.d. *Casta*). L'attenzione del Giudice europeo è posta sul tema della *gratuità* e del principio del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate; ciò pare da leggere e interpretare come "presidio" avverso l'ipotesi di riqualificare le convenzioni come contratti di appalto. L'ammissibilità del sistema convenzionale si fonda, inoltre, sulla circostanza che esso concorre al raggiungimento di una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. Al contempo, rileva la circostanza che le organizzazioni coinvolte – nel rispetto della legislazione nazionale in materia – non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni, fatto salvo il rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo, necessari per fornire le medesime, e non procurano alcun profitto ai loro membri, né direttamente né indirettamente.

Ai sensi dell'art. 56 CTS, le amministrazioni pubbliche *possono* sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi

(quindi, non degli associati) di *attività o servizi sociali di interesse generale*, a condizione che tali convenzioni si rivelino – secondo la formulazione del legislatore – «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato».

L'art. 56 del CTS prevede una limitazione soggettiva (ODV ed APS), in ragione della peculiarità che i soggetti così qualificati presentano nello scenario della riforma del Terzo settore. Infatti, si tratta di enti che si avvalgono prevalentemente dell'attività dei propri *associati-volontari* ed esprimono quindi una connotazione di tipo solidaristico più marcata rispetto agli altri enti del Terzo settore (cfr. TAR Lazio, sez. III-bis, 8 novembre 2018, n. 10809).

L'individuazione dei soggetti con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative "riservate".

Il legislatore indica, fra i criteri di valutazione delle procedure, il possesso da parte degli enti dei requisiti di moralità professionale e la dimostrazione di una «*adeguata attitudine da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari*».

Sono individuati, altresì, alcuni *standard* di trasparenza quali la pubblicazione sui propri siti informatici degli atti di indizione dei procedimenti e dei relativi provvedimenti finali, nonché la loro pubblicazione, da parte delle amministrazioni procedenti, nelle rispettive sezioni *web* "*Amministrazione trasparente*", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Il medesimo art. 56 del CTS prevede una limitazione oggettiva alle sole *attività o servizi sociali di interesse generale:* è un ambito più ristretto rispetto a quanto previsto dall'art. 5 CTS, da interpretare alla luce sia del diritto interno (legge n. 328 del 2000), sia nella prospettiva, ben più ampia e comprensiva, tracciata dal diritto dell'Unione europea (ed alla quale il legislatore evidentemente si è ispirato: così nella COM(2006), *Attuazione del programma di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione*). Una siffatta limitazione oggettiva è stata richiesta dal Consiglio di Stato in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo (cfr. parere n. 1405/2017).

Sempre sotto il profilo oggettivo, le convenzioni possono prevedere esclusivamente il rimborso delle *spese effettivamente sostenute e documentate.* L'art. 56, comma 4 precisa che deve osservarsi il principio dell'effettività delle spese, con l'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. In questo modo, è assicurato anche il contributo all'efficienza del bilancio pubblico.

Oggetto necessario delle convenzioni sono, secondo le indicazioni del legislatore:

1) le disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a 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;
2) la durata del rapporto convenzionale;
3) il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici;
4) le coperture assicurative di cui all'articolo 18 del CTS, che rientrano necessariamente fra le spese da ammettere a rimborso;
5) i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso;
6) le modalità di risoluzione del rapporto;
7) le forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità;
8) la verifica dei reciproci adempimenti;
9) le modalità di rimborso delle spese.

L'art. 56 del CTS pone in capo alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di verificare che il ricorso alle convenzioni risulti «più favorevole rispetto al ricorso al mercato». Si tratta di una locuzione inserita su richiesta del Consiglio di Stato in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo (si veda il già citato parere n. 1405/2017) al fine di enucleare il «giusto punto di equilibrio» fra «la tutela della concorrenza [quale] principio eurounitario cui deve uniformarsi sia l'attività legislativa sia quella amministrativa di ciascuno Stato nazionale» ed il *favor* espresso dal principio di sussidiarietà orizzontale».

