

# **Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano**

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



## **PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E TERZO SETTORE**

Relatore: Chiar.mo Prof. Mauro RENNA

Tesi di Laurea di:  
Sara BARZAGHI  
Matr. N. 4403340

Anno Accademico 2018-2019

# INDICE

<b>INDICE.....</b>	<b>I</b>
<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>III</b>
<b>CAPITOLO I: Il Terzo settore e la sua disciplina.....</b>	<b>1</b>
1. La nozione di Terzo settore.....	1
2. Lo statuto costituzionale del Terzo settore e il principio di sussidiarietà orizzontale .....	12
3. Una breve storia normativa del Terzo settore .....	22
3.1 Dagli Stati preunitari alla Costituzione repubblicana .....	22
3.2 Gli sviluppi successivi, verso una riforma del Terzo settore .....	29
3.3 La riforma e la sua attuazione .....	36
4. I soggetti del Terzo settore.....	43
4.1 Organizzazioni di volontariato e Associazioni di promozione sociale .....	44
4.2 Enti filantropici .....	46
4.3 Società di mutuo soccorso .....	47
4.4 Enti ecclesiastici.....	48
4.5 Reti associative .....	49
4.6 Imprese sociali (e cooperative sociali) .....	51
<b>CAPITOLO II: Il quadro attuale della disciplina dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore .....</b>	<b>55</b>
1. Le prospettive di interazione tra Amministrazioni Pubbliche ed Enti del Terzo settore.....	55
1.1 Il sostegno e la promozione.....	63
1.2 La collaborazione: co-programmazione e co-progettazione .....	65
1.3 Il modello reticolare: l'autorizzazione e l'accreditamento.....	72
1.4 Il modello sostitutivo: l'affidamento.....	77
1.4.1 L'acquisto di servizi e prestazioni .....	78

1.4.2	L'affidamento di servizi .....	79
1.4.3	L'affidamento di servizi alle cooperative sociali.....	80
1.5	I contratti di appalto e concessione: dall'ordinamento europeo all'ordinamento nazionale .....	82
1.6	Le <i>partnership</i> pubblico-private .....	91
1.7	Le convenzioni con le Organizzazioni di volontariato e le Associazioni di promozione sociale.....	98
1.8	L'utilizzo di beni di proprietà pubblica.....	103
<b>CAPITOLO III: I profili problematici.....</b>		<b>105</b>
1.	Il coordinamento fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore ...	105
1.1	Il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 20 agosto 2018, n. 2052 .....	107
1.2	Le critiche.....	110
1.3	Riflessioni conclusive .....	119
2.	La concorrenza fra soggetti disomogenei .....	128
2.1	La possibilità per le organizzazioni <i>non profit</i> di partecipare alle gare .....	128
2.1.1	La posizione della Corte di Giustizia.....	129
2.1.2	La posizione delle autorità indipendenti.....	130
2.1.3	La posizione della giurisprudenza amministrativa .....	131
2.2	Concorrenza sleale e aiuti di stato.....	133
2.3	<i>Focus</i> sul servizio di trasporto sanitario.....	137
2.4	Riflessioni conclusive .....	139
3.	Il rapporto tra Pubblica Amministrazione ed Enti del Terzo settore nelle fasi della collaborazione: forme di tutela.....	141
<b>CONCLUSIONI .....</b>		<b>150</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>		<b>155</b>
<b>RINGRAZIAMENTI .....</b>		<b>170</b>

## INTRODUZIONE

Terzo settore e Pubblica Amministrazione sono stati, e sono tuttora, due grandi protagonisti nello sviluppo storico, sociale e giuridico del nostro Paese. La presente trattazione intende esaminare i rapporti e le interdipendenze di questi due grandi comparti a partire dall'epoca degli Stati preunitari, fino al momento attuale.

L'argomento è di particolare interesse anche in considerazione della recente riforma del Terzo settore<sup>1</sup>, una riforma che si auspicava da tempo e da più parti e che, come si vorrebbe dimostrare, ha introdotto molte novità che abbisognano ora di essere attuate.

La rilevanza della tematica è indicata anche dal fatto che il ruolo che il Terzo settore oggi ricopre si dimostra collegato con il principio costituzionale di solidarietà<sup>2</sup>, il quale, inoltre, rappresenta una forma di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che, a partire dalla riforma costituzionale del 2001<sup>3</sup>, la Costituzione pone come uno dei nuclei fondanti dell'ordinamento<sup>4</sup>. Tale principio ha portato con sé una vera e propria rivoluzione nel modo di concepire l'azione amministrativa, incentrata sui concetti di solidarietà e di partecipazione. Attraverso gli istituti partecipativi, ancora prima della formalizzazione del principio di sussidiarietà, è stato possibile concretizzare l'evoluzione dallo stato di diritto allo stato sociale e, come si è autorevolmente detto, alla «demarchia»<sup>5</sup>.

L'obiettivo che ci si prefigge nell'affacciarsi alla tematica è quello di evidenziare le potenzialità insite nella riforma del Terzo settore, la quale ha strutturato un sistema di strumenti innovativi per i rapporti tra Pubbliche Amministrazioni e soggetti senza scopo di lucro intorno al concetto di collaborazione.

In particolare, il punto di vista che si privilegerà nel corso dell'opera è quello degli enti del Terzo settore, piuttosto che quello della Pubblica Amministrazione. Si

---

<sup>1</sup> L. delega n. 106/2016 e d.lgs. n. 117/2017 di attuazione.

<sup>2</sup> L'art. 2 Cost. contiene, oltre al principio del pluralismo, il principio di solidarietà: (la Repubblica) «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Detto principio, che sta alla base della convivenza sociale, secondo l'idea propria del Costituente, è da integrare con l'interpretazione che di esso ha dato la Corte Costituzionale, secondo cui il volontariato «rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini».

<sup>3</sup> L. cost. 18 ottobre 2001, n.3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*.

<sup>4</sup> Art. 118, comma 4.

<sup>5</sup> Cfr. F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, pp. 62.

indagheranno perciò principalmente l'evoluzione dei soggetti riconducibili a quel settore, nonché le questioni con cui essi si devono confrontare nell'approcciarsi alle istituzioni pubbliche.

Sembra utile accostarsi all'argomento a partire dal concetto stesso di Terzo settore<sup>6</sup>. L'espressione comparve per la prima volta in ambito sociologico<sup>7</sup> e venne utilizzata per identificare una categoria di soggetti caratterizzati dall'assenza di scopo di lucro e che non rientrano né nel settore dello Stato (composto dalle istituzioni pubbliche), né in quello del mercato (di cui fanno parte le imprese *for profit*). La nozione ha trovato utilizzo, a livello normativo, in Italia solo a partire dalla l. 8 novembre 2000, n. 328, la quale prescrive che «[p]er favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le Regioni e lo Stato [...] promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel Terzo settore».

È, però, proprio sul principio di sussidiarietà che si concentrerà il primo capitolo della trattazione, in cui si rifletterà sullo statuto costituzionale di tale categoria di soggetti<sup>8</sup>. L'articolo 118 fonda, infatti, il meccanismo di allocazione delle funzioni amministrative sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. In particolare, il principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto in Costituzione con la riforma costituzionale del 2001, è considerato, come si è anticipato, il punto di partenza per fondare la legittimità della normativa sul Terzo settore. Esso definisce i rapporti tra poteri pubblici e società civile, partendo dal presupposto che i soggetti privati, sia come singoli, sia in forma associata, provvedano direttamente, laddove possibile, alla cura dei bisogni collettivi, mentre le istituzioni pubbliche intervengano sussidiariamente in termini di programmazione, coordinamento e gestione.

Tra i soggetti privilegiati individuati dall'art. 118, ultimo comma, rientrano senz'altro gli enti del Terzo settore, i quali sono il portato di una storia normativa di durata secolare. Si approfondirà, quindi, l'evoluzione giuridica dei soggetti del Terzo settore<sup>9</sup>, a partire dalla l. 3 agosto 1862 n. 753 (*Sull'amministrazione delle Opere pie*), passando, fra le altre, dalla l. 17 luglio 1890 n. 6872 (c.d. Legge Crispi), sino alla l. 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*) e al recente Codice del Terzo settore con gli altri decreti legislativi attuativi della

---

<sup>6</sup> Cfr. cap. I, par. 1.

<sup>7</sup> A. Etzioni, *The third sector and domestic missions*, Public Administration Review, Vol. 33, (4) 1973, pp. 314 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. cap. I, par. 2.

<sup>9</sup> Cfr. cap. I, par. 3 e ss.

riforma<sup>10</sup>, operando un continuo raffronto con la normativa dell'Unione europea. In particolare, si farà riferimento alle Direttive del 2014 sugli appalti e sulle concessioni<sup>11</sup>, le quali sono state recepite in Italia attraverso il Codice dei contratti pubblici<sup>12</sup>. La disciplina che ne deriva è, infatti, di vitale importanza per l'indagine, in quanto con essa dovrà fare i conti la normativa sul Terzo settore. L'impostazione di tale ultima disciplina non è stata esente da critiche, in quanto, da più parti, la si è considerata confligente rispetto alla normativa europea in materia di libera concorrenza. In particolare, sono almeno due le questioni che si pongono a riguardo: da una parte, la questione relativa al coordinamento tra la disciplina sul Terzo settore di cui al d.lgs. n. 117/2017 (e alle leggi di settore rimaste in vigore) e la regolamentazione in materia di appalti e concessioni contenuta nelle Direttive europee e nella citata normativa di recepimento; dall'altra parte il dubbio sulla possibilità per gli enti del Terzo settore di partecipare a gare pubbliche aperte a operatori economici *for profit* e l'eventuale conseguente violazione del principio di libera concorrenza e del divieto di aiuti di stato di cui all'ordinamento dell'Unione Europea.

Si mostrerà, inoltre, come ampia parte della riforma sia ancora da attuare o in fase di attuazione. Numerosi sono gli istituti che abbisognano di altri interventi normativi prima di entrare in funzione e, fra gli altri, il Registro Unico Nazionale del Terzo settore, per la cui attuazione si attende ancora l'adozione del decreto del Ministro del Lavoro.

Si prenderanno poi in considerazione i diversi tipi di soggetti *non profit*, così come individuati dalla normativa italiana<sup>13</sup>. In particolare, si tratteranno le figure delle Organizzazioni di volontariato, delle Associazioni di promozione sociale, degli Enti filantropici, delle Società di mutuo soccorso, degli Enti ecclesiastici, delle Reti associative e delle Imprese e Cooperative sociali. Il *focus* dell'argomentazione sarà principalmente l'evoluzione di tali soggetti imposta dal Codice del Terzo settore. Infatti,

---

<sup>10</sup> D.lgs. 6 marzo 2017, n. 40, *Istituzione e disciplina del servizio civile universale, a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106*; d.lgs. 3 luglio 2017, n. 111, *Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a norma dell'articolo 9, comma 1, lettere c) e d), della legge 6 giugno 2016, n. 106*; d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106*.

<sup>11</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

<sup>12</sup> D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

<sup>13</sup> Cfr. cap. I, par. 4 e ss.

con la riforma è stata elaborata una definizione normativa unitaria di Ente del Terzo settore, secondo cui il Terzo settore è «il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e di servizi». Tale punto rappresenta una novità significativa di cui si metteranno in evidenza luci e ombre. Da una parte, infatti, la fissazione di una definizione legale permette di evitare la nascita di interpretazioni incerte e contrastanti, dall'altra, però, rende più rigida la disciplina e, con essa, lo spazio di movimento per l'autonomia privata.

Dopo avere delineato il concetto di Terzo settore a tutto tondo, nel secondo capitolo si indagheranno gli istituti tipici delle relazioni tra soggetti *non profit* e Pubbliche Amministrazioni<sup>14</sup>. È proprio attraverso tali istituti che si rende possibile l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale. In particolare, il campo di riferimento per condurre la ricerca sarà quello dei servizi alla persona, ove tali forme relazionali hanno permesso la creazione di sistemi reticolari di offerta dei servizi. La prospettiva è sempre quella della collaborazione tra P.A. e Terzo settore, nella definizione dei bisogni della comunità di riferimento, al fine di garantire una erogazione adeguata dei servizi. In tale contesto, l'interesse pubblico è l'elemento che accomuna l'azione di enti pubblici e soggetti senza scopo di lucro, i quali statutariamente lo elevano a scopo della propria attività.

Uno dei grandi problemi da sempre riscontrabili in materia e che la riforma non ha del tutto risolto, è la grande disorganicità della disciplina. La mancanza di chiarezza e la pluralità delle fonti, che non sono state totalmente integrate nel Codice del Terzo settore e che sono rimaste in parte vigenti, hanno impedito alla Pubblica Amministrazione di operare su basi certe, spesso scoraggiando il ricorso a tali modalità di azione. Sicuramente la riforma ha portato dei miglioramenti in questo senso<sup>15</sup>, ma non tutte le questioni sono state risolte. Basti pensare alla problematica, che si affronterà diffusamente nell'ultimo capitolo della trattazione, del coordinamento tra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici.

---

<sup>14</sup> Cfr. cap. II, par. 1.

<sup>15</sup> Diverse normative sono state da essa abrogate, fra cui leggi storiche come la legge sul volontariato (l. n. 266/1991), quella sulle associazioni di promozione sociale (l. n. 383/2000) e gran parte della legge sulle Onlus (l. n. 460/1997).

Si noterà, inoltre, nel procedere dell'analisi degli istituti rilevanti, che la normativa di riferimento non è isolata, ma si pone in un percorso che caratterizza l'intero ordinamento e che vede l'attività amministrativa orientarsi verso una dimensione consensuale, attraverso processi di contrattualizzazione della stessa. Gli istituti che saranno presi in considerazione sono un esempio di tale tendenza, che dipende da diversi fattori, fra cui non solo la volontà di promuovere il mondo del *non profit*, ma anche una più efficace tutela da essi garantita ai diritti dei beneficiari dei servizi offerti.

Gli strumenti esistenti saranno presentati secondo un ordine crescente dal punto di vista della «intensità di contatto»<sup>16</sup>. Verranno primariamente trattate le forme di sostegno e di promozione<sup>17</sup> e le forme più propriamente di collaborazione. A proposito di queste ultime, ci si concentrerà su due istituti particolari, che sono al centro della riforma del Terzo settore: la co-programmazione e la co-progettazione<sup>18</sup>. Esse verranno analizzate in dettaglio in quanto sono modalità che portano con sé svariati problemi a livello applicativo.

Per quanto concerne, invece, le vere e proprie forme di affidamento di servizi alla persona, gli istituti che ci si propone di affrontare saranno suddivisi in due categorie, il modello reticolare e il modello sostitutivo<sup>19</sup>. Nel primo, soggetti pubblici e soggetti privati operano su un piano di parità sulla base del principio di libera concorrenza; nel secondo i soggetti privati sostituiscono quelli pubblici nell'erogazione dei servizi. Dal primo modello, saranno enucleati gli istituti dell'autorizzazione e dell'accreditamento<sup>20</sup>, mentre nel caso del secondo modello si parlerà di convenzione con le Organizzazioni di volontariato (e con le Associazioni di promozione sociale)<sup>21</sup>, di acquisto di servizi e prestazioni<sup>22</sup> e di affidamento ai soggetti del Terzo settore in senso stretto<sup>23</sup>. Infine, si prenderà in considerazione l'ipotesi dell'utilizzo di beni di proprietà pubblica da parte di enti *non profit*<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> In questo senso, cfr. P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, in *Non Profit*, (3) 2014, p. 200.

<sup>17</sup> Cfr. cap. II, par. 1.1.

<sup>18</sup> Cfr. cap. II, par. 1.2.

<sup>19</sup> Cfr. cap. II, rispettivamente par. 1.3 e 1.4.

<sup>20</sup> Cfr. cap. II, par. 1.3.

<sup>21</sup> Cfr. cap. II, par. 1.7.

<sup>22</sup> Cfr. cap. II, par. 1.4.1.

<sup>23</sup> Cfr. cap. II, par. 1.4.2 e 1.4.3.

<sup>24</sup> Cfr. cap. II, par. 1.8.

Nell'analisi non si potrà fare a meno di considerare anche i contratti di appalto e di concessione di servizi sociali<sup>25</sup>, i quali hanno la propria disciplina base nella normativa comunitaria<sup>26</sup> e, poi, in quella attuativa nazionale<sup>27</sup>. Altro istituto, anch'esso di origine europea, che sarà considerato è quello dei partenariati pubblico-privati<sup>28</sup>.

Infine, l'ultimo capitolo della trattazione sarà dedicato ad alcuni profili che, nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa sui rapporti tra P.A. ed Enti del Terzo settore, si sono rivelati o potrebbero rivelarsi problematici.

Innanzitutto, come si è anticipato, si è già posta nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale la questione del coordinamento fra due normative che potenzialmente potrebbero risultare in contrasto tra loro. Si fa riferimento al Codice del Terzo settore, oggetto principale della presente trattazione, e del Codice dei contratti pubblici<sup>29</sup>. La questione si pone a causa di risposte contrastanti che sono state date da diversi soggetti del mondo giuridico: da una parte si collocano la dottrina e altri soggetti, come per esempio il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che hanno sostenuto, fin dall'adozione del d.lgs. n. 117/2017, l'autonomia di quest'ultimo rispetto al d.lgs. n. 50/2016 e non hanno posto dubbi riguardo alla piena applicabilità di entrambi; dall'altra il Consiglio di Stato, sulla base di un dubbio posto da ANAC, ha sostenuto la posizione contraria, nel senso che il Codice del Terzo settore, ove contrastante rispetto alla normativa del Codice dei contratti pubblici, sia da disapplicare<sup>30</sup>.

Un secondo punto critico attiene al rapporto tra principi di solidarietà, di sussidiarietà e di pluralismo e principio di libera concorrenza<sup>31</sup>. L'incertezza di fondo è se la partecipazione a gare pubbliche d'appalto o di concessione di soggetti *non profit*, i quali, per esempio, potrebbero godere di sovvenzioni pubbliche o di sgravi fiscali, oppure fare uso di beni pubblici per la propria attività, integri una fattispecie di condotta anticoncorrenziale. Se la risposta alla domanda fosse negativa, si porrebbe l'ulteriore dilemma riguardante le conseguenze di tale partecipazione sulla competizione fra soggetti

---

<sup>25</sup> Cfr. cap. II, par. 1.5.

<sup>26</sup> In particolare, Direttive n. 2014/23 (sui contratti di concessione), n. 2014/24 (sugli appalti pubblici) e n. 2014/25 (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali).

<sup>27</sup> Si fa riferimento al già citato d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*).

<sup>28</sup> Cfr. cap. II, par. 1.6.

<sup>29</sup> Cfr. cap. III, par. 1.

<sup>30</sup> In particolare, si farà riferimento al parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 20 agosto 2018, n. 2052.

<sup>31</sup> Cfr. cap. III, par. 2.

«disomogenei»<sup>32</sup>. A questo proposito, verranno prese in considerazione diverse posizioni, fra cui quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea, quella delle Autorità indipendenti, in particolare l'Antitrust e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, e quella della giurisprudenza amministrativa italiana. La problematica è di grande rilievo, in quanto, nel tentativo di approntare una risposta definitiva alle domande che ci si è posti, ci si renderà conto che non si tratta semplicemente di analizzare una normativa, ma di svolgere un bilanciamento tra i diversi principi e interessi, tutti ugualmente rilevanti, che entrano in gioco, quali, ad esempio, il principio di concorrenza e quello di solidarietà, oppure l'interesse a promuovere enti che, volontariamente e solidariamente, offrano alla comunità servizi di qualità elevata e l'interesse a garantire la sussistenza di una massiccia offerta di posti di lavoro da parte dei soggetti del mondo *for profit*. Nello svolgere l'analisi, si risconterà che, molto spesso, le suddette questioni si situano in un punto di confine molto delicato tra diritto e politica, quindi tra rispetto della normativa e scelte discrezionali.

L'ultimo punto critico trattato sarà collegato alle forme collaborative, cui si è già fatto cenno, della co-programmazione e della co-progettazione<sup>33</sup>. In particolare, ci si soffermerà sul rapporto fra P.A. ed Enti del Terzo settore nel corso di detti procedimenti. Ci si chiederà, cioè, quale sia la posizione giuridica dei soggetti *non profit* rispetto alla Pubblica Amministrazione e, quindi, di quali tutele essi dispongano nel caso di patologie del procedimento collaborativo. Ciò lo si farà nella convinzione che la concezione collaborativa del fare amministrazione potrebbe comportare notevoli vantaggi alla Pubblica Amministrazione italiana, in quanto lo sviluppo di forme più diffuse ed efficienti di collaborazione istituzionale tra le P.A. e gli enti del Terzo settore potrebbe sollevare parte del peso che oggi grava sulle istituzioni, sia nella ricerca sia nel soddisfacimento del pubblico interesse, attraverso la condivisione con altri attori sociali in grado di garantire stabilità oltre che qualificazione giuridica ed esperienziale.

---

<sup>32</sup> P. Cerbo, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urbanistica e appalti*, (3) 2011, pp. 335 e ss.

<sup>33</sup> Cfr. cap. III, par. 3.

# CAPITOLO I: Il Terzo settore e la sua disciplina

## 1. La nozione di Terzo settore

Il Terzo settore è fenomeno radicato e diffuso in Italia. Le ultime stime riportano i seguenti dati: «Nel 2016, le istituzioni *non profit* attive in Italia sono 343.432 e complessivamente impiegano, alla data del 31 dicembre 2016, 812.706 dipendenti. Rispetto al 2015, le istituzioni crescono del 2,1%, i dipendenti del 3,1%; si tratta quindi di un settore che continua ad espandersi nel tempo con tassi di crescita medio annui in linea con il profilo delineato dai censimenti tradizionali. Aumenta l'incidenza delle istituzioni *non profit* rispetto al complesso delle imprese dell'industria e dei servizi: dal 5,8% del 2001 al 7,8% del 2016 per le istituzioni e dal 4,8% del 2001 al 6,9% del 2016 per gli addetti»<sup>34</sup>. Inoltre: «complessivamente impiegano 5 milioni 529 mila volontari e 788 mila dipendenti. Rispetto al Censimento del 2011 il numero di volontari cresce del 16,2% mentre i lavoratori dipendenti aumentano del 15,8%. Si tratta quindi di un settore in espansione in un contesto economico caratterizzato da una fase recessiva profonda e prolungata (2011-2013) e da una successiva ripresa (2014-15). Le istituzioni che operano grazie all'apporto di volontari sono 267.529, pari al 79,6% delle unità attive (+9,9% rispetto al 2011); quelle che dispongono di lavoratori dipendenti sono 55.196, pari al 16,4% delle istituzioni attive (+32,2% rispetto al 2011). Nel confronto con i dati rilevati nel 2011, tra le istituzioni con dipendenti diminuisce la dimensione media in termini di dipendenti, passando da 16 dipendenti per istituzione *non profit* a 14 nel 2015; tra le istituzioni con volontari aumenta invece lievemente la dimensione media in termini di volontari (21 volontari per istituzione nel 2015 a fronte dei 20 del 2011)<sup>35</sup>».

La stessa Commissione Europea stima l'imprenditoria sociale una delle dodici leve per uscire dalla crisi e per garantire una crescita economica intelligente, sostenibile e inclusiva<sup>36</sup>. A questo riguardo, è del 2016 uno studio del Comitato economico e sociale europeo che testimonia una presenza sul territorio europeo di oltre 82.8 milioni di

---

<sup>34</sup> Istat, Risultati della prima edizione del Censimento permanente delle istituzioni non profit, svoltosi nel periodo novembre 2016 – aprile 2017 con il coinvolgimento di circa 43 mila unità operanti nel settore, rapporto presentato il 20 dicembre 2017.

<sup>35</sup> Dato estrapolato da <http://www.forumterzosettore.it/2018/01/30/istat-primocensimento-permanente-delle-istituzioni-non-profit/>, al 31 dicembre 2015.

<sup>36</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *L'Atto per il mercato unico Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia "Insieme per una nuova crescita"*, COM/2011/0206.

volontari, su un totale di 500 milioni di abitanti, che garantiscono un impegno pari a 5.5 milioni di lavoratori impiegati in media quaranta ore la settimana. L'economia sociale europea può contare su circa 2.8 milioni di imprese e organizzazioni, 232 milioni di soci di enti *non profit*<sup>37</sup>.

Il radicamento e l'importanza del Terzo settore nel nostro paese è dimostrata anche dal Rapporto Italia, che ogni anno viene pubblicato da Eurispes<sup>38</sup>. Fra i vari dati viene riportato anche l'indice della fiducia dei cittadini verso istituzioni e attori sociali. A fronte, per esempio, di un indice di fiducia di 27,2% per i partiti e di 34,7% per la Pubblica amministrazione, nel 2019 le associazioni di volontariato hanno raggiunto un indice di 64,2%.

I dati indicano la presenza di un settore dinamico e in continua espansione, che genera fiducia e valore nel nostro Paese, come anche nel resto dell'Europa. Questo è il motivo principale per cui è importante parlare di Terzo settore, investire in esso, sfruttando le sue potenzialità, a partire dall'iniziativa della Pubblica amministrazione, attraverso il ricorso agli istituti giuridici che verranno analizzati nel presente studio.

Il termine Terzo settore è stato coniato da Amitai Etzioni nel 1973 nella sua opera "*The Third Sector and Domestic Missions*". Per l'autore tale categoria rappresentava un settore separato da quello primario e secondario (rispettivamente Stato e mercato), residuale e bilanciante gli altri due<sup>39</sup>. La stessa espressione venne poi recepita in Europa da Jacques Delors<sup>40</sup>, per poi diffondersi in Italia alla fine degli anni '80 grazie a studi di stampo socioeconomico.

Questa nozione di base è stata nel tempo adottata da molti autori, accompagnata dalla definizione di criteri che rendessero riconoscibile un ente come appartenente a tale settore. Il percorso di definizione di tale categoria è sempre stato accidentato, principalmente a causa della varietà delle tipologie di ente afferenti ad essa: è famosa l'espressione, riferita al Terzo settore, di Kendall e Knapp per cui esso sarebbe simile ad un «*loose and baggy monster*»<sup>41</sup>. Fra gli altri, Salamon e Anheir hanno individuato cinque

---

<sup>37</sup> Comitato economico e sociale europeo, "*Recent Evolutions of the Social Economy in the European Union*", CES/CSS/12/2016/23406.

<sup>38</sup> Eurispes, 31° Rapporto Italia, 2019.

<sup>39</sup> Cfr. A. Etzioni, *The third sector and domestic missions*, Public Administration Review, Vol. 33, (4) 1973, pp. 314-323.

<sup>40</sup> Rapporto Delors, "*Un progetto per l'Europa*", 1978.

<sup>41</sup> J. Kendall, M. Knapp, *A loose and baggy monster: boundaries, definitions and typologies*, in D. Smith, J. R. Rochester and R. Hedley, (a cura di) *An introduction to the voluntary sector*, GB, London, 1994, pp. 66-95.

caratteristiche essenziali in questo senso: gli enti del Terzo settore sono “*organized*”, “*private*”, “*non-profit-distributing*”, “*self-governing*” e “*voluntary*”<sup>42</sup>. In linea con la concezione alla base della teorizzazione di Etzioni, l’espressione è stata per lungo tempo utilizzata come sinonimo di “enti senza scopo di lucro”, in quanto formazioni diverse da quelle societarie, in una visione basata su un modello bipolare tra pubblico e privato, tra Stato e imprese *for profit*<sup>43</sup>. Un’altra definizione tipica, presente soprattutto in Europa, considera il Terzo settore come una forma ibrida di vari tipi di organizzazioni, accomunate da valori comuni e che investono principalmente i loro guadagni in obiettivi sociali, ambientali o culturali<sup>44</sup>.

Corry, evidenziando le debolezze di queste due definizioni, propone una visione alternativa: «*to view the third sector as a particular kind of process of interaction or communication between different sectors, usually the public and the private sectors [...]. In this view Third sector organizations are essentially processes of negotiation between citizens and political or economic agents. Their third sector quality lies in their viewing the world not according to the market logic of investment for-profit or hierarchical logic of formal super- and sub-ordination, but in their ability to transgress such logics and provide identities and action possibilities while closing off others*»<sup>45</sup>. Questa è la visione che, più delle altre, ha caratterizzato sistemi come quello inglese, francese ed italiano, in cui la concezione di Terzo settore ha sostanzialmente da sempre fatto riferimento ad un «soggetto privato ma sostanziale braccio operativo della pubblica amministrazione, con il quale instaurare un rapporto privilegiato»<sup>46</sup>. Ed è proprio questa la prospettiva che la presente trattazione abbraccerà, analizzando il Terzo settore nei luoghi di contatto tra esso e la Pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda la questione terminologica, è importante notare il motivo per cui quella di Terzo settore è la nomenclatura più corretta per fare riferimento alla categoria di cui si sta trattando. In passato, infatti, plurime sono state le terminologie utilizzate: in Italia si è fatto molto spesso riferimento, per esempio, all’espressione “enti senza scopo

---

<sup>42</sup> Cfr. L. M. Salamon, H.K. Anheier, *The third world's third sector in comparative perspective. Working papers of The Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, n. 24, The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, Baltimore, MD, 1997.

<sup>43</sup> Cfr. V. Montani, *La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile*, in *JusOnline*, (1) 2017, pp. 154.

<sup>44</sup> Questa, per esempio, la definizione del British government’s Office of the Third Sector: National Audit Office (NAO), *Building the Capacity of the Third Sector*, London, House of Commons, 2009.

<sup>45</sup> O. Corry, *Defining and Theorizing the Third Sector*, in R. Taylor (a cura di), *Third Sector Research*, New York, 2010, pp. 15.

<sup>46</sup> V. Montani, *op. cit.*, pp. 154.

di lucro”<sup>47</sup>, o “settore delle organizzazioni *non profit*” (o, forse meglio, secondo alcuni, “*not-for-profit*”, locuzione maggiormente idonea a mettere in luce il criterio fondativo degli enti in questione<sup>48</sup>). Il problema principale di queste nozioni è che esse non centrano il punto fondamentale: l’interprete deve volgere la sua attenzione alle finalità perseguite piuttosto che al divieto di distribuzione degli utili, che rimane fondamentale, ma non sufficiente per rappresentare l’anima della categoria. Inoltre, il riferimento al *non profit* potrebbe risultare ingannevole anche nel senso di portare a pensare che l’agire senza scopo di lucro sia pratica importata dal mondo anglosassone e non, invece, una tradizione plurisecolare del nostro Paese<sup>49</sup>. Per quanto riguarda altre terminologie, derivanti dal campo socioeconomico, si è parlato<sup>50</sup> di “privato sociale”<sup>51</sup>; di “terza dimensione”<sup>52</sup>; di “economia sociale”<sup>53</sup>; di “economia civile”<sup>54</sup>; di “terzo sistema”<sup>55</sup>. Tali definizioni hanno contribuito a dare vita alla attuale concezione sociologica di Terzo settore, terminologia che, quindi, si preferisce adottare in questa sede in quanto idonea, fra l’altro, a superare il modello dicotomico Stato-mercato di cui si è accennato, evidenziando l’identità propria del fenomeno in argomento, come terzo polo autonomo rispetto agli altri due.

Dal punto di vista normativo, l’espressione Terzo settore, in Italia, è stata utilizzata per la prima volta dall’art. 5, l. 8 novembre 2000 n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, che prevedeva semplicemente che «Per favorire l’attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le Regioni e lo

---

<sup>47</sup> Tale espressione non è mai utilizzata dal Codice civile, ma si desume a contrario implicitamente dall’art. 2247, che identifica i c.d. soggetti del Titolo V come enti a scopo di lucro, mentre quelli del libro I come caratterizzati proprio dall’assenza di lucro. In questo senso il divieto di lucro è da intendersi come divieto di lucro soggettivo, lasciando aperta agli enti del Terzo settore la possibilità di svolgere attività lucrative purché non ne vengano distribuiti gli utili.

<sup>48</sup> Come suggerito da A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, Bononia University Press, Bologna, 2018, pp. 16 e ss. e da F. Occhetta, *L’economia civile. La riforma del Terzo settore*, in *La Civiltà Cattolica*, (17) 2014, pp. 393.

<sup>49</sup> In questo senso, A. Santuari, *op. cit.*, pp. 16 e ss.; D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, (3) 2018, pp. 6.

<sup>50</sup> Cfr. L. Boccacin, *Il Terzo settore tra le generazioni: un’analisi delle relazioni tra i soggetti del “welfare” plurale*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. e 22 ss.

<sup>51</sup> P. Donati, *Pubblico e privato: fine di una alternativa?*, Cappelli, Bologna, 1978, pp. 111.

<sup>52</sup> A. Ardigò, *Volontariato, welfare state e terza dimensione*, in *La Ricerca Sociale*, 25, pp.7-23.

<sup>53</sup> J. Defourny, J.L. Monzón Campos, *Économie sociale (entre économie capitaliste et économie publique) / The Third Sector (cooperative, mutual and non-profit organizations)*, Brussels: De Boeck Université – CIRIEC, 1992; P. Develtere, J. Defourny, B. Fonteneau, *L’économie sociale au Nord et au Sud*, De Boeck Supérieur, 1999.

<sup>54</sup> S. Zamagni, *Non profit come economia civile*, Il Mulino, Bologna, 1998.

<sup>55</sup> C. Borzaga (a cura di), *Il terzo sistema: una nuova dimensione della complessità economica e sociale*, Fondazione Zancan, 1991.

Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel Terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea»<sup>56</sup>. Come messo in luce da taluni autori<sup>57</sup>, tale legge rinvia sostanzialmente ad una nozione pregiuridica di Terzo settore.

Allo stesso modo, nemmeno il successivo D.P.C.M. 30 marzo 2001, *Atto di indirizzo e coordinamento per l'affidamento dei servizi alla persona*, ha fornito una definizione normativa del Terzo settore, limitandosi ad elencare i soggetti ad essa afferenti, ossia «le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro»<sup>58</sup>.

È solo con l'art. 4 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, "*Codice del Terzo settore*"<sup>59</sup>, che è stata finalmente dettata una definizione di Terzo settore, che diventa, fra l'altro,

---

<sup>56</sup> Art. 5, comma 1, l. 328/2000.

<sup>57</sup>Cfr. D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore*, pp. 5 e ss.; E. Rossi, P. Addis, F. Biondi Dal Monte, E. Stradella, E. Vivaldi, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 82; G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Passigli, 2008, pp. 1; A. Simoncini, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. Carrozza, E. Rossi (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004 pp. 75.

<sup>58</sup> Art. 2, D.P.C.M. 30 marzo 2001.

<sup>59</sup> All'articolo 4 si legge: «1. Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.

2. Non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile alla cui disciplina si provvede ai sensi dell'articolo 32, comma 4. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente comma i corpi volontari dei vigili del fuoco delle Province autonome di Trento e di Bolzano e della Regione autonoma della Valle d'Aosta.

3. Agli enti religiosi civilmente riconosciuti le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Per lo svolgimento di tali attività deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili di cui all'articolo 13».

denominazione sociale in sostituzione della qualifica di ONLUS<sup>60</sup>.

L'importanza di tale norma è dimostrata dall'insistenza con cui tutto il mondo *non profit* richiedeva da tempo una legge generale di questo tipo per rilanciare la propria attività. È noto, inoltre, che numerose erano le censure mosse alla possibilità di costruire una categoria giuridica per gli enti del Terzo settore fondata unicamente su un elemento negativo, cioè il divieto di distribuire utili (c.d. *non distribution constraint*)<sup>61</sup>. È una definizione normativa di tal fatta che rende possibile il superamento dell'assetto bipolare (Stato-mercato) verso uno di tipo tripolare (Stato-mercato-Terzo settore)<sup>62</sup>.

I nodi della definizione si sostanziano fundamentalmente nella risposta a quattro domande: chi, cosa, perché e come<sup>63</sup>. Per quanto riguarda il primo elemento l'art. 4 propone un elenco non esaustivo di enti e organizzazioni afferenti al Terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso. L'elenco è aperto in quanto prevede la possibilità che anche enti di altro tipo (le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società) rientrino nella suddetta categoria, nel rispetto delle altre condizioni che si procede ad illustrare: i suddetti enti devono innanzitutto essere a carattere privato. A questo riguardo il comma successivo, a scanso di equivoci, precisa che non deve trattarsi di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165<sup>64</sup>, né di formazioni e associazioni politiche, di sindacati, di

---

<sup>60</sup> Ai sensi dell'art. 12 comma 1 d.lgs. n. 117/2017 «La denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di ente del Terzo settore o l'acronimo ETS. Di tale indicazione deve farsi uso negli atti, nella corrispondenza e nelle comunicazioni al pubblico». Inoltre, il comma 3 prevede che «[l]'indicazione di ente del Terzo settore o dell'acronimo ETS, ovvero di parole o locuzioni equivalenti o ingannevoli, non può essere usata da soggetti diversi dagli enti del Terzo settore». Da ultimo, l'art. 89 sul Coordinamento normativo prescrive che la dicitura "ONLUS" sia sostituita da quella di "enti del Terzo settore di natura non commerciale".