Una lettura condivisibile della prescrizione induce a ritenere che non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle PP.AA. bensì che si richieda di verificare l'effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina. Pertanto, occorre "leggere" la prescrizione del «maggior favore rispetto al mercato» come formula sintetica che compendia una valutazione complessiva svolta dalla P.A. sugli effetti del ricorso ad una convenzione, in luogo dell'applicazione della disciplina di diritto comune per l'affidamento dei servizi sociali (in tal senso, TAR Puglia – Lecce, sez. II, n. 2049/2019, che valorizza il profilo motivazionale).

Con riferimento alla rendicontazione delle spese e dei costi sostenuti, si ritiene che possa essere considerata, quale prassi tuttora valida, la Circolare n. 2 del 2 febbraio 2009 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ([3])

BOX - Le fasi del procedimento di stipula delle convenzioni

1) Indizione del procedimento per la stipula di convenzione (avviso);
2) pubblicazione sui siti informatici dell'avviso e dei relativi allegati;
3) procedura comparativa per la scelta del soggetto (ODV o APS);
4) conclusione della procedura comparativa e pubblicazione del provvedimento finale;
5) sottoscrizione della convenzione e pubblicazione della convenzione.

5.LE CONVENZIONI PER IL SERVIZIO DI TRASPORTO SANITARIO DI EMERGENZA E URGENZA

L'art. 57 del CTS rappresenta la "codificazione" della giurisprudenza euro-unitaria (si vedano le già richiamate sentenze c.d. *Casta* e *Spezzino*) ed ha fondamento nella stessa direttiva sugli appalti pubblici (direttiva 2014/24/UE) che, al considerando n. *28*, afferma che essa non trova applicazione

[3] "Tipologia dei soggetti promotori, ammissibilità delle spese e massimali di costo per le attività rendicontate a costi reali cofinanziate dal Fondo Sociale Europeo 2007-2013 nell'ambito dei Programmi Operativi Nazionali (P.O.N.)", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 117 del 22 maggio 2009.

in ordine «*a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva*».

Si prevede che i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza *possano* essere, *in via prioritaria*, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato (e solo ad esse), iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa nazionale (di cui all'art. 41, c.2 CTS), ed accreditate ai sensi dell'*eventuale* normativa regionale in materia. Le Regioni – secondo l'impostazione seguita dal Consiglio di Stato (sentenza 14 maggio 2019 n. 3131) – possono anche prevedere un "obbligo" di affidamento del servizio di trasporto sanitario di urgenza alle ODV, senza che ciò sia in contrasto con la disposizione del CTS «che trova la propria genesi nell'esclusione dall'obbligo della selezione pubblica prevista dalla disciplina comunitaria e dalle pedisseque disposizioni del Codice dei contratti pubblici».

Infatti, proprio il dettato dell'art. 57 rende evidente che non sussiste, nell'ordinamento, alcuna «obbligatorietà della gara per l'affidamento dei servizi in questione, ma al contrario deve ritenersi oramai codificato il principio dell'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza» (TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 12 gennaio 2018, n, 32).

Alla base della scelta regionale, vi sarà la considerazione che per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

La locuzione «in via prioritaria» indica - se letta nella prospettiva dell'ipotesi generale di cui all'art. 56 del CTS - una sorta di presunzione di «maggior favore rispetto al mercato»: al soddisfacimento delle condizioni previste nella disposizione, è il legislatore stesso che individua un punto di "bilanciamento" fra le esigenze solidaristiche, di equilibrio dei bilanci pubblici, e di tutela della concorrenza.

Si fa applicazione, per espressa previsione legislativa, di quanto previsto dall'art. 56, commi 2, 3, 3-*bis* e 4 del CTS.