<sup>61</sup> Cfr. G. Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (5) 2017, pp. 727.

<sup>62</sup> A questo faceva riferimento, nel commentare le linee guida del Governo per la riforma del Terzo settore, G. Arena, *Interesse generale e riforma del Terzo settore. Interesse generale, interesse pubblico, interesse privato, tre poli di un nuovo assetto*, in *Labsus.org*, 17/06/14, pp. 1.

<sup>63</sup> Cfr. D. Caldirola, op. cit., pp. 7 e ss.; L. Gori, E. Rossi, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatoriosullefonti.it*, (2) 2016, pp. 4 e ss.; P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 63 e ss.; A. Fici, *L'ente del Terzo settore come modello organizzativo per lo svolgimento di attività formativa d'interesse generale*, in *Rassegna CNOS*, (3) 2017, pp. 51-69.

<sup>64</sup> Si tratta di «[...] le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e

associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche o di associazioni di datori di lavoro. Inoltre, sono escluse dall'applicazione della disciplina del CTS anche le fondazioni bancarie, nonostante anch'esse concorrano al perseguimento delle finalità prefissate dalla stessa legge<sup>65</sup>.

Il secondo punto riguarda le attività svolte dagli enti in questione: esse devono innanzitutto corrispondere a interessi generali. A questa indicazione si collega il principio di sussidiarietà orizzontale, costituzionalmente previsto dall'articolo 118 Cost. e in base al quale è stabilito che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni debbano favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, nello svolgimento di attività di interesse generale. A questo proposito l'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 enumera, con un elenco molto nutrito e fin troppo specifico<sup>66</sup>, le attività di interesse generale<sup>67</sup>,

---

agricoltura e le loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale».

<sup>65</sup> Ad opinione di alcuni autori, fra cui cfr. V. Montani, *op. cit.*, la vera ragione di tali esclusioni potrebbe essere la volontà di mantenere tali istituzioni disciplinate dalla normativa "a maglie larghe" a loro applicabile; inoltre, per le fondazioni bancarie probabilmente non si è voluto rompere l'equilibrio raggiunto con l'accordo di autoregolamentazione siglato il 22 aprile 2015 tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Associazione di Fondazioni e Casse di Risparmio S.p.A. (c.d. accordo MEF-Acri31).

<sup>66</sup> Così P. Consorti, in *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2017, pp. 45: «L'elenco delle attività risulta [...] per certi versi paradossale, caratterizzato da un'attenzione quasi maniacale all'individuazione delle norme di riferimento dettate per ciascuna delle attività elencate, che peraltro cessano di essere di interesse generale se non sono svolte "in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio"».

<sup>67</sup> Sono attività di interesse generale ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 117/17:

a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni;

b) interventi e prestazioni sanitarie;

c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni;

d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa;

e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, nonché alla tutela degli animali e prevenzione del randagismo, ai sensi della legge 14 agosto 1991, n. 281 (1);

f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni;

g) formazione universitaria e post-universitaria;

h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale;

i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo;

j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni;

k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso;

prevedendo inoltre la possibilità di un aggiornamento, ove necessario, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400. Inoltre, l'attività deve avere i caratteri dell'azione volontaria, oppure deve trattarsi di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, oppure ancora di mutualità, o di produzione o scambio di beni o servizi. Non ci sono dubbi sulla qualificazione non cumulativa delle varie forme di attività; quello che rileva è solo l'interesse generale, declinato in una delle anzidette tipologie<sup>68</sup>. Infine, la suddetta attività di interesse generale deve essere esercitata in via esclusiva o, almeno, principale<sup>69</sup>.

---

l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa;

m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore;

n) cooperazione allo sviluppo, ai sensi della legge 11 agosto 2014, n. 125, e successive modificazioni;

o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile;

p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106;

q) alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministero delle infrastrutture del 22 aprile 2008, e successive modificazioni, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi;

r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti;

s) agricoltura sociale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 agosto 2015, n. 141, e successive modificazioni;

t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche;

u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166, e successive modificazioni, o erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale a norma del presente articolo;

v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata;

w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, incluse le banche dei tempi di cui all'articolo 27 della legge 8 marzo 2000, n. 53, e i gruppi di acquisto solidale di cui all'articolo 1, comma 266, della legge 24 dicembre 2007, n. 244;

x) cura di procedure di adozione internazionale ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184;

y) protezione civile ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni;

z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata».

<sup>68</sup> Così, P. Consorti, *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2017, pp. 36

<sup>69</sup> A meno che si tratti di imprese sociali, alle quali, nonostante siano enti del Terzo settore per definizione, non si applica il Codice del Terzo settore; l'argomento sarà trattato più specificamente nel prosieguo della trattazione.

Inoltre, l'articolo 6 prevede che possano essere esercitate attività diverse da quelle previste dall'articolo precedente, sempre che siano secondarie e strumentali rispetto all'attività di interesse generale<sup>70</sup>.

Per quanto riguarda il “perché”, l'ente deve perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Le finalità di solidarietà, secondo l'opinione di Gori e Rossi, sono da intendersi come spinta altruistica nella prospettiva dell'art. 3 Cost. «con un'attenzione specifica alla cura dei soggetti deboli o svantaggiati»<sup>71</sup>; le finalità civiche, invece, consisterebbero nel raggiungimento di una partecipazione consapevole e attiva delle persone alla vita sociale. Per quanto riguarda le finalità di utilità sociale, ad opinione dei medesimi autori, il riferimento è più incerto, in quanto, nella legislazione precedente, la locuzione era riferita alle attività e non alle finalità<sup>72</sup>. Inoltre, è più probabilmente da ritenere che tali finalità siano da intendere disgiuntamente, e non cumulativamente.

Infine, è necessario che l'attività sia svolta senza scopo di lucro, in conformità a quanto previsto dal successivo disposto dell'articolo 8<sup>73</sup>. Questo non significa che un ETS non possa svolgere attività remunerative, ma che, come già anticipato, ad esso è impedito distribuire utili o avanzi di gestione a fondatori, associati, etc. Entrate e patrimonio dovranno essere utilizzati per svolgere l'attività statutaria per perseguire le finalità predeterminate<sup>74</sup>. L'art. 8 vieta, a questo scopo, anche la distribuzione indiretta di utili, cioè quelle operazioni che, aggirando il divieto, mirino ad assegnare utili.

---

<sup>70</sup> La Cabina di regia di cui all'art. 97 d.lgs. 117/2017 ha dato il via libera al decreto attuativo per le attività diverse degli enti del Terzo settore, che, al momento in cui si scrive, è al vaglio del Consiglio di Stato.

<sup>71</sup> L. Gori, E. Rossi, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatoriosullefonti.it*, (2) 2016, pp. 6.

<sup>72</sup> Allo stesso modo, P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 66.

<sup>73</sup> «1. Il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

2. Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo».

<sup>74</sup> Come fa notare A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, pp. 31 e ss., la legge delega assimila gli enti *non profit* svolgenti attività economico-imprenditoriale alle società di cui al Libro V c.c., disponendo che ad essi si applichino le norme relative alle seconde, per quanto compatibili. Per essere tali, le attività devono rientrare fra quelle dell'art. 2195 c.c., essere esercitate in forma stabile e i costi di produzione devono essere coperti con i proventi.

Di opinione contraria è E. Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 108, secondo il quale l'attività economica svolta da un ente *non profit* in via puramente accessoria non è qualificabile come imprenditoriale, in quanto mancherebbe il requisito della professionalità richiesto dall'art. 2082 c.c.

Ulteriormente, è prescritta per gli enti del Terzo settore l'obbligo di iscrizione nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore (Runts)<sup>75</sup>.

Una delle grandi critiche da sempre mosse alla possibilità di dare una definizione compiuta di Terzo settore è quella, sostenuta per esempio da Zamagni, secondo cui esso «è un tipico fenomeno morfogenetico: una realtà cioè che muta sia per spinte endogene sia per le trasformazioni dell'ambiente». Per questo, secondo l'autore, il legislatore avrebbe dovuto esimersi dal definire tale fenomeno, per evitare di «porre limiti alla fantasia creatrice della società civile organizzata»<sup>76</sup>. In parte il problema viene risolto grazie alla formulazione aperta dell'elenco dei soggetti del Terzo settore già vista. La preoccupazione non appare però del tutto vana, anche con riferimento al Codice del Terzo settore (d'ora in poi: CTS), vista, da una parte, la rigidità che caratterizza le attività che possono essere svolte e, dall'altra, la possibilità di una progressiva modifica da parte di un regolamento ministeriale che non trova precisi confini nel CTS. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere riguardante lo schema del d.lgs. n. 117/2017 ha osservato che «[l]a circostanza che regole che incidono sulla autonomia privata - sia pure nella direzione promozionale di qualificare determinate attività al fine di renderle destinatarie di benefici economici - scaturiscano da atti di autorità amministrative suggerisce di verificare le condizioni in presenza delle quali le fonti subprimarie possano disciplinare un campo considerato costituzionalmente riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge, così come prospettato dalla teoria della tutela costituzionale "indiretta" del contratto e della libertà contrattuale»<sup>77</sup>.

Non c'è dubbio che l'elencazione delle attività di interesse generale sia finalizzato a escludere possibili vantaggi economici per enti che non svolgano attività effettivamente di interesse generale, ma, come pur è stato sostenuto, «forse l'operazione più corretta

---

Chi critica questa impostazione fa notare che l'elemento della professionalità non ha come presupposto essenziale il fatto che l'attività sia svolta in modo esclusivo o principale; così, F. Galgano, *Il fallimento delle società*, in *Trattato diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. X, Padova, 1988, pp. 137 e ss.; S. Gatti, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, (1) 1980, pp. 88.

<sup>75</sup>Il Registro Unico nazionale del Terzo settore riunisce gli attuali oltre trecento registri, albi, anagrafi degli enti *non profit* ad oggi esistenti. Gli ETS devono inoltre iscriversi nel registro delle imprese qualora svolgano attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale (art. 11, comma 2, CTS). Le imprese sociali, invece, sono soggette soltanto all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese (nella sezione speciale di quest'ultimo, loro dedicata) (art. 11, comma 3, CTS).

<sup>76</sup>S. Zamagni, *Introduzione: Slegare il Terzo settore*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 20 e ss.

<sup>77</sup>Cons. St., comm. spec., parere 14 giugno 2017, n. 1405.

sarebbe stata quella di indicare dei criteri che permettessero di identificare l'interesse generale nei diversi contesti, piuttosto che effettuare un elenco chiuso di attività»<sup>78</sup>.

Altro limite della riforma è la mancata attuazione della revisione del Titolo II del Libro I del Codice civile, prevista dall'art. 1, comma 2, lett. a), della legge delega n. 106/2016. Al riguardo anche il Consiglio di Stato, nel già citato parere, ha sostenuto che «[l]a scelta del Governo di limitarsi a creare soltanto un sotto-settore delle associazioni e fondazioni operanti nel Terzo settore avrà verosimilmente l'effetto di determinare un ulteriore svuotamento di contenuto normativo del Libro I del codice civile». Invero, a questo punto, il Titolo II del Libro I del c.c. funge da disciplina marginale per quegli enti *non profit* che non vorranno, o non potranno, diventare enti del Terzo settore, a dispetto della funzione che dovrebbe spettargli, cioè quella di disciplina generale per ogni tipo di ente *non profit*, destinata anche agli enti regolati da leggi speciali, come è il CTS, per quanto ivi non previsto. Lo scopo di racchiudere in un'unica normativa tutto il mondo *non profit*, semplificando la disciplina, rimane quindi in parte vanificato da tale assetto, che lascia al lavoro dell'interprete spazio all'incertezza.

In ogni caso, lo scopo principale della riforma attuata con il CTS è quello di fornire una struttura giuridica idonea, in modo che Stato, mercato e Terzo settore possano lavorare sinergicamente, attraverso la messa in comune delle proprie specifiche risorse, al fine di ottenere sviluppo economico e soddisfacimento dei bisogni sociali<sup>79</sup>, all'insegna dei principi di reciprocità, partecipazione solidale e sussidiarietà.

In quest'ottica, investire sulle risorse del Terzo settore potrebbe rivelarsi l'arma vincente nel futuro più prossimo, tenuto conto del radicamento e della presenza costante e in espansione di tali enti su tutto il territorio del Paese, oltre che della funzione di attuazione della Costituzione, come sarà evidenziato nel paragrafo successivo.

---

<sup>78</sup> D. Caldirola, *op. cit.*, pp. 9.

<sup>79</sup> Cfr. D. Caldirola, *op. cit.*, p.3.

## 2. Lo statuto costituzionale del Terzo settore e il principio di sussidiarietà orizzontale

Il centro gravitazionale della disciplina del Terzo settore non può che rivelarsi il testo della nostra Costituzione. Infatti, come già anticipato, una delle fondamentali funzioni della normativa di cui si sta trattando è quella di attuazione costituzionale. È necessario, quindi, rivolgere a questo punto l'attenzione verso quegli articoli che rappresentano i principi fondamentali della materia.

Innanzitutto, è da considerare che la Costituzione, pur non contenendo una definizione normativa di Terzo settore, permette di ricavarne uno “statuto costituzionale”<sup>80</sup>. Lo stesso CTS, nel suo art. 1, in cui sono presentate finalità e oggetto del decreto, mette in luce che esso è attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione

Il punto di partenza per tale ricostruzione è senza dubbio l'art. 2 Cost., con riguardo a due principi fondamentali: il principio pluralista e il principio di solidarietà.

Per quanto riguarda il principio del pluralismo, rinvenibile nell'affermazione per cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità», si può affermare che il Terzo settore costituisca attuazione delle sue «tre dimensioni fondamentali: come strumento per lo sviluppo della personalità individuale; come istanza di partecipazione alle politiche pubbliche e al formarsi della “volontà generale”; come strumento per la realizzazione di un sistema sociale di interventi a tutela dei diritti (sociali) fondamentali»<sup>81</sup>. La prima dimensione è finalizzata, nella Costituzione, a favorire l'inserimento della persona nella società, rendendo possibile la sua compiuta realizzazione.

Insieme e in collegamento con questo obiettivo, sta quello del contributo che i soggetti possono dare nella definizione dell'interesse generale. Si tratta del tema della c.d. democrazia partecipativa<sup>82</sup>. Anche il Terzo settore possiede un ruolo in questa attività:

---

<sup>80</sup> P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 37 e ss.

<sup>81</sup> P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *op. cit.*, pp. 41.

<sup>82</sup> Cfr. U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista Aic*, (1) 2011, F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, (1) 1952, pp. 118 e ss.; Id., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996; Id., *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, (2) 1957, pp. 149 e ss.; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971; M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940; G. Pastori, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, (2-3) 2008, pp. 323 e ss.

per esempio attraverso forme di *advocacy*<sup>83</sup> e, per quanto più da vicino interessa in questa sede, attraverso i rapporti con le pubbliche amministrazioni. Più in particolare gli strumenti maggiormente rilevanti in questo senso sono la co-programmazione e la co-progettazione<sup>84</sup>, che verranno analizzate nel cap. II, par. 1.2. La terza e ultima dimensione che completa il modello del pluralismo sociale si relaziona all'erogazione di servizi alla persona e al sistema di welfare, di cui gli enti del Terzo settore sono divenuti parte essenziale.

La rilevanza di tale principio è stata messa in luce anche in ambito europeo: si vedano, per il tema della democrazia partecipativa, l'art. 11 del Trattato sull'Unione europea<sup>85</sup> e, per il tema del welfare, la Risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009<sup>86</sup>.

L'art. 2 Cost. contiene anche, come si diceva, un secondo principio, quello di solidarietà: (la Repubblica) «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Detto principio, che sta alla base della convivenza sociale, secondo l'idea propria del Costituente, è da integrare con l'interpretazione che di esso ha dato la Corte Costituzionale, secondo cui il volontariato «rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali<sup>87</sup> in cui si svolge la sua personalità e

---

<sup>83</sup> In Italia il termine "*advocacy*" è traducibile con quello di «tutela dei diritti delle fasce deboli di popolazione». In tal senso si parla esplicitamente di «volontariato dei diritti» (F. Santanera e A.M. Gallo, *Volontariato*, Utet, 1998, pp. 111).

<sup>84</sup> Art. 55 e 56 CTS.

<sup>85</sup> Articolo 11, TUE: «1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione.

2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile.

3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate.

4. Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono stabilite conformemente all'articolo 24, primo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

<sup>86</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009 sull'economia sociale (2008/2250(INI)), in cui si afferma che «il modello sociale europeo è fondato in particolare sulla base di servizi, beni e posti di lavoro di elevato livello creati dall'economia sociale, nonché sulle capacità di anticipazione e innovazione sviluppate dai suoi promotori» e che «l'economia sociale rappresenta il 10% di tutte le imprese europee [...] e presenta un notevole potenziale in termini di generazione e mantenimento di un'occupazione stabile».

<sup>87</sup> Qui sta anche il collegamento con l'art. 18 Cost, anch'esso richiamato dall'art. 1 CTS, in quanto esso riconosce che spetta anche alle entità collettive il libero esercizio delle attività sociali.

dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»<sup>88</sup>.

Da una successiva pronuncia della medesima Corte<sup>89</sup> si percepisce anche il collegamento tra principio di solidarietà sociale e principio di uguaglianza sociale, così come sancito dall'art. 3, comma 2 Cost: la dimensione della solidarietà concorrerebbe, infatti, «a realizzare quell'uguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità». Inoltre, dalla sentenza si ricava che il principio in questione deve applicarsi non solo alla dimensione dei rapporti privati, ma anche alla dimensione pubblica.

L'art. 3, comma 2 Cost., in quanto fondamento dello Stato sociale come nostra forma di Stato, pone a carico della Repubblica tutta il compito di concorrere a realizzare detto modello. Non è attribuito quindi solo al legislatore, attraverso “azioni positive”, o allo Stato o alle amministrazioni pubbliche, ma anche agli altri soggetti che svolgono attività di interesse generale, *in primis*, quindi, gli enti del Terzo settore, il cui apporto deve essere favorito dagli enti pubblici, come previsto dall'art. 118, ultimo comma, Costituzione. Proprio in vista di questo obiettivo è giustificata una disciplina legislativa di favore come è quella prevista dal CTS.

Altra disposizione richiamata nell'art. 1 del CTS è l'art. 4 Cost., il quale prescrive, al comma 2, l'obbligo per ciascuno di concorrere al progresso sociale. Il riferimento è, secondo diversi autori<sup>90</sup>, da leggere in modo ambivalente: esso sarebbe collegato a entrambe le anime del Terzo settore, cioè quella lavorativa e quella volontaria. Nella prima prospettiva il comma 2 è da leggere in stretta relazione al comma 1, nel senso per cui l'attività degli enti del Terzo settore, in quanto anche propriamente lavorativa, concorre al “progresso materiale e spirituale della società”. Nella seconda prospettiva, si mette in luce che l'attività o funzione di cui si tratta nell'art. 4 non può essere considerata solamente quella lavorativa, ma devono poter rientrare in detta previsione anche forme di attività volontaria e gratuita.

---

<sup>88</sup> Sentenza Corte Costituzionale, 17-28 febbraio 1992, n.75.

<sup>89</sup> Sentenza Corte Costituzionale, 29-31 dicembre 1993, n. 500.

<sup>90</sup> Fra cui Consorti, Gori e Rossi, *op.cit.*, p.47.

Si è invece dubitato dell'utilità e della rilevanza del richiamo, nell'art. 1 CTS, all'art. 9 della Costituzione<sup>91</sup>.

Il vero e proprio nucleo fondante la rilevanza costituzionale del Terzo settore è, però, il già citato art. 118<sup>92</sup>. Esso contiene le regole fondamentali che governano l'allocazione delle funzioni amministrative: i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza<sup>93</sup>. Di particolare rilevanza per la trattazione è il principio di sussidiarietà. Esso ha portato ad un vero e proprio rovesciamento di prospettiva, imponendo di considerare come elementi fondamentali dell'ordinamento i livelli organizzativi più prossimi alla persona e alle formazioni sociali in cui essa opera e per questo più capaci di determinarne i bisogni<sup>94</sup>.

Detto principio si compone a propria volta di due dimensioni, una verticale e una orizzontale.

Il principio di sussidiarietà verticale richiede che le funzioni amministrative siano attribuite al Comune, cioè l'ente di governo più vicino ai cittadini<sup>95</sup>. Possono essere

---

<sup>91</sup> In questo senso, per esempio, P. Consorti, *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2017, pp. 38.

<sup>92</sup> «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Il principio è stato introdotto prima in via legislativa con il d.lgs. 18 agosto 2000 n.267, *T.U. Enti locali* e con la l. 8 novembre 2000 n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*; poi a livello costituzionale con la Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>93</sup> Tali principi integrano il principio autonomistico previsto dall'art. 5 della Costituzione. Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 156.

<sup>94</sup> Cfr. F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, pp. 112.

<sup>95</sup> Come si evince dall'art. 4, comma 3, lett. a), della l. n. 59/1997, che fornisce l'unica vera e propria definizione normativa del principio in parola, «le funzioni e i compiti amministrativi devono essere sì attribuiti agli enti territoriali più prossimi ai cittadini, ma compatibilmente con le dimensioni territoriali, associative e organizzative», M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 284. In base a tale affermazione pare evidente che il principio di adeguatezza, definito dallo stesso articolo come «idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni», sia un elemento costitutivo del principio di sussidiarietà stesso.

Per quanto riguarda, invece, il principio di differenziazione, esso si sostanzia, secondo le parole dell'art. 4, comma 3, lett. h) della l. n. 59/1997, nella regola per cui le funzioni vanno allocate «in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi». Per cui, «non può esservi un serio funzionamento del meccanismo della sussidiarietà, fondato sul canone dell'adeguatezza, in difetto di applicazione del principio di differenziazione; perciò questo principio deve

allocate a livelli via via superiori (Province, Città metropolitana, Regioni, Stato ed oggi, invero, pure l'Unione Europea) solo le funzioni per le quali sia necessario assicurare un esercizio unitario la cui ampiezza superi i confini del territorio comunale<sup>96</sup>. Come autorevole dottrina ha sostenuto, «[i]l principio di sussidiarietà è, dunque, un principio intrinsecamente e fisiologicamente ambivalente; è una sorta di Giano bifronte che, in relazione all'ampiezza e alla consistenza delle funzioni da allocare, può operare in senso "discendente" oppure in senso "ascendente"»<sup>97</sup>.

Inoltre, è da ritenere che il principio di cui si sta discorrendo, sebbene l'art. 118 Cost. sia rivolto principalmente al legislatore, sia principio generale dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, e che quindi possa valere, anche direttamente, per le pubbliche amministrazioni, laddove esse possano decidere le sorti di una funzione<sup>98</sup>.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, centrale per l'argomento di cui si sta trattando, previsto all'ultimo comma dell'art. 118, definisce invece i rapporti tra poteri pubblici e società civile, corrispondendo «alla riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati in modo efficiente e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico»<sup>99</sup>. In questo modo da una parte si evita che la pubblica autorità detenga il primato nella cura degli interessi della collettività, dall'altro mira a valorizzare il ruolo delle forme autorganizzative della società civile<sup>100</sup>.

Esso precede logicamente il principio di sussidiarietà verticale. Il collegamento tra i due è stato evidenziato a livello legislativo della riforma costituzionale del 2001 che ha riscritto l'art. 118 e, ancor prima, dall'art. 4, comma 3, lett. a), della l. 15 marzo 1997, n. 59, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali*,

---

essere correttamente inteso quale naturale corollario o declinazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza».

<sup>96</sup> Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 156.

<sup>97</sup> M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 287.

<sup>98</sup> Cfr. M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 297. A questo proposito, gli autori fanno riferimento alle c.d. funzioni libere, cioè quelle funzioni «non autoritative, innominate e atipiche, corrispondenti essenzialmente alla prestazione di servizi, che il legislatore non attribuisce in modo specifico ad alcuna amministrazione».

<sup>99</sup> P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 345.

<sup>100</sup> Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 157.

Il collegamento tra questo principio e quello precedentemente citato del pluralismo sociale si coglie nel momento in cui si considera che il primo «presuppone [...] che la società nelle sue varie forme (come comunità di persone a livello sub-statale, statale e internazionale) si ponga al servizio della persona umana considerata sia singolarmente sia nelle varie formazioni sociali in cui può esplicarsi la sua personalità», così A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, Bononia University Press, Bologna, 2018, pp. 127.

*per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*<sup>101</sup>, ove si afferma che il decentramento amministrativo deve avvenire nell'osservanza del «principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati». Come è stato autorevolmente sostenuto, «l'introduzione in Costituzione del principio di sussidiarietà orizzontale potrebbe portare a modifiche notevoli nella teoria e nella pratica del Diritto amministrativo, contribuendo alla costruzione di un diritto fondato su un nuovo paradigma pluralista e paritario anziché su quello bipolare e gerarchico tradizionale; nel momento stesso in cui si riconosce ai cittadini il ruolo di soggetti autonomamente attivi nel perseguimento dell'interesse generale viene infatti meno una delle ragioni principali della posizione di preminenza riconosciuta dalla teoria tradizionale alla pubblica amministrazione nei confronti degli amministrati»; inoltre «la sussidiarietà orizzontale prevede [...], per la sua realizzazione, che si instaurino rapporti fra soggetti pubblici e soggetti privati in vista del perseguimento di un interesse comune ad entrambi, l'interesse generale. Ma questi rapporti, se conflittuali e competitivi, rendono problematica o comunque meno efficiente la soddisfazione di tale interesse; viceversa impostare tali rapporti sulla base del principio di autonomia relazionale consente [...] di creare delle "alleanze" vantaggiose per tutti i soggetti coinvolti e, soprattutto, per il perseguimento dell'interesse generale»<sup>102</sup>. Quindi è anche grazie all'introduzione in Costituzione,

---

<sup>101</sup> La finalità della legge era quella di realizzare il più ampio decentramento amministrativo possibile, ridistribuendo le funzioni pubbliche tra i livelli governativi substatali, mantenendo invariata la costituzione.

<sup>102</sup> G. Arena, *Il principio di 'sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 179 e ss. Quando l'autore parla di autonomia relazionale fa riferimento a «una prospettiva cioè che anziché interpretare tale nuovo principio alla luce del vecchio paradigma faccia della sussidiarietà orizzontale il fondamento di un nuovo paradigma del Diritto amministrativo, pluralista, paritario e relazionale, invece che bipolare, gerarchico e conflittuale. Il punto di partenza per tale elaborazione sta nella constatazione che la sussidiarietà orizzontale è un principio eminentemente relazionale, in quanto disciplina i rapporti fra soggetti tutti dotati di autonomia: i cittadini, singoli o associati; le pubbliche amministrazioni; i vertici politici delle amministrazioni [...]. La seconda concezione di autonomia, quella che si potrebbe definire "relazionale", è presente nell'ultima parte della disposizione costituzionale [l'art. 5 Cost.], laddove si afferma che "La Repubblica ... adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento"; qui l'autonomia cui si riferisce la Costituzione non è quella che serve a difendere i poteri locali nei confronti di quelli centrali,

avvenuta con la riforma del 2001, del principio di sussidiarietà orizzontale che è stata rivoluzionata la tradizionale teoria secondo cui la cura dell'interesse generale spetterebbe solo all'intervento pubblico<sup>103</sup>. La novità principale della riforma del Terzo settore «esprime un ripensamento dell'amministrazione e dell'assetto organizzativo dei medesimi poteri, tale da implicare un'inedita considerazione dell'interesse generale. Detto interesse è ora colto con riguardo non più solo alla fase terminale del relativo perseguimento, bensì soprattutto a quella iniziale dell'individuazione e definizione dello stesso»<sup>104</sup>. Con l'affermarsi di una concezione del potere pubblico di tal fatta, per cui esso non avrebbe più il monopolio della determinazione del contenuto dell'interesse pubblico<sup>105</sup>, ma piuttosto avrebbe il compito di coordinare, valorizzare e controllare i

---

bensì quella che serve ad instaurare in una società pluralista rapporti paritari fra diversi centri di riferimento di interessi, sia pubblici sia privati [...]. Il risultato è una rete di rapporti fra soggetti autonomi, ognuno dei quali si comporta però secondo una logica di collaborazione portando all'interno della rete le proprie risorse, in quanto solo così può realizzare i propri interessi e soddisfare le proprie esigenze», così G. Arena, *op. cit.*, pp. 13.

<sup>103</sup> Sottolineano in molti un aspetto rilevante: l'affermarsi del Terzo settore è strettamente legato all'evoluzione della forma di Stato; così L. Violini, A. Zucchella, *Il Terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario, Non profit*, (2) 2003 pp. 291 e ss.; A. Poggi, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e la necessità di una "identificazione" all'interno del settore*, in *Non Profit*, (29) 2002, pp. 223; G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Passigli, 2008, pp. 5. Secondo quest'ultima, «da una prima fase "interstiziale" che connota il Terzo settore nel corso dello Stato liberale ottocentesco e dello Stato sociale affacciatosi a partire dal secondo dopoguerra dovuta alla tendenza, più o meno accentuata, a sostituire l'azione dei pubblici poteri alla libera iniziativa delle organizzazioni della società civile, si giunge alla vera e propria fase della «terzietà» legata alla crisi dello Stato sociale. È in questo contesto che il Terzo settore si afferma, seppure ancora in una dimensione residuale, quando il welfare State non è più in grado di garantire effettivamente quei diritti sociali, i diritti a prestazioni positive per il benessere individuale e della collettività, che la Costituzione proclama». È in questo momento che si verifica il passaggio da Welfare State a Welfare society.

<sup>104</sup> V. Tondi Della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'Anac al codice del Terzo settore*, in *Rivista Aic*, (1) 2018.

<sup>105</sup> In collegamento con la tematica della presente trattazione, rimangono ancora attuali le parole di F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, pp. 62, secondo cui «quando [...] la società tenda ad essere democratica, e più ancora, demarchica, lo stesso valore della sovranità tende a mutare [...]. [E]merge il modello di stato che si chiama stato di diritto». E ancora: «[u]na distinzione più attuale trova oggi però il suo punto di forza nella capacità degli individui di concorrere alla posizione e all'attuazione dell'ordinamento. Questa capacità si esprime in termini sociologici con il concetto di solidarietà e in termini giuridici con il concetto di partecipazione [...]. [L]o stato che ne deriva, rimanendo pur sempre di diritto, appare come stato sociale e viene denominato come demarchia [...]. La demarchia consiste in un ulteriore arricchimento delle possibilità dei singoli in quanto chiamati a collaborare all'esercizio dei poteri nel momento stesso in cui questi sono attivati, ed è il caso già visto della partecipazione all'esercizio della funzione legislativa o di quella giurisdizionale e, soprattutto ora, della partecipazione al procedimento di formazione degli atti delle Amministrazioni».

Secondo le parole di G. Pastori, *Riforme istituzionali e concezioni dell'amministrazione*, in *Vita e Pensiero*, (1) 1994, pp. 1 e ss. «si è assistito ad una lunghissima transizione, in cui si sono confrontate in una tensione dialettica la preesistente concezione dell'amministrazione come manifestazione del potere di governo, che si è sovrapposta per lungo tempo a quella costituzionale, e la concezione dell'amministrazione

soggetti altri espressione della società civile<sup>106</sup>, diventano momenti fondamentali quelli, cui si è accennato, della co-programmazione e della co-progettazione<sup>107</sup>. Interessante sarà quindi occuparsi dei risvolti giuridici di tale responsabilità in capo alla pubblica amministrazione<sup>108</sup>.

Questi soggetti privati a cui sarebbe demandato il compito di collaborare nell'individuazione degli interessi rilevanti sono individuati dall'art. 118 Cost. in soggetti singoli o associati. È chiaro che nella seconda categoria rientrano a pieno titolo gli enti del Terzo settore. Per questo il d.lgs. 117/2017 può essere definita come norma attuativa del principio di sussidiarietà orizzontale.

In quest'ottica, tale principio non può significare solo che le istituzioni debbano lasciare spazio alla libertà dei soggetti privati di unirsi in corpi intermedi, ma anche, se non principalmente, che esse debbano intervenire per sostenere l'autonoma iniziativa privata, come per esempio l'attività di erogazione di servizi o produzione di beni di interesse pubblico da parte degli enti del Terzo settore.

---

come azione collettiva per il raggiungimento in modo efficiente ed imparziale degli obiettivi e dei fini voluti dall'ordinamento in attuazione di altrettanti diritti fondamentali dei cittadini: come gestione di obiettivi e risultati per la collettività [...]. [S]trutture che sono manifestazione dell'iniziativa del privato-sociale si sono venute sempre più visibilmente ad inserire, sulla base di non poche previsioni di legge, nello svolgimento dell'amministrazione di servizi (si veda da ultimo per il suo valore esemplare la Legge 266/1991 sul volontariato). L'amministrazione mostra in tal modo di affrancarsi dall'organizzazione degli apparati di governo e di rientrare nel mondo dell'organizzazione della società, pur dovendosi muovere sempre nell'ambito dei fini determinati dalle leggi, dai programmi e dagli indirizzi di governo. Ciò sembra essere, fra l'altro, in armonia con la tendenza attuale a far esercitare direttamente agli apparati pubblici solo o soprattutto compiti di regolazione e di ordine (secondo la formula dello Stato regolatore) e non più anche di prestazione e di servizi».

<sup>106</sup> Le istituzioni, in questo assetto, vengono a svolgere un ruolo sussidiario e regolatore nei settori in cui si vengono a realizzare i diritti sociali, quale che sia la natura dell'ente erogatore. Ad opinione di V. Tondi Della Mura, *op.cit.*, tale funzione di controllo «deve essere assunta in senso estensivo in modo da includere tutti gli ulteriori elementi di giudizio indispensabili per una piena soddisfazione della pretesa sociale, compresi quelli riguardanti il profilo della preferenza dell'utente verso il soggetto erogatore». Per questo motivo, le istituzioni pubbliche sono, soprattutto, responsabili della realizzazione di un panorama che garantisca una pluralità di offerte per gli utenti.

<sup>107</sup> «Il fatto di ascoltare gli interessi coinvolti, prima di decidere, tende a porre [...] l'amministrazione su un piede paritario con il cittadino e, dunque, a fare dell'amministrazione una attività necessariamente e non solo teleologicamente imparziale», F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, pp. 233.

<sup>108</sup> Il motivo per cui ancora non si sia pienamente attuato tale modello è ben espresso dalle seguenti parole: «la realizzazione piena di un welfare nuovo esige che da entrambi i lati del processo decisionale si sia in grado di muovere passi decisivi verso la sussidiarietà: da un lato, l'ente pubblico deve accettare di cedere quote o spazi di decisionalità a favore di soggetti della società civile; dall'altro, è necessario che tali soggetti siano in grado, oltre che desiderosi, di assumersi la responsabilità di quelle decisioni. Condizioni queste che [...] nel nostro Paese non sono ancora soddisfatte appieno. Dal versante dell'ente pubblico, infatti, si osserva una naturale resistenza a condividere con altri il potere decisionale», S. Zamagni, *Nuovo welfare, sussidiarietà, Terzo settore*, in *Areté – Quadrimestrale dell'Agenzia per le ONLUS*, (3) 2010, p.5.

Il risultato dell'operare del principio di sussidiarietà dà vita a un vero e proprio nuovo modo di amministrare<sup>109</sup>. Le nuove forme di partecipazione democratica che da tale modello prendono vita «trovano alimento nei diritti di libertà tradizionali ma al tempo stesso si configurano come una nuova e più moderna forma di esercizio della sovranità popolare»<sup>110</sup>.

Proprio riguardo alle forme di collaborazione fra Pubblica amministrazione e Terzo settore, l'art. 55 CTS prescrive che le prime, nell'esercizio delle proprie funzioni nei settori di attività di cui all'art. 5 CTS, coinvolgano gli enti del Terzo settore attraverso forme di forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento in attuazione, fra gli altri, del principio di sussidiarietà. La grande novità del codice in materia è, a detta di Tondi Della Mura, la «rimozione dei precedenti limiti di ordine soggettivo e oggettivo, riguardanti le “forme di collaborazione” (art. 2) dei soggetti privati con quelli pubblici»<sup>111</sup>. L'ampliamento ha riguardato così il lato soggettivo, per quanto riguarda sia le pubbliche amministrazioni coinvolte, sia le tipologie di enti *non profit*, come il lato oggettivo, cioè le attività indicate dall'art. 5<sup>112</sup>.