La disposizione pone, tuttavia, un problema di delimitazione oggettiva, in ordine all' interpretazione da dare dell'espressione «servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza». In una prospettiva euro-unitaria, la già richiamata direttiva 2014/14/UE pone quale punto di riferimento un criterio di *stretta interpretazione:* «i servizi di trasporto dei pazienti [*in condizione di non urgenza*] in ambulanza non dovrebbero essere esclusi» dall'applicazione della direttiva. Cosicché, non parrebbero rientrare nell'ambito applicativo della disposizione in commento tutti i servizi non connotati da emergenza ed urgenza (ad es., trasporto dializzati). In realtà, il problema pare destinato ad essere ridimensionato se si accoglie una lettura del rapporto fra gli articoli 56 e 57 come *genus* e *species:* in definitiva, il fatto che un determinato servizio, senz'altro ascrivibile alla categoria dei servizi sociali di interesse generale, non rientri all'interno del paradigma dell'art. 57 del CTS, non esclude che esso possa essere oggetto di una convenzione ai sensi dell'art. 56 del CTS, quale disposizione a contenuto generale che valorizza l'apporto collaborativo di tipo solidaristico fornito dagli enti del Terzo settore.

BOX - ODV per il trasporto sanitario di emergenza-urgenza

1) organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore;
2) aderenti ad una rete associativa nazionale;
3) accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente.

6.LE MISURE DI TRASPARENZA E PUBBLICITA'

Dopo aver esaminato gli istituti degli articoli 55-57 del CTS, è possibile passare ad analizzare l'impatto della vigente disciplina in materia di trasparenza e di pubblicità sui già menzionati istituti.

A tal proposito, occorre muovere dall'ambito "soggettivo" di applicazione della disciplina del CTS contenuta nel Titolo VII, esaminato nel precedente paragrafo 2.1; in quella occasione è stato richiamato il primo comma dell'art. 55, il quale precisa che le pubbliche amministrazioni "procedenti" sono quelle indicate dall'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 e ss. mm., disposizione quest'ultima che – a sua volta – fonda l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulla trasparenza (art. 2-bis, comma 1, d. lgs. n. 33/2013).

Prima di entrare nel merito degli obblighi in materia di trasparenza e dei relativi adempimenti, pare opportuno richiamare alcune norme di tale disciplina (d. lgs. n. 33/2013), in considerazione della relativa portata generale e, dunque, dell'applicabilità agli strumenti del CTS. Più specificamente, si fa riferimento:

a) a quanto previsto in materia di accesso civico generalizzato dall'art. 5 ed alle relative tassative ipotesi di esclusione e limitazione, ai sensi dell'art. 5-bis;

b) alle indicazioni relative alla "qualità" dei dati e delle informazioni, ai sensi dell'art. 6, nonché alla possibilità del successivo riutilizzo (artt. 7 e 7-bis);

c) alla durata (dell'obbligo di pubblicazione), stabilito in 5 anni dall'art. 8.

Ciò premesso, è possibile procedere con l'analisi dei singoli strumenti del CTS.

Il procedimento di **co-programmazione** (art. 55, comma 2) si snoda attraverso le seguenti fasi, in riferimento alle quali trovano applicazione gli obblighi di pubblicità, appresso specificati, in attuazione della normativa sulla trasparenza:

1) indizione del procedimento mediante determina assunta dal competente soggetto della P.A. "procedente", con la quale sono approvate le bozze degli atti della procedura (cfr. paragrafo 3) e viene nominato il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e ss. mm.;

2) pubblicazione degli atti della procedura (di norma, avviso, eventuale modello di domanda di partecipazione e relative autodichiarazioni degli ETS, eventuale documento preliminare della P.A.);

3) atto di nomina del seggio – dopo la scadenza del termine stabilito nell'avviso per la ricezione delle domande di partecipazione da parte degli ETS – per i lavori di verifica delle domande medesime;

4) verbali delle operazioni di verifica delle domande di partecipazione;

5) elenco degli ETS ammessi e di quelli non ammessi al tavolo di co-programmazione;

6) verbali dei tavoli di co-programmazione;

7) documento finale di sintesi dei lavori del tavolo di co-programmazione, di competenza del responsabile del procedimento, e, quali eventuali allegati, dei documenti e dei contributi, versati nell'ambito del procedimento sia dagli ETS partecipanti, che – eventualmente – dagli altri soggetti ed enti pubblici intervenuti al procedimento medesimo.

Gli atti ed i provvedimenti sopra richiamati, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013:

- devono essere pubblicati ai sensi dell'art. 23, trattandosi di "provvedimenti amministrativi", e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;
- la pubblicazione deve avvenire "tempestivamente", ai sensi dell'art. 8;
- la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell'art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall'art. 5-bis, avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;

– laddove, nell'ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. "procedente", l'obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell'art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

La **co-progettazione** è disciplinata dal comma 3 del più volte richiamo art. 55 del CTS.

Anche tale procedimento si sviluppa in varie fasi, analizzate nel precedente paragrafo 3 e di seguito indicate al fine di ricavare i corrispondenti obblighi di trasparenza e di pubblicità:

1) indizione della procedura mediante determina assunta dal competente soggetto della P.A. "procedente", con la quale sono approvate le bozze degli atti della procedura e viene nominato il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e ss. mm.;
2) pubblicazione degli atti della procedura (di norma, avviso, eventuale modello di domanda di partecipazione e relative autodichiarazioni degli ETS, eventuale documento progettuale di massima o documento di riferimento elaborato dalla stessa P.A., schema della convenzione);
3) atto di nomina del seggio/della commissione – dopo la scadenza del termine stabilito nell'avviso per la ricezione delle domande di partecipazione da parte degli ETS – per i lavori di verifica delle domande medesime e della commissione per la successiva valutazione delle proposte progettuali;
4) verbali delle operazioni di verifica delle domande di partecipazione;
5) elenco degli ETS ammessi e di quelli non ammessi al tavolo di co-progettazione;
6) valutazione delle proposte progettuali, finalizzate alla creazione del partenariato pubblico-privato, come da relativi verbali della commissione;
7) conclusione del procedimento con apposito provvedimento di selezione degli ETS abilitati a co-progettare con la P.A. o, in alternativa, di accordo unanime degli ETS con l'amministrazione procedente, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990;
8) svolgimento dei tavoli di co-progettazione, come da relativi verbali;
9) sottoscrizione della convenzione fra l'ETS e la P.A.

A tale ultimo proposito, si precisa che, laddove l'attivazione del procedimento di co-progettazione sia la conseguenza dell'iniziativa di parte privata (ETS), oltre agli atti ed ai provvedimenti sopra indicati, devono essere pubblicati gli ulteriori seguenti documenti:

a) domanda presentata dall'ETS, singolo o associato, e relativi allegati;
b) verbale di valutazione della proposta presentata dall'ETS, singolo o associato.

Analogamente a quanto evidenziato in ordine ai procedimenti di co-programmazione, anche per i procedimenti di co-progettazione valgono le seguenti regole.

Gli atti ed i provvedimenti sopra richiamati, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013:

– devono essere pubblicati ai sensi degli articoli 23 e 26 (consistendo nel riconoscimento di contributi e sovvenzioni) e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;
– la pubblicazione deve avvenire "tempestivamente", ai sensi dell'art. 8;
– la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell'art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall'art. 5-bis., avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;
– laddove, nell'ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. "procedente", l'obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell'art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

Passando all'**accreditamento**, disciplinato dal comma 4 del più volte richiamo art. 55 del CTS, anche tale procedimento, analizzato nel paragrafo 3 si sviluppa in varie fasi, di seguito indicate al fine di ricavare i corrispondenti obblighi di trasparenza e di pubblicità:

1) indizione della procedura mediante determina assunta dal competente soggetto della P.A. "procedente", con la quale sono approvate le bozze degli atti della procedura e viene nominato il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990;

2) pubblicazione degli atti della procedura (di norma, avviso, eventuale modello di domanda di partecipazione e relative autodichiarazioni degli ETS, eventuale documento progettuale di massima o documento di riferimento elaborato dalla stessa P.A., schema del "patto di accreditamento", nonché della carta di servizio);

3) atto di nomina della commissione – dopo la scadenza del termine stabilito nell'avviso per la ricezione delle domande di partecipazione da parte degli ETS – per i lavori di verifica delle domande medesime;

4) verbali delle operazioni di verifica delle domande di partecipazione;

5) elenco degli ETS ammessi e di quelli non ammessi;

6) conclusione del procedimento con apposito provvedimento di accreditamento degli ETS accreditati (e relativo Elenco);

7) sottoscrizione del "patto di accreditamento";

8) provvedimenti sanzionatori (di sospensione o decadenza dell'accreditamento), assunti dalla competente P.A. nell'esercizio del potere/dovere di controllo e di verifica sull'attività dell'ETS accreditato.