Un ultimo tema rilevante, relativamente al principio di sussidiarietà, è quello del necessario bilanciamento tra detto principio, nella sua accezione orizzontale poc'anzi espressa, e altri principi che vengono in gioco soprattutto attraverso l'ordinamento dell'Unione Europea. Quest'ultimo deve essere preso in considerazione, come evidenziato da Castorina, per almeno due aspetti: la disciplina concorrenziale tra imprese e quella degli aiuti di Stato<sup>113</sup>. La tematica verrà affrontata in modo più approfondito nell'ultimo capitolo dell'elaborato, ma è possibile fin d'ora affermare che proprio le finalità sociali perseguite dagli enti del Terzo settore, in quanto rispondenti ad esigenze costituzionalmente rilevanti giustificano una disciplina di incentivi pubblici, che in

---

<sup>109</sup> Cfr. L. Torchia, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, pp. 851., secondo cui «nel diritto comunitario si va affermando una nozione di pubblica amministrazione di tipo funzionale e non strutturale [...] [in cui] a venire in rilievo per l'applicazione delle norme non è la natura del soggetto o la tipologia della sua struttura, bensì la natura dell'attività svolta [...]. Sul piano scientifico si è resa possibile una sorta di trasposizione della concezione oggettiva del servizio pubblico all'insieme dell'attività amministrativa».

<sup>110</sup> G. Arena, *op. cit.*, pp. 36.

<sup>111</sup> V. Tondi Della Mura, *op. cit.*, pp. 19.

<sup>112</sup> In questo contesto, secondo il medesimo autore, «[l]a sussidiarietà, pertanto, torna a essere valorizzata per la propria vocazione originaria: quella di fungere non più solo quale criterio ordinatore del rapporto fra pubblica amministrazione e privato, quanto, più ancora, quale principio posto a tutela della qualità delle prestazioni sociali».

<sup>113</sup> Cfr. E. Castorina, *Il disegno di legge di riforma del Terzo settore: i profili costituzionali e l'impatto con l'ordinamento europeo*, in *Non profit*, (3) 2014, pp. 148 e ss.

qualche modo deroghi ai principi poc'anzi espressi, accompagnata, ove occorrente, da una regolamentazione specifica che assicuri la trasparenza e l'imparzialità della pubblica amministrazione nella scelta dell'operatore del Terzo settore cui affidare il servizio in questione, che tenga comunque conto delle «particolari esigenze funzionali»<sup>114</sup> tipiche dei soggetti operanti nel Terzo settore.

---

<sup>114</sup> A. De Conno, A. Doveri, M. Marchetti, *Sussidiarietà, programmazione partecipata e affidamento dei servizi*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare, Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 342.

### 3. Una breve storia normativa del Terzo settore

Per comprendere appieno il ruolo che il Terzo settore ricopre al giorno d'oggi in Italia e la rilevanza della riforma del 2017 è necessario ripercorrere le tappe normative fondamentali che hanno disciplinato la materia nel nostro Paese e, più in generale, nell'Unione Europea, a partire da un breve accenno all'epoca degli Stati preunitari, fino alle ultime novità in tema di attuazione del d.lgs. 117/2017.

#### 3.1. Dagli Stati preunitari alla Costituzione repubblicana

Si può dire che la storia del Terzo settore abbia segnato profondamente quella del nostro Paese, contribuendo alla sua evoluzione. L'origine del fenomeno è rinvenibile nel Medioevo quando iniziarono a venire alla luce le c.d. Confraternite di beneficenza (conosciute anche con il nome di Misericordie), enti privati con finalità di solidarietà, che svolgevano attività quali la gestione di servizi di assistenza e la cura delle persone più svantaggiate<sup>115</sup>.

Innanzitutto, è da premettere che, poiché non sarebbe corretto parlare di Terzo settore in epoche risalenti, così mutuando retroattivamente una terminologia nata solo nei successivi sviluppi del fenomeno, si cercherà di fare riferimento alle “società parziali”<sup>116</sup> più rilevanti nei diversi periodi storici.

Per comprendere il variegato panorama delle Istituzioni di carità<sup>117</sup> che lo Stato unitario si trovò di fronte al proprio sorgere, è necessario fare qualche accenno alla situazione di tali enti negli Stati preunitari. Il sistema di carità si articolava, nei vari stati della penisola, in una rete di istituzioni, fra cui rientravano i luoghi pii elemosinieri, gli Ospedali maggiori, i Monti di pietà, gli orfanotrofi, gli ospizi, e i ritiri femminili<sup>118</sup>. Intorno alla seconda metà del Seicento si colloca una generale pubblicizzazione del sistema assistenziale, che si sviluppò in varie fasi, realizzata attraverso controlli sui patrimoni e nomina degli amministratori da parte dell'autorità pubblica. Parallelamente si assistette alla soppressione di varie confraternite e corporazioni di mestiere.

---

<sup>115</sup> Cfr. P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 15.

<sup>116</sup> P. Addis, E. A. Ferioli, E. Vivaldi, *Il Terzo settore nella disciplina normativa italiana dall'Unità ad oggi*, in E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, 2011, pp. 130.

<sup>117</sup> Infatti, secondo un'inchiesta dell'epoca, tali organizzazioni raggiungevano il numero di 20.123 unità.

<sup>118</sup> Cfr. E. Bressan, *Percorsi del Terzo settore e dell'impegno sociale dall'Unità alla Prima guerra mondiale*, in E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, 2011, pp. 23 e ss.

Con gli anni della Rivoluzione francese tali istituzioni vennero poi assegnate ad amministratori nominati a livello municipale o governativo. Nel Regno d'Italia, in particolare, furono istituite le c.d. Congregazioni di carità, che, a livello comunale, si occupavano di gestire assistenza e sanità. Tali Congregazioni furono sciolte, dopo la Restaurazione, ma la situazione sostanzialmente rimase invariata: l'amministrazione, per esempio nel Lombardo-Veneto, restava affidata a gruppi dirigenti cittadini, che tentavano di mediare l'intervento pubblico, «in una sorta di negoziato continuo con l'autorità statale»<sup>119</sup>.

I modelli che si vennero così a formare nel sistema di pubblica beneficenza fra Settecento e Ottocento negli Stati preunitari furono sostanzialmente due: da una parte quello del Lombardo-Veneto (a cui si può assimilare, pur con qualche differenza, quello modenese, toscano, parmense e napoletano) e, dall'altra, quello sardo-piemontese e pontificio. Il modello sardo-piemontese si affermerà definitivamente dopo la fondazione dello Stato unitario, su scelta esplicita della l. 17 luglio 1890 n. 6972, *Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza* (c.d. Legge Crispi).

Per quanto riguarda la prima tipologia di sistema di beneficenza, essa evidenzia una continuità con l'accentramento di stampo napoleonico: anche dopo lo scioglimento delle Congregazioni di carità risalente al 1819, infatti, le delegazioni provinciali e dei governi centrali di Milano e Venezia mantennero un forte controllo.

La seconda, invece, era basata sulla legislazione avviata da Vittorio Amedeo II nel 1716-1717 e poi proseguita con l'editto di Carlo Alberto del 1836 sulle Opere pie, con la legge del 1850 e, infine, con la Legge Rattazzi del 1859, da cui avrebbe poi preso le mosse, dopo l'unificazione, la legge del 1862. Il modello seguito da tali normative era fondato sul principio di autonomia degli enti, «con una riconosciuta presenza delle comunità locali, delle famiglie dei benefattori, della Chiesa e degli istituti religiosi»<sup>120</sup>. Il sistema non era ancora privatistico, in quanto era presente una forma di vigilanza e di potere del governo nel riconoscimento delle istituzioni stesse e nella nomina di molti amministratori, ma ampi erano ancora i margini di autonomia degli enti, che continuavano a essere disciplinati dai propri statuti.

La nascita dello Stato liberale risulta un momento importante nella storia del fenomeno del Terzo settore in quanto il «passaggio delle figure organizzative della pietà organizzata

---

<sup>119</sup> E. Bressan, *op. cit.*, pp. 27.

<sup>120</sup> E. Bressan, *op. cit.*, pp. 31.

dall'influenza dei poteri ecclesiastici a quella dei poteri laici, centrali e locali» comporta che «la pluralità degli enti sia ricondotta in un sistema al cui centro stanno le competenze e l'attività degli organi amministrativi», venendo a rappresentare «una tappa fondamentale per il successivo sviluppo dei rapporti fra Stato e comunità»<sup>121</sup>.

La prima legge emanata in materia dopo l'unificazione italiana fu la l. 3 agosto 1862, n. 753, *Sull'amministrazione delle Opere pie*<sup>122</sup>. Essa, come anticipato, recepì il modello piemontese della Legge Rattazzi. Gli scopi della legge erano principalmente quelli di uniformare la disciplina e riconoscere il ruolo del sistema di assistenza, permettendo un intervento pubblico di tipo ordinatore, senza introdurre un sistema pubblico di assistenza. Furono riproposte, a livello municipale, le Congregazioni di carità, mentre il controllo era affidato alle Deputazioni provinciali. Era garantita ampiamente l'autonomia statutaria da parte delle istituzioni. La legge non ebbe gli esiti sperati, soprattutto dal punto di vista dei controlli, e molte furono, nei dibattiti successivi, le proposte di riforma.

Ad essa si arrivò solo anni dopo, con la l. 17 luglio 1890, n. 6972<sup>123</sup>. Essa trasformò le Opere pie in «Istituzioni pubbliche di beneficenza»<sup>124</sup>: divennero quindi enti pubblici, con il conseguente divieto di mantenimento della natura privata o ecclesiastica, salva qualche eccezione<sup>125</sup>. Fu elaborato un sistema di controllo pubblico affidato alla Giunta provinciale amministrativa e allo Stato. Le organizzazioni elemosiniere furono riunite nelle Congregazioni di carità, amministrate da un comitato che faceva capo al Consiglio comunale; le funzioni di tesoriere erano affidate all'esattore del Comune. Altro elemento importante della riforma fu la disciplina delle trasformazioni<sup>126</sup>. Con tale legge si espanse, quindi, la rilevanza del potere pubblico, ma non vennero meno forme di iniziativa

---

<sup>121</sup> C. Bersani, *Il pluralismo dei soggetti. Modello dell'opera pia e disciplina della personalità giuridica dai codici preunitari all'Unità*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 5-6.

<sup>122</sup> Nella legge il termine "opera pia" indica, secondo quanto previsto dall'art. 1: «gli istituti di carità e di beneficenza, e qualsiasi ente morale avente in tutto o in parte per fine il soccorrere alle classi meno agiate, tanto in istato di sanità che di malattia, di prestare loro assistenza, educarle, istruirle o avviarle a qualche professione, arte o mestiere».

<sup>123</sup> Allo stesso periodo risale anche la l. 15 aprile 1886, n. 3818, *Costituzione legale delle società di mutuo soccorso*, ancora oggi vigente. Le prime società di questo tipo iniziarono a nascere nella prima metà dell'Ottocento e, negli anni a venire, il loro numero crebbe molto velocemente. La legge ricevette un'applicazione abbastanza limitata.

<sup>124</sup> Solo con il R.D. n. 2841 del 1923 esse furono rinominate «Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza», note anche come IPAB.

<sup>125</sup> L'art. 2 escludeva dall'applicazione i comitati di soccorso, le fondazioni private in favore di una o più famiglie, le società e associazioni regolate da Codice civile e dal Codice di commercio.

<sup>126</sup> La trasformazione avrebbe riguardato, secondo l'art. 70, le istituzioni in cui fosse venuto meno il fine, o il cui fine non fosse più rispondente alle finalità del momento e all'«interesse della pubblica beneficenza». Essa sarebbe dipesa da valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione.

autonoma della società civile organizzata<sup>127</sup>. Riguardo alla Legge Crispi gli autori sostengono che non si possa ancora parlare di vera e propria pubblicizzazione<sup>128</sup> giacché, come è stato evidenziato, «lo Stato non affermava una responsabilità diretta del potere pubblico nella garanzia del bisogno economico-sociale dei più disagiati, supportando con proprie risorse l'assistenza ai meno abbienti, ma con grande abilità tentava di ottenere risposte migliori ai bisogni sociali della popolazione estendendo l'influenza statale su un insieme di patrimoni, strutture, attività ed esperienze già presenti ed operanti nella società in autonomia e attraverso la libera iniziativa»<sup>129</sup>.

Anche la Legge Crispi ebbe un'applicazione limitata<sup>130</sup>.

Al fine di superare i problemi legati alla frammentazione degli interventi in materia, fu emanata, durante il governo giolittiano, la l. 18 luglio 1904, n. 390 ed il successivo regolamento 1° gennaio 1905: essi diedero vita a Commissioni provinciali di assistenza e beneficenza<sup>131</sup> e al Consiglio superiore dell'assistenza e beneficenza, con un ruolo di controllo e coordinamento, e a una Direzione generale della sanità (distinta dalla beneficenza).

Con l'avvento del fascismo le organizzazioni sociali attraversarono una fase di forte subordinazione al potere pubblico. Con esso «giungeva a compimento [...] quel crescente

---

<sup>127</sup> Rilevante, anche, più in generale, per la trattazione in oggetto, la seguente riflessione di pp. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *op. cit.*, pp. 18: «la crescita [...] dei diritti che l'ordinamento giuridico mira a garantire, anche attraverso il coinvolgimento degli enti privati, postula una limitazione dell'autonomia [...] di questi ultimi. Se infatti lo Stato è [...] garante della qualità delle prestazioni, ancorché erogate da altri, ciò legittima e rende doveroso un impegno della mano pubblica nello svolgimento di un'attività di indirizzo e coordinamento, ma anche di selezione e di controllo sull'operato dei suddetti enti».

<sup>128</sup> Ad opinione di U. De Siervo, *Il problema dell'assistenza fra Stato e società, in Stato e Chiesa di fronte al problema dell'assistenza*, Ciso-Edimez, Roma, 1992, pp. 397 e ss.: «La stessa attuazione in via amministrativa della legge ha messo in evidenza un molto modesto uso dei poteri di vigilanza e di controllo, specie di quelli più incisivi e che avrebbero forse potuto dare una "lettura" della legislazione nel senso di una vera e propria progressiva pubblicizzazione».

<sup>129</sup> P. Addis, E. A. Ferioli, E. Vivaldi, *op. cit.*, pp. 158.

<sup>130</sup> Secondo E. Bressan, *op. cit.*, pp. 52: « Il sistema introdotto dalla riforma crispina può tuttavia, nel suo complesso, essere definito una sorta di "transazione" fra, da un lato, la funzione dello Stato e degli enti pubblici e, dall'altro, le iniziative della beneficenza pubblica e privata, con un'azione di vigilanza e di controllo limitata agli aspetti formali e patrimoniali, a garanzia delle stesse istituzioni, senza entrare nel merito della gestione della beneficenza stessa, di un coordinamento generale e ancor meno di un raccordo con le iniziative promosse dalla società».

<sup>131</sup> Esse approvavano i bilanci delle Ipab, le trasformazioni e le variazioni del loro patrimonio, la creazione di consorzi e i regolamenti interni; esprimevano pareri in ordine all'istituzione di nuovi enti morali o al loro scioglimento, alla natura giuridica degli enti e sui decreti prefettizi di scioglimento degli Istituti privati di beneficenza.

interventismo statale sulla società e sull'economia che si era manifestato con grande evidenza già a partire dalla Prima guerra mondiale»<sup>132</sup>.

Tra il 1915 e il 1918, infatti, lo Stato dovette spendere tutte le proprie forze nel finanziamento delle operazioni militari. In conseguenza di ciò, già da maggio 1915, fu emanata una legislazione che dava ai prefetti la facoltà di perquisire e sciogliere associazioni e di proibire riunioni. Si procedette in questo modo a «una vera e propria militarizzazione dello Stato. Le libertà statutarie vennero soppresse nelle “zone di guerra”, cioè in larga parte dell'Italia settentrionale, dove le autorità militari potevano legiferare in deroga alle leggi dello Stato»<sup>133</sup>.

Con l'ascesa al potere del fascismo si assistette a un'attuazione più stringente della Legge Crispi, da almeno due punti di vista: furono inaspriti i controlli pubblici e subirono

---

<sup>132</sup> C. De Maria, *L'evoluzione del Terzo settore dal Novecento a oggi (1915-2011)*, in E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, 2011, pp. 83.

La parabola che, fra XIX e XX secolo, ha condotto a questo modello di Stato è stata ampiamente analizzata in dottrina (cfr. M. Clarich Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 30 e ss.; S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, (2) 1991, pp. 378 e ss.). Per buona parte del XIX secolo dominò il c.d. «Stato guardiano notturno», che si occupava principalmente di garantire l'ordine pubblico e di difendere il territorio dai nemici esterni. In questo periodo i corpi intermedi venivano considerati con sfavore e gli stessi apparati amministrativi erano ridotti al minimo. Con la crisi della visione liberista e liberale dello Stato, verso l'inizio del XX secolo, iniziarono ad affermarsi nuove ideologie, quali socialismo, cattolicesimo, operaismo, e nuove classi sociali. Si arrivò, quindi, a un modello di Stato conosciuto come «Stato interventista» o «Stato sociale» (*Welfare State*), come dimostrato, per esempio, dalla legislazione sociale della Germania bismarckiana e dell'Italia giolittiana. A livello centrale, l'amministrazione fu potenziata con l'aumento di ministeri ed enti a cui furono attribuite nuove funzioni; a livello locale, si assistette a esperienze di socialismo municipale, per esempio attraverso servizi pubblici come l'illuminazione pubblica, gli acquedotti, etc.

Con l'avvento di fascismo e nazismo, come si diceva, soprattutto a partire dagli anni Trenta, fu favorita una forte espansione della presenza dello Stato. La crisi degli anni Trenta, richiedendo importanti interventi di salvataggio da parte dell'autorità pubblica, portò all'affermazione del modello dello «Stato imprenditore», che gestiva direttamente aziende di produzione ed erogava una grande quantità di beni e servizi. In alternativa, laddove venivano preferiti interventi sotto forma di ausili finanziari pubblici nei confronti di particolari settori di attività, si è parlato di «Stato finanziatore».

Nel secondo dopoguerra emerse il modello dello «Stato pianificatore», con l'approvazione di programmi di nazionalizzazione di settori economici strategici.

La crescita esponenziale della spesa pubblica portò ad una crisi finanziaria, che, a partire dagli anni Ottanta, minò le fondamenta dello Stato interventista. Da questo momento in poi, a partire dagli Stati Uniti, fino a giungere nei Paesi europei, si è potuto parlare di «riduzione della sfera pubblica», grazie all'avvio di politiche di liberalizzazione, alla soppressione di regimi di monopolio legale e alla privatizzazione di varie attività gestite dai pubblici poteri. È questa la fase dello «Stato regolatore».

A proposito dell'alternarsi di periodi di ampliamento e di ritrazione della sfera pubblica, spesso in dottrina si è richiamata l'immagine del pendolo (cfr. pp. Novelli, L. Venturini, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 474). Parte della dottrina afferma che la presenza della sfera pubblica andrebbe ridotta drasticamente (cfr. M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2001).

<sup>133</sup> C. De Maria, *op. cit.*, pp. 87.

la pubblicizzazione tutte quelle Opere pie che fino a quel momento erano riuscite ad evitarla.

In particolare, nel 1923 furono soppresse le Commissioni provinciali di assistenza e beneficenza e il Consiglio superiore di assistenza e beneficenza. Più in generale la libertà di associazione subì, durante il ventennio, una severa limitazione, fino ad arrivare alla sua repressione a livello penale<sup>134</sup>. In aggiunta, la stessa legislazione mutò la denominazione delle Istituzioni pubbliche di beneficenza in «Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza».

A partire dal 1926 si assistette alla concentrazione delle organizzazioni private in grandi enti pubblici: nel 1926 fu istituito l'Ente nazionale fascista della cooperazione<sup>135</sup>, che nel 1931 divenne istituto di diritto pubblico<sup>136</sup>; nel 1925 la Federazione italiana delle società di mutuo soccorso venne sciolta<sup>137</sup> e sostituita dalla Federazione nazionale fascista della mutualità; nel 1937 furono soppresse anche le Congregazioni di carità<sup>138</sup>, che vennero sostituite con gli enti comunali di assistenza. Inoltre, per quanto riguarda le autonomie locali, il regime cercò di soffocarle, a partire dalle violenze squadriste, fino ad arrivare, nel 1926, a privarle della libera rappresentanza<sup>139</sup>.

Per quanto riguarda più in particolare il settore assistenziale, il R.D. 12 febbraio 1930, n. 84, art. 2 tentò di eliminare le organizzazioni private non riconosciute, consentendo la possibilità di scioglierle con decreto reale su proposta del ministro dell'Interno e prevedendo il trasferimento delle relative attività patrimoniali alla Croce Rossa.

Il nazionalismo economico, dopo la crisi di Wall Street e la conseguente depressione, divenne preponderante, parallelamente all'aumento dell'interventismo statale: nel 1934 vennero ufficialmente istituite le corporazioni, con la l. 5 febbraio 1934, n. 164.

Il Codice civile, approvato nel 1942 e sopravvissuto alla caduta del fascismo, si occupò anche di associazioni e fondazioni, sottoponendo tali enti a stringenti controlli e limitazioni, mentre mantenne un certo *favor* per le forme societarie<sup>140</sup>.

---

<sup>134</sup> Attraverso una disciplina di pubblica sicurezza fu riconosciuto ai prefetti il potere di ordinare lo «scioglimento delle associazioni, enti o istituti costituiti od operanti nel regno che svolgono una attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato» (art. 215 R.D. 18 giugno 1931, n. 773, T.U. delle leggi di pubblica sicurezza).

<sup>135</sup> R. D. 30 dicembre 1926 n. 2288.

<sup>136</sup> R.D. 2 Marzo 1931, n. 324.

<sup>137</sup> Con Decreto prefettizio del 1925.

<sup>138</sup> L. 3 giugno 1937, n. 847.

<sup>139</sup> L. 4 febbraio 1926, n. 237 e con R.D. 3 settembre 1926, n. 1910.

<sup>140</sup> Così, P. Addis, E. A. Ferioli, E. Vivaldi, *op. cit.*, pp. 172. Secondo gli stessi autori, «[i]l fatto, infine, che gli enti associativi e le fondazioni fossero disciplinati nel libro I del Codice e le persone giuridiche

Lo Stato fascista tendeva da un lato ad affermare il proprio potere di intervento su ogni forma di autonomia privata; dall'altro cercava di ottenere un monopolio nella cura dei diritti delle persone: il risultato era che la tutela arrivava fino a dove lo Stato decideva di intervenire<sup>141</sup>. Proprio per creare una rottura definitiva con l'ideologia fascista, l'Assemblea costituente, tra il 1946 e il 1947, ha mirato a creare una Costituzione che consentisse alla neonata Italia repubblicana di svilupparsi su basi opposte a quelle del regime: i principi fondamentali analizzati nel paragrafo precedente hanno avuto questo compito. Si fa riferimento ai già menzionati principi di democraticità, pluralismo, di solidarietà, di libertà di associazione.

Inoltre, la Costituzione mostra anche una cesura netta rispetto allo Stato liberale, come evidenziato da alcuni autori, giacché «l'affermazione del modello di Welfare State realizzata dall'assetto costituzionale mira a responsabilizzare le istituzioni pubbliche nella garanzia di quei diritti che per tradizione storica chiamiamo "sociali"»<sup>142</sup>.

Eppure, come parte degli studiosi fa notare<sup>143</sup>, la scelta operata in quell'occasione ha incardinato la struttura democratica sui partiti, trascurando una possibile alternativa: quella di calcare la mano su una più vasta autonomia, dando rilevanza a quelle forme di partecipazione, che, a livello orizzontale, consentono un più efficace intervento dei cittadini sull'indirizzo politico. Il tentativo di Giuseppe Dossetti di inserire fin dall'origine il principio di sussidiarietà nel testo costituzionale, infatti, non andò a buon fine, probabilmente per il timore che un riconoscimento di tal fatta potesse inficiare la centralità dei nuovi poteri nazionali.

La stessa tendenza vale tanto per il principio di sussidiarietà orizzontale quanto per quello di sussidiarietà verticale: secondo lo stesso C. De Maria, «è questa una delle contraddizioni che caratterizzavano la situazione italiana, dove la Carta costituzionale sembrava privilegiare il potere locale e ne garantiva in via di principio l'autonomia, ma lo lasciava di fatto in attesa di sviluppi legislativi che tardarono a venire, mentre nella

---

economiche nel libro V, è stato a lungo interpretato come la volontà di distinguere schematicamente tra enti *non profit* ed enti lucrativi (distinzione che, peraltro, nel Codice non è mai espressamente disciplinata). In realtà con il tempo è divenuto sempre più evidente che questa schematizzazione è troppo semplicistica e poco aderente agli enti collettivi che sono andati sviluppandosi nel corso del XX secolo nella società civile italiana, nella quale anche l'attività di impresa si è colorata di scopi sociali e solidaristici». Da questo assetto deriva la necessità di una modifica del Codice civile, rimasta inattuata dalla riforma del Terzo settore.

<sup>141</sup> Cfr. P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *op. cit.*, pp. 21.

<sup>142</sup> P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *op. cit.*, pp. 22.

<sup>143</sup> Cfr. C. De Maria, *op. cit.*, pp. 98.

normativa degli enti locali si registrava, piuttosto, una forte continuità tra fascismo e Repubblica»<sup>144</sup>.

### 3.2. Gli sviluppi successivi, verso una riforma del Terzo settore

Dopo la Costituzione la tendenza principale che si andava consolidando era quella verso un progressivo ampliamento della tutela dei diritti della persona. Nella ristrutturazione del sistema delle organizzazioni della società civile, a partire dagli anni Cinquanta<sup>145</sup>, si registrarono due fenomeni fondamentali: da una parte il c.d. collateralismo, cioè la stretta dipendenza di tali istituzioni dai due partiti principali dell'epoca (DC e PCI); dall'altra si andò intensificando la «sussunzione del sociale nello statale, secondo la visione – tutta novecentesca – per la quale la gestione delle attività di assistenza e welfare spetta allo Stato e alle sue istituzioni», già manifestatasi in epoca fascista<sup>146</sup>. L'idea alla base di quest'ultimo fenomeno era quella per cui «solo un sistema di welfare universalistico ed a forte matrice pubblica potesse garantire il godimento effettivo ed uniforme dei diritti all'interno del territorio nazionale, nonché una crescita economica e sociale della comunità»<sup>147</sup>; si può notare in essa un retaggio culturale che era andato formandosi a partire dalla Prima guerra mondiale, passando poi per il fascismo e per la crisi economica degli anni Trenta. Tale modello ha fatto sì che gli enti privati assumessero un compito semplicemente integrativo nel campo dei servizi alla persona, per offrire quelle prestazioni che lo Stato non poteva garantire nella loro interezza, oppure che presentavano caratteri di novità rispetto ai bisogni consolidati della società<sup>148</sup>.

Un cambiamento rilevante iniziò a verificarsi durante gli anni Settanta, in concomitanza con l'attuazione delle disposizioni costituzionali sulle Regioni<sup>149</sup>. La riforma comportò, per quanto rileva ai fini della presente trattazione, l'assunzione da parte delle Regioni della competenza legislativa e amministrativa in materia di assistenza sociale: si è affermato<sup>150</sup>, infatti, che è proprio con la legislazione regionale che si sarebbe

---

<sup>144</sup> C. De Maria, *op. cit.*, pp. 100.

<sup>145</sup> Tra 1958 e 1963 si verificò il periodo del c.d. “miracolo economico”.

<sup>146</sup> C. De Maria, *op. cit.*, pp. 102.

<sup>147</sup> P. Addis, E. A. Ferioli, E. Vivaldi, *op. cit.*, pp. 179.

<sup>148</sup> Così, P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *op. cit.*, pp. 23.

<sup>149</sup> L. 16 maggio 1970, n. 281, con successivo regolamento di attuazione D.P.R. 15 gennaio 1972, n. 8. Per un vero e proprio spostamento di funzioni si dovette però aspettare leggi statali successive e, soprattutto, il superamento del collateralismo.

<sup>150</sup> Cfr. E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 52.

affermata per la prima volta una forma embrionale di *welfare mix*<sup>151</sup>. Ad essa si accompagnò una profonda riflessione sulla forma di governo locale e sulle potenzialità del decentramento. Negli stessi anni anche a livello di legislazione statale si assistette a una simile “pluralizzazione” del sistema di assistenza sociale e sanitaria. A questo processo parallelamente si accompagnarono «tendenze alla privatizzazione del pubblico e alla pubblicizzazione del privato»<sup>152</sup>.

La fisionomia del *welfare* locale fu definita anche dall’esponentiale crescita del volontariato e del movimento associazionistico che si verificò negli stessi anni<sup>153</sup>. È dagli anni Ottanta che nascono a livelli consistenti le organizzazioni che oggi definiamo del Terzo settore. Con le prime avvisaglie della crisi finanziaria statale, a fine anni Ottanta, quindi, si formò una nuova forma di *welfare* «plurale, caratterizzato dalla presenza di una molteplicità di soggetti (pubblici e privati) in un regime di collaborazione o anche di

---

<sup>151</sup> Con *welfare mix* si intende un sistema basato sulla cooperazione tra Stato e società civile nell’organizzazione dei servizi alla persona, alla luce dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Anche secondo Addis, Ferioli e Vivaldi, *op. cit.*, pp. 196, il riconoscimento del ruolo della società civile «ha rappresentato i portati più significativi [...] delle leggi regionali degli anni Ottanta, le quali, oltre a introdurre disposizioni di favore per il privato sociale, hanno consentito di abbandonare una logica categoriale dell’assistenza e affermare la prevalenza di un sistema di welfare mix, fondato sulla stretta collaborazione tra settore pubblico e società civile nell’organizzazione della risposta ai bisogni sociali, all’insegna dei principi di sussidiarietà orizzontale e di solidarietà».

<sup>152</sup> P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *op. cit.*, pp. 23.

<sup>153</sup> Un ruolo fondamentale per tutto il secondo dopoguerra è stato ricoperto dalle istituzioni religiose di matrice cattolica. L’impegno del cattolicesimo sociale si esprimeva in varie forme: numerose erano le opere di ispirazione cattolica che, già dagli anni Trenta, gravitavano intorno alle parrocchie, alle comunità religiose e ai gruppi caritativi. Spesso la Pontificia Opera di Assistenza, nonché le varie diocesi, sono state interlocutrici privilegiate delle amministrazioni comunali nel settore dei servizi alla persona. È doveroso menzionare il ruolo ricoperto dalla Chiesa nell’attività assistenziale e sanitaria, specialmente a livello ospedaliero. Inoltre, si sono sviluppate varie nuove iniziative in diversi settori, sia a livello locale, sia a livello statale, spesso in risposta alle conseguenze che la Seconda Guerra Mondiale aveva comportato sulla popolazione civile, quali l’assistenza ai mutilati di guerra. Negli anni Settanta, grazie soprattutto alle spinte del Concilio Vaticano II e degli avvenimenti del Sessantotto, l’impegno associativo in ambito cattolico mostra ancora grande vivacità, affiancandosi alle mobilitazioni studentesche e operaie e contribuendo a dare vita a quel pluralismo di forme di intervento sociale che ancora oggi vediamo presente nel sistema dei servizi alla persona. Per un ulteriore approfondimento, cfr. A. Cherubini, *Storia della previdenza sociale in Italia (1860-1960)*, Editori Riuniti, Roma, 1977; R. Cipriani, *Carità e trasformazioni sociali*, in M. Impagliazzo (a cura di), *La nazione cattolica. Chiesa e società in Italia dal 1958 a oggi*, Guerini e Associati, Milano, 2004; P. Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Bari, 2014; U. De Siervo, *Il problema dell’assistenza fra Stato e società*, in *Stato e Chiesa di fronte al problema dell’assistenza*, CISO-EDIMEZ, Roma, 1982, pp. 397 e ss.

Altrettanto feconda è stata l’esperienza cattolica nel settore dell’istruzione e alla formazione professionale; si ricordi, a titolo di esempio, la fioritura di scuole materne, sorte spesso a servizio delle comunità cristiane parrocchiali (cfr. *La scuola cattolica oggi in Italia*, Documento della Commissione Episcopale per l’Educazione Cattolica, 1983; A. Fadiga Zanatta, *Il sistema scolastico italiano*, Il Mulino, Bologna, 1976).

competizione regolata e controllata»<sup>154</sup>. Contemporaneamente, e nell'assenza di un intervento nazionale in materia, molte Regioni approvarono leggi di riordino del sistema assistenziale. Fu l'occasione per riconoscere un ruolo di primaria importanza alle organizzazioni del privato sociale, in particolare alle Organizzazioni di volontariato: «si prevede, infatti, che questi soggetti fossero inseriti in albi o registri comunali e regionali e che, conseguentemente all'iscrizione, potessero erogare servizi sulla base di apposite convenzioni sottoscritte con i soggetti pubblici, nonché partecipare alla programmazione degli interventi da realizzare sul territorio»<sup>155</sup>.

A questa prima stagione di leggi regionali è seguita, tra gli anni Ottanta e Novanta, una numerosa serie di leggi speciali, disciplinanti enti del privato sociale, quali Organizzazioni non governative<sup>156</sup>, Organizzazioni di volontariato<sup>157</sup> e Cooperative sociali<sup>158</sup>. Qualche anno più tardi il legislatore è intervenuto prevedendo misure di favore di carattere fiscale a enti denominati Onlus (Organizzazioni non lucrative di utilità sociale)<sup>159</sup>. Un'altra disciplina speciale di tipo premiale ha poi riguardato le associazioni di promozione sociale<sup>160</sup>. La tematica dei soggetti afferenti al Terzo settore sarà più approfonditamente trattata nel paragrafo successivo.

Nel frattempo, la sentenza della Corte costituzionale n. 396/1988 dichiarò parzialmente incostituzionale la legge Crispi, abrogata espressamente solo con la l. n. 328/2000.

Il processo di riforma delle autonomie locali e di progressivo ampliamento dello spazio per la sussidiarietà orizzontale che si andava delineando durante gli anni Novanta portò nel 2000 alla tappa successiva: la l. 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*<sup>161</sup>, la quale è intervenuta

---

<sup>154</sup> G.P. Barbeta, *Il settore non profit italiano: solidarietà, democrazia e crescita economica negli ultimi vent'anni*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011.

<sup>155</sup> P. Addis, E. A. Ferioli, E. Vivaldi, *op. cit.*, pp. 182.

<sup>156</sup> L. 26 febbraio 1987, n. 49, *Nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo*.

<sup>157</sup> L. 11 agosto 1991, n. 266, *Legge quadro sul volontariato*.

<sup>158</sup> L. 8 novembre 1991, n. 381, *Disciplina delle cooperative sociali*.

<sup>159</sup> D.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, *Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*. Tale disciplina non ha introdotto un nuovo tipo di ente, ma ha previsto una figura trasversale, tributaria e fiscale, in cui potessero confluire gli enti del privato sociale quali fondazioni, associazioni, comitati, società cooperative, etc. che rispettassero le condizioni ivi previste.

<sup>160</sup> L. 7 dicembre 2000, n. 383, *Disciplina delle associazioni di promozione sociale*.

<sup>161</sup> Inoltre, come si è già fatto notare, la legge quadro ha, dopo lungo tempo, abrogato la normativa sulle IPAB prevista dalla Legge Crispi, delegando al governo una nuova disciplina delle suddette. La delega è

a rendere generali le novità più significative previste dalle leggi regionali cui si è fatto cenno. La scelta compiuta dalla legge è quella «verso un sistema integrato pubblico-privato, in cui, se la responsabilità è rimessa ai soggetti istituzionali (il comma 3, infatti, recita “la programmazione e l’organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali compete agli enti locali, alle regioni ed allo Stato”), è riconosciuta agli organismi della solidarietà organizzata non solo la facoltà di intervenire nell’erogazione delle prestazioni, ma anche quella di partecipare alla progettazione e alla programmazione degli interventi (al comma 4, infatti, si afferma che gli enti pubblici riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi del privato sociale, mentre al comma 5 si dichiara che questi ultimi si occupano della gestione, dell’offerta nonché della progettazione e realizzazione degli interventi). A tal fine, l’art. 5 della legge ha previsto che gli enti pubblici promuovano azioni per il sostegno e la qualificazione dei primi, anche attraverso politiche formative e interventi per l’accesso agevolato al credito<sup>162</sup>. Per cui la legge, ancor prima dell’introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale in Costituzione, ebbe il merito di tentare di ridefinire il compito dello Stato in campo sociale<sup>163</sup>. Il difetto del sistema ivi introdotto fu che «per molti versi permaneva la precedente impostazione interventista, pervicacemente programmatoria e inidonea a coinvolgere attivamente le formazioni sociali nell’organizzazione del sistema; restava assente, insomma, l’imprinting di una programmazione “partecipata”, qual era quella richiesta dalla forma di Stato sociale in via di trasformazione. Al modello della “programmazione negoziata” presente nella prima parte della legge, volto a consentire una concertazione e cooperazione fra livelli istituzionali e fra questi e i soggetti sociali, veniva a contrapporsi nella parte seguente della legge il modello alternativo della “programmazione a cascata”»<sup>164</sup>. Da qui il successivo intervento governativo, che, con il D.P.C.M. 30 marzo

---

stata attuata dal d.lgs. n. 207/2001, il quale prevede la possibilità per esse di fare accertare la propria natura privatistica.