Anche nell'ambito dei procedimenti finalizzati all'accreditamento di ETS, gli atti ed i provvedimenti sopra richiamati, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013:

- devono essere pubblicati ai sensi degli articoli 23 e 26 (consistendo nel riconoscimento di contributi e sovvenzioni) e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;
- la pubblicazione deve avvenire "tempestivamente", ai sensi dell'art. 8;
- la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell'art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall'art. 5-bis, avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;
- laddove, nell'ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. "procedente", l'obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell'art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

Anche l'affidamento delle **convenzioni** alle APS e alle ODV, ai sensi dell'art. **56** del **CTS**, ed il caso specifico di cui all'art. 57 CTS sono assoggettati al regime di trasparenza e di pubblicità.

Sinteticamente, le fasi della procedura si possono così riassumere:

1) pubblicazione dell'avviso;

2) valutazione dei progetti presentati;

3) adozione del provvedimento di approvazione della eventuale relativa graduatoria e di individuazione dell'intervento /degli interventi ammessi a finanziamento;

4) sottoscrizione della convenzione;

5) attuazione delle attività previste nel progetto e controllo pubblico *in itinere* ed *ex post* sia in relazione alla conformità delle attività svolte rispetto ai contenuti del progetto finanziato, che in relazione alla regolarità delle spese sostenute e rendicontate.

In relazione alla fase 1), la pubblicità dell'avviso deve avvenire nelle forme previste dall'art. 32 della L. 18 giugno 2009, n. 69, mediante pubblicazione sul sito istituzionale dell'Amministrazione procedente unitamente alla relativa modulistica. La pubblicazione può avvenire, oltre che nella sezione "Pubblicità legale", anche nelle pagine settoriali del sito medesimo, al fine di assicurarne la massima conoscibilità presso i soggetti potenzialmente interessati.

In relazione alla fase 2) la valutazione dei progetti presentati sarà affidata ad una commissione costituita *ad hoc*, destinata a supportare il RUP. Benché la fattispecie in questione sia estranea all'ambito dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, sembrerebbe opportuno (compatibilmente con la struttura e le dimensioni dell'amministrazione procedente e con il valore dell'intervento da porre in essere) adottare prescrizioni analoghe, per *ratio* e modalità, a quelle di cui alle disposizioni di cui all'art.77, comma 4 del CCP, in tema di compatibilità tra RUP e membro della commissione. I componenti della commissione non devono trovarsi in alcuna delle condizioni di cui all'articolo 35-

bis del d.lgs. 165/2001 ([4]). Inoltre, prima dell'insediamento, dopo aver preso visione dell'elenco dei soggetti partecipanti alla procedura, devono rilasciare specifica dichiarazione in ordine all'assenza di situazioni di conflitto di interessi ([5]).

All'esito della valutazione svolta dalla commissione, l'amministrazione procedente adotta il provvedimento finale di approvazione della graduatoria e di ammissione al finanziamento. Tale provvedimento pertanto riporta l'elenco di tutte le proposte che, superata la fase preliminare di ammissibilità, sono state valutate dalla commissione (con il punteggio attribuito a ciascuna proposta), con indicazione degli interventi ammessi al finanziamento e dell'ammontare di quest'ultimo, delle proposte che, sebbene idonee, non sono state ammesse al finanziamento per esaurimento delle risorse disponibili, nonché, infine, delle proposte valutate inidonee.

Una volta conclusa positivamente la fase integrativa dell'efficacia, il provvedimento in questione sarà pubblicato secondo le medesime forme e modalità indicate per l'avviso.

L'elenco dei soggetti ammessi al finanziamento, con l'indicazione dell'intervento finanziato e del relativo ammontare concesso, formerà altresì oggetto di pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente", nella pagina dedicata alle "sovvenzioni, contributi, sussidi e vantaggi economici", ai sensi dell'articolo 26 del D.lgs. n. 33/ 2013: detta pubblicazione costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore ad € 1.000,00 nel corso dell'anno solare al medesimo beneficiario. Dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui alla normativa sopra citata va fatta esplicita menzione nei successivi atti contabili di erogazione al beneficiario del finanziamento dedotto in convenzione.

Da ultimo, occorre dare conto di una disciplina concorrente, sempre in materia di obblighi di trasparenza, che ha quali propri destinatari gli ETS; tuttavia la stessa disciplina interferisce, per così dire, con le prerogative ed i compiti delle PA.

Il riferimento è, nello specifico, alla legge n. 124/2017, e successive modificazioni e integrazioni (c.d. *legge annuale per il mercato e la concorrenza*).

In particolare, l'art. 1, commi 125-129, stabilisce l'obbligo di dare pubblicità dei contributi, di importo annuale superiore ad euro 10.000, ricevuti dai soggetti contemplati dalla norma, sostanzialmente le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti indicati dall'art. 2-bis del d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.

Con riferimento agli ETS il riferimento è alla Circolare n. 2 dell'11 gennaio 2019 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

---

[4] Articolo 35-bis d.lgs. 165/2001: "1. Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale:
a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi;
b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati;
c) non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.
2. La disposizione prevista al comma 1 integra le leggi e regolamenti che disciplinano la formazione di commissioni e la nomina dei relativi segretari."

[5] Cfr. D.P.R. 16/04/2013, n. 62, "Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", art. 7: (Obbligo di astensione): "1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza".

In sostanza, gli ETS devono pubblicare gli importi dei contributi ricevuti, da parte dei soggetti e dell'importo sopra richiamati, ad eccezione dei contributi "generali" e di quelli coincidenti con "prestazioni corrispettive" a fronte dello svolgimento di un'attività o della prestazione di un servizio.

Per tutti i soggetti tenuti all'applicazione della norma, ad eccezione delle società cooperative sociali, il relativo adempimento è assolto mediante la pubblicazione all'interno dei rispettivi siti, ove esistenti, oppure in analoghi portali digitali liberamente accessibili, entro la data del 30 giugno dell'anno successivo.

Per le cooperative sociali, invece, l'adempimento all'obbligo di legge avviene mediante l'inserimento della relativa voce nella nota integrativa del bilancio o nell'eventuale bilancio consolidato.

Da ultimo, la normativa stabilisce un regime sanzionatorio graduato, che prevede, quale misura estrema, la restituzione dei contributi ricevuti ([6]).

Come esaminato nel precedente paragrafo 3, l'art. 93, comma 4 CTS stabilisce che "*Le amministrazioni pubbliche e gli enti territoriali che erogano risorse finanziarie o concedono l'utilizzo di beni immobili o strumentali di qualunque genere agli enti del Terzo settore per lo svolgimento delle attività statutarie di interesse generale, dispongono i controlli amministrativi e contabili (..) necessari a verificarne il corretto utilizzo da parte dei beneficiari*".

In conclusione, l'attività di controllo e di monitoraggio delle P.A. previsto e disciplinato dal CTS, dovrà tener conto di quanto previsto dalla esaminata disciplina di settore, specificatamente dettata nei riguardi di una serie di soggetti (fra i quali gli ETS), che tuttavia determina una connessione fra norme, incidenti sullo svolgimento dei procedimenti di attribuzione di contributi, che hanno le PP.AA. come destinatarie.

[6] Il riferimento è all'art. 1, comma 125-ter della legge n. 1241/2017 e ss. mm., a mente del quale "A partire dal 1° gennaio 2020, l'inosservanza degli obblighi di cui ai commi 125 e 125-bis comporta una sanzione pari all'1 per cento degli importi ricevuti con un importo minimo di 2.000 euro, nonché' la sanzione accessoria dell'adempimento agli obblighi di pubblicazione. Decorsi 90 giorni dalla contestazione senza che il trasgressore abbia ottemperato agli obblighi di pubblicazione e al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria, si applica la sanzione della restituzione integrale del beneficio ai soggetti eroganti. Le sanzioni di cui al presente comma sono irrogate dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che hanno erogato il beneficio oppure, negli altri casi, dall'amministrazione vigilante o competente per materia. Si applica la legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto compatibile".