<sup>162</sup> P. Addis, E. A. Ferioli, E. Vivaldi, *op. cit.*, pp. 196.

<sup>163</sup> «La disciplina muoveva dall’assunto allora inedito, secondo cui la titolarità delle funzioni pubbliche, pur rimanendo nella responsabilità dei poteri pubblici, non comporta necessariamente la relativa gestione in capo agli stessi. In tal senso disponeva la conversione della titolarità pubblica in titolarità prevalentemente di governo, da esplicitarsi “in primo luogo, nell’esercizio di funzioni di regolazione”; ai singoli fruitori veniva quindi riconosciuta la garanzia del diritto di scelta fra la pluralità dei servizi offerti», V. Tondi Della Mura, *op. cit.*, pp. 12.

<sup>164</sup> V. Tondi Della Mura, *op. cit.*, pp. 13.

2001<sup>165</sup>, ha cercato di valorizzare le possibilità offerte dai metodi della co-progettazione e della co-programmazione tra enti locali e società civile<sup>166</sup>.

Un ulteriore intervento rilevante è stato l'istituzione dell'Agenzia per le Onlus<sup>167</sup> con D.P.C.M. del 26 gennaio 2011. Essa aveva un compito di indirizzo, controllo e promozione del sistema *non profit*.

Una tappa di fondamentale importanza in questo percorso di riconoscimento del Terzo settore nel nostro Paese è costituita, come già in precedenza evidenziato, dalla riforma costituzionale del 2001. La l. cost. 18 ottobre 2001, n.3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, ha infatti introdotto il principio di sussidiarietà. L'art. 118, ultimo comma, ora prevede quanto segue per quanto riguarda, in particolare, la sua accezione orizzontale: «Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». In questa riforma il Terzo settore ha trovato «un fondamento estremamente rilevante per la sua legittimazione quale soggetto politico che concorre al perseguimento di attività di interesse generale e partecipa all'organizzazione politica, economica e sociale del paese»<sup>168</sup>.

Il principale problema che ha caratterizzato la fase attuativa del principio di sussidiarietà orizzontale è stato fondamentalmente la mancanza della procedimentalizzazione del modello delineato dalla Costituzione. In molte Regioni, infatti, nonostante si siano spesso sperimentati affidamenti di servizi sociali a privati, essi sono avvenuti «sulla scorta di una sorta di sussidiarietà residuale e per mero abbandono, tale da riservare all'iniziativa privata solamente gli spazi d'intervento irrimediabilmente

---

<sup>165</sup> Tale atto normativo, per quanto riguarda in particolare la materia degli affidamenti, ha stabilito un iter selettivo specifico: innanzitutto l'ente locale o la stazione appaltante deve procedere a una preselezione dei soggetti, valutando alcuni elementi predefiniti; dopodiché viene aggiudicato il servizio sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto di alcuni elementi qualitativi previsti dal decreto stesso.

<sup>166</sup> Anche se con modalità ancora criticate; cfr. B. Baroni, *Commento al D.P.C.M. 30 marzo 2001*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003. Inoltre, secondo Santuari, *op. cit.*, pp. 182: «è legittimo ritenere che, anche a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, il D.P.C.M. in parola vincoli ancora le Regioni ad adottare strumenti legislativi ed amministrativi coerenti e valorizzatori della capacità progettuale delle organizzazioni *non profit*, atteso che il D.P.C.M. 30 marzo 2001 può essere considerato espressione della potestà esclusiva statale di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.».

<sup>167</sup> Poi denominata Agenzia per il Terzo settore, è stata soppressa dal d.l. 2 marzo 2012; le sue funzioni sono state trasferite al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

<sup>168</sup> P. Addis, E. A. Ferioli, E. Vivaldi, *op. cit.*, pp. 203.

abbandonati dall'intervento pubblico per motivazioni varie (economiche, organizzative, ecc.). Il tutto, con la conseguenza di rendere le iniziative private ancillari delle strategie pubbliche, così da lasciare spazio a correzioni e integrazioni a favore delle autonomie sociali per motivazioni di opportunità politica, se non proprio di clientela partitica»<sup>169</sup>. Al fine di rimediare a tali problematiche distorsive nel 2016 è intervenuta l'Autorità dell'Anticorruzione, come si vedrà poco oltre.

Un altro passaggio da mettere in luce è quello realizzato con il d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155, *Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118*: il legislatore ha con questo aperto la possibilità a enti di utilità sociale, sia *non profit*, sia anche società di capitali afferenti al Libro V del Codice civile, di essere qualificati come imprese sociali. Tale categoria si è vista destinataria di una disciplina specifica e vantaggiosa rispetto alle altre imprese; ciò ha permesso di superare la prospettiva tradizionale che tendeva a contrapporre e rendere incompatibili l'attività d'impresa e l'attività altruistica e di volontariato tipica del mondo *non profit*.

La menzionata riforma costituzionale, inoltre, ha affidato anche al legislatore regionale il compito di valorizzare le potenzialità del Terzo settore, attraverso la predisposizione di nuove modalità di intervento dei soggetti *non profit* nella gestione delle funzioni pubbliche<sup>170</sup>. Questo compito è stato svolto dalle Regioni principalmente attraverso due vie: la previsione di disposizioni *ad hoc* negli statuti e le sempre più numerose leggi regionali che hanno disciplinato le relazioni tra istituzioni pubbliche e soggetti *non profit*<sup>171</sup>.

Pare necessario svolgere ora una riflessione anche sull'ordinamento dell'Unione Europea. La già menzionata risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009 ha posto l'accento sulla necessità di elaborare una disciplina normativa favorevole alla creazione di partenariati tra enti locali ed enti *non profit*.

Le istituzioni comunitarie hanno però evidenziato la specialità dei servizi offerti dalle organizzazioni del Terzo settore anche nel contesto più generale della libertà di

---

<sup>169</sup> V. Tondi Della Mura, *op. cit.*, pp. 15.

<sup>170</sup> Rilevante è anche il fatto che molti dei settori in cui da sempre il Terzo settore è impegnato afferiscono alla competenza residuale delle Regioni (per esempio, le politiche sociali, l'istruzione e la formazione professionale, l'agricoltura, etc.); oppure rientrano nella competenza concorrente (si pensi alla tutela della salute o alla protezione civile).

<sup>171</sup> Si può fare riferimento, a titolo di esempio, alle seguenti leggi: legge Toscana n. 46/2013, *Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*; legge Emilia-Romagna n. 19/2016, *Servizi educativi per la prima infanzia. Abrogazione della legge n. 1/2000*; legge Liguria n. 42/2012, *Testo unico delle norme sul Terzo settore*.

concorrenza. Innanzitutto, pare doveroso considerare l'art. 179 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: esso prevede che l'UE sostiene le imprese permettendogli di «sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno grazie, in particolare all'apertura degli appalti pubblici nazionali»<sup>172</sup>.

La materia degli affidamenti è stata poi oggetto di tre Direttive europee: Direttiva 2014/23<sup>173</sup>, 2014/24<sup>174</sup> e 2014/25<sup>175</sup>. La direttiva n. 24, in particolare, si fonda su un bilanciamento tra il principio di concorrenza e i bisogni che i servizi alla persona mirano a soddisfare. Essa prevede, al ventottesimo considerando, che «[l]a presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva». Gli altri servizi sociali sono invece sottoposti a un regime “attenuato”<sup>176</sup>. Inoltre, la Direttiva prevede altre disposizioni di favore per le organizzazioni di volontariato<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> A. Santuari, *op. cit.*, pp. 137.

<sup>173</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

<sup>174</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE.

<sup>175</sup> Direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

<sup>176</sup> «Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza» (Tar Veneto, Venezia, sez. III, 09 marzo 2018, n. 275).

<sup>177</sup> Art. 77, comma 1, Direttiva 24/2014: «gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare ad organizzazioni (i cui presupposti sono espressi nel comma 2) il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali».

Il quadro che deriva da questa normativa, per come interpretata dalla giurisprudenza europea, è ben sintetizzata da A. Gualdini, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, (12) 2018, pp. 21: «è possibile evidenziare come nel corso degli anni la giurisprudenza europea abbia fornito un'interpretazione estensiva del concetto di attività economica e parimenti sia pervenuta a qualificare come imprese i soggetti del Terzo settore che svolgono attività economiche, assoggettandoli così alle regole europee in tema di concorrenza. Tale impostazione subisce tuttavia un temperamento, consentendo di procedere all'affidamento diretto (senza gara) dei servizi sociali alle organizzazioni del volontariato quando il ricorso a tali soggetti “apporti un effettivo contributo alle finalità sociali perseguite dal servizio e all'efficienza di bilancio” e quando - in ragione della tipologia del servizio (sociale) erogato, volto a valorizzare le finalità sociali perseguite dalla legislazione interna - si ritengano prevalenti i principi costituzionali di solidarietà e sussidiarietà, rispetto a quello di concorrenza».

Prima di affrontare le novità approntate dalla riforma del Terzo settore, è bene fare un accenno alle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali, emanate dall'ANAC con Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, in quanto esse sono state un fondamentale punto di riferimento per la stesura della stessa.

La finalità espressa dell'intervento era quella di «fornire indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore, al fine di realizzare i predetti obiettivi nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione, in particolare dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi nonché dei principi che ne derivano (parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza)»<sup>178</sup>. L'urgente questione della prevenzione della corruzione, pertanto, «ha motivato una più dettagliata procedimentalizzazione delle modalità di immedesimazione della comunità sociale nella gestione delle funzioni pubbliche»<sup>179</sup>. Tale procedimentalizzazione ha riguardato sia la fase di programmazione e progettazione degli interventi, sia la fase di controllo ed esecuzione di essi<sup>180</sup>. Dal quadro appena delineato emerge chiaramente la necessità che si avvertiva, prima della riforma del 2017, di un riordino della disciplina, attraverso la previsione di una normativa unitaria per il variegato mondo del Terzo settore.

### **3.3. La riforma e la sua attuazione**

Il 22 agosto 2014 è stato presentato alla Camera il disegno di legge delega per una riforma del Terzo settore (A.C. 2617), per essere poi approvato il 9 aprile 2015<sup>181</sup>. Successivamente trasmesso al Senato (A.S. 1870), il disegno di legge delega è stato approvato, con modifiche, nella seduta del 30 marzo 2016 e, infine, approvato in via definitiva dalla Camera (A.C. 2617-B) nel testo trasmesso dal Senato nella seduta del 25 maggio 2016. La legge 6 giugno 2016, n. 106, *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*, pubblicata sulla G.U. n. 141 del 18 giugno 2016, è in vigore dal 3 luglio 2016<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Delibera ANAC, n. 32/2016, pp. 3.

<sup>179</sup> V. Tondi Della Mura, *op. cit.*, pp. 16.

<sup>180</sup> Per un ulteriore approfondimento sui contenuti della Linee guida, si veda più oltre nel capitolo II.

<sup>181</sup> In realtà, l'iter è iniziato nel maggio 2014 con la predisposizione da parte del Governo delle Linee guida per una Riforma del Terzo settore.

<sup>182</sup> Per quanto riguarda l'attuazione della legge delega, nel momento in cui si scrive sono stati emanati i seguenti decreti legislativi: d.lgs. 6 marzo 2017, n. 40, Istituzione e disciplina del servizio civile universale, a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106; d.lgs. 3 luglio 2017, n. 111, Disciplina dell'istituto

La legge delega è stata da più parti salutata con grande entusiasmo, in quanto era particolarmente sentito, soprattutto da parte del mondo del *non profit*, il bisogno di un riordino della disciplina.

Come già evidenziato, essa si pone come scopo esplicito, fra gli altri, quello di dare attuazione al principio di sussidiarietà<sup>183</sup>. Altro scopo fondamentale è quello di fare chiarezza sulla disciplina giuridica applicabile all'attività dei soggetti del Terzo settore<sup>184</sup>, «per precisarne l'identità e delinearne i confini, al fine di meglio orientare l'azione di sostegno pubblico nei loro confronti [...]. È [...] estremamente importante che essi [gli enti pubblici] impostino la propria azione di cooperazione e confronto con il privato sociale su basi giuridiche certe e trasparenti»<sup>185</sup>.

Proprio al fine di riordinare e chiarire la disciplina vigente in materia, l'art. 1, comma 2, lett. b) delega il Governo alla redazione di un Codice del Terzo settore, ciò che attualmente è il d.lgs. 117/2017.

Per quanto riguarda in particolare i rapporti tra istituzioni pubbliche ed enti del Terzo settore, si trova un'indicazione rilevante fra i principi e i criteri direttivi contenuti nell'art. 4, lett. o) della legge delega, che prescrive di «valorizzare il ruolo degli enti nella fase di

---

del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a norma dell'articolo 9, comma 1, lettere c) e d), della legge 6 giugno 2016, n. 106; d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106; d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106; d.lgs. 13 aprile 2018, n. 43, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 marzo 2017, n. 40, concernente: "Istituzione e disciplina del servizio civile universale, a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106"; d.lgs. 20 luglio 2018, n. 95, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della legge 6 giugno 2016, n. 106; d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante: "Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106".

<sup>183</sup> Art. 1, l. n. 106/2016: « Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riforma del Terzo settore [...] ».

<sup>184</sup> Fra l'altro, è da ricordare la mancata attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. a), che prescriveva la «revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute».

<sup>185</sup> A. Albanese, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, (3) 2014, pp. 155. Secondo la stessa autrice, alla base degli obiettivi posti dalla legge sta la «consapevolezza che l'accresciuta incidenza dell'attività svolta dai soggetti *non profit* e l'ampliamento degli ambiti in cui essi intervengono li portano sempre più ad operare in settori rilevanti non solo dal punto di vista sociale ma anche da quello economico, in cui spesso agiscono in sostanziale concorrenza con operatori commerciali» (A. Albanese, *op. cit.*, pp. 155).

programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale, improntati al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione e nel rispetto della disciplina europea e nazionale in materia di affidamento dei servizi di interesse generale, nonché criteri e modalità per la verifica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni».

La disciplina dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e Terzo settore è oggi contenuta negli articoli 55 e ss. del CTS; essi saranno analizzati nel prosieguo della trattazione<sup>186</sup>.

La legge n. 106/2016 ha poi previsto una delega al riordino e alla revisione della disciplina dell'impresa sociale<sup>187</sup>, nell'osservanza dei criteri fissati agli artt. 6, 7 comma 1 e 9, comma 1, lett. f), attuata poi con il d.lgs. 112/2017<sup>188</sup>. Ad opinione di alcuni<sup>189</sup>, sarebbe questa la componente più significativa della riforma.

Per quanto riguarda gli sviluppi successivi alla riforma legislativa, un rilevante profilo da prendere in considerazione è quello della sua attuazione a livello regionale<sup>190</sup>. La

---

<sup>186</sup> Fra le altre novità più rilevanti introdotte dal CTS si segnalano: l'abrogazione di diverse normative, fra cui la l. 266/1991, la l. 383/2000 e parte della l. 460/1997; il riordino dei soggetti del Terzo settore sotto la categoria di Enti del Terzo settore (ETS: verranno analizzati nel paragrafo successivo); la creazione di un Registro unico nazionale del Terzo settore (cui si dovranno iscrivere gli ETS per definirsi tali); l'istituzione di un Consiglio nazionale del Terzo settore, quale organismo di consultazione; la definizione in un unico elenco, come già anticipato, delle attività di interesse generale esercitate dagli ETS; una revisione dei Centri di servizio per il volontariato in chiave evolutiva che riconosce e adegua alla situazione attuale le funzioni da sempre esercitate da essi; l'istituzione della fondazione Italia Sociale, come collettore delle donazioni da destinare agli ETS.

<sup>187</sup> Art. 1, comma 2, lett. c), l. 106/2016. La disciplina precedente era contenuta nel d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, ora abrogato.

<sup>188</sup> Fra le altre, le innovazioni principali sono state le seguenti: l'ampliamento dei campi di attività (commercio equo, alloggio sociale, nuovo credito, agricoltura sociale, ecc.); possibile, seppur parziale, distribuzione degli utili e incentivi all'investimento di capitale per le nuove imprese sociali: il 30% dell'investimento potrà essere fiscalmente deducibile o detraibile analogamente a come avviene oggi per le startup innovative tecnologiche.

<sup>189</sup> Cfr. P. Venturi, F. Zandonai, *Impresa sociale: i tre impatti della riforma*, in *Non profit*, (2) 2017, pp. 225 e ss. Secondo gli autori, la riforma dell'impresa sociale avrà i seguenti tre impatti: 1) sulla cooperazione sociale e il ruolo che essa potrà avere nell'offerta di beni e servizi di interesse generale; 2) l'arricchimento del panorama dell'impresa sociale agli attori del *non profit* diversi dalla cooperazione sociale; 3) l'attrattività dell'impresa sociale anche a soggetti fino ad ora esterni al Terzo settore.

<sup>190</sup> Il Codice del Terzo settore, individuando i diversi ambiti in cui si possono realizzare le attività di interesse generale ivi previste, necessariamente ha incluso settori in cui si registra la competenza concorrente o esclusiva delle regioni. Si pensi soprattutto al settore sanitario e sociale. Proprio per quanto riguarda la competenza legislativa in materia di Terzo settore, è da evidenziare la recente sentenza della Corte Costituzionale, n. 185 del 12 ottobre 2018. Le Regioni Veneto e Lombardia, con due ricorsi

riforma attuata a partire dalla legge delega del 2016 ha inteso infatti promuovere un ravvicinamento tra il quadro frammentato di regole regionali, in particolare per quanto riguarda l'iscrizione nei registri regionali degli enti *non profit* e il riconoscimento della personalità giuridica. A questo proposito, fra gli altri interventi, possiamo citare il recente decreto di Regione Lombardia 3682/2019: con esso si definisce l'*iter* attuativo della riforma per gli enti di tutte le province della Regione.

Un altro rilevante intervento attuativo della riforma è la legge regionale dell'Emilia-Romagna 19 ottobre 2017, n. 20, *Disposizioni per la ridefinizione, semplificazione e armonizzazione delle forme di partecipazione dei soggetti del Terzo settore alla concertazione regionale e locale*, esplicitamente finalizzata «[all']adeguamento delle leggi regionali vigenti in materia di Terzo settore volte alla ridefinizione, semplificazione e armonizzazione delle forme di partecipazione dei soggetti dello stesso Terzo settore alla concertazione regionale e locale delle politiche di loro interesse, in armonia con le norme di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117»<sup>191</sup>. Essa prevede diverse forme di partecipazione per gli ETS: la Conferenza regionale del Terzo settore; l'Osservatorio regionale del Terzo settore; l'Assemblea regionale del Terzo settore; gli organismi unitari del Terzo settore.

---

sostanzialmente uguali, hanno promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 61, comma 2, 62 comma 7, 64, 65, 72 e 73 del CTS in riferimento agli artt. 3, 76, 97, 114, 117, comma 3 e 4, 118, 119 e 120 e al principio di leale collaborazione, lamentando che le suddette norme avrebbero determinato «un rilevante impatto su numerosi ambiti materiali affidati alle cure delle Regioni, oltre a testimoniare la stretta correlazione esistente tra le stesse attività e il territorio, con la conseguente necessità di conformare i servizi d'interesse generale in ragione delle specifiche e particolari esigenze territoriali» Ciò «comporterebbe il riconoscimento in capo alle Regioni di un ruolo centrale, anche e soprattutto nella definizione delle priorità d'intervento e della politica sociale da attuare per il soddisfacimento dei bisogni delle popolazioni locali». Le ricorrenti hanno chiesto, quindi, dove possa essere tracciato il confine tra, da una parte, competenze esclusive dello stato in materia di «ordinamento civile», «tutela della concorrenza», «sistema tributario» e «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» e, dall'altra, l'autonomia legislativa, amministrativa e politica delle Regioni. La Corte ha ritenuto infondate le doglianze sollevate dalle Regioni Veneto e Lombardia in merito agli artt. 61 e ss. del CTS, affermando che, per quanto qui più d'interesse, il Terzo settore comprende attività eterogenee che possono essere ricondotte sia alla competenza statale sia a quella regionale, senza poter esso stesso essere considerato «materia» in senso stretto. Tuttavia, sottolinea che «i soggetti del Terzo settore, in quanto soggetti di diritto privato, per quanto attiene alla loro conformazione specifica, alla loro organizzazione e alle regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, ricadono tipicamente nell'«ordinamento civile». L'«ordinamento civile», com'è noto, comprende tali discipline, allo scopo di garantire l'uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, in ossequio al principio costituzionale di eguaglianza» e che «[l]a natura dei CSV quali soggetti di diritto privato che interagiscono con tutta la rete del Terzo settore, al fine di promuoverne e facilitarne le attività, porta la disciplina del loro regime giuridico entro la potestà esclusiva statale in materia di «ordinamento civile»».

<sup>191</sup> Art. 1, l.r. Emilia-Romagna, n. 20/2017.

Inoltre, la stessa Regione ha approvato la l.r. 22 ottobre 2018, n. 15, *Legge sulla partecipazione all'elaborazione delle politiche pubbliche. Abrogazione della legge regionale 9 febbraio 2010, n. 3*. La novità principale della legge, per quanto qui d'interesse, è stata quella di estendere la titolarità del diritto di partecipazione alla definizione delle politiche pubbliche alle «imprese, le associazioni, le organizzazioni e le altre formazioni sociali che abbiano la propria sede nel territorio interessato da processi partecipativi o che abbiano interesse al processo partecipativo»<sup>192</sup>.

Sono da segnalare, inoltre, vari atti normativi attuativi della riforma del Terzo settore. Fra le più rilevanti ricordiamo il D.P.C.M. 11 gennaio 2018 che ha istituito la Cabina di regia del Terzo settore<sup>193</sup> e il D.M. 27 febbraio 2018, n. 6, istitutivo dell'Organismo nazionale di controllo sui centri di servizio per il volontariato (ONC)<sup>194</sup>.

Grande influenza nell'attuazione ha avuto, e ancora sta avendo, l'intervento ministeriale, che, con circolari e note, ha meglio definito le previsioni dei decreti di riforma<sup>195</sup>.

Inoltre, è bene fin da ora citare un importante parere del Consiglio di Stato che si rivelerà fondamentale anche per quanto si affronterà in seguito: si tratta del parere rilasciato dalla Commissione speciale in data 20 agosto 2018, n. 2052 (numero affare

---

<sup>192</sup> Art. 5, lett. c), l.r. Emilia-Romagna, n. 15/2018.

<sup>193</sup> Prevista dall'art. 97 CTS, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con il compito di coordinare le politiche di governo e le azioni di promozione ed indirizzo delle attività degli ETS.

<sup>194</sup> Previsto dall'art. 64 e ss. CTS, sotto forma di fondazione. Gli sono attribuite numerose funzioni, fra cui: amministrare il FUN e ricevere i contributi delle FOB; stabilire il numero di enti accreditabili come CSV nel territorio nazionale nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 61, commi 2 e 3; definire triennialmente, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di autonomia ed indipendenza delle organizzazioni di volontariato e di tutti gli altri enti del Terzo settore, gli indirizzi strategici generali da perseguirsi attraverso le risorse del FUN; sottoporre a verifica la legittimità e la correttezza dell'attività svolta dall'associazione dei CSV di cui all'articolo 62, comma 7, attraverso le risorse del FUN ad essa assegnate dall'ONC ai sensi dell'articolo medesimo; individuare criteri obiettivi ed imparziali e procedure pubbliche e trasparenti di accreditamento dei CSV, tenendo conto, tra gli altri elementi, della rappresentatività degli enti richiedenti, espressa anche dal numero di enti associati, della loro esperienza nello svolgimento dei servizi di cui all'articolo 63, e della competenza delle persone che ricoprono le cariche sociali; accreditare i CSV, di cui tiene un elenco nazionale che rende pubblico con le modalità più appropriate; definire gli indirizzi generali, i criteri e le modalità operative cui devono attenersi gli OTC nell'esercizio delle proprie funzioni, e approvarne il regolamento di funzionamento; etc.

<sup>195</sup> Fra esse, a titolo di esempio, si tengano presenti la Circolare Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 23 febbraio 2018, n. 34 sull'obbligo di pubblicazione *online* dei rapporti economici con la pubblica amministrazione; la Circolare Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 27 dicembre 2018, n. 20 sugli obblighi di adeguamenti statutari per gli ETS; la Circolare Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 11 gennaio 2019, n. 2 sugli adempimenti degli obblighi di trasparenza e di pubblicità; la Note della Direzione Generale del Terzo settore e della responsabilità sociale delle imprese, del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 12 aprile 2019, n. 3650 sull'individuazione a livello statutario delle attività di interesse generale; la Nota Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 30 maggio 2019, n. 5093 sul numero massimo di deleghe conferibili ad ogni associato.

01382/2018), su richiesta dell'ANAC in ordine alle norme relative agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. 50/2016<sup>196</sup> e del nuovo CTS<sup>197</sup>. L'ANAC si è rivolta al Consiglio di Stato per chiedere se fosse corretta l'interpretazione di «vari *stakeholder* e del Ministero del lavoro, che teorizzano l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici di ampi settori di attività affidati agli organismi del Terzo settore». La pronta risposta dell'organo, criticata da più parti<sup>198</sup>, è stata nel senso dell'obbligatoria sottoposizione degli affidamenti ai procedimenti di mercato; con la conseguenza del ricorso alla procedura dell'appalto, quando si tratta di coinvolgere soggetti terzi<sup>199</sup>. Come prevedibile, il parere ha avuto l'effetto di frenare vari progetti avviati sul modello dell'amministrazione collaborativa che erano nati a partire dalla l. 328/2000, ma soprattutto dalla riforma del Terzo settore.

Ulteriori sviluppi su questo versante sono attesi su almeno due fronti: da una parte, la giurisprudenza amministrativa successiva al citato parere; dall'altra un nuovo intervento dell'ANAC.

Per quanto riguarda il primo punto, è già stata emanata una sentenza che, almeno in parte e sebbene a livello episodico, sembra superare la posizione del Consiglio di Stato espressa nel parere 2052: si tratta della sentenza Consiglio di Stato 6 marzo 2019, n. 1546. La risposta dei giudici è stata vista da molti come una prima timida apertura verso uno sviluppo diverso da quello prospettato dal suddetto parere<sup>200</sup>. Ad opinione di alcuni autori,

---

<sup>196</sup> D.lgs. 18 aprile 2016. N. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

<sup>197</sup> In materia il Consiglio di Stato aveva già rilasciato due pareri, il parere 1405/2017 e il parere 1432/2018, senza, però, pervenire alle stesse conclusioni cui arriva con il parere di cui si discute.

<sup>198</sup> Fra gli altri, cfr. A. Santuari, *Procedure di affidamento dei servizi agli enti del Terzo settore*, in *Aicon.it*; G. Marocchi, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, in *Welforum.it*, 2018; U. De Ambrogio, *Coprogettazione: ed ora? Osservazioni a seguito dell'intervento del Consiglio di Stato in risposta alla richiesta ANAC*, in *Welforum.it*, 2018; G. Marocchi, *La coprogettazione dopo il parere del Consiglio di Stato*, in *Welforum.it*, 2018.

Si veda, inoltre, il documento, redatto da un gruppo di giuristi e studiosi del Terzo settore che ha sviluppato un'analisi sull'art. 55 CTS e sul parere di cui si sta trattando: G. Arena, F. Scalvini, pp. Bonasora, C. Borzaga, A. Fici, pp. Forte, F. Giglioni, L. Gori, G. Macdonald, G. Marocchi, S. Pellizzari, E. Rossi, E. Salvatorelli, G. Sepio, E.V. Uccellini, *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, 28 gennaio 2019, Roma.

<sup>199</sup> Il Consiglio di Stato, pone il CTS in subordine rispetto al Codice degli appalti, invocando la prevalenza del diritto eurounitario. Il punto è delicatissimo e autorevolmente confutato da più giuristi, fra cui i numerosi autori del documento *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore* e A. Santuari, *Procedure di affidamento dei servizi agli enti del Terzo settore*. L'impatto di tale parere sarà più approfonditamente analizzato in un capitolo successivo del presente studio.

<sup>200</sup> In particolare, si veda il passaggio in cui si afferma quanto segue: «Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di "cittadinanza attiva", già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia italiana,

i principi enunciati dalla sentenza siano senza dubbio applicabili al CTS<sup>201</sup> e che, proprio per questo, l'intervento del Consiglio di Stato, benché ancora isolato, potrebbe portare a una evoluzione nell'interpretazione della riforma del Terzo settore.

Il secondo punto, invece, riguarda una futura modifica delle Linee Guida dell'ANAC, da molti auspicato<sup>202</sup>. In vista di tale riforma, fino al 13 giugno scorso l'ANAC ha aperto una consultazione pubblica relativa al documento “*Linee guida recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali»*”, dove la stessa Autorità sembra mettere (seppur timorosamente) in dubbio le affermazioni del Consiglio di Stato nel più volte citato parere n. 2052. Sarà necessario attendere i risultati della modifica delle Linee guida per poter trarre delle conclusioni<sup>203</sup>.

---

dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali “Misericordie” che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce.

La sopradetta disciplina nazionale del nuovo accesso civico, inquadrandosi in questo secondo modello, si pone in diretta attuazione delle previsioni costituzionali risultanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 [...]».

<sup>201</sup> Cfr. L. Gallo, *Primo commento alla sentenza 6 marzo 2019, n. 1546 della Terza sezione del Consiglio di Stato. Una rondine non fa primavera, ma prima o poi dovrà pur venire*, in *Welforum.it*, 2019.: «Come chiaramente indicato nella Relazione di accompagnamento allo schema di decreto delegato, recante il CTS, con riferimento agli istituti del Titolo VII, essi sono ancorati a specifici presupposti:

a) sono utilizzabili esclusivamente nell'ambito delle “attività di interesse generale”, individuate dall'art. 5 del Codice;

b) costituiscono attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione;

c) da un punto di vista procedurale, sono assoggettate al rispetto dei principi del procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990 e ss. mm. e, dunque, della disciplina in materia di trasparenza.

In altra occasione, era stato evidenziato che gli atti relativi ai procedimenti di co-programmazione e di co-progettazione, di cui all'art. 55 del CTS, unitamente a quelli inerenti l'affidamento di attività mediante convenzioni ai sensi dell'art. 56 del CTS, erano assoggettati al regime della trasparenza totale e, dunque, dell'accesso civico».

<sup>202</sup> Fra gli altri, anche il Club degli amici dell'articolo 55 in un documento esorta l'Autorità ad aggiornare le proprie Linee Guida. L'istituto nasce nel luglio 2018 per stimolare un'analisi sugli articoli 55 e ss. CTS, promuovendo il modello dell'amministrazione condivisa.

<sup>203</sup> Tenendo presente una questione più generale, affrontata anche da G. Marocchi, *ANAC e Terzo settore. Il buon senso affiora (ma non emerge)*, in *Welforum.it*, 7 giugno 2019 quella del ruolo dell'ANAC nella vicenda: «È positivo che un ente non paghi un servizio molto di più di un altro per inefficienza o per rapporti opachi con soggetti locali, ma è negativo che servizi molto localizzati siano affidati da soggetti terzi e distanti; è positivo cercare procedure che contrastino la corruzione, è negativo riversare per questo motivo determinati oneri insostenibili e procedure ingestibili per gli enti; è positivo evitare rendite di posizione, ma è negativo disconoscere le peculiarità dell'apporto del Terzo settore al benessere collettivo, ecc. È evidente che, nel corretto adempimento del proprio mandato, una Autorità Anticorruzione tende

#### 4. I soggetti del Terzo settore

La nozione di ETS contenuta nel nuovo Codice è già stata analizzata nel primo paragrafo del presente capitolo. Da quanto detto risulta che il nuovo Codice ha fornito una definizione normativa unitaria per ogni figura afferente al Terzo settore. Solo gli enti che rispettino i requisiti previsti dal Codice, fra cui l'iscrizione al Runts, godono della disciplina speciale e delle agevolazioni ivi previste. Per questo tali enti sono obbligati «a evidenziare in ogni comunicazione pubblica la loro condizione di “enti del Terzo settore”, precisando in ogni comunicazione rivolta al pubblico anche gli estremi della loro iscrizione al Runts»<sup>204</sup>. A tutte le altre organizzazioni *non profit* non iscritte al Registro sono applicate le norme del Codice civile, laddove siano state abrogate le discipline speciali che le regolavano.

È necessario ora prestare maggiore attenzione alle diverse tipologie di ETS previste dal Codice, tenendo sempre presente che, come visto in precedenza, quella che propone la normativa è una nozione aperta alla possibilità di esistenza di ETS in forma atipica. In linea generale e con le dovute eccezioni che saranno messe in luce, la differenza principale tra i diversi enti è legata alla sezione di iscrizione nel Runts<sup>205</sup> e alle forme di esercizio dell'attività di interesse generale, mentre la disciplina generale è sostanzialmente la stessa per tutti<sup>206</sup>; un discorso diverso vale per l'impresa sociale. La disciplina speciale si trova solitamente all'interno dello stesso CTS, mentre in alcuni casi si trova all'esterno di esso; essa prevale sulla disciplina generale, che continua però ad applicarsi anche alle tipologie particolari di ETS ove non derogata e in quanto compatibile<sup>207</sup>.

---

naturalmente privilegiare la prima delle istanze richiamate, anche a costo di sacrificare le altre; ma toccherebbe ad altri – ad una politica capace di cogliere le potenzialità di cambiamento insite nella collaborazione con il Terzo settore e attenta a dialogare con il territorio facendo tesoro della preziosa esperienza degli amministratori locali – riprendere in mano il complesso di queste istanze e trovare il modo di contemperarle; insomma, senza abbassare la guardia nella meritoria lotta alla corruzione, né mortificare il ruolo di Anac, collocare sul giusto piano le diverse istanze avendo come faro l'interesse generale».

<sup>204</sup> P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, pp. 92.

<sup>205</sup> Gli ETS possono iscriversi in una sola sezione del Runts (art. 46 CTS). Fanno eccezione le reti associative.

<sup>206</sup> Non potranno essere oggetto di trattazione tutti gli articoli del CTS, all'infuori di quelli che riguardano più specificamente i rapporti con la pubblica amministrazione. Per una trattazione completa della normativa del d.lgs. 117/2017 e del d.lgs. 112/2017, cfr. A. Fici (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>207</sup> Art. 3, comma 1 CTS. Secondo R. Dabormida, *La riforma del Terzo settore*, in *Il Civilista*, Milano, 2017, pp. 37, si trarrebbe addirittura di «norme “specialissime” rispetto alla disciplina anch'essa speciale (tale rispetto a quella generale del Libro I, Titolo II c.c.) e di primo grado degli enti del Terzo settore. Con

La collocazione di un ETS in una delle categorie individuate dal Codice rileva in quanto spesso esse godono di un trattamento più vantaggioso a livello fiscale o di rapporti con le istituzioni pubbliche. Organizzazioni di volontariato (ODV), Associazioni di promozione sociale (APS) e imprese sociali sono i soggetti destinatari della disciplina più favorevole in base alle scelte della riforma.

Come già visto, la definizione normativa contenuta nell'art. 4 CTS<sup>208</sup> «non impone il ricorso ad un modello “tipico”, ma consente agli interessati di costituire un ETS “atipico”, cioè non appartenente ad alcuna delle categorie particolari di ETS previste e specificamente disciplinate dal legislatore. [...] Agli ETS “atipici” il RUN dedica una specifica sezione, denominata “altri Enti del Terzo settore” (art. 46, comma 1, lett. g)»<sup>209</sup>. Inoltre, la categoria di ETS “atipico” è da intendersi come categoria residuale, in quanto adatta a raccogliere tutti quegli enti per i quali non sia possibile o non sia conveniente ricorrere ad una delle tipologie particolari<sup>210</sup>.

#### **4.1. Organizzazioni di volontariato e Associazioni di promozione sociale**

Le Organizzazioni di volontariato, sono state, come già visto, fra le prime organizzazioni ad essere disciplinate da una legge speciale negli anni Novanta<sup>211</sup>.

Disciplinate agli artt. 32 – 34 CTS, sono ETS costituiti in forma di associazione riconosciuta o non riconosciuta, con un numero non inferiore a sette volontari o a tre ODV, per lo svolgimento prevalentemente in favore di terzi di una o più delle attività di cui all'art. 5 CTS, avvalendosi in prevalenza di prestazioni di volontari associati<sup>212</sup>.

---

il che la compatibilità della disciplina del codice civile per simili enti va misurata solo in seconda battuta: detta disciplina cioè andrà applicata solo se diversamente non è disposto dall'una o dall'altra norma speciale».

<sup>208</sup> «[...] le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

<sup>209</sup> A. Fici, *L'ente del Terzo settore come modello organizzativo per lo svolgimento di attività formativa d'interesse generale*, pp. 59.

<sup>210</sup> Questi soggetti possono acquistare la personalità giuridica anche con la procedura semplificata prevista dall'art. 22 CTS, la quale attribuisce sostanzialmente al notaio un potere di controllo di legittimità sullo statuto e sull'atto costitutivo, oltre alla verifica della sussistenza del patrimonio minimo di 15.000 euro per le associazioni e di 30.000 euro per le fondazioni.

<sup>211</sup> Si tratta della già citata l. 266/1991, *Legge quadro sul volontariato*, giunta a disciplinare un fenomeno già molto sviluppato all'epoca.

<sup>212</sup> Art. 32 CTS.

Le Associazioni di promozione sociale hanno ottenuto dignità giuridica in un momento successivo, con la l. 382/2000. La disciplina attuale si ritrova agli artt. 35 – 36 CTS: sono anch'esse ETS in forma di associazione riconosciuta o meno; svolgono una o più attività di interesse generale in favore dei propri associati, di loro familiari o di terzi, attraverso prevalentemente attività di volontariato da parte degli associati<sup>213</sup>.

ODV e APS hanno come caratteristica comune quella di avere come propria dimensione fondante il fine solidaristico; sono, cioè, produttori di utilità sociale. La differenza principale si sostanzia nel fatto che l'attività delle ODV deve essere rivolta in via prevalente o esclusiva verso i terzi, mentre le APS possono creare utilità sociale anche attraverso attività nei confronti dei propri soci.

La denominazione sociale di tali enti deve contenere l'indicazione rispettivamente di Organizzazione di volontariato e Associazione di promozione sociale, oppure l'acronimo ODV e APS.

Il numero di lavoratori impiegati nell'attività non può superare il cinquanta per cento del numero dei volontari (o il cinque per cento degli associati nelle APS).

Per quanto riguarda più da vicino il tema della presente trattazione, vale la pena anticipare una importante differenza tra ODV e APS e tutti gli altri ETS: l'art. 56 CTS, rubricato "Convenzioni", laddove prevede che «[l]e amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, 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 di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato» si riferisce solamente a quelle che la Pubblica Amministrazione sottoscriva con le ODV o le APS iscritte da almeno sei mesi nel Runt<sup>214</sup>. Allo stesso modo, l'art. 57 CTS limita la possibilità di sottoscrivere le convenzioni di trasposto sanitario di emergenza e urgenza alle ODV iscritte da almeno sei mesi nel Registro, aderenti ad una rete associativa e accreditate ai sensi della normativa regionale in materia.

Al contrario l'art. 55 CTS, che promuove altre forme di collaborazione quali co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, non fa riferimento ad una tipologia particolare di ETS, così come l'art. 70, per quanto riguarda la messa a disposizione non

---

<sup>213</sup> Art. 35 CTS.

<sup>214</sup> Il modello di tali convenzioni risale per le ODV all'art. 7, l. n. 266/1991 e per le APS all'art. 30, l. n. 383/2000.

onerosa di beni pubblici, mobili ed immobili in occasione di manifestazioni temporanee e le due ipotesi di collaborazione previste dall'art. 71<sup>215</sup>.

Soffermandoci sull'art. 56 merita una riflessione l'elemento soggettivo della norma, da almeno due punti di vista: per quanto riguarda il primo aspetto «la ratio della disposizione è di favorire, nell'utilizzo di tale strumento, quegli enti connotati da una dimensione solidaristica più forte e tendenzialmente operanti in spirito di gratuità»<sup>216</sup>.

Dal secondo punto di vista, innanzitutto, l'esclusione non potrebbe nei fatti valere per le cooperative di tipo B per le quali la l. 381/1991, ancora in vigore, autorizza le convenzioni con le pubbliche amministrazioni; e d'altro canto, secondo gli stessi autori, la norma non potrebbe vietare alle stesse amministrazioni di stipulare convenzioni con altri ETS. A questo punto rimane da domandarsi quale sia il senso di una disposizione che sostanzialmente prevede limitazioni per ODV e APS (l'iscrizione da almeno sei mesi nel Runts), risultando «irragionevolmente discriminatorie rispetto agli (altri) enti per i quali nessuna limitazione è prevista».

## 4.2. Enti filantropici

Con la riforma sono stati per la prima volta riconosciuti a livello legislativo gli enti filantropici<sup>217</sup>. Essa ne ha fornito una definizione e una disciplina: gli enti filantropici, previsti dagli artt. 37 – 39 CTS, sono ETS costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione<sup>218</sup>, con le finalità di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie svantaggiate o di attività di interesse generale. La denominazione sociale di tali enti deve contenere necessariamente la denominazione di ente filantropico<sup>219</sup>. Le risorse economiche utilizzate per le proprie attività provengono da

---

<sup>215</sup> La prima ipotesi, prevista al comma due, disciplina la messa a disposizione tramite contratto di comodato di beni pubblici non utilizzati a fini istituzionali, a favore di tutti gli ETS ad esclusione delle imprese sociali; la seconda, al comma 3, si occupa dei beni culturali immobili di proprietà degli enti pubblici, senza previsione di canone e richiedenti restauro, che possono essere dati in concessione per un periodo sino a 50 anni agli ETS che perseguano attività di interesse generale a rilevanza culturale a un canone agevolato, con onere di riqualificazione e conversione degli stessi tramite interventi di recupero, restauro e ristrutturazione, nel rispetto delle previsioni del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*. Gli istituti appena citati verranno approfonditi in un momento successivo.

<sup>216</sup> P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, pp. 145 e ss.

<sup>217</sup> Si tratta del riconoscimento ufficiale in Italia delle fondazioni c.d. *grants giving*, conosciute già da tempo nel mondo anglosassone.

<sup>218</sup> Sebbene potrebbero astrattamente rientrare nella categoria anche le fondazioni di origine bancaria, questo in realtà non può avvenire dato che il CTS, all'art. 3, comma 3, esclude espressamente tali soggetti dall'applicazione delle proprie norme.

<sup>219</sup> L'iscrizione al Runts è subordinata al riconoscimento della personalità giuridica.

contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite patrimoniali ed attività di raccolta fondi.

Questa categoria abbraccia «una vasta congerie di ETS che, per le loro specifiche finalità e caratteristiche operative, non avrebbero potuto trovare ospitalità nelle altre categorie “tipiche” di ETS, e avrebbero soltanto potuto inquadarsi nella categoria residuale degli “altri ETS”». A proposito di tali enti, si è parlato di «“quarto pilastro”, giustapposto al volontariato, organizzato principalmente nelle ODV, alla mutualità delle APS e alla imprenditorialità tipica delle imprese sociali»<sup>220</sup>. Si tratta di un ruolo che gli enti filantropici già svolgevano nell’ambito educativo, sociale, culturale, artistico e comunitario, ma a cui la riforma ha dato riconoscimento civilistico.

#### **4.3. Società di mutuo soccorso**

Le Società di mutuo soccorso sono organizzazioni costituite da persone che, senza finalità di lucro, si associano e conferiscono contributi economici con lo scopo primario di ricevere prestazioni di assistenza e sussidi in caso di bisogno. Esse incoraggiano la cultura della mutualità, in quanto valore universale connaturato alla vita sociale, favorendo la coesione sociale e la convivenza pacifica.

Disciplinate agli artt. 42 – 44 CTS in quanto ETS, le società di mutuo soccorso trovano tutt’ora la propria normativa di riferimento nella l. n. 3818/1886, come aggiornata dall’art. 23 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. Esse sono definite da quest’ultimo come enti senza scopo di lucro che «perseguono finalità di interesse generale, sulla base del principio costituzionale di sussidiarietà, attraverso l’esclusivo svolgimento in favore dei soci e dei loro familiari conviventi di una o più delle seguenti attività:

- a) erogazione di trattamenti e prestazioni sociosanitari nei casi di infortunio, malattia ed invalidità al lavoro, nonché in presenza di inabilità temporanea o permanente;
- b) erogazione di sussidi in caso di spese sanitarie sostenute dai soci per la diagnosi e la cura delle malattie e degli infortuni;
- c) erogazione di servizi di assistenza familiare o di contributi economici ai familiari dei soci deceduti;

---

<sup>220</sup> A. Fici, *Le fondazioni filantropiche nella riforma del Terzo settore*, in *Working paper* n. 20, Università Cattolica del Sacro Cuore, Centro ricerche sulla cooperazione e sul nonprofit, Vita e Pensiero, 2018, pp. 1-60;ù. .

d) erogazione di contributi economici e di servizi di assistenza ai soci che si trovino in condizione di gravissimo disagio economico a seguito dell'improvvisa perdita di fonti reddituali personali e familiari e in assenza di provvidenze pubbliche»<sup>221</sup>.

Per esse nel nuovo Codice si prevede la facoltà di trasformarsi in associazioni del Terzo settore<sup>222</sup> o in APS, mantenendo il proprio patrimonio, in deroga all'art. 8 comma 3, l. n. 3818/1886<sup>223</sup>.

#### **4.4. Enti ecclesiastici**

Il Codice del Terzo settore fa riferimento, all'art. 4, comma 3, agli «enti religiosi civilmente riconosciuti», con questo introducendo una nuova definizione che si differenzia da quelle più tradizionali di «enti ecclesiastici civilmente riconosciuti»<sup>224</sup> ed «enti delle confessioni religiose che hanno stipulato patti, accordi o intese con lo Stato». A tali enti sono applicate le norme del d.lgs. 117/2017 limitatamente allo svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'art. 5 CTS, a due condizioni:

- 1) «che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore»;
- 2) che per lo svolgimento di tali attività sia costituito un patrimonio destinato e siano tenute separatamente le scritture contabili di cui all'art. 13.

---

<sup>221</sup> Art. 23, l. n. 179/2012. A proposito della nozione di società di mutuo soccorso. Cfr. A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, pp. 41, afferma che elemento caratterizzante di tali enti, oltre all'assenza di scopo di lucro, è la mutualità, «ovvero il principio del reciproco sostegno tra i soci con cui si garantisce ad essi la copertura di determinati rischi personali e/o economici [...]. Il rapporto che lega la mutua e il socio è quindi di tipo associativo e non contrattuale in quanto non risulta il trasferimento del rischio dal socio alla società [...]. Non vi è pertanto una finalità commerciale ma assistenziale».

<sup>222</sup> Non è chiaro dalla lettera della legge se con questa locuzione si faccia riferimento alla figura residuale di ETS atipico di cui all'art. 4 CTS.

<sup>223</sup> Inoltre, se hanno un patrimonio inferiore a 50.000 euro e non gestiscono fondi sanitari integrativi, non sono obbligate a iscriversi nella sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese, ma solo nell'apposita sezione del Runtts.

<sup>224</sup> Tale denominazione è tecnicamente attribuita, a partire dalla legge pattizia 222/1985, ai soli enti cattolici, anche se in termini informali spesso si continua ad utilizzare la nozione di «enti ecclesiastici» anche per enti confessionali non cattolici.

Inoltre, è da notare che la nozione scelta dal legislatore della riforma si differenzia anche dai concetti di enti confessionali ed enti religiosi: i primi sono soggetti giuridici espressione di Confessioni religiose che non hanno Intese o che non possano o non vogliano, nonostante l'Intesa, avere la personalità giuridica civile; questi soggetti agiscono come enti di fatto. Esistono poi enti religiosi non confessionali, i quali hanno fine di religione e culto nonostante siano privi di una confessione.

Non sono mancate critiche in dottrina, in quanto gli enti di questo tipo sarebbero già frutto di una normativa speciale che gli riconosce «una spiccata autonomia soggettiva». Secondo gli autori, la norma del CTS si scontrerebbe con l'art. 20 Cost. che vieta esplicitamente norme speciali che si applichino in ragione del carattere ecclesiastico o del fine di religione e di culto. L'aggravamento in questo caso consisterebbe in particolare nella richiesta di creare un patrimonio destinato<sup>225</sup>. Secondo una diversa opinione, invece, l'art. 4, comma 3, rappresenterebbe un'opportunità per gli enti religiosi: essi potrebbero gestire attività che rispettino le proprie finalità di religione e di culto e, allo stesso tempo, siano riconosciute come meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico. Questo, secondo lo stesso autore, porterà anche ad un innalzamento del livello di trasparenza a vantaggio dei vari *stakeholders*, dal momento che tutte gli enti svolgenti le medesime attività sarebbero oggetto delle stesse agevolazioni e degli stessi limiti<sup>226</sup>.

Anche se pare positivo il riconoscimento normativo di tali enti, non si può evitare di notare che l'intento del legislatore potrebbe essere stato quello di attrarre tali enti e le loro attività nell'ordinamento civile italiano, traendoli fuori dall'influenza dell'ordinamento canonico.

#### **4.5. Reti associative**

Le reti associative, intese quali organizzazioni che associano enti del Terzo settore, anche allo scopo di accrescere la loro rappresentatività presso i soggetti istituzionali, sono una categoria di ETS, costituite in forma di associazione riconosciuta o non riconosciuta e disciplinate all'art. 41 CTS<sup>227</sup>. Esse associano anche indirettamente, attraverso gli enti ad esse aderenti, un numero di ETS superiore a cento oppure almeno venti fondazioni del Terzo settore le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno cinque regioni o province autonome e svolgono attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore loro associati e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali.

---

<sup>225</sup> Cfr. P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 105 e ss.

<sup>226</sup> Cfr. A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, Bononia University Press, Bologna, 2018, pp. 59 e ss.

<sup>227</sup> In realtà, enti di questo genere erano già operativi prima della riforma come modalità di coordinamento fra enti che svolgevano attività in campi simili, ma ora ricevono un riconoscimento istituzionale.

Sono definite, invece, reti associative nazionali quelle reti che associano anche indirettamente almeno cinquecento ETS o almeno cento fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno dieci regioni o province autonome<sup>228</sup>.

Per quanto riguarda le attività, le reti possono esercitare, oltre a quelle statutarie, anche le seguenti:

a) monitoraggio dell'attività degli enti ad esse associati, eventualmente anche con riguardo al suo impatto sociale, e predisposizione di una relazione annuale al Consiglio nazionale del Terzo settore;

b) promozione e sviluppo delle attività di controllo, anche sotto forma di autocontrollo e di assistenza tecnica nei confronti degli enti associati.

Per quanto riguarda i rapporti tra reti ed enti istituzionali, è importante evidenziare che l'art. 41, comma 4 prevede che le reti associative possano promuovere partenariati e protocolli di intesa con le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, oltre che con soggetti privati.

Una riflessione interessante riguarda la differenza fra le reti associative di cui al CTS e le reti di impresa. Le prime «si limitano a svolgere attività di tutela, rappresentanza, promozione e supporto dell'attività degli enti che ne fanno parte e di promozione nello specifico dell'opera degli Enti associati nei confronti della pubblica amministrazione», mentre «con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali» per accrescere la propria competitività sul mercato, collaborando nell'esercizio delle proprie attività di impresa, ovvero a livello di scambio informativo o di prestazioni di tipo industriale, commerciale o tecnico<sup>229</sup>. Rimane aperto l'interrogativo se, al di là di questa forma di associazione, sia possibile nel nostro ordinamento dare vita a forme contrattuali o associative fra enti del Terzo settore con lo scopo di svolgere in modo coordinato o in comune attività di interesse generale<sup>230</sup>. Infatti, fino a prima della riforma, il problema dell'estensione della disciplina del contratto di rete agli enti non lucrativi esercenti attività commerciali era irrisolto, dato che gli enti del Libro I del Codice Civile non potevano

---

<sup>228</sup> Inoltre, l'art. 41 prevede che «Le associazioni del Terzo settore formate da un numero non inferiore a 100 mila persone fisiche associate e con sedi in almeno 10 regioni o province autonome sono equiparate alle reti associative nazionali ai fini di cui all'articolo 59, comma 1, lettera b)».

<sup>229</sup> Cfr. R. Dabormida, *op. cit.*, pp. 41.

<sup>230</sup> La risposta di R. Dabormida, *op. cit.*, p.41, è positiva, sia per gli enti che non svolgono attività commerciali, sia per le imprese sociali.

iscriversi al Registro delle Imprese<sup>231</sup>. Avendo il CTS previsto una omologazione della disciplina dei soggetti del Libro I e di quelli del Libro V del Codice Civile nel caso in cui l'ente eserciti esclusivamente o principalmente attività in forma di impresa, il problema diventa attuale<sup>232</sup>.

#### **4.6. Imprese sociali (e cooperative sociali)**

Le imprese sociali sono a tutti gli effetti degli enti del Terzo settore, ma sono state escluse, per scelta legislativa, dall'applicazione del CTS<sup>233</sup>. La disciplina attuale dell'impresa sociale, la cui revisione era stata prevista dalla legge delega n. 106/2016, è contenuta nel d.lgs. 112/2017, a cui rinvia l'art. 40 CTS. Lo stesso articolo, al comma 2, precisa che le cooperative sociali e i loro consorzi, che sono imprese sociali di diritto, rimangono disciplinati dalla legge 8 novembre 1991, n. 381, oltre che da alcune disposizioni puntuali dei d.lgs. n. 112 e 117/2017.

Precedentemente la figura dell'impresa sociale trovava già disciplina nel d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, ora abrogato *in toto*. Fino a quel momento la nozione di impresa sociale indicava soggetti commerciali che si facevano carico di alcune responsabilità etico-sociali. Col tempo si è poi affermata un'idea diversa di impresa sociale, come un ente che partecipa alla logica del mercato, pur tuttavia restando interno al Terzo settore. Questo schema è stato applicato con la l. 381/1991. Per questo si sostiene che le cooperative sociali siano le prime imprese tipiche del Terzo settore<sup>234</sup>.

Per quanto riguarda queste ultime, l'art. 1, l. 381/1991 le ripartisce in cooperative di tipo A e cooperative di tipo B (e cooperative di tipo misto). Entrambe hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini; la differenza sta nel fatto che quelle di tipo A lo fanno gestendo servizi sociosanitari ed educativi, mentre quelle di tipo B possono svolgere qualsiasi

---

<sup>231</sup> A questo proposito, cfr. Parere del Ministero dello Sviluppo Economico, 9 aprile 2015, n. 5017, secondo il quale «un soggetto iscritto solamente al REA non può partecipare ad un contratto di rete di impresa; al contrario possono esservi soggetti non direttamente iscrivibili alla declaratoria di cui al Libro V del Codice Civile (es. imprese sociali di cui al d.lgs. 155/2006) che posseggono entrambi i requisiti, e, cioè, la qualifica di imprenditore e l'iscrizione al Registro delle Imprese».

<sup>232</sup> La questione non si pone per le imprese sociali, le quali, come già previsto dalla disciplina precedente, devono obbligatoriamente essere iscritte al Registro delle Imprese.

<sup>233</sup> Critica questa scelta legislativa A. Fici, *L'impresa sociale nel progetto di riforma del Terzo settore italiano: appunti e spunti*, in *Impresa sociale*, (5) 2015, pp. 83-89.

<sup>234</sup> Cfr. P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore, op. cit.*, pp. 100.

attività purché finalizzata all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate<sup>235</sup>. Inoltre, ad esse si applicano, in quanto compatibili, le norme attinenti al settore di attività che esercitano. La loro denominazione sociale deve contenere l’indicazione di “cooperativa sociale”.

La nozione di impresa sociale, invece, è una qualifica normativa<sup>236</sup> che può essere acquisita da qualsiasi soggetto giuridico collettivo, costituito nelle forme disciplinate sia dal libro I che dal libro V c.c.<sup>237</sup>, che eserciti in via stabile e principale un’attività d’impresa di interesse generale senza scopo di lucro (soggettivo) e per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale<sup>238</sup>. Tale attività, inoltre, deve essere svolta in conformità con le norme particolari che ne disciplinano l’azione<sup>239</sup>.

Esse, data la natura imprenditoriale delle proprie attività, sono equiparate, con alcune deroghe, alle società del Libro V c.c., anche per quanto riguarda, per esempio, trasformazione, fusione, scissione, cessione d’azienda e devoluzione del patrimonio.

Non possono essere imprese sociali le Pubbliche Amministrazioni, gli enti in cui l’erogazione di beni e servizi è statutariamente limitata ai soci, le società costituite da un unico socio persona fisica e le fondazioni bancarie. Anche la denominazione di impresa

---

<sup>235</sup> Sono «persone svantaggiate»: i lavoratori molto svantaggiati *ex art. 2*, numero 99, regolamento Ue del 17 giugno 2014, n. 651; le persone con disabilità *ex art. 112*, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; i beneficiari di protezione internazionale *ex d.lgs. 19 novembre 2007*, n. 251; le persone senza fissa dimora iscritte nel registro *ex art. 2*, comma 4, l. 24 dicembre 1954, n. 1228, che versino in una condizione di povertà tale da non potere reperire e mantenere un’abitazione in autonomia.

<sup>236</sup> Il modello legislativo utilizzato è simile a quello impiegato per la definizione delle Onlus dal d.lgs. n. 460/1997. La differenza è che la qualifica di Onlus era utilizzata a fini fiscali, mentre quella di impresa sociale ha una valenza generale.

<sup>237</sup> Per cui chi intenda dare vita ad un’impresa sociale può qualificarla selezionando tra le varie forme giuridiche quella più idonea al proprio progetto organizzativo. Per cui sarà possibile avere associazioni impresa sociale, fondazioni impresa sociale, società di capitali impresa sociale, etc.

<sup>238</sup> Sono esercitate «in via stabile e principale» le attività di impresa di interesse generale i cui ricavi sono superiori al 70% di quelli totali. Esse sono previste all’art. 2, d.lgs. 112/2017 e sono anch’esse soggette a eventuali aggiornamenti attraverso decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Fra l’altro questo elenco è sovrapponibile a quello previsto dall’art. 5 CTS, ad eccezione dell’esercizio del microcredito che non è contemplata da quest’ultimo e di altre attività relative alla sfera solidaristiche che sono solo attività d’interesse generale. Inoltre, sono in ogni caso attività d’impresa di interesse generale quelle in cui sono occupati lavoratori molto svantaggiati ai sensi del regolamento Ue sopra citato e persone svantaggiate e con disabilità, in numero superiore a 30% dei lavoratori complessivamente occupati.

<sup>239</sup> Questa previsione, come evidenziato da A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, *op. cit.*, p.100, riveste un’importanza non secondaria, in quanto «facendo salva la tipologia giuridica attraverso cui l’impresa sociale è esercitata, tipizza per così dire l’oggetto sociale, in questo conformando l’intervento normativo all’interpretazione di operatore economico di matrice eurounitaria». Tale nozione, infatti, prescinde da presupposti soggettivi; da ciò deriverebbe, ad opinione dello stesso autore, l’impossibilità di interpretare la normativa nazionale nel senso di escludere tali soggetti dalle gare per l’affidamento di appalti pubblici, come, fra l’altro, confermano l’orientamento della Corte di giustizia e, in aggiunta, anche il Consiglio di Stato e l’ANAC. Per un approfondimento sul tema, si veda il capitolo III della trattazione.

sociale deve essere compresa nella ragione sociale e utilizzata nelle comunicazioni rivolte ai terzi.

Solo con l'iscrizione nella relativa sezione del registro delle imprese, equivalente all'iscrizione nel Runts, si ottiene la qualifica di impresa sociale. È possibile per un ETS acquisire la qualifica di impresa sociale, iscrivendosi nella relativa sezione (e perdendo quindi la qualifica precedente, a meno che si tratti di reti associative le quali possono iscriversi in più sezioni).

Inoltre, con la riforma il legislatore ha voluto introdurre una normativa di favore per le suddette imprese, al fine di rilanciare questo tipo di imprenditorialità nel nostro Paese<sup>240</sup>: sono stati ampliati i settori di attività che possono esercitare<sup>241</sup>; sono state stabilite alcune agevolazioni fiscali<sup>242</sup>; è stata prevista la possibilità che le imprese sociali stabiliscano nei propri atti interni una parziale distribuzione del capitale conferito dai soci<sup>243</sup>.

Altro elemento rilevante delle imprese sociali è il particolare tipo di governance che le contraddistingue: esso si ispira al modello della c.d. *shareholder democracy*<sup>244</sup>, per cui caratterizzante la fattispecie giuridica di impresa sociale è anche il diritto di

---

<sup>240</sup> Cfr. anche la nota n. 145.

<sup>241</sup> A titolo esemplificativo, le imprese sociali possono svolgere attività come le prestazioni socio-sanitarie; i servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente; gli interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio; la ricerca scientifica di particolare interesse sociale; la formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo; la cooperazione allo sviluppo; il commercio equo e solidale; il microcredito; l'agricoltura sociale e l'organizzazione e la gestione di attività sportive dilettantistiche. Inoltre, sarà possibile aggiornare l'elenco delle attività di interesse generale attraverso un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

<sup>242</sup> Art. 18, d.lgs. 112/2017.

<sup>243</sup> In particolare, è stata prevista la possibilità per le imprese sociali di destinare una quota inferiore al 50% degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti: 1) ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci oppure alla distribuzione, anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari, di dividendi ai soci, in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; 2) a erogazioni gratuite in favore di enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali, che non siano fondatori, associati, soci dell'impresa sociale o società da questa controllate, finalizzate alla promozione di specifici progetti di utilità sociale.

<sup>244</sup> Cfr. A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, pp. 73, definisce in questo modo il concetto: «[s]i tratta di un modello che supera la democrazia per delega, tipica delle tradizionali cooperative mutualistiche, per approdare alla partecipazione e deliberazione diretta da parte di tutti gli *stakeholder*. Nelle imprese sociali, poiché il modello di governance è allargato, chi governa l'impresa ha responsabilità che travalicano l'osservanza dei doveri fiduciari nei confronti della proprietà per abbracciare un'obbligazione di risultato nei riguardi in generale di tutti gli *stakeholder*».

rappresentanza di interessi sociali primari, che si sostanzia in un reticolato di poteri di gestione e controllo dei soci e della molteplicità di stakeholders.

Per quanto riguarda la proprietà e il controllo, un ulteriore elemento rilevante è la possibilità che le imprese sociali vedano al proprio interno anche imprese *for profit* ed enti pubblici; inoltre, negli organi sociali di tali imprese possono sedere partecipanti di queste due tipologie di enti, purché non si tratti di partecipazione agli organi di maggioranza, cosa che «può agevolare forme di *partnership* tra pubblico ed imprese sociali ma anche tra privato *for profit* e queste ultime, permettendo così alle imprese *for profit* la possibilità di attuare forme di responsabilità sociale d'impresa in forma stabile e organizzata e non in forma occasionale e saltuaria»<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> A. Fici, *L'impresa sociale come nuova opportunità per il Terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e gli strumenti di finanziamento*, Convegno UBI Banca del 9.10.2017 presso l'Università Cattolica di Milano, febbraio 2018.

## **CAPITOLO II: Il quadro attuale della disciplina dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore**

### **1. Le prospettive di interazione tra Amministrazioni Pubbliche ed Enti del Terzo settore**

Il presente capitolo sarà dedicato all'approfondimento delle forme con cui si possono manifestare i rapporti tra Pubblica Amministrazione e soggetti del Terzo settore.

Il tema è importante, in quanto, come messo in luce a proposito dei principi costituzionali nel primo capitolo della trattazione, tali relazioni possono considerarsi attuazione diretta del principio di sussidiarietà orizzontale.

La funzione delle Pubbliche Amministrazioni, e in particolare degli enti locali<sup>1</sup>, in ambito di servizi alla persona è delineata da due articoli:

- 1) l'articolo 3, comma 2 del TUEL, secondo cui «[i]l comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi, ne promuove e ne coordina lo sviluppo»;
- 2) l'articolo 112, comma 1 TUEL, secondo cui «[g]li enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il fenomeno della partecipazione del Terzo settore alle attività di interesse generale riguarda, infatti, soprattutto le amministrazioni locali, data la loro vicinanza alla realtà comunitaria che rappresentano. A tal proposito, è stato attraverso la l. 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, che è stato definito il quadro delle competenze dei vari livelli di governo. L'art. 2, comma 5 della legge ha riconosciuto a Comuni e Province la titolarità di funzioni proprie, oltre a quelle delegate dallo Stato. Tale principio è stato poi trasposto nell'art. 4 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo Unico degli Enti Locali* (c.d. TUEL). Il passaggio successivo è stato il riconoscimento del principio di sussidiarietà nell'art. 118 Cost., avvenuto con la riforma costituzionale del 2001. In particolare, il ruolo degli enti locali è risultato ampliato dalla concezione verticale del principio di sussidiarietà, che mira ad affidare le funzioni amministrative al livello di governo più prossimo alla comunità.

<sup>2</sup> L'articolo si riferisce ai c.d. «servizi pubblici locali».

A livello di ordinamento europeo, invece, la terminologia adottata è quella di servizi di interesse generale (SIG). La categoria si divide a sua volta in servizi di interesse economico generale (SIEG, cioè attività economiche dirette al soddisfacimento di bisogni di una generalità di utenti) e servizi non suscettibili di essere esercitati solo in forma di impresa (SINEG, che attengono ai bisogni primari del cittadino, quali per esempio sanità, educazione scolastica, assistenza sociale). Di SIEG si parla esplicitamente all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 14 TFUE e all'art. 106 TFUE.

La stessa terminologia è stata recentemente recepita dall'ordinamento italiano; infatti l'art. 2 del d.lgs. 175/2016, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, distingue fra «servizi di interesse

Nell'espletamento di tale gravosa funzione, le P.A. possono avvalersi della collaborazione di soggetti della società civile, quali sono appunto gli ETS, i quali condividano con esse l'obiettivo di perseguire gli interessi generali, prevedendolo a livello statutario.

In questo senso, l'interesse generale diviene elemento comune tra Pubblica Amministrazione e queste formazioni di cittadini e per questo può essere perseguito dall'una o dagli altri, sostenuti dalle istituzioni pubbliche stesse. In questo consiste, in senso letterale, il rapporto sussidiario, inteso come rapporto di reciproca collaborazione per il raggiungimento di un fine comune. Da questo assunto può derivare la messa in atto di un sistema reticolare di servizi alla persona, caratterizzato da paritarietà e pluralismo. È così che prende forma il concetto di amministrazione condivisa e partecipativa<sup>3</sup>.

È necessario, al fine della buona riuscita dell'azione amministrativa, soprattutto in tema di diritti della persona, che detti rapporti siano fondati su basi normative certe. Fra i problemi principali in materia, non del tutto risolti con la recente riforma, ci sono, però, la mancanza di chiarezza e la disorganicità del quadro normativo in materia. Pertanto, si rivela, a questo punto essenziale, introdurre la tematica a partire dalla normativa che verrà presa in considerazione nel procedere dell'analisi.

È importante fin da ora tenere presente che la normativa che si va ad illustrare si iscrive in un lungo percorso che vede l'attività amministrativa orientarsi sempre più verso una dimensione consensuale, attraverso il ricorso a processi di contrattualizzazione dell'attività. Il processo di contrattualizzazione, come modalità di regolamentazione sostitutiva o complementare a quella autoritativa, si è sviluppato secondo direzioni diverse: la contrattualizzazione interna dell'attività (c.d. *contracting in*) e la contrattualizzazione esterna (c.d. *contracting out*), di cui ci si occuperà più specificamente<sup>4</sup>. La scelta di ricorrere, in questa prospettiva, a organizzazioni senza scopo di lucro non ha prioritariamente una funzione promozionale di tali organizzazioni

---

generale» (cioè «le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale») e «servizi di interesse economico generale (cioè «i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato»).

<sup>3</sup> Cfr. M. Consito, *Accreditamento e Terzo settore*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 89 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. F. Cafaggi, *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, in F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del Terzo settore*, Bologna, 2002, pp. 8 e ss.

nell'ottica della competizione con il *for profit*, quanto piuttosto, come fatto notare in dottrina, si tratta di «una scelta di partenariato il cui obiettivo principale è la tutela dei diritti all'assistenza dei beneficiari finali delle prestazioni»<sup>5</sup>.

L'ingresso del *non profit* nel sistema dei servizi alla persona, in realtà, come si vedrà più approfonditamente in questo capitolo, si sostanzia nella partecipazione ad almeno quattro momenti della funzione amministrativa: la pianificazione, la progettazione, la gestione e la valutazione.

Un'ultima premessa si rende necessaria: nell'analisi che seguirà verranno prese in considerazione principalmente le attività di interesse generale che si sostanziano nei servizi sanitari e socio-assistenziali<sup>6</sup>. Si fa notare in dottrina che, mentre nel caso dei

---

<sup>5</sup> F. Cafaggi, *Governare per contratto o per organizzazione? Alternative istituzionali nella riforma dello stato sociale*, in F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del Terzo settore*, op. cit., pp. 107 e ss.

Come messo in luce dall'ANAC nella già citata delibera n. 32/2016 «[t]ale scelta organizzativa ha [fra gli altri] il vantaggio di promuovere un modello economico socialmente responsabile in grado di conciliare la crescita economica con il raggiungimento di specifici obiettivi sociali, quali, ad esempio, l'incremento occupazionale e l'inclusione ed integrazione sociale».

<sup>6</sup> A fini di chiarezza espositiva si suole differenziare tra servizi sociali o socio-assistenziali (rivolti a contrastare la povertà e la marginalizzazione sociale), servizi socio-educativi (volti a garantire il diritto allo studio, a favorire l'obbligo scolastico e i servizi alla prima infanzia) e servizi socio-sanitari (che, in generale, riguardano la non autosufficienza psicofisica, cronica o meno) (cfr. C. Bottari, *Dai servizi sanitari ai servizi socioassistenziali*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 20).

Sulla natura economica o meno dei servizi sociali è da tempo in atto un profondo dibattito, anche a livello europeo. La questione nasce, innanzitutto, dalla diversità della nozione stessa di servizi sociali, in collegamento con la non coincidenza delle categorie di servizi pubblici dell'ordinamento interno e di quello eurounitario. A livello interno, la nozione di servizi pubblici si è andata specificando nel tempo, nella distinzione tra assistenza e previdenza prima, e tra servizi sociali e servizi sanitari e istruzione poi. Una definizione generale della materia dei servizi sociali è presente nell'art. 128, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998, n.112, *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*, che prevede che «[a]i sensi del presente decreto legislativo, per "servizi sociali" si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia».

A livello europeo, il concetto ha avuto una genesi differente: è emerso dai documenti dell'Unione Europea dedicati ai servizi di interesse generale. In particolare, la sua prima apparizione è stata nella Comunicazione della Commissione del 1996, *I servizi di interesse generale in Europa* (GUCE C/28, 26 settembre 1996), la quale si occupava di escludere dalla sfera applicativa dell'art. 90 del Trattato istitutivo della CEE le «attività non economiche», fra cui figurava, per esempio, la previdenza sociale o il sistema scolastico dell'obbligo. La comunicazione della Commissione del 2001 dedicata allo stesso argomento ha individuato, poi, nell'ambito dei servizi di interesse generale, attività prive di rilevanza economica e caratterizzate per la loro funzione sociale, alle quali non si sarebbero dovute applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza e del mercato, fra cui istruzione, previdenza ed altre attività esercitate da enti con funzioni principalmente sociali che si prefiggono di non svolgere attività commerciale e non realizzano profitti. L'esclusione dall'applicazione delle norme UE non era però assoluta, in quanto dipendente

servizi di interesse economico generale i processi di liberalizzazione e privatizzazione in atto sarebbero destinati a concludersi con l'affidamento al soggetto pubblico di funzioni solamente regolamentari, riducendo o eliminando l'intervento nella gestione, nell'ambito dei servizi sociali e sanitari gli enti pubblici rimarrebbero indiscutibilmente coinvolti nella funzione gestionale. Infatti, in quest'ultimo caso l'obiettivo finale sarebbe quello di creare «modelli di governo a struttura cooperativa pubblico-privato, compatibili con la

---

dall'assunto che tali soggetti non svolgessero attività economiche. Più in generale, sullo sfondo di tale Comunicazione vi era una tendenziale indifferenza da parte delle istituzioni comunitarie per l'ambito dei servizi sociali, in quanto ritenuto di competenza delle autorità nazionali o regionali, come ribadito in altri documenti della Commissione quali il Libro Verde del 2003 (Com 2003-270) ed il Libro Bianco del 2004 (Com 2004-374) sui servizi di interesse generale. Tuttavia, si è discostato da questa tendenza già il parere del Comitato economico e sociale del 2001, *I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale in Europa*, che, prendendo atto della diversità delle nozioni di servizi sociali nei diversi Stati europei, ha dimostrato una maggiore sensibilità delle istituzioni europee nei confronti della tematica della coesione sociale e dell'integrazione economica. In questo senso va anche letto il capo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dedicato alla solidarietà, in cui si «riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali» (art. 34). Nel già citato Libro Verde del 2003 la Commissione ha ribadito che è economica «ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi in un dato mercato» e che, di conseguenza, «i servizi economici e non economici possono coesistere all'interno dello stesso settore e talora possono essere forniti dallo stesso organismo»; inoltre, secondo la Commissione «se, da un lato, può non esserci mercato per la fornitura alla popolazione di particolari servizi, dall'altro potrebbe esserci un mercato a monte, in cui le imprese contrattano con l'autorità pubblica la fornitura di questi servizi. Per i "mercati a monte" valgono le regole del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di Stato». Il Libro Bianco dell'anno successivo fa riferimento all'ambito di attività «dei servizi sociali e sanitari», differenziando i «servizi sociali di interesse generale» all'interno della categoria dei servizi di interesse generale, in quanto aventi caratteristiche specifiche quali la solidarietà, il servizio di volontariato e l'inclusione delle categorie vulnerabili. La Corte di Giustizia ha cercato, nel tempo, di sopperire alla mancanza di un *discrimen* tra servizi economici e non, individuando una serie di criteri quali l'irrelevanza della veste giuridica assunta dall'impresa nell'ordinamento interno (atteso che «ogni attività che implica beni o servizi su un dato mercato è attività economica» - Corte di Giustizia UE, C-180 e 184/98), la natura non lucrativa dell'attività svolta, in collegamento con obblighi di solidarietà, o il suo essere riconducibile a prerogative proprie dei poteri pubblici (cfr. Corte di Giustizia UE, 19 gennaio 1994, Causa C-364/92, SAT Eurocontrol; Corte di Giustizia UE, 11 dicembre 1997, causa C-55/1996 Job center; 22 gennaio 2002, causa C-218/00; 19 febbraio 2002, causa C-309/99). La Commissione tentò di fare ulteriore chiarezza attraverso la Comunicazione del 2006, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale nell'Unione Europea*, con cui si arrivò a ritenere possibile il configurarsi di servizi sociali caratterizzati da rilevanza economica, nonostante la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. "Bolkenstein") avesse escluso dal proprio ambito di applicazione i servizi sociali e sanitari. Più recentemente è intervenuta la Comunicazione della Commissione del 19 luglio 2016 sugli aiuti di stato che ha evidenziato la difficoltà di definire un *discrimen* tra attività economiche e non, poiché esso dipenderebbe «in una certa misura dalle scelte politiche e dagli sviluppi economici dei singoli Stati membri» (cfr. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 292 e ss.; A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto con il diritto europeo*, in *Non profit*, (3) 2017; A. Galdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, (12) 2018, pp. 14 e ss.). Per quanto riguarda le direttive del 2014 in tema di affidamenti, si veda più oltre nel paragrafo.

pluralità dell'offerta, la libertà di scelta del beneficiario ed un sufficiente grado di concorrenzialità»<sup>7</sup>.

Il Codice del Terzo settore non è intervenuto nel nostro ordinamento come disciplina isolata dei rapporti tra enti *non profit* e Pubblica Amministrazione, ma ha integrato, omogeneizzato e innovato un panorama già ricco di fonti normative, con l'obiettivo primario di sistematizzare la materia<sup>8</sup>. La maggior parte delle normative cui si farà riferimento offrono ancora oggi agli enti locali (e alle ASL) un ampio armamentario di strumenti utili al fine del raggiungimento dell'obiettivo di garantire l'esigibilità dei livelli essenziali delle prestazioni sociali e civili<sup>9</sup>. Per ora ci si limiterà ad un accenno a tutte le norme che saranno prese in considerazione nel corso dei prossimi capitoli, riservandoci di approfondire i singoli istituti nei paragrafi successivi.

Uno dei riferimenti essenziali in questo senso è ancora la l. 7 agosto 1990, n. 241, *Norme sul procedimento amministrativo*<sup>10</sup>, la quale, soprattutto con l'art. 11<sup>11</sup>, ha sancito definitivamente la nascita del concetto di "amministrazione per accordi".

La legge sul volontariato<sup>12</sup>, quella sulle cooperative sociali<sup>13</sup> e quella sulle APS<sup>14</sup> hanno previsto la possibilità per le Pubbliche Amministrazioni di ricorrere all'istituto della convenzione per la fornitura di beni e servizi. Attraverso tale strumento, come meglio si vedrà nel par. 1.7 di questo capitolo, è possibile scegliere liberamente il soggetto cui affidare il servizio, senza ricorrere a procedure selettive.

Un altro passo rilevante è stato compiuto con l'emanazione della l. 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi*

---

<sup>7</sup> F. Cafaggi, *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, op. cit., p. 11.

<sup>8</sup> Vedremo nel prosieguo del capitolo che l'obiettivo non è stato del tutto raggiunto, soprattutto a causa di interventi successivi, quale quello reso con il già citato parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018. La speranza di gran parte degli esperti del settore è che la revisione delle Linee Guida dell'ANAC n. 32/2016 porti a maggior chiarezza nel panorama normativo.

<sup>9</sup> Cfr. A. Santuari, *La riforma del Terzo settore apre una nuova stagione di rapporti (trasparenti) tra settore pubblico e organizzazioni non profit*, in Aiccon.it.

<sup>10</sup> Un riferimento importante a tale legge è presente anche nel Codice del Terzo settore, all'art. 55, in tema di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento. Nell'applicazione di tali istituti, la norma richiede il rispetto dei principi della l. 241/90, così come delle norme che disciplinano specifici provvedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione attraverso Piani di Zona.

<sup>11</sup> Esso disciplina gli accordi integrativi e sostitutivi, quali modalità alternativa di conclusione del procedimento. In particolare, «l'accordo ha per oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento ed è finalizzato a ricercare un migliore contemperamento tra l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione precedente e l'interesse del privato [...]» (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 256).

<sup>12</sup> L. 266/1991, abrogata dall'art. 102 del Codice del Terzo settore.

<sup>13</sup> L. 381/1991, ancora in vigore.

<sup>14</sup> L. 383/2000, abrogata dall'art. 102 del Codice del Terzo settore.

*sociali*. In particolare, essa ha introdotto nell'ambito dei servizi alla persona gli istituti dell'autorizzazione e dell'accreditamento dei servizi sociali e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale<sup>15</sup>.

In attuazione dell'art. 5 di quest'ultima legge, è stato poi adottato il d.p.c.m. di indirizzo del 30 marzo 2001, previsto per fornire direttive generali rivolte a Regioni e Comuni<sup>16</sup>. L'art. 3 del decreto attuativo ribadisce lo strumento della convenzione previsto alla l. 266/1991 quale forma di collaborazione tra P.A. e ODV, stabilendo un iter valutativo e selettivo. Gli articoli 5 e 6, invece, disciplinano rispettivamente l'acquisto di servizi e prestazioni e l'affidamento dei servizi ai soggetti del Terzo settore.

Si ricordi poi, per l'importanza che ha rivestito nel nostro ordinamento, la legge costituzionale n. 3/2001, di cui si è già parlato, che ha introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale all'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

Il d.lgs. 26 marzo 2010, n.59, *Attuazione della Direttiva 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno*, ha declinato la disciplina normativa europea dei servizi sociali e sanitari già citata<sup>17</sup> nell'ordinamento interno, ribadendo l'esclusione dei due settori dal novero dei servizi assoggettati alle regole della concorrenza e del mercato. Nel decreto è stato pertanto stabilito che spetta all'ente locale stabilire la rilevanza economica o meno del servizio sociale (in relazione alla modalità di gestione in concreto utilizzata dal Comune cui spetta l'erogazione del servizio stesso).

L'evoluzione successiva dell'ordinamento nazionale in materia molto è dipesa dalle tre direttive dell'Unione Europea in tema di affidamenti (n. 2014/23/UE, sulle concessioni; n. 2014/24/UE, sugli appalti nei settori ordinari; n. 2014/25/UE, sugli appalti nei settori speciali, cioè acqua, energia, trasporti e servizi postali)<sup>18</sup>.

La disciplina attuativa delle suddette direttive è contenuta nella l. 28 gennaio 2016, n.11, *Deleghe al governo per l'attuazione delle direttive 2014/23 UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure*

---

<sup>15</sup> Per un approfondimento si rinvia al capitolo II, par. 1.3.

<sup>16</sup> L'obiettivo della legge, ribadito nel d.p.c.m., era quello di «promuovere un miglioramento della qualità dei servizi e di garantire una pluralità di offerta degli stessi in ogni ambito regionale, favorendo forme di aggiudicazione o negoziali tali da consentire al Ts non soltanto di esprimere la propria capacità progettuale e organizzativa, ma anche di essere coinvolto nella co-progettazione degli interventi, oltre che di essere consultato nelle procedure di elaborazione delle politiche pubbliche» (P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore, op. cit.*, p. 138).

<sup>17</sup> Cfr. nota n. 218.

<sup>18</sup> Gli istituti di appalto e concessione saranno analizzati nel par. 1.5 del presente capitolo.

*d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materie di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*<sup>19</sup>. Ad essa ha quindi fatto seguito il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23 UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (si tratta del Codice dei contratti pubblici, attualmente in vigore)<sup>20</sup>.

Rilevante per la tematica che si affronterà è anche il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, il quale, insieme al Codice dei contratti pubblici, contiene la disciplina della società mista pubblico-privata (c.d. Partenariato pubblico-privato istituzionale – PPPI)<sup>21</sup>.

Da ultimo, ovviamente, ci si dovrà occupare della recente riforma prevista dalla legge delega n. 106/2016. In particolare, in tema di rapporti tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore, dovranno essere considerati il d.lgs. n. 111/2017, relativamente alla tematica del sostegno e della promozione del Terzo settore, il d.lgs. n. 112/2017, e, soprattutto, il d.lgs. 117/2017<sup>22</sup>.

Oltre al contesto normativo, è bene anticipare che sarà necessario fare riferimento al ruolo dell'ANAC e alle sue pronunce, che spesso sono intervenute nel tentativo di

---

<sup>19</sup> In particolare, l'art. 1, comma 1, lett. n) stabilisce che il Governo dovrà individuare «[i] contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento delle direttive e del decreto di riordino in coerenza con quanto previsto dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE»; mentre alla lett. gg) prevede che la scelta del contraente di contratti pubblici relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica siano affidati esclusivamente in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

<sup>20</sup> Con il Codice dei contratti pubblici si è confermato «un contesto giuridico unitario all'interno del quale ai servizi sociali e sanitari è riconosciuto, coerentemente con il contesto normativo europeo, uno "status giuridico" peculiare, in specie in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite dai settori in parola», oltre all'intenzione di «mantenere e valorizzare la specificità giuridico-organizzativa delle organizzazioni *non profit* e delle cooperative sociali [...]» (A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, op. cit., p. 168). In questo senso si vedano gli artt. 140, 142 (come novellato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), 143 e 112.

Nell'ottica di integrare e revisionare il Codice dei contratti pubblici è in atto una riforma della materia, iniziata con il disegno di legge delega, approvato il 28 febbraio 2019, recante *Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici*.

<sup>21</sup> L'istituto delle PPPI verrà affrontato nel par. 1.6 di questo capitolo.

<sup>22</sup> Gli articoli del CTS che riguardano più specificamente la tematica della presente trattazione sono, principalmente, gli artt. 55, 56, 57, 71, 81 e 89.

razionalizzare la disciplina in materia di affidamenti di servizi. In particolare, il documento principale in tema è la già citata delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali*<sup>23</sup>.

Rilevanti sono ancora i principi enunciati dal già citato parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018<sup>24</sup>, in particolare sull'applicazione del Codice dei contratti pubblici a diversi istituti previsti dal Codice del Terzo settore. Si vedranno meglio nel prosieguo le dichiarazioni del Consiglio di Stato, come anche le critiche mosse al parere stesso da parte della dottrina<sup>25</sup>.

Gli strumenti che rendono possibili i rapporti tra Pubbliche Amministrazione e soggetti *non profit* danno vita ad un sistema complesso e variegato<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Con la successiva delibera n. 911/2016 l'ANAC ha precisato che «i principi affermati dall'Autorità nella delibera n. 32/2016, recante linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali, possono ritenersi validi anche in vigenza del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006». Uno dei temi della delibera n. 32/2016, cioè quello dei requisiti dei partecipanti e dei criteri di aggiudicazione e della suddivisione di appalti in lotti, è stato poi ripreso e sviluppato dal comunicato ANAC del 14 settembre 2016. Inoltre, è da tenere presente che è in corso, ad opera dell'ANAC, una revisione delle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali, molto attesa in quanto si ripone in essa la speranza di un chiarimento del confuso panorama legislativo in materia.

<sup>24</sup> In continuità con il parere e la posizione critica ivi espressa, in particolare riguardo all'istituto della co-progettazione, si è posta la determina dell'ANAC n. 200/2019. Rilevante, vista l'autorevolezza dell'organo in relazione alla materia di cui si tratta, è stata anche la delibera n. 146/2019 della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, sulla natura dei contributi emanati dalla Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 12, l. 241/90. Secondo la Corte essi non avrebbero natura di corrispettivi e per questo non andrebbero assoggettati alla disciplina del Codice dei Contratti pubblici.

<sup>25</sup> In realtà, la posizione del Consiglio di Stato è più complessa di quanto il suddetto parere lascia intendere. Si vedranno, per esempio in tema di accreditamento, una serie di pronunce che lo dimostrano: la n. 1739 del 19 marzo 2018, la n. 4726 del 31 luglio 2018, la n. 5039 del 23 agosto 2018 e la n. 6617 del 22 novembre 2018. Inoltre, il parere lascia aperte una serie di questioni non trattate, quali per esempio l'efficacia della l. n. 328/2000 e la vigenza del d.p.c.m. 30 marzo 2011; il perimetro della competenza della legislazione regionale di settore.

<sup>26</sup> A livello storico, la nascita del modello partecipativo risale agli anni Settanta. La differenza sostanziale rispetto agli sviluppi odierni sta nel fatto che allora «la partecipazione non poteva che essere intesa come momento dell'esercizio unilaterale dei poteri pubblici che, al fine di realizzarsi nel modo migliore, unilateralmente stabilivano [...] di "aprirsi" alle istanze comunitarie. Ma si trattava, evidentemente, solo di un particolare momento di acquisizione istruttoria di elementi di conoscenza, che sarebbe assolutamente improprio definire rapporto» (F. Dalla Mura, *Pubblica amministrazione e non profit*, Carrocci Editore, Roma, 2003, p. 64). Nel decennio successivo si assistette ai primi veri e propri tentativi di rendere le istanze sociali partecipi della programmazione attraverso forme assembleari o finanche grossi progetti. Sul tema della partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa, si rinvia a U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista Aic*, (1) 2011, F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, (1) 1952, pp. 118 e ss.; Id., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996; Id., *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, (2) 1957, pp. 149 e ss.; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971; M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940; G. Pastori, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, (2-3) 2008, pp. 323 e ss.

Innanzitutto, a livello di premessa, è bene porre una prima distinzione, cioè quella che riguarda il modo in cui Terzo settore e P.A. entrano in contatto, nell'ambito dell'attività amministrativa<sup>27</sup>. Si differenzia così tra sostegno, collaborazione e affidamento<sup>28</sup>.

### **1.1. Il sostegno e la promozione**

Sostegno, collaborazione e affidamento rappresentano conformazioni dei possibili rapporti tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore, ordinati nel senso di una progressiva «intensità di contatto»<sup>29</sup>.

Per quanto riguarda il sostegno, nella medesima ottica di graduale intensità, si può fare riferimento a mere agevolazioni fiscali a causa delle finalità di interesse generale perseguite dai soggetti del Terzo settore, fino alla corresponsione diretta di sovvenzioni, oppure, per esempio, al comodato gratuito di beni immobili<sup>30</sup>.

Con il concetto di sostegno si intende, quindi, fare riferimento alla «erogazione di utilità a favore di soggetti esterni alla P.A., in funzione della positiva valutazione di attività con rilevanza sociale da questi svolte o da svolgere, ma senza che ciò comporti in alcun modo né una prospettiva di integrazione di tali attività nella rete di offerta di servizi o interventi, né un accordo con assunzione di specifici obblighi da parte del destinatario dell'intervento di sostegno circa il raggiungimento di obiettivi, frutto di negoziazione con l'ente erogatore»<sup>31</sup>. Le forme di sostegno si posizionano a cavallo fra quei rapporti meramente informali cui si è accennato e forme di collaborazione più innovative di rapporti fra P.A. e Terzo settore.

A livello normativo troviamo, per esempio, un riferimento a questa forma di rapporto nella l. n. 328/2000, il cui art. 5 prevede che per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà le Pubbliche Amministrazioni debbano promuovere azioni per il sostegno e la qualificazione degli enti del TS (anche attraverso interventi per l'accesso agevolato al

---

<sup>27</sup> Nella disamina che segue verranno considerate solo quelle relazioni che hanno rilevanza giuridica, cioè che danno vita a posizioni giuridiche in capo alle parti. Perciò, a titolo di esempio, la saltuaria audizione da parte di un organo comunale in riunione di un rappresentante del mondo *non profit* non costituendo rapporto giuridicamente rilevante non sarà trattato in questa sede.

<sup>28</sup> Cfr. P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, in *Non Profit*, (3) 2014, pp. 200 e ss. F. Dalla Mura, *Pubblica amministrazione e non profit*, op. cit., pp. 63 e ss. propone una classificazione alternativa, riferita piuttosto alla fase in cui il soggetto *non profit* interviene: «il rapporto può riguardare il momento della pianificazione, della progettazione di servizi e interventi, della gestione e, infine, della valutazione». Come si vedrà nel paragrafo successivo, tutti gli istituti che considereremo saranno passibili di rientrare nelle diverse categorie delle due classificazioni.

<sup>29</sup> P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, op. cit., p. 200.

<sup>30</sup> A proposito dell'utilizzo di beni e spazi pubblici in capo agli ETS, si rimanda al par. 1.8.

<sup>31</sup> F. Dalla Mura, *Pubblica amministrazione e non profit*, op. cit., p. 123.

credito e ai fondi dell'UE). Nella stessa legge si utilizza il medesimo termine per indicare erogazioni di denaro finalizzate a sostenere forme di auto aiuto e di solidarietà familiare<sup>32</sup>.

Concetto affine al sostegno è quello di promozione. In dottrina si utilizza questo termine per riferirsi a fenomeni più strutturati rispetto a quelli sopra menzionati<sup>33</sup>. In questo senso si parla di promozione anche all'art. 1, l. n. 328/2000<sup>34</sup>. A livello procedurale, le fattispecie di interventi di promozione potrebbero inquadrarsi nella programmazione sociale, per cui il modello operativo più efficace si rivela essere l'accordo procedimentale *ex art.* 11, l. n. 241/90<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda il Codice del Terzo settore, al sostegno e alla promozione sono dedicati i Titoli VIII e IX. Fra queste variegate disposizioni rientrano l'istituzione di una sede di rappresentanza unitaria, cioè il Consiglio nazionale del Terzo settore (Titolo VIII, Capo I); la riforma del sistema dei centri servizi per il volontariato (Titolo VIII, Capo II)<sup>36</sup>; varie misure che conferiscono specifiche situazioni soggettive di vantaggio agli ETS (Titolo VIII, Capo III)<sup>37</sup>; le misure di finanziamento pubblico dell'attività degli ETS (Titolo VIII, Capo IV); i titoli di solidarietà e altre forme di finanza sociale (Titolo IX). A queste disposizioni si aggiunge la disciplina del c.d. cinque per mille, contenuta nel

---

<sup>32</sup> In particolare, cfr. l. 328/2000, artt. 14, 15, 16, 18, 22, 23, 24.

<sup>33</sup> Cfr. F. Dalla Mura, *Pubblica amministrazione e non profit*, *op. cit.*, pp. 125 e ss., secondo cui la promozione si sostanzia in un'erogazione che è espressione dell'esercizio della funzione di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, poiché crea «le condizioni che rendono possibili volontarie assunzioni di responsabilità da parte delle formazioni sociali che, in tale modo, “entrano” nella funzione pubblica e condividono con le istituzioni l'esercizio di essa».

<sup>34</sup> Laddove prevede che «[l]a Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione», ma si vedano anche gli artt. 1, comma 6; 8, comma 2; 5, comma 1 della medesima legge.

<sup>35</sup> Il soggetto privato, intervenendo nel procedimento amministrativo di adozione di un provvedimento di concessione di interventi promozionali, stipula un accordo con la P.A. in questione con cui assume impegni a fronte dell'impegno dell'amministrazione ad adottare un provvedimento di concessione di vantaggi promozionali. Anche in questo caso si tenga presente che devono essere rispettati i principi guida dell'attività amministrativa di economicità, par condicio, trasparenza, etc. (cfr. F. Dalla Mura, *Pubblica amministrazione e non profit*, *op. cit.*, p. 126).

<sup>36</sup> Essi diventano «infrastrutture» a sostegno del volontariato, in modo trasversale a tutti gli ETS.

<sup>37</sup> Si fa riferimento, per esempio a accesso al credito agevolato (art. 67); privilegi (art. 68); accesso al Fondo sociale europeo (69); utilizzo non oneroso di beni mobili e immobili per manifestazioni e iniziative temporanee (art. 70, comma 1); concessione in comodato di beni mobili e immobili di proprietà pubblica per lo svolgimento di attività istituzionali dell'ETS (art. 71, comma 2); concessione, a canone agevolato, di beni culturali immobili di proprietà pubblica da riqualificare e riconvertire tramite interventi di recupero, restauro e ristrutturazione. Gli artt. 70 e 71 saranno analizzati nel par. 1.8 del presente capitolo.

d.lgs. n. 111/2017. Inoltre, merita una menzione anche la Fondazione Italia Sociale<sup>38</sup>, istituita con il d.p.r. 28 luglio 2017.

La promozione confina con un altro istituto, quello della collaborazione. La differenza tra promozione e collaborazione consiste sostanzialmente nella diversa posizione che ricoprono i soggetti gli uni rispetto agli altri. Infatti, nel caso della collaborazione, come si vedrà più oltre, si viene a formare una vera e propria *partnership*, a differenza che nel caso della promozione<sup>39</sup>.

## **1.2. La collaborazione: co-programmazione e co-progettazione**

Passando all'ipotesi della collaborazione, anch'essa può assumere gradazioni e contenuti diversi. Può presentarsi in forma debole, forte, paritaria o asimmetrica; può riguardare, per esempio, cooperazioni per la programmazione, la progettazione e il controllo. Nelle pagine che seguono ci si concentrerà essenzialmente su due istituti che permettono collaborazioni fra P.A. e TS: la co-programmazione e la co-progettazione. Da ultimo, la fase dell'affidamento riguarda l'erogazione dei servizi. L'analisi verrà condotta distinguendo fra gli istituti che danno vita ad un sistema integrato di tipo reticolare<sup>40</sup> e quelli che rientrano in un sistema di tipo sostitutivo<sup>41</sup>.

Secondo l'art. 55, comma 2 del Codice del Terzo settore<sup>42</sup>, «[l]a 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».

Il comma 3 definisce, invece, la co-progettazione come l'attività «finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di

---

<sup>38</sup> Ente di diritto privato, il cui statuto è stato approvato con il suddetto d.p.r. istitutivo, sottoposto alla vigilanza del ministero del Lavoro e delle politiche sociali e al controllo della Corte dei Conti (art. 4 dello statuto). La finalità della Fondazione è, secondo quanto previsto dalla l. n. 106/2016, rendere possibili interventi innovativi da parte degli ETS per la produzione beni e servizi con un elevato impatto sociale e occupazionale e rivolti ai territori e ai soggetti più svantaggiati. La Fondazione rappresenterebbe una forma di intervento misto, tra pubblico e privato, per la creazione di una disponibilità finanziaria di origine privata e «la creazione di una imprenditorialità sociale ad alto impatto» (P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore, op. cit.*, p. 161). Il ruolo della Fondazione è espressamente di livello sussidiario e non sostitutivo dell'intervento pubblico.

<sup>39</sup> Cfr. F. Dalla Mura, *Pubblica amministrazione e non profit, op. cit.*, p. 127.

<sup>40</sup> Cfr. par. 1.3 in questo capitolo.

<sup>41</sup> Cfr. par. 1.4 in questo capitolo.

<sup>42</sup> Il Codice ha aiutato a cogliere un aspetto prima incerto, cioè la distinzione fra co-programmazione e co-progettazione (cfr. M. Clarich, B. Boschetti, *Il Codice Terzo settore: un nuovo paradigma*, in *JusOnline*, (3) 2018, p. 31)

intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2».

La l. n. 328/2000 aveva già posto come momento fondamentale dell'attività amministrativa di enti locali, Regioni e Stato la programmazione di interventi e servizi sociali, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali<sup>43</sup>. Questa funzione deve essere svolta in forma unitaria, a livello di ambito territoriale, e integrata, cioè con la partecipazione degli attori della società civile<sup>44</sup>.

Come più volte evidenziato dall'ANAC<sup>45</sup>, «[I]a programmazione [...] rappresenta uno strumento fondamentale per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, la concorrenza nel mercato e, per tali vie, prevenire la corruzione e garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa. Infatti, l'assenza di un'adeguata programmazione comporta la necessità di far fronte ai bisogni emersi ricorrendo a procedure di urgenza che, oltre a rivelarsi poco rispettose dei principi che governano l'azione amministrativa e a non garantire la qualità dei servizi resi, possono originare debiti fuori bilancio».

Ai sensi dell'art. 7 del d.p.c.m. 30 marzo 2001, inoltre, i soggetti non lucrativi hanno un ruolo importante anche in materia di progettazione di interventi innovativi e sperimentali. La co-progettazione si presenta come un accordo procedimentale di collaborazione che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di

---

<sup>43</sup> L. n. 328/2000, artt. 1 e 3.

<sup>44</sup> La l. n. 328/2000, ai fini di una programmazione partecipata tra i diversi livelli di governo, ha previsto una serie di strumenti: il piano nazionale, quello regionale e quello di zona.

In particolare, la legge prevede quale strumento di programmazione per i Comuni, d'intesa con le Aziende unità sanitarie locali, il Piano di Zona (da qui in avanti, PdZ) dei servizi sociali (secondo le indicazioni del piano regionale nell'ambito delle risorse disponibili per gli interventi sociali e socio-sanitari, con cui le Regioni individuano i LIVEAS – livelli essenziali dei servizi sociali determinati in funzione delle aree di intervento, della tipologia di servizi e prestazioni, dei criteri organizzativi e di erogazione di servizi e prestazioni). Di norma, il PdZ è adottato con un accordo di programma cui prendono parte i Comuni associati e gli enti *non profit*, che fanno parte (attraverso l'accreditamento o altre forme di concertazione) del sistema integrato di interventi e servizi sociali delineato dal piano. Comunque, il PdZ non è uno strumento operativo di organizzazione del sistema dei servizi (di questo si occupa, infatti, ciascun Comune singolarmente, secondo l'art. 19, comma 1 lett. b) della l. n. 328/2000), bensì rappresenta un atto di governo del sistema integrato dei servizi sociali.

In sede di programmazione, ogni Comune deve anche adottare una carta dei servizi sociali, con cui definire le modalità con cui si intende sopperire ai bisogni dei cittadini utenti dei servizi (l. n. 328/2000, art. 13 e d.p.r. 3 maggio 2001).

<sup>45</sup> Cfr., per esempio, la determinazione del 6 novembre 2013, n. 5, che si occupa dei requisiti minimi per una corretta programmazione e progettazione negli affidamenti di servizi e forniture in generale.

servizi, interventi e attività complesse da realizzare a livello di partenariato tra P.A. e Terzo settore. Il suo fondamento si trova nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno del privato nella funzione sociale<sup>46</sup>.

Le modalità concertate attraverso cui lo strumento della co-progettazione può essere sfruttato per realizzare gli interventi previsti, per esempio, nei PdZ sono l'integrazione dei soggetti *non profit* nel sistema integrato dei servizi sociali, la collaborazione, la messa in comune di risorse per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi.

È possibile individuare le condizioni affinché siano rispettate la correttezza e la legalità dell'azione amministrativa durante le procedure di co-progettazione<sup>47</sup>. Innanzitutto, le amministrazioni devono mantenere la titolarità delle scelte in capo a se stesse, predeterminando gli obiettivi degli interventi, definendo le aree di intervento, stabilendo la durata e le caratteristiche del progetto, attraverso la redazione di un programma di massima, solitamente incluso nell'avviso pubblicato prima di procedere alla co-progettazione. L'avviso deve includere anche i criteri che saranno utilizzati per individuare il progetto definitivo. La seconda fase del procedimento si sostanzia nell'individuazione del soggetto o dei soggetti *partner* dell'ente. La selezione deve valutare, a parere dell'ANAC, diversi aspetti, fra cui il possesso dei requisiti di ordine

---

<sup>46</sup> In questo senso si è pronunciata la delibera ANAC n. 32/2016, p. 10.

<sup>47</sup> Cfr. Delibera ANAC n. 32/2016. Il modello procedurale individuato dall'ANAC corrisponde a quello sperimentato in diverse realtà territoriali.

generale<sup>48</sup>, tecnici, professionali e sociali<sup>49</sup> e i costi del progetto. Durante la terza fase si verifica l'avvio dell'attività vera e propria di co-progettazione (in questa fase è possibile apportare variazioni al progetto). L'ultimo passaggio sarà la stipula della convenzione con il soggetto risultato vincitore, per la definizione dei reciproci rapporti.

La riforma del Terzo settore ha confermato il ruolo della co-progettazione, cioè una modalità a disposizione di enti locali e sanitari per la definizione e la realizzazione di specifici progetti e/o interventi. La finalità è, quindi, quella di attivare «sperimentazioni gestionali»<sup>50</sup>, soprattutto in caso di situazioni emergenziali che richiedono interventi di tipo innovativo.

In particolare, il Codice del Terzo settore ha disciplinato gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione, come anticipato, all'art. 55<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> L'Autorità, a questo riguardo, fa riferimento all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici. In particolare, i commi 3 e 4 prevedono che «3. La qualificazione ha ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti: a) capacità di programmazione e progettazione; b) capacità di affidamento; c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera. 4. I requisiti di cui al comma 3 sono individuati sulla base dei seguenti parametri: a) requisiti di base, quali: 1) strutture organizzative stabili deputate agli ambiti di cui al comma 3; 2) presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in rapporto alle attività di cui al comma 3; 3) sistema di formazione ed aggiornamento del personale; 4) numero di gare svolte nel quinquennio con indicazione di tipologia, importo e complessità, numero di varianti approvate, verifica sullo scostamento tra gli importi posti a base di gara e consuntivo delle spese sostenute, rispetto dei tempi di esecuzione delle procedure di affidamento, di aggiudicazione e di collaudo; 5) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori come stabilito dalla vigente normativa ovvero rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori, secondo gli indici di tempestività indicati dal decreto adottato in attuazione dell'articolo 33 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33; 5-bis) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che alimentano gli archivi detenuti o gestiti dall'Autorità, come individuati dalla stessa Autorità ai sensi dell'articolo 213, comma 9; 5-ter) per i lavori, adempimento a quanto previsto dagli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti, e dall'articolo 29, comma 3; b) requisiti premianti, quali: 1) valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità; 2) presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara, certificati da organismi accreditati per lo specifico scopo ai sensi del regolamento CE 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio; 3) disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara; 4) livello di soccombenza nel contenzioso; 5) applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento.

<sup>49</sup> Tra cui l'esperienza maturata.

<sup>50</sup> A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, op. cit., p. 191.

<sup>51</sup> Esso si collega all'art. 4, comma 1, lett. o), l. n. 106/2016, in cui si individua quale principio direttivo la promozione del «ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale [...]».

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

I commi 2 e 3 contengono le summenzionate definizioni di co-programmazione e co-progettazione.

Il comma 4 prevede che «[a]i fini di cui al comma 3 [cioè ai fini della co-progettazione], 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*».

Notiamo innanzitutto che l'articolo è rivolto a tutte le amministrazioni statali, e non soltanto, quindi, agli enti locali. Pertanto, vanno ricompresi anche istituti scolastici, camere di commercio, etc.

Una importante novità è l'ampliamento del campo di possibile utilizzo degli istituti di co-programmazione e co-progettazione oltre il tradizionale ambito degli interventi e servizi sociali. Infatti, il coinvolgimento del Terzo settore è ora esteso a tutte le attività di cui all'art. 5 CTS.

Per quanto riguarda le procedure di individuazione dei soggetti *partner* delle P.A., dal punto di vista della co-programmazione la disposizione si rivela carente, poiché, al contrario di quanto stabilito al comma 4 per la co-progettazione, non viene prescritto il ricorso a forme di accreditamento o di procedure concorsuali, limitandosi a richiedere il

rispetto dei principi della l. n. 241/1990 e delle discipline dei procedimenti specifici<sup>52</sup>. Probabilmente la mancanza di riferimenti alla procedura di co-programmazione è dovuta al fatto che lo strumento stesso è sempre stato pensato come snello, considerando anche che in questa fase ancora non sono presenti forme di selezione di soggetti per l'effettiva erogazione di servizi.

In riferimento alla co-progettazione, essa farebbe riferimento agli «specifici progetti di intervento» di cui parla il comma 3 ed è prevista come una attività logicamente consequenziale e attuativa di quanto previsto in sede di programmazione<sup>53</sup>.

In dottrina è emersa l'opinione secondo cui l'art. 55 CTS vada letto in combinato disposto con la delibera ANAC n. 32/2016, in particolare in riferimento alle precise regole ivi dettate in merito ai profili procedurali della co-progettazione<sup>54</sup>.

Innanzitutto, vi è da dire che l'area di riferimento dell'art. 55 sembra essere più ampia di quella identificata dalla nota delibera ANAC, non facendo più riferimento ai «progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse», ma semplicemente all'esigenza di soddisfare «bisogni definiti» con «progetti specifici».

In secondo luogo, si fa riferimento alla disciplina procedurale dell'attività di co-progettazione. Il comma 4, come anticipato, prevede una procedura specifica per individuare gli ETS *partner*. La previsione si giustifica in quanto l'ordinamento nazionale ed europeo hanno richiesto che si applicassero anche ai soggetti *non profit* i principi di trasparenza e *par condicio competitorum*<sup>55</sup>. I criteri indicati dalla disposizione confermano quelli già da tempo individuati, infatti, dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, ma rimangono comunque meno dettagliati delle regole previste dalla delibera ANAC, che, quindi, si deve ritenere ancora applicabile<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore, op. cit.*, p. 142, secondo cui le indicazioni della disposizione sono «assai generiche e non sufficienti allo scopo di garantire adeguata trasparenza».

Lo stesso rilievo è stato posto dal Consiglio di Stato nel parere del 31 maggio 2017, rilasciato sullo schema di codice. Per questo motivo era stato invano suggerito (cfr. E. Rossi, L. Gori, G. Sciumè, *Position paper* sulla riforma del Terzo settore, standing group della Scuola Superiore Sant'anna di Pisa e della Fondazione Profit Non Profit, giugno 2017), prima dell'approvazione definitiva del Codice, di estendere la sfera di applicabilità del comma 4 anche all'istituto della co-programmazione.

<sup>53</sup> Cfr. E. Frediani, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2017, p. 168.

<sup>54</sup> Cfr. E. Frediani, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, op. cit.*, p. 168.

<sup>55</sup> Questa disposizione ha creato un grande dibattito, che già era presente prima della riforma del Terzo settore, cioè quello relativo all'applicazione del Codice dei contratti pubblici alle forme di affidamento di servizi agli enti *non profit*. La tematica sarà ampiamente trattata nel par. 1.1 e ss. del capitolo III.

<sup>56</sup> Inoltre, in sede consultiva dello schema di codice, il Consiglio di Stato aveva richiesto una esplicitazione del percorso procedimentale delineato dal comma 4, in modo che, assumendo come punto di

Un ulteriore punto critico della disposizione di cui si sta trattando è il riferimento all'accREDITAMENTO<sup>57</sup>. In primo luogo, si fa notare che le «forme di accREDITAMENTO» sono indicate dal comma 4 come una delle possibilità ammesse per l'individuazione degli enti *partner* («anche mediante forme di accREDITAMENTO»)<sup>58</sup>; per cui, potrebbero esistere modalità diverse per raggiungere il medesimo scopo, ma non è dato rinvenirne traccia nel Codice. In ogni caso, sarebbe necessario applicare anche a queste eventuali altre forme, i principi di trasparenza, imparzialità, etc., indicati dalla disposizione.

Un secondo punto problematico riguarda il momento in cui si introduca il suddetto accREDITAMENTO e la sua efficacia. Per il primo profilo si deve ritenere che l'accREDITAMENTO si verifichi, all'interno della procedura individuata dall'ANAC, nella seconda fase, cioè quella di selezione dei soggetti candidati. Per il profilo degli effetti, secondo alcuna dottrina, il soggetto accREDITATO potrebbe erogare la prestazione oggetto della co-progettazione, senza il bisogno di concludere una convenzione<sup>59</sup>.

A quest'ultimo proposito, è necessario fare riferimento al collegamento tra l'art. 55 e l'art. 56 CTS, che disciplina le convenzioni con ODV e APS<sup>60</sup>. Nell'ottica del Codice del Terzo settore, infatti, la stipula della convenzione, come momento negoziale idealmente conclusivo della procedura di collaborazione, rappresenta, nello schema generale, il punto di arrivo di un percorso che si è sviluppato in contraddittorio tra P.A. e soggetti del Terzo settore, nel rispetto dei principi riguardanti la concorrenza, anche se bisogna dire che la convenzione non è momento necessario, ma solo eventuale, in quanto nessuna norma vieta che il percorso termini con l'accREDITAMENTO, o, come avviene, addirittura con l'autorizzazione.

---

partenza le disposizioni dell'art. 55, ciascuna amministrazione avrebbe adottato bandi che specificassero più approfonditamente le regole per selezionare gli enti *partner*. Tuttavia, questa soluzione non ha avuto seguito.

<sup>57</sup> Discussa è anche la riconduzione dell'istituto dell'accREDITAMENTO come inteso dall'art. 55 all'istituto dell'accREDITAMENTO quale modalità di inserimento nel sistema integrato dei servizi di cui si discorrerà nel paragrafo successivo. Il problema si pone poiché nel parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018, come meglio si vedrà nel par. 1.1 del capitolo III, non si distingue in modo chiaro fra i due strumenti. Il CdS, in particolare, fa notare che tale modalità di rapporto non rientra nella disciplina euro-unitaria, laddove ci si limiti alla mera individuazione di ETS da inserire nel sistema dei servizi sociali secondo il modello, di cui si dirà nel prossimo paragrafo, dell'accREDITAMENTO libero; infatti, in questo caso mancherebbe il carattere selettivo e la procedura non sarebbe la premessa per l'affidamento di un servizio. Al contrario, laddove il numero di enti accREDITABILI sia prestabilito, la procedura avrebbe carattere selettivo e quindi dovrebbe rispettare i principi dell'ordinamento europeo.

<sup>58</sup> Cfr. P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore, op. cit.*, pp. 143 e ss.

<sup>59</sup> In questo senso, F. Scalvini, *Co-programmazione, co-progettazione e accREDITAMENTO: profili e questioni applicative*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 274.

<sup>60</sup> L'argomento sarà trattato nel par. 1.7 di questo capitolo.

Il modello della convenzione è simile a quello accolto dal Codice dei contratti pubblici<sup>61</sup>, in cui l'art. 143, riferito agli appalti riservati per determinati servizi, fra cui quelli sociali, delinea un sistema speciale in cui la competizione è interna e circoscritta agli enti *non profit*.

### **1.3. Il modello reticolare: l'autorizzazione e l'accreditamento**

D'ora in avanti la trattazione si concentrerà sulle modalità di affidamento dei servizi alla persona.

La l. n. 328/2000 prevede, all'art. 5, comma 2, « Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'art. 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel Terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale».

L'erogazione dei servizi alla persona può avvenire attraverso strumenti diversi. L'ANAC, nella delibera n. 32/2016, ha proposto una disamina delle diverse modalità, distinguendo tra:

- a) autorizzazione e accreditamento (art. 11, l. n. 328/2000)
- b) convenzione con le organizzazioni di volontariato (art. 3, d.p.c.m. 30 marzo 2001)
- c) acquisto di servizi e prestazioni (art. 5, d.p.c.m. 30 marzo 2001)
- d) affidamento ai soggetti del Terzo settore (art. 6, d.p.c.m. 30 marzo 2001).

Una prima grande suddivisione, tra i modelli di erogazione dei servizi, è quella tra un sistema integrato di tipo reticolare ed uno di tipo sostitutivo<sup>62</sup>.

Per quanto riguarda il modello reticolare, esso vede soggetti pubblici e soggetti privati operare su un piano di parità sulla base del principio di concorrenzialità, mentre nel modello sostitutivo i soggetti privati, cui vengono affidati i servizi sociali, agiscono in luogo degli enti pubblici nell'erogazione degli stessi.

---

<sup>61</sup> Come più specificamente si vedrà nel par. 1.5 del presente capitolo.

<sup>62</sup> Cfr. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 202 e ss.; P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore, op. cit.*, pp. 136 e ss.; E. Frediani, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, in E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, Bologna, 2012, pp. 211 e ss.;

A questa classificazione corrisponde una differenza per quanto riguarda gli strumenti utilizzati.

Autorizzazione e accreditamento sono i due istituti che si sono nel tempo affermati nell'ambito del sistema integrato reticolare<sup>63</sup>. Attraverso questi due strumenti vengono individuati gli operatori del Terzo Settore che possono erogare un determinato servizio<sup>64</sup>, mentre la scelta, come anticipato, spetta all'utente finale. Quella che si instaura è quindi una forma di concorrenza nel mercato, in cui la scelta del beneficiario del servizio sarà dettata in base alla qualità del servizio offerto.

In dottrina si è parlato di sistema c.d. «delle 3A» (autorizzazione, accreditamento e accordo contrattuale)<sup>65</sup>, in cui il provvedimento autorizzatorio è atto propedeutico all'accREDITAMENTO dell'ente, che, a sua volta, è funzionale alla (eventuale) stipula del contratto per l'erogazione di prestazioni a carico del servizio pubblico.

Il sistema dell'autorizzazione è molto diffuso a livello regionale e comunale e per questo può essere considerato «il modello classico e tradizionale di organizzazione dei servizi alla persona»<sup>66</sup>. Attraverso tale sistema la P.A. abilita gli enti privati ad offrire dei servizi alla persona, sulla base di una verifica della sussistenza di determinati requisiti<sup>67</sup>,

---

<sup>63</sup> Anche se, in realtà, qualunque soggetto che operi nell'ambito del sistema integrato di interventi e servizi sociali, secondo l'art. 11, l. n. 328/2000 e l'art. 4, d.p.c.m. 30 marzo 2001, deve essere munito di autorizzazione e accreditamento. Pertanto, essi sono presupposti sia della partecipazione del sistema a rete, sia per la gestione in affidamento di servizi sociali.

Nonostante questo, sussiste una profonda diversità tra i due casi indicati, che attiene alla possibilità per gli utenti di scegliere il soggetto erogatore della prestazione di cui necessita. Infatti, nel primo caso egli può scegliere tra soggetto, pubblico o privato; nel secondo caso la scelta viene effettuata a monte dalla Pubblica Amministrazione.

Inoltre, anche il regime giuridico del rapporto tra P.A. ed ente erogatore sarà regolato in modo diverso, come sarà dimostrato nel corso del capitolo (cfr. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, op. cit., pp. 203-204).

<sup>64</sup> A questo proposito, settore sanitario e settore dell'assistenza presentano alcune differenze. In particolare, il settore assistenziale vede i criteri generali per autorizzazione e accreditamento disciplinati, in linea generale, nella l. n. 328/2000 (art. 9, comma 1, lett. c), definiti dalle Regioni (art. 8, comma 3, lett. f), mentre i Comuni hanno il compito di concedere autorizzazioni e accreditamenti (art. 11). I sistemi specifici variano, poi, da Regione a Regione.

Nel settore sanitario gli enti accreditati agiscono per conto del sistema sanitario nazionale (art. 8-bis, d.lgs. 229/1999); il sistema di accreditamento vigente è quello istituzionale (si sostanzia in una verifica, effettuata da un ente governativo o da un organismo delegato, del possesso da parte del richiedente dei requisiti strutturali prescritti).

<sup>65</sup> In argomento, si rinvia per tutti a F. Taroni, *Le 3A: autorizzazione, accreditamento e accordi*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013.

<sup>66</sup> Delibera ANAC, n. 32/2016, p. 11.

<sup>67</sup> «[I]l rilascio dell'autorizzazione deve essere subordinato al possesso di requisiti di onorabilità e di capacità professionale e tecnica adeguata e deve avvenire nel rispetto del principio di trasparenza, individuando preventivamente le procedure e i criteri di valutazione che saranno adottati per la selezione dei soggetti. Inoltre, deve essere assicurata l'osservanza di standard minimi prefissati relativi alle strutture residenziali e devono essere valutati gli aspetti organizzativi, gestionali e metodologici, le garanzie offerte

rilasciando titolo autorizzatorio. La finalità perseguita è, si potrebbe dire, «minimale»<sup>68</sup>: verificare la compatibilità tra attività svolta e interessi pubblici e privati coinvolti nel servizio stesso, evitando che i destinatari di esso possano subire conseguenze negative oppure che l'attività stessa non rispetti standard strutturali minimi.

Per quanto riguarda, in particolare, i servizi socio-assistenziali, oggetto di autorizzazione sono tutti i servizi e gli interventi, diversi dalle mere prestazioni economiche, disciplinati dalla l. n. 328/2000. Fra l'altro, la stessa legge prevede che non solo i soggetti privati, ma pure quelli pubblici, debbano dotarsi dell'autorizzazione prevista (tranne i Comuni stessi, cui spetta la funzione di autorizzazione). Secondo la dottrina, l'esercizio del potere di rilascio del provvedimento autorizzatorio non potrebbe avere carattere discrezionale<sup>69</sup>.

L'accreditamento si presenta, rispetto all'autorizzazione, come un provvedimento di abilitazione di secondo grado, in quanto per il suo rilascio sono richiesti requisiti qualitativi ulteriori<sup>70</sup>. La funzione rivestita dall'accreditamento non è più quella di accertare il possesso di determinati requisiti, bensì quella di instaurare, in un'ottica collaborativa, rapporti che si inseriscono sussidiariamente in una rete di servizi sociali.

---

agli utenti e, soprattutto con riferimento ai servizi socioeducativi, la qualità dei progetti educativi proposti. Inoltre, devono essere previste attività di verifica periodica dei fabbisogni e della qualità delle prestazioni» (delibera ANAC, n. 32/2016, p. 12).

<sup>68</sup> P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, op. cit., p. 136.

<sup>69</sup> Cfr. M. Renna, *Art. 11 (Autorizzazione e accreditamento)*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 303 e ss. Secondo l'autore, sul potere autorizzativo «si staglia [...] la libertà di erogazione dell'assistenza sociale garantita dall'art. 38, comma 5, della Costituzione». Si tratta quindi di un provvedimento vincolato di consenso, che viene rilasciato sulla base del mero accertamento dei requisiti prescritti per legge per quella determinata attività.

Fra l'altro, si ritiene che la Regione, fermo il rispetto di requisiti minimi essenziali definiti a livello nazionale e il controllo amministrativo successivo della loro sussistenza, possa introdurre per l'erogazione di servizi sociali un regime più libero di quello autorizzatorio, quale per esempio il modello della SCIA (art. 19, l. n. 241/1990), che lascia che i controlli siano svolti *ex post* dalla P.A.

<sup>70</sup> Cfr. Delibera ANAC, n. 32/2016, p. 13. La P.A. deve valutare, garantendo il rispetto della trasparenza, la sussistenza di requisiti di onorabilità e di capacità professionale e tecnica adeguata; la previsione di modalità di partecipazione degli utenti e dei loro familiari alla gestione e alla valutazione del servizio, nonché il rispetto dei diritti degli utenti riconosciuti da convenzioni internazionali, da disposizioni a tutela dei consumatori e dalle carte dei servizi.

Inoltre, devono essere previste valutazioni periodiche della qualità dei servizi offerti, del mantenimento dei requisiti e delle condizioni di accreditamento, prevedendo le cause di decadenza dell'accreditamento stesso (e l'eventuale risoluzione del contratto in corso).

Grazie all'accesso a tale sistema integrato, gli enti di Terzo settore possono ricevere sovvenzioni per lo svolgimento di attività di interesse generale<sup>71</sup>.

I sistemi di accreditamento sono stati previsti principalmente a livello regionale. Sulla base di queste normative è possibile distinguere tre modelli di accreditamento<sup>72</sup>: modello del governo pubblico, in cui la programmazione regionale o locale definisce un numero limitato di soggetti accreditabili; modello dell'accreditamento libero, in cui sono accreditate tutte le strutture richiedenti e in possesso dei requisiti (il contributo al sistema sarà definito da accordi contrattuali successivi, senza garanzia di accesso a sovvenzioni pubbliche); modello degli accordi contrattuali, in cui l'accreditamento è direttamente sostituito da contratti stipulati con i soggetti erogatori di servizi.

Lo strumento dell'accreditamento ha rivestito un ruolo fondamentale per dare forma ad un sistema integrato nella gestione dei servizi alla persona. Ha, infatti, reso possibile il carattere pluralistico dello stesso, creando una rete pubblico-privata in cui l'utente abbia una effettiva libertà di scelta sul soggetto a cui affidarsi.

L'istituto dell'accreditamento nel sistema dei servizi sociali, mutuato dall'esperienza dei servizi sanitari, è disciplinato dal comma 3 dell'art. 11, l. n. 328/2000, il quale dispone che i Comuni, in base alle determinazioni regionali, provvedono all'accreditamento dei servizi e delle strutture e corrispondono agli enti accreditati tariffe per le prestazioni erogate «nell'ambito della programmazione regionale e locale»<sup>73</sup>. Pertanto, il meccanismo che si viene a creare dà vita a un sistema «regolato», non solo perché richiede il possesso di requisiti specifici, ma anche perché presuppone l'inserimento nella programmazione regionale e locale<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Per esempio, è diffusa la pratica di distribuire voucher o assegni di cura da spendere presso i centri accreditati per acquistare servizi.

<sup>72</sup> Cfr. Delibera ANAC, n. 32/2016, p. 13.

<sup>73</sup> Ad accreditamento, come anche ad autorizzazione, sono sottoposti i servizi sociali e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale gestite da enti pubblici o dai soggetti di cui all'art. 1, comma 5, l. n. 328/2000 (art. 6, comma 2, lett. c).

Inoltre, anche se il comma 3 dell'art. 11 non contiene un rinvio al comma 1, secondo autorevole dottrina si deve ritenere che, come nell'ambito della sanità, solo i soggetti previamente autorizzati all'esercizio delle attività di assistenza possano richiedere di essere accreditati nel sistema integrato dei servizi (M. Renna, *Art. 11 (Autorizzazione e accreditamento)*, *op. cit.*, p. 318).

<sup>74</sup> Cfr. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, *op. cit.*, pp. 211 e ss.

Si ritiene che la disposizione lasci alle Regioni facoltà di scelta in merito al modello di accreditamento più adeguato, da una parte alla messa in atto di un sistema dei servizi concorrenziale, e dall'altra a contenere la spesa pubblica<sup>75</sup>.

Il sistema reticolare che si sta dipingendo non si conclude necessariamente, però, con l'istituto dell'accredimento. Come anticipato, si è parlato, infatti, di «meccanismo della tre A», in cui l'ultima componente è data dall'accordo contrattuale. Attraverso esso, Pubblica Amministrazione e soggetto accreditato (o soggetti accreditati) definiscono le forme di gestione del servizio, i profili economici e le modalità di controllo da parte della PA<sup>76</sup>.

In dottrina si è parlato, a proposito di questo meccanismo, anche di una dicotomia tra «momento dell'autorità» e «momento del consenso»<sup>77</sup>. L'accordo si pone come strumento del tutto peculiare, in quanto è caratterizzato dal fatto che accede ad un atto amministrativo, perfezionando il sistema integrato<sup>78</sup>.

L'accordo contrattuale è, in realtà, meramente eventuale e non sempre è stato previsto. Infatti, per esempio, anche la l. n. 328/2000 nulla dispone in merito. A questo proposito, sono state proposte tre ipotesi ricostruttive: secondo la prima ipotesi, l'atto di accreditamento sarebbe del tutto autosufficiente ai fini dell'inserimento dell'erogatore nel

---

<sup>75</sup> M. Renna, *Art. 11 (Autorizzazione e accreditamento)*, *op. cit.*, p. 319. Secondo il medesimo autore, inoltre, il comma 3, non occupandosi dei nessi tra l'atto provvedimento di accreditamento e la nascita del diritto alla corresponsione delle tariffe in capo agli enti accreditati, propone di volgere lo sguardo alla sanità e di prevedere figure contrattuali analoghe a quelle ivi previste (si v. l'art., 8-*quinquies*, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992) con cui regolare i vari aspetti dell'erogazione del servizio. In questo modo si potrebbe delineare un sistema integrato caratterizzato da un certo grado di discrezionalità, anche amministrativa o negoziale, in relazione all'inserimento nel servizio pubblico e alle tariffe remunerative. Fra l'altro, l'art. 5, comma 2, l. n. 328/2000, in riferimento all'affidamento dei servizi agli enti del Terzo settore accreditati, prevede la promozione di «forme di aggiudicazione o negoziali», che consentano ai medesimi di esprimere la propria progettualità. In attuazione del comma 3 del medesimo articolo, il d.p.c.m. 30 marzo 2001 ha adottato gli indirizzi per i suddetti affidamenti, esprimendo una preferenza per le procedure ristrette e negoziate.

<sup>76</sup> A causa della presenza di quest'ultimo contenuto, si è detto che l'accordo si potrebbe inquadrare fra gli strumenti di garanzia della trasparenza nella gestione del servizio (cfr. E. Frediani, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, *op. cit.*, p. 221).

<sup>77</sup> Cfr. F. Bassi, *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, (3) 1992, pp. 749 e ss.; ma, ancora prima, si può fare riferimento alla riflessione di M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 94 e ss.

Critico sul punto è invece C. E. Gallo, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, (3) 2003, pp. 253-254, secondo il quale, nell'ambito della costruzione del sistema integrato dei servizi sociali, vi sia una netta prevalenza del profilo autoritativo rispetto a quello convenzionale.

<sup>78</sup> Cfr. E. Frediani, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, *op. cit.*, p. 221.

sistema integrato di servizi<sup>79</sup>; secondo altri, come già anticipato, la mancata menzione dell'accordo nella l. n. 328/2000 è da intendere nel senso che la scelta finale in merito al modello di accreditamento da utilizzare è lasciata alle Regioni<sup>80</sup>; da ultimo, sarebbe possibile evincere la necessità di una definizione negoziata delle modalità di erogazione del servizio a partire dalla formulazione dell'art. 1, comma 5, l. 328/2000<sup>81</sup>.

#### **1.4. Il modello sostitutivo: l'affidamento**

Dopo avere descritto il modello reticolare, ci si concentrerà ora sul sistema di tipo sostitutivo. Come si è già detto, esso vede il soggetto privato agire in luogo del soggetto pubblico nell'erogazione dei servizi alla persona. Per quanto riguarda gli strumenti utilizzati per la creazione di tale sistema, sarà necessario concentrare l'attenzione sulle modalità procedurali, che stanno a tutela della imparzialità e della trasparenza nella scelta del soggetto affidatario.

Collegato al discorso sulle modalità procedurali, vi è anche quello sulla posizione dell'utente finale, il quale, come si è già anticipato, in questo caso risulta molto più compressa rispetto a come si presenta nel modello reticolare, in quanto la scelta in merito all'erogatore del servizio è già stata compiuta, a monte, dalla Pubblica Amministrazione. La concorrenza, quindi, si svolge per entrare nel mercato. Si rivelano, pertanto, ancora una volta fondamentali i sistemi attraverso cui tale scelta è operata. Il contenzioso è stato molto significativo, anche a livello di Unione Europea e, come vedremo, è ancora aperto.

I tre strumenti principali rientranti nel modello sostitutivo sono, secondo l'ordine con cui sono indicate nella delibera ANAC n. 32/2016, la convenzione con le organizzazioni di volontariato *ex* l. n. 266/1991 (prevista dall'art. 3, d.p.c.m. 30 marzo 2001, ma ora disciplinate anche dall'art. 56 del Codice del Terzo settore)<sup>82</sup>, l'acquisto di servizi e prestazioni (*ex* art. 5, d.p.c.m. 30 marzo 2001), e, infine, l'affidamento dei servizi ai soggetti del Terzo settore (*ex* art. 6, d.p.c.m. 30 marzo 2001). In questa sede ci si concentrerà su queste ultime due modalità di affidamento.

La disciplina dell'affidamento dell'erogazione di servizi sociali a soggetti del Terzo settore si può dedurre da una lettura «in combinato disposto» tra l. n. 328/2000 e d.p.c.m.

---

<sup>79</sup> Così, E. Jorio, *Il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in S. Gambino (a cura di), *Assistenza sociale e tutela della salute*, Philos, Roma, 2004, p. 150.

<sup>80</sup> In questo senso, M. Renna, *Art.11 (Autorizzazione e accreditamento)*, *op. cit.*, pp. 223 e ss.

<sup>81</sup> Così A. Albanese, *Diritto all'assistenza*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>82</sup> Lo strumento della convenzione sarà trattato nel par. 1.7 di questo capitolo.

30 marzo 2001<sup>83</sup>. Come abbiamo già detto, l'art. 5 della legge n. 328/2000 fa riferimento in modo generale a due forme attraverso cui affidare servizi sociali: forme di aggiudicazione e forme negoziali. La distinzione è stata ulteriormente chiarita dal decreto di attuazione, da cui si possono enucleare due tipi di forme di collaborazione tra enti locali e soggetti *non profit*: l'acquisto di servizi e prestazioni da parte dei Comuni rispetto agli enti del Terzo settore e l'affidamento, inteso in senso stretto, della gestione dei servizi alla persona.

#### **1.4.1. L'acquisto di servizi e prestazioni**

A proposito dell'acquisto di servizi e prestazioni dagli organismi *non profit*, l'art. 5, comma 1, d.p.c.m. 30 marzo 2001 dispone che «[i] comuni, al fine di realizzare il sistema integrato di interventi e servizi sociali garantendone i livelli essenziali, possono acquistare servizi e interventi organizzati dai soggetti del Terzo settore». Attraverso questo strumento, quindi, le P.A. possono continuare a esercitare direttamente la funzione di erogazione dei servizi sociali, senza delegarne la gestione, ma limitandosi ad acquisire all'esterno le prestazioni strumentali di cui ha bisogno.

Al fine di rispettare i principi di trasparenza, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, l'ANAC, nella citata delibera, richiede che i Comuni garantiscano la pubblicità del fabbisogno presunto per un determinato periodo di tempo, nonché le tariffe e le caratteristiche qualitative delle prestazioni richieste. Gli enti del Terzo settore, per poter essere selezionati per il servizio in questione devono essere autorizzati o accreditati (in base all'art. 11, l. n. 328/2000) e iscritti in elenco apposito, al fine di garantire il possesso dei requisiti soggettivi e dei requisiti di moralità.

Per quanto riguarda i criteri di selezione del soggetto *partner*, il d.p.c.m. prevede il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>84</sup> (*ex art. 4 d.p.c.m.*). L'ANAC

---

<sup>83</sup> Cfr. E. Frediani, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, *op. cit.*, p. 255.

<sup>84</sup> Tale valutazione, secondo le indicazioni dell'art. 4 del d.p.c.m., deve comprendere, in aggiunta agli elementi che l'amministrazione ritiene fondamentali per valutare l'offerta (quali esperienza pregressa, risorse disponibili, qualità della proposta progettuale, ecc.), l'analisi dei seguenti aspetti:

- 1) le modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori;
- 2) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro;
- 3) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità.

Inoltre, l'ANAC fa notare che «la norma in esame individua tra i criteri di valutazione dell'offerta anche il rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza e assistenza. Sul punto, si ritiene che, in analogia con quanto previsto dal Codice dei Contratti, tale criterio debba essere, invece, richiesto come requisito di partecipazione» (*Linee guida ANAC*, 20 gennaio 2016, p. 16).

ritiene che si debba sempre utilizzare tale ultimo criterio, poiché esso sarebbe in grado di garantire un livello adeguato di qualità delle prestazioni, assicurando una maggiore partecipazione del mondo *non profit* e prevenendo rischi di corruzione.

Il presupposto per ricorrere allo strumento dell'acquisto da enti del Terzo settore di servizi e prestazioni originariamente prodotti internamente all'amministrazione è la necessità di garantire i livelli essenziali dei servizi medesimi e la possibilità di ottenere conseguenti economie di gestione (ciò anche nel rispetto dell'art. 29, l. n. 448/2000)<sup>85</sup>.

#### **1.4.2. L'affidamento di servizi**

Passando a trattare lo strumento dell'affidamento, l'art. 6 del d.p.c.m. 30 marzo 2001 prevede che «1. Le regioni adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra comuni e soggetti del Terzo settore nell'affidamento dei servizi alla persona di cui alla legge n. 328 del 2000 tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione. 2. Nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione e di libera concorrenza tra i privati nel rapportarsi ad essa, sono da privilegiare le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate. In tale ambito le procedure ristrette permettono di valutare e valorizzare diversi elementi di qualità che il comune intende ottenere dal servizio appaltato».

A differenza del caso precedente, quindi, attraverso lo strumento dell'affidamento la gestione non è più in mano alla PA, ma viene delegata all'ente del Terzo settore. Si tratta quindi di un caso di vera e propria esternalizzazione.

Per quanto riguarda il momento fondamentale della selezione dei soggetti cui affidare i servizi, l'articolo richiede che siano privilegiate, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie sugli affidamenti dei servizi da parte della Pubblica Amministrazione, le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate<sup>86</sup> e, ancora una volta, il criterio

---

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato abbracciato anche dalla Direttiva 2014/24/UE (art. 67), come criterio di aggiudicazione nelle gare di appalto.

<sup>85</sup> È quanto è stato ribadito dalla Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Basilicata, nella deliberazione n. 57/2015/PAR del 30 luglio 2015.

<sup>86</sup> La delibera ANAC n. 32/2016 aggiunge che questa indicazione sembra introdurre una deroga alle regole in materia di selezione meno ampia rispetto a quella prevista dal d.lgs. n. 163/2006 (cioè il vecchio Codice dei contratti pubblici), che, per i servizi sociali, prevedeva unicamente il ricorso alla procedura negoziata *ex art. 27*. Per una disanima più attenta in tema di procedure selettive e appalti, in riferimento sia alla normativa comunitaria sia a quella nazionale, si veda il par. 1.5 del presente capitolo.

dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>87</sup>. Pertanto, per lo strumento in questione, si prevede una riserva in favore dei soggetti *non profit*, pur nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici per quanto riguarda le procedure di selezione dei *partner* delle PA<sup>88</sup>, per evitare effetti distorsivi della concorrenza<sup>89</sup>.

### 1.4.3. L'affidamento di servizi alle cooperative sociali

L'ANAC dedica un intero paragrafo della delibera n. 32/2016 ad una particolare forma di affidamento, cioè l'affidamento alle cooperative sociali disciplinate dalla l. n. 381/1991 (in particolare si occupa delle cooperative di tipo b). L'art. 5 della legge in parola<sup>90</sup> mostra

---

<sup>87</sup> Su questo punto, cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943; 22 aprile 2008, n. 1856; 8 ottobre 2007, n. 5217; 22 marzo 2007, n. 1369; TAR Lazio, Sez. III ter, 5 febbraio 2008, n. 951.

<sup>88</sup> Tale previsione conferma, quindi, il divieto di ricorrere all'affidamento fiduciario, presente anche nella direttiva 2014/24/UE.

<sup>89</sup> L'ANAC contestualizza il d.p.c.m., che pure rimane la normativa di riferimento per l'affidamento dei servizi socio-sanitari, nella cornice della normativa europea e nazionale dei contratti pubblici, poiché, in termini generali, essi vi vengono fatti rientrare almeno per quanto riguarda i principi fondamentali di economicità, efficacia, efficienza, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità (cfr. Santuari Alceste, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, op. cit., p. 195, nota n. 202).

La delibera fa riferimento alla disciplina degli appalti pubblici contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 (non più in vigore e sostituito dal d.lgs. n. 50/2016, di cui si parlerà nel par. 1.5). Secondo l'ANAC si devono applicare l'art. 27 del Codice secondo cui «l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto» (*Linee guida ANAC*, 20 gennaio 2016, p. 17). Per quanto non espressamente previsto dal Codice, troverebbe applicazione «l'articolo 2, commi 2, 3 e 4, secondo cui le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 e delle disposizioni del Codice Civile». Inoltre, «quando il valore dell'appalto è superiore alla soglia comunitaria è necessaria anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 del Codice dei Contratti» (*Linee guida ANAC*, 20 gennaio 2016, p. 17).

L'ANAC, inoltre, al fine di evitare effetti distorsivi della concorrenza, richiede che le stazioni appaltanti pongano una certa cautela nel considerare quale elemento discriminante per la partecipazione o per la selezione dei contraenti «lo svolgimento di servizi analoghi sul territorio di riferimento o l'aver già attivato e sperimentato forme di collaborazione con la medesima amministrazione o con altri soggetti pubblici o privati operanti sul territorio medesimo» (*Linee guida ANAC*, 20 gennaio 2016, pp. 17-18). La stessa raccomandazione è ora contenuta nel Codice dei contratti pubblici all'art. 143, commi 1 e 2.

<sup>90</sup> «1. Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza.

un *favor legis* per questa particolare categoria di impresa sociale, attraverso, in particolare, lo strumento della convenzione per la fornitura di beni e servizi (diversi da quelli socio-sanitari ed educativi), anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione<sup>91</sup>. Secondo l'art. 5, le convenzioni in parola sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione in grado di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione ed efficienza. È possibile ricorrere a tale strumento per gli affidamenti c.d. sotto soglia, mentre per quelli sopra soglia è necessario ricorrere a procedure ad evidenza pubblica<sup>92</sup>.

Essendo appunto un «modulo convenzionale»<sup>93</sup>, tale modalità di affidamento rappresenta una eccezione rispetto alle procedure ordinarie. Per questo motivo, l'Autorità raccomanda che le P.A. specifichino i motivi di convenienza del suo utilizzo. Inoltre, l'attività deve svolgersi in un arco di tempo ragionevole, per cui deve essere definita preventivamente la

---

2. Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9, comma 1. Gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea debbono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali di cui al comma 3, ovvero dare dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi.

3. Le regioni rendono noti annualmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, i requisiti e le condizioni richiesti per la stipula delle convenzioni ai sensi del comma 1, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali.

4. Per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto».

<sup>91</sup> Come già emerso nelle delibere precedenti dell'Autorità (cfr. determinazione n. 3/2012), i soggetti a cui si riferisce l'art. 5 sono le cooperative sociali di tipo b), le cooperative miste per le attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate ed i consorzi di cooperative sociali. Inoltre, la delibera subordina gli affidamenti attraverso questo regime di favore a quattro condizioni:

- a) l'importo stimato dell'affidamento al netto dell'Iva deve essere inferiore alla soglia comunitaria;
- b) l'affidamento deve avere ad oggetto la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi;
- c) l'affidamento deve essere finalizzato a creare opportunità di lavoro per i soggetti svantaggiati;
- d) questi ultimi devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere soci della cooperativa stessa (art. 4, comma 2, l. 381/1991)» (*Linee guida ANAC*, 20 gennaio 2016, p. 24).

<sup>92</sup> In questi casi, tuttavia, l'ordinamento europeo ammette che i bandi di gara e i capitolati d'onere possano prevedere fra le condizioni di esecuzione clausole che impongano di eseguire il contratto con impiego di persone svantaggiate o di adottare specifici programmi di recupero e reinserimento nel mondo del lavoro.

<sup>93</sup> *Linee guida ANAC*, 20 gennaio 2016, p. 28.

durata della convenzione, al fine di garantire il rispetto delle regole concorrenziali. In aggiunta, la delibera conferma il divieto di rinnovo tacito della convenzione<sup>94</sup>. Per quanto riguarda il criterio di valutazione, l'unico criterio ritenuto adeguato da parte dell'ANAC si riconferma essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

### **1.5. I contratti di appalto e concessione: dall'ordinamento europeo all'ordinamento nazionale**

A questo punto della trattazione pare doveroso soffermarsi sul rapporto di affidamento che si concretizzi in contratti di appalto e contratti di concessione. In particolare, ci si soffermerà sulla disciplina dei contratti pubblici nei servizi sociali, a partire dalla normativa di matrice europea (soprattutto le direttive del 2014), fino al d.lgs. n. 50/2016.

Innanzitutto, per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione Europea, è fondamentale la questione del significato della nozione di «operatore economico», cioè quel soggetto cui si applicano le norme in materia di procedure concorrenziali. La definizione, già in precedenza individuata dalla Corte di giustizia<sup>95</sup> e ora contenuta nelle direttive in materia di appalti e concessioni<sup>96</sup>, qualifica l'operatore economico come qualunque soggetto che offra sul mercato le proprie prestazioni (realizzazione di lavori, fornitura di prodotti, prestazione di servizi), indipendentemente dalla qualifica giuridica che lo caratterizza<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Allo stesso modo già l'art. 57, comma 7 del precedente Codice dei contratti pubblici vietava il rinnovo tacito del contratto, sancendone la conseguente nullità. Per quanto riguarda, invece, il rinnovo espresso, sia l'ANAC sia la giurisprudenza (cfr. per esempio, rispettivamente la deliberazione n. 183 del 13 giugno 2007 e Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580) lo hanno ammesso nel caso in cui la facoltà di rinnovo fosse prevista fin dagli atti di gara e sia esercitata in modo espresso e con motivazione.

<sup>95</sup> Cfr. per tutte, Corte di Giustizia UE, 1 luglio 2008, causa C-49/07.

<sup>96</sup> Considerando n. 14, artt. 2, par. 1 n. 10, art. 19, della direttiva n. 2014/24/UE; considerando n. 17 e artt. 2, par. 1, n. 6 e 37 della direttiva n. 2014/25/UE; art. 26 della direttiva n. 2014/23/UE. Essi hanno superato la nozione contenuta negli abrogati artt. 1, par. 8, direttiva 2004/18/CE e art. 1, par. 7, direttiva 2004/17/CE e, conseguentemente, dagli artt. 3, commi 19 e 22, e 34 del Codice del 2006.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici recepisce la seguente definizione di operatore economico (art. 3, comma 1, lett. p): «una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

<sup>97</sup> Compresa imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti.

Pertanto, laddove esercitino attività economica, gli enti del Terzo settore sono considerabili operatori economici e per questo sono legittimati a partecipare a gare pubbliche per gli appalti di servizi, anche in concorrenza con soggetti di altro tipo<sup>98</sup>.

La tematica dei contratti di appalto e di concessione a livello europeo è stata profondamente innovata<sup>99</sup> da parte delle Direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25<sup>100</sup>. La disciplina è stata poi recepita dal d.lgs. n. 50/2016<sup>101</sup>, che, in particolare, contiene l'allegato IX, dedicato ai servizi di cui agli artt. 140, 142, 143 e 144<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Cfr. M. Consito, *Accreditamento e Terzo settore*, Jovene, Napoli, 2009, p. 86. Per una trattazione più approfondita dell'argomento, si rimanda al capitolo III, par. 2.

<sup>99</sup> La disciplina precedente in materia di appalti pubblici nell'ordinamento UE era contenuta nelle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. I servizi sociali e sanitari (insieme ad altri elencati nell'allegato II B), in particolare, erano esclusi dalla piena applicazione di quest'ultima. Infatti, l'art. 20 prevedeva che l'affidamento di tali servizi fosse normato esclusivamente dagli artt. 23 (Specifiche tecniche) e 35, par. 4 (Avvisi sui risultati della procedura di aggiudicazione).

In attuazione di tali direttive, nel previgente Codice dei contratti pubblici gli appalti di servizi sociali erano parzialmente esclusi dal suo ambito applicativo. Ad essi si applicavano solo l'art. 68 (Specifiche tecniche), l'art. 65 (Avviso sui risultati delle procedure di affidamento) e l'art. 225 (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

<sup>100</sup> In dottrina si è fatto notare che la riforma ha portato «ad un grado di armonizzazione delle regole nazionali altrimenti irraggiungibile. In molti casi, anzi, il condizionamento europeo è tale che risulta difficile negare l'esistenza negli ordinamenti nazionali di un diritto europeizzato degli appalti pubblici, espressione di quel che appare come un più esteso diritto amministrativo europeo» (G.A. Benacchio, *Verso le direttive di quarta generazione*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012, p. 5).

Fra gli obiettivi delle Direttive, per quanto qui di interesse, spiccano quelli di semplificazione e flessibilizzazione delle procedure, di promozione di un utilizzo strategico delle Direttive stesse e di favore per la crescita e lo sviluppo delle piccole e medie imprese.

A proposito della flessibilizzazione, la Direttiva n. 24 amplia sia le tipologie di procedure negoziate sia i casi in cui le P.A. se ne possono avvalere. In particolare, sono previste tre strumenti differenti: la procedura competitiva con negoziazione (art. 29), il dialogo competitivo (art. 30) e il partenariato per l'innovazione (art. 31; si veda, a proposito, il par. 1.6).

La procedura competitiva con negoziazione, che sembra parzialmente sostituire la procedura negoziata con pubblicazione di bando prevista dall'art. 30 della Direttiva 2008/18/CE, ha come caratteristica principale la flessibilità e l'adattabilità alle specifiche esigenze della P.A.

Per quanto riguarda il dialogo competitivo, che nella nuova Direttiva viene ampliato potendo essere utilizzato non più solamente per gli appalti particolarmente complessi, la sua flessibilità permette di meglio definire gli strumenti presenti nel mercato più adeguati a soddisfare le esigenze specifiche del caso, portando a risultati di aggiudicazione migliori rispetto alle procedure non negoziate.

<sup>101</sup> Il recepimento delle nuove direttive avrebbe potuto rappresentare l'occasione per apportare una risistemazione organica nella legislazione nazionale, ma, come molti interpreti hanno lamentato «[l']occasione è stata persa. Il legislatore delegato si è limitato a riprodurre le (poche) disposizioni precettive della direttiva per i settori ordinari, senza abrogare, neppure parzialmente, le numerose leggi vigenti in materia di affidamento dei servizi sociali» (S. Picone, *Appalti nei servizi sociali*, in R. Garofoli, G. Ferrari *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Neldiritto, Roma, 2016, p. 809; negli stessi termini, cfr. anche L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urbanistica e Appalti*, (8-9) 2016, p. 1002).

<sup>102</sup> Secondo quanto disposto da tale allegato, i servizi sociali, ai quali si applicano le disposizioni degli artt. 140 e ss., sono i seguenti: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi amministrativi in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura; servizi di sicurezza sociale obbligatoria; servizi di

Per quanto riguarda gli appalti, la direttiva n. 24 si occupa dei servizi sociali<sup>103</sup> nel Capo I, Titolo III, prevedendo per l'aggiudicazione degli appalti di importo pari o superiore a 750.000 euro (soglia di rilevanza comunitaria) ad essi relativi un regime alleggerito<sup>104</sup>, che prescrive l'applicazione dei soli artt. 75 e 76 (rispettivamente, la pubblicazione degli avvisi e dei bandi e i principi per l'aggiudicazione degli appalti). L'art. 76, in particolare, dispone che nel disciplinare la materia a livello nazionale debbano essere rispettati i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle Pubbliche Amministrazioni aggiudicatrici. Esse sono libere di decidere quali procedure applicare all'aggiudicazione, ma deve essere assicurato che le disposizioni di recepimento consentano alle amministrazioni di tenere in considerazione le specificità dei servizi in questione e garantiscano «la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione»<sup>105</sup>. Inoltre, l'articolo riconosce agli Stati membri la facoltà di valutare l'offerta sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, considerando anche criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali.

L'art. 77, poi, riserva agli Stati membri e alle P.A. aggiudicatrici la facoltà di prevedere una riserva di partecipazione<sup>106</sup> in favore delle imprese non profit. I presupposti che rendano legittima una riserva di tal fatta sono i seguenti:

---

prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative; servizi religiosi; servizi alberghieri e di ristorazione; servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. d); altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche; servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività; servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. h); servizi investigativi e di sicurezza; servizi postali».

<sup>103</sup> I servizi sociali rientrano nell'elenco dell'allegato XIV, fra cui figurano i servizi sanitari, i servizi sociali e i servizi connessi, l'assistenza sanitaria e culturale, i servizi di sicurezza sociale obbligatoria, i servizi di prestazioni sociali e gli altri servizi pubblici, sociali e personali.

<sup>104</sup> Nella Relazione sull'analisi di impatto della regolazione relativa alla delibera ANAC n. 32/2016, a pag. 4, si legge che «[I]a ratio della previsione del regime alleggerito risiede nella constatazione della non significativa dimensione transfrontaliera di tali servizi che, generalmente, vengono prestati in ambiti territorialmente limitati in quanto connotati da particolari caratteristiche socio-culturali legate alla tradizione storica propria di ciascuna realtà».

<sup>105</sup> Art. 76, comma 2, Dir. 2014/24/UE.

<sup>106</sup> Tale riserva si aggiunge a quella prevista dall'art. 20 della stessa Direttiva, che conferma l'istituto della riserva dell'esecuzione dei contratti nell'ambito di programmi di lavori protetti. In particolare, l'articolo fa riferimento a laboratori protetti o ad operatori economici che abbiano come finalità principale l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o in situazioni di svantaggio.

- a) che l'obiettivo perseguito dall'ente sia una missione di servizio pubblico legata ai servizi sanitari, sociali e culturali indicati dal par. 1 dell'art. 77;
- b) che reinvesta i propri profitti nel conseguire le finalità dell'organizzazione stessa (o al massimo li distribuiscano sulla base di condizioni partecipative);
- c) che la struttura di gestione o di proprietà sia fondata sul principio di partecipazione dei dipendenti, degli utenti o dei soggetti interessati;
- d) che non sia stato affidato al medesimo ente un appalto per il medesimo servizio nel corso dell'ultimo triennio<sup>107</sup>.

In riferimento agli appalti sotto soglia, la direttiva lascia una certa autonomia agli Stati membri<sup>108</sup>. Nulla si dice in merito ai criteri di aggiudicazione.

L'art. 70 della Direttiva n. 24 prende in considerazione gli appalti ordinari con clausole sociali<sup>109</sup>. Esso prevede che le P.A. aggiudicatrici possano richiedere che l'appalto sia eseguito rispettando condizioni particolari. Tali ultime condizioni devono, però, essere inerenti all'oggetto dell'appalto stesso e indicate previamente nell'avviso o nei documenti di gara. Le clausole in parola possono riguardare considerazioni avente carattere economico, ambientale, sociale, oppure essere legate all'innovazione e all'occupazione<sup>110</sup>.

La Direttiva 2014/23/UE ha invece disciplinato i contratti di concessione. Le grandi novità introdotte dalla Direttiva n. 23 sono state, innanzitutto l'unificazione della disciplina relativa alle concessioni di lavori e alle concessioni di servizi. Inoltre, è stato precisato il significato di concessione, distinguendolo da quello di appalto: «[l]’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi,

---

Mentre, quindi, l'art. 20 fa riferimento a quelle che nel nostro ordinamento sono essenzialmente le cooperative di tipo b), l'art. 77 è sostanzialmente applicabile all'attività delle cooperative di tipo a).

<sup>107</sup> Si può notare che i requisiti indicati dalle lettere a) e c) coincidono con le caratteristiche delle imprese sociali italiane, mentre, secondo alcuni, desta perplessità la lettera d), in quanto solitamente i servizi socio-sanitari richiedono continuità ai fini di garantire affidabilità, piuttosto che una eccessiva turnazione.

<sup>108</sup> Le discipline nazionali, quindi, avrebbero potuto prevedere gare di tipo tradizionale aperte anche a soggetti *for profit*, procedure a concorrenza limitata, procedure riservate agli enti del Terzo settore, oppure avrebbero potuto optare per un unico modello (cfr. P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, *op. cit.*, pp. 203-204).

<sup>109</sup> Per clausola sociale si intende, «in generale, quelle norme di origine legislativa o pattizia che impongono al concorrente o all'esecutore di un appalto pubblico, l'adozione di certi comportamenti che vanno a incidere sulla sua struttura organizzativa o sulle modalità operative

<sup>110</sup> Quindi è sempre possibile, per qualsiasi appalto, fare in modo che «l'esigenza di socialità sia “internalizzata” nel capitolato e quindi nella fase esecutiva del rapporto» (P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, *op. cit.*, p. 209).

comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi» (art. 5., n. 1, lett. b).

Altro punto rilevante è che la Direttiva non ha indicato alcun criterio di aggiudicazione. Limitandosi a stabilire che i criteri individuati dalla P.A. debbano essere in stretto collegamento con l'oggetto del contratto stesso (cfr. art. 36, par. 1).

Quale elemento di flessibilità, poi, viene accordata alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di condurre negoziazioni con gli offerenti, a condizione che in corso di negoziazione non vengano modificati gli elementi del contratto (oggetto, criteri di aggiudicazione, requisiti minimi) (art. 37, par. 6).

In aggiunta, l'art. 3 della Direttiva conferma che la procedura di aggiudicazione si debba esperire rispettando i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità. Per tutto quello che riguarda la procedura, l'art. 30, par. 1 lascia libere le amministrazioni aggiudicatrici di decidere quale procedura selezionatrice utilizzare, ferme restando le condizioni minime di concorrenzialità prescritte dalla Direttiva stessa.

Un altro aspetto rilevante attiene all'art. 4 della Direttiva in parola, il quale fa salva la libertà, per gli Stati membri, di definire i servizi di interesse economico generale<sup>111</sup>.

In particolare, l'art. 19 ha preso in esame, per la prima volta, la concessione di servizi sociali (e di altri servizi specifici come quelli culturali). Come anticipato, la concessione di servizi sociali è un contratto attraverso cui si trasferisce, interamente o parzialmente, al prestatore del servizio il rischio legato alla remunerazione dell'attività (il soggetto erogatore assume, cioè, l'alea del pagamento delle tariffe da parte dell'utenza). In dottrina, per queste ragioni, si ipotizza che l'art. 19 faccia riferimento a servizi caratterizzati da una certa complessità, dimensione e durata, tendenzialmente erogati da cooperative sociali di tipo a) di dimensioni rilevanti, con mezzi e macchinari e patrimoni adeguati<sup>112</sup>.

Alle concessioni di servizi sociali si applicano esclusivamente gli obblighi previsti dagli artt. 31, par. 3, 32, 46 e 47<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Il quarto Considerando della Direttiva chiarisce che i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva stessa.

<sup>112</sup> Cfr. P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, op. cit., p. 210.

<sup>113</sup> Rispettivamente, avvisi di pre-informazione, avvisi di aggiudicazione e modifiche alle precedenti direttive 89/665/Cee e 92/13/Cee.

Secondo parte della dottrina questo non significa che le concessioni non debbano rispettare il «gioco della concorrenza lato sensu intesa», per cui nella predisposizione delle gare si dovrebbero seguire «le

L'art. 24 della Direttiva n. 23 prende in considerazione le concessioni riservate. Al pari di quanto visto per gli appalti finalizzati all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, anche in questo caso si prevede che gli Stati membri possano riservare la possibilità di partecipare alle gare di aggiudicazione delle concessioni a laboratori protetti e a operatori economici con finalità principale di integrazione sociale e professionale delle persone disabili o svantaggiate (per cui anche le cooperative sociali di tipo b) possono, in vista di questa disposizione, essere impiegate per l'erogazione di servizi pubblici a gestione complessa<sup>114</sup>).

Volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano, è subito da premettere che l'ANAC, nella più volte citata delibera n. 32/2016 ha evidenziato che «[l]e disposizioni di settore in materia di servizi sociali summenzionate [cioè quelle di cui si è trattato nei paragrafi precedenti], prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del Terzo settore in deroga all'applicazione del Codice dei Contratti [d'ora in avanti, Cod. Contr. Pubbl.], introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità», ma allo stesso tempo ha precisato che «[t]rattandosi di previsioni derogatorie, le stesse possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive».

Dato che, fin da subito, la dottrina maggioritaria si è espressa nel senso che il Cod. Contr. Pubbl. non abbia abrogato la preesistente normativa di settore<sup>115</sup>, ci si è posti il problema di coordinare la suddetta disciplina di settore con il nuovo Codice del Terzo

---

norme nazionali e regionali inerenti alle procedure comparative previste per i servizi alla persona» (P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore, op. cit.*, p. 210).

Il medesimo autore riflette sulla questione della normativa applicabile alle c.d. concessioni miste (riguardanti, per esempio, ristrutturazione e gestione di centri educativi, case di riposo, etc.). L'art. 20 della Direttiva n. 23 prevede che, in caso di rapporti misti, la normativa applicabile sia quella relativa alla prestazione prevalente. Per cui si ritiene che alle relative gare sia applicabile la disciplina della concessione di servizi sociali e non quella relativa alla concessione di costruzione e gestione. Inoltre, si ipotizza che per queste situazioni si potrebbero utilizzare strumenti atipici e innovativi, quali la progettazione, nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica (cfr. P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore, op. cit.*, p.211).

<sup>114</sup> Al contrario di quanto affermato in alcuni casi dal Consiglio di stato (cfr., fra gli altri, Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829).

<sup>115</sup> Cfr. S. Picone, *Appalti nei servizi sociali, op. cit.*, p. 801; C. Polidori, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, relazione al Convegno organizzato da IGI «I primi 300 giorni del Codice nella giurisprudenza», Roma, 14 febbraio 2017, p. 6.

settore<sup>116</sup>. Molto rilevante è, quindi, a questo punto, affrontare la tematica della traduzione delle previsioni delle Direttive europee in tema di affidamenti nel nostro ordinamento.

Gli articoli di riferimento sono l'art. 140 (Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali) e l'art. 142 (Pubblicazione degli avvisi e dei bandi) del d.lgs. n. 50/2016, che hanno introdotto nell'ordinamento nazionale il regime alleggerito<sup>117</sup>.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il Cod. Contr. Pubbl. distingue fra appalti di servizi sociali nei settori ordinari (artt. 142-143) e nei settori speciali (art. 140). In dottrina si sostiene che la dicitura "appalti" non sia totalmente calzante, in quanto sarebbe stato più adeguato parlare di "affidamenti di servizi sociali", poiché, nonostante nel Codice non si faccia riferimento alle concessioni di servizi sociali, bisogna ritenere applicabile la disciplina in esame anche a detti contratti<sup>118</sup>. A favore di tale interpretazione depongono i Considerando 36, 53 e 54 e l'art. 19 della Direttiva 2014/23/UE.

La differenza di disciplina si basa sugli importi degli affidamenti. In particolare, il Codice, in attuazione della Direttiva 2014/24/UE, distingue tra i seguenti appalti:

- a) servizi sociali sotto soglia (importo fino a 749.999 euro);
- b) servizi sociali sopra soglia, di valore pari o superiore a 750.000 euro, nei settori ordinari «con regime speciale di procedura»;
- c) servizi sociali sopra soglia, di valore pari o superiore a 1.000.000, euro nei settori speciali «con regime speciale di procedura».

Per quanto riguarda i contratti rientranti nella lett. a), e sempre che la gara non sia riservata a soggetti del Terzo settore<sup>119</sup>, le possibili modalità di affidamento sono la gara

---

<sup>116</sup> Allo stesso modo per cui oggi si pone la questione del coordinamento tra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, come si vedrà nel capitolo III, par. 1.

<sup>117</sup> Ispirato, in ogni caso, ai principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici (cfr. A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, (12) 2018, p. 25; L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urbanistica e Appalti*, (8-9) 2016, p. 1004).

<sup>118</sup> Cfr. A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., p. 25; L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, op. cit., p. 1003.

<sup>119</sup> Nel caso di affidamenti agli enti del Terzo settore (sotto soglia), secondo alcuni autori si applicherebbe la già visti disciplina contenuta nell'art. 5, l. n. 328/2000 (che comprende sia gare ad essi riservate, sia forme negoziate riservate) e nel d.p.c.m. 30 marzo 2011 (cfr. A. Fossati, *L'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del Terzo settore*, in E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 121 e ss.; A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., p. 26).

e la procedura negoziata, previa «consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti» (art. 36, comma 2, lett. *b*).

Nel caso di importi superiori alla soglia di rilevanza comunitaria, compreso anche il caso di gare riservate a enti del Terzo settore, la disciplina è quella comunitaria e quella recepita a livello nazionale (art. 35, comma 1, lett. *d*).

A questo proposito, il Codice dei contratti pubblici ha riservato un certo trattamento di favore per i soggetti del Terzo settore, disponendo, conformemente alla Direttiva n. 24, che gli enti non profit che posseggano i requisiti indicati dall'art. 143, comma 2<sup>120</sup>, possano partecipare a gare riservate (in questo caso la durata massima del contratto arriva fino a tre anni). Lo stesso trattamento di favore è previsto dall'art. 112 Cod. Contr. Pubbl. per le gare riservate alle cooperative sociali e ai loro consorzi<sup>121</sup>, che abbiano come scopo

---

<sup>120</sup> «a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1;

b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;

c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;

d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni».

I soggetti riconducibili a detta previsione non sono ulteriormente definiti. La dottrina lamenta che nemmeno il Codice del Terzo settore abbia portato un chiarimento su questo punto né sulla questione delle modalità di selezione dei soggetti del Terzo settore, né su quella del coordinamento con la disciplina delle gare riservate previste dal Cod. Contr. Pubbl. (cfr. A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazione di promozione sociale nel codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, op. cit., p. 195; D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, op. cit., p. 20; A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., p. 27). Per una riflessione più approfondita, si rimanda al capitolo III, par. 1.

<sup>121</sup> A proposito degli strumenti a disposizione delle P.A. per conseguire l'obiettivo dell'occupazione di persone svantaggiate, prima dell'art. 112 Cod. Contr. Pubbl. il riferimento andava all'art. 5 della l. n. 381/1991, in particolare comma 1 (affidamento, in deroga alla normativa sugli appalti, di forniture di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria a cooperative sociali per l'inserimento nel mondo del lavoro di persone svantaggiate) e comma 4 (per i contratti sopra soglia i bandi possono prevedere una condizione di esecuzione che obbliga l'affidatario ad assumere una quota di lavoratori svantaggiati) e all'art. 52 del precedente Codice dei contratti pubblici.

Innanzitutto, l'art. 112 si riferisce all'inserimento dei lavoratori elencati all'art. 4, l. n. 381/1991 (persone con disabilità, con problemi di salute mentale, di dipendenza, detenuti, minori a rischio di esclusione sociale), oltre alle persone con disabilità di cui all'art. 1, l. n. 68/1999. Per cui rispetto alla norma precedente sugli appalti riservati, che si riferiva solo ai lavoratori con disabilità (fra l'altro, nella sproporzionata misura del 51% e non del 30%), si dimostra più «coerente con l'assetto tipico delle imprese sociali italiane e comunque [in grado] di consentire un mix di condizioni di svantaggio che consente di bilanciare la produttività e le esigenze di inserimento lavorativo» (G. Marocchi, *Appalti riservati: le modifiche introdotte dal nuovo codice degli appalti*, in *Welforum.it*, 2017). Inoltre, a proposito delle categorie di svantaggiati, quelle più ampie di disoccupati di lungo periodo, disoccupati anziani, giovani in

principale «l'integrazione sociale professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità e da lavoratori svantaggiati».

Il Codice dei contratti pubblici, poi, detta la disciplina riguardante gli avvisi e i bandi. In particolare, gli artt. 140 e 142 prevedono che le P.A. che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto di servizi sociali debbano rendere nota la procedura attraverso un avviso di gara, un avviso periodico indicativo (pubblicato in modo continuativo, che indica che non ci sarà una successiva pubblicazione ed invita i soggetti interessati a manifestare per iscritto il proprio interesse) e un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, pubblicato anch'esso in maniera continuativa.

Per quanto riguarda le modalità di selezione del soggetto aggiudicatario, nulla si dice nel codice. Gli interpreti hanno dedotto da tale silenzio che, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, le P.A. affidanti possano utilizzare sistemi tradizionali di selezione, quali procedure aperte, procedure ristrette, procedure negoziate senza bando o dialogo competitivo<sup>122</sup>.

---

cerca di prima occupazione, rifugiati, etc., secondo l'ANAC non sono computabili ai fini del raggiungimento del 30% di lavoratori svantaggiati nei casi di appalti riservati (Delibera 1 marzo 2017, n. 207).

In secondo luogo, gli appalti riservati oggi possono essere utilizzati anche sopra la soglia di rilevanza comunitaria, a differenza di quanto previsto dall'art. 5, l. n. 381/1991, comma 1 che non può essere applicato sopra la soglia poiché la limitazione della partecipazione alle sole cooperative sociali è stato ritenuto una violazione del principio di libera concorrenza.

In terzo luogo, per quanto riguarda il tipo di affidamenti a cui si applica la normativa, l'art. 5 in parola, essendo norma eccezionale e derogatoria, secondo la giurisprudenza maggioritaria non può essere utilizzato al di fuori dell'ambito della «fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi». Invece gli appalti riservati, sia secondo il previgente art. 52, sia secondo l'attuale art. 112 non presentano limiti di tal fatta. Inoltre, la disciplina attuale può essere applicata anche ai contratti di concessione, mentre è dubbio che ciò si possa dire degli altri strumenti qui citati.

In quarto luogo, si riscontra una differenza nel novero di imprese che possono partecipare alle dette procedure. Infatti, l'art 112 prevede due possibili destinatari: da una parte, le cooperative sociali di tipo b) e le imprese sociali che abbiano ad oggetto l'inserimento di lavoratori svantaggiati, dall'altra qualsiasi impresa che inserisca, grazie alla commessa, almeno il 30% di lavoratori svantaggiati. L'art. 5, l. n. 381/1991, invece, si riferisce alle sole cooperative sociali.

Da ultimo, è necessario analizzare come si configura l'inserimento lavorativo. Secondo l'art. 112 Cod. Contr. Pubbl. è possibile configurarlo sia come riserva di partecipazione, sia come condizione di esecuzione. L'art. 5, comma 1, l. n. 381/1991 è sostanzialmente una riserva di partecipazione. Il comma 4, invece, rappresenta una mera condizione di esecuzione (e, in questo caso, la giurisprudenza prevalente ha sostenuto per un lungo periodo che non fosse possibile tenere conto nella valutazione delle offerte dell'adeguatezza del progetto di inserimento).

<sup>122</sup> Cfr. L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, op. cit., p. 1005.

Il criterio di aggiudicazione prescelto dal Codice è, secondo l'art. 95, comma 3, lett. a), esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponderata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo<sup>123</sup>.

Anticipiamo sin da ora un argomento che sarà più approfonditamente trattato nel prosieguo, in quanto collegato alla tematica degli appalti. Il già citato parere del Consiglio di Stato del 20 agosto 2018, n. 2052 ha sostenuto che le procedure previste dal Codice del Terzo settore di cui si è già parlato (cioè co-progettazione, accreditamento o partenariato) rientrano, in ottica europea, fra gli appalti di servizi sociali, per cui sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, integrato dal Codice del Terzo settore. Fanno eccezione i casi in cui le procedure non sono selettive, non sono tese all'affidamento di un servizio, o daranno vita a rapporti puramente gratuiti<sup>124</sup>. Un discorso simile vale anche, come si vedrà, per le convenzioni con le ODV e le APS<sup>125</sup>.

## 1.6. Le *partnership* pubblico-private

Volgendo nuovamente lo sguardo all'ordinamento dell'Unione Europea, è possibile riscontrare la sussistenza di una formula particolare di rapporto pubblico-privato, cioè la c.d. *public-private partnership* (d'ora in avanti, PPPs)<sup>126</sup>. In termini generali, essa

---

<sup>123</sup> Inoltre, l'offerta deve essere valutata sulla base dei parametri relativi a «la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti» (art. 142, comma 5 ter).

<sup>124</sup> Si rimanda al capitolo III, par. 1 per una trattazione completa della tematica.

<sup>125</sup> Cfr. capitolo II, par. 1.7 e capitolo III, par. 1.

<sup>126</sup> In dottrina si è segnalato, appunto, l'uso di una terminologia differente da parte dell'ordinamento europeo rispetto a quello nazionale per identificare il modello collaborativo tra pubblico e privato: «[p]iù che parlare di collaborazione l'Europa preferisce utilizzare la locuzione *partenariato*: espressione molto ampia, dietro la quale si celano differenti dinamiche di collaborazione in grado di collegare l'azione di istituzioni e soggetti distinti» (G. Piperata, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 9).

Il partenariato non costituisce, nella prospettiva europea, un vero e proprio istituto giuridico, quanto piuttosto una «nozione descrittiva» (M.P. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009, p. 5), che può includere «modelli di relazioni stabili tra soggetti pubblici e privati, in funzione del perseguimento di obiettivi sostanzialmente coincidenti, in un'ottica che privilegia il principio del buon andamento dell'amministrazione pubblica e l'efficienza dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui, per volontà del legislatore, o per reciproca convenienza dei partner, gli interessi pubblici e privati si intrecciano ai fini dello svolgimento in comune di un'attività di rilevanza pubblica» (F. Mastragostino, *Premessa*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, pp. XVII-XVIII).

rappresenta un fenomeno giuridico di collaborazione tra istituzioni pubbliche e soggetti privati che svolgono attività dirette al perseguimento di interessi pubblici<sup>127</sup>.

L'utilità di tale strumento si è riscontrata, soprattutto, nei casi di progetti con alto grado di complessità e maggiore difficoltà nell'implementazione rispetto agli schemi relazionali tradizionali. Le *partnership* pubblico-private sono caratterizzate, inoltre, dalla capacità di ridurre i costi, di utilizzare tecnologie innovative e sistemi moderni di *risk management*<sup>128</sup>.

Innanzitutto, la PPP, secondo una classificazione emersa a livello europeo, può essere di due tipi<sup>129</sup>: partenariato di tipo istituzionalizzato e partenariato di tipo contrattuale. Nel primo caso si instaura un rapporto particolarmente stretto tra soggetti pubblici e soggetti privati che cooperano all'interno di una entità giuridica distinta (per esempio, interagendo all'interno di una società mista sia nell'assemblea, sia negli organi amministrativi). I casi più tipici di PPP istituzionalizzati sono le società miste e le società *in house* (nel caso in cui ci sia una selezione del socio privato di minoranza). Per quanto riguarda il partenariato di tipo contrattuale, la relazione tra pubblico e privato si sostanzia solamente in legami convenzionali. Esempi di PPP contrattuali sono la concessione<sup>130</sup>, il project financing<sup>131</sup>, il contratto di disponibilità<sup>132</sup>.

---

Il partenariato, dunque, non costituisce solo un modello organizzativo, ma anche un modello di azione amministrativa (cfr. S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), (7) 2012, p. 3). In questo secondo senso si è detto che esso «immette nuovi sistemi di governance nell'amministrazione pubblica, [...] immaginati per coniugare gli strumenti d'imperio con quelli tipici del consenso» (M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, op. cit., p. 56)

<sup>127</sup> Per esempio, si può ricorrere ai partenariati per garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di infrastrutture o la fornitura di servizi (cfr. S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, op. cit., p. 1).

<sup>128</sup> Cfr. A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, op. cit., p. 153.

<sup>129</sup> Sul punto si è evidenziato che, nonostante la diversità tra le due figure, sussiste una «comune esigenza di individuare regole di scelta del *partner* privato compatibili con la piena operatività del principio di concorrenzialità» (S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, op. cit., p. 2).

<sup>130</sup> Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 379.

<sup>131</sup> La finanza di progetto è stata prevista dalla l. 18 novembre 1998, n. 415 ed è attualmente disciplinata dagli artt. 153 e ss. del Codice dei contratti pubblici. Si tratta di un'operazione di finanziamento a lungo termine che dà vita a una PPP di tipo contrattuale (per un ulteriore approfondimento, cfr. S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, op. cit., pp. 6 e ss.).

<sup>132</sup> Il contratto di disponibilità è stato inquadrato in questo ambito dall'art. 44, d.l. n. 1/2012 sulle liberalizzazioni. Esso è definito all'art. 3 Cod. Contr. Pubbl. come «il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa del destinatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore

A livello europeo, un primo riferimento allo strumento in parola si rinviene nel Libro Verde relativo ai *Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, emanato nel 2004 da parte della Commissione europea<sup>133</sup>, dove si sono evidenziate le caratteristiche principali del PPP, cioè una collaborazione di lunga durata per la realizzazione di un progetto<sup>134</sup>; il finanziamento del progetto da parte del soggetto privato; la partecipazione del privato a tutte le fasi del progetto (mentre il soggetto pubblico «si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi»<sup>135</sup>; il trasferimento del rischio del progetto in capo al soggetto privato<sup>136</sup>. Alla ripartizione dei rischi deve conseguire la ripartizione equa degli utili. Per questo, per la selezione del *partner*, si deve

---

dell'Amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'Amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti».

Secondo parte della dottrina dovrebbe rientrare nella categoria di PPPs contrattuali anche il leasing operativo, cioè la locazione in cui prevale l'attività inerente alla disponibilità e manutenzione dell'opera realizzata dal privato (cfr. S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità, op. cit.*, pp. 15 e ss.; nello stesso senso, cfr. Cartei Gian Franco, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 7), il *global service* e «l'affidamento a contraente generale, nella misura in cui il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto od in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi».

<sup>133</sup> COM 2004, 327 definitivo, Bruxelles, 30 aprile, 2004.

Sullo stesso tema, cfr. anche la Comunicazione della Commissione europea del 15 novembre 2005 su PPP e diritto degli appalti pubblici e delle concessioni (COM 2005, 569); la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 ottobre 2006 su partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in tema di appalti pubblici e concessioni; la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPPI (COM 2007, 6661); il Libro Verde del 2011 sulla modernizzazione della politica europea in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo sugli appalti (COM 2011, 15).

<sup>134</sup> Visto il requisito della lunga durata, la dottrina ha escluso dalla PPP l'ipotesi del contratto di appalto (cfr. S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, p. 4).

<sup>135</sup> Libro Verde del 2004, p. 3.

<sup>136</sup> Le sperimentazioni che prendono la forma di PPP sono favorite dall'ordinamento europeo, in quanto, a differenza degli appalti pubblici, implicano l'utilizzo di capitale privato per finanziare almeno parzialmente il progetto, sopportando anche il rischio ad esso legato (cfr. Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione sui PPP, COM (2005), 569 definitivo, Bruxelles, 15 novembre 2005).

In realtà, le PPPs non si sono rivelate adatte ad ogni situazione, date alcune criticità che le caratterizzano, quali l'aumento del costo del debito per i relativi progetti; il fatto che il sostegno finanziario sia disponibile solo alla fine del processo di *procurement*; l'alto livello di competenze specifiche richiesto dalle PPPs all'interno della P.A., non sempre disponibile. Per una analisi critica sull'uso di tale strumento, cfr. F. Etro, *Public-Private Partnership*, Dipartimento di Economia, Università Bicocca Milano, Working Paper Series, (120) 2007; oppure il volume *Building Better Partnership. The final Report of the Commission on Public Private Partnership*, IPPR, Londra, 2001).

ricorrere a processi di gara competitivi. Inoltre, dovrebbe essere garantita alle P.A. un certo grado di flessibilità nella scelta delle forme contrattuali e nella possibilità di utilizzare per l'affidamento il principio economico del c.d. *value for money* (rapporto qualità/prezzo)<sup>137</sup>. Il Libro Verde si occupa anche di esplicitare la differenza già vista fra PPPs istituzionalizzate e contrattuali.

Per quanto riguarda i partenariati istituzionalizzati (PPPIs), la Commissione li ha definiti una «operazione strategico-industriale», finalizzata ad acquisire importanti fattori produttivi (finanziari-strumentali e tecnologico-industriali) per migliorare l'erogazione di servizi pubblici. È possibile costituire una PPPI o costituendo una nuova società, il cui capitale sia detenuto dalla P.A. e dall'ente privato congiuntamente, cui venga affidato un appalto o una concessione (formula della società mista)<sup>138</sup>, oppure facendo entrare il socio

---

<sup>137</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, Bruxelles, 19 novembre 2009, COM (2009), 615 definitivo.

<sup>138</sup> Il fondamento normativo della società mista nell'ordinamento nazionale si trova all'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. in l. 20 novembre 2009, n. 166, il quale prevedeva che il socio operativo, scelto con procedura ad evidenza pubblica, possedesse una partecipazione alla società non inferiore al 40%. Successivamente, essa è stata oggetto dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, che ha confermato la necessità della gara a doppio oggetto. Infine, l'istituto è stato compiutamente disciplinato dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 175/2016 (TUSP).

In particolare, la disciplina attuale dell'affidamento alle società miste è rinvenibile nell'art. 4, comma 2, lett. c) TUSP, che si occupa della costituzione di società miste per la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica o di un servizio d'interesse generale per mezzo di un contratto di partenariato *ex art.* 180 Cod. Contr. Pubbl. (cfr. più oltre nel paragrafo), concluso con un operatore economico selezionato attraverso le modalità previste dall'art. 17, comma 1 e 2 TUSP. Il comma 1 dell'articolo prevede, oltre alla necessità della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato (come previsto anche dall'art. 5, comma 9 Cod. Contr. Pubbl.), che la quota partecipativa del privato non possa essere inferiore al 30%. È riconfermata la necessità della gara a doppio oggetto (già richiesta da tempo dalla giurisprudenza europea e interna: cfr., fra le altre, Corte di Giustizia UE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/2008, Acoset; Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2015). Ciò significa che la procedura deve individuare contestualmente il socio privato e il servizio da erogare. In tal modo, si eviterebbe di ricorrere all'affidamento diretto del servizio, dando vita ad un modello organizzativo in cui la P.A. controlli, con gara, l'affidamento al socio industriale e operativo (in questo senso, cfr. Consiglio di Stato, parere sez. II, 18 aprile 2007, n. 456 e Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2016, n. 4225). Inoltre, la procedura deve prevedere in modo chiaro e inequivocabile la durata del partenariato e le prestazioni richieste al privato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555; sez. V, 30 settembre 2010; sez. V, 15 marzo 2016, n. 1028).

Il comma 6 dell'art. 17, poi, prevede che alle società miste «che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite» non vengano applicate le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, ove ricorrano le seguenti condizioni:

- a) che il socio privato sia stato selezionato attraverso procedure di evidenza pubblica;
- b) che il socio privato abbia i requisiti di qualificazione previsti dal Codice dei contratti pubblici in relazione al servizio per cui la società è stata costituita;
- c) che la società realizzi direttamente l'opera o il servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

privato in una società pubblica preesistente e titolare di un appalto/concessione in affidamento (formula dell'*in house providing*<sup>139</sup>). In entrambi i casi dovranno essere rispettati i principi comunitari di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Anche le già citate Direttive del 2014 si sono occupate di disciplinare le PPPs. Il primo richiamo si rintraccia nell'art. 31 della Direttiva 2014/24/UE in merito al partenariato per l'innovazione<sup>140</sup>. Tale strumento è atto a ricercare soluzioni irreperibili sul mercato; infatti, le P.A. grazie ad esso danno vita a progetti innovativi, acquistandone, poi, le forniture, i servizi o i lavori derivanti. La procedura prevista per l'utilizzo dello strumento in parola prevede che la P.A. pubblichi un bando in cui vengano identificati l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi irreperibili sul mercato e in cui siano indicati i requisiti minimi da rispettare. A tale bando può rispondere qualsiasi operatore economico con richiesta di partecipazione<sup>141</sup>. Al termine della fase di ricezione delle domande di

---

Da ultimo, rileviamo che anche il d.lgs. n. 112/2017, che disciplina le imprese sociali, opera un richiamo alle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016 (art. 1, comma 6); infatti le imprese sociali (potendosi presentare sotto forma di società a responsabilità limitata, per azioni o consortili) possono rappresentare una modalità di costituzione di società miste tra enti pubblici e organizzazioni private (*for profit* o *non profit*).

La società mista è stata classificata quale modello di partenariato pubblico-privato, fra gli altri, anche da Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2005, n. 3627 e da Corte dei Conti, Sezione Autonomie, deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG.

<sup>139</sup> Disciplinate all'art. 16 TUSP, le società *in house*, chiamate così in quanto «così intimamente legate sul piano organizzativo e operativo a una pubblica amministrazione da poter essere equiparate [...] a un ufficio interno (*in-house*, appunto) della medesima» (cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 359). Quello di «*in house providing*» è un concetto elaborato dalla giurisprudenza europea (prima fra tutte, con Corte di Giustizia UE, 18 novembre 1995, causa C-107/98, Teckal) in riferimento all'applicazione dei principi in materia di affidamento di contratti pubblici. In particolare, secondo la giurisprudenza europea, a dette società possono essere destinati affidamenti diretti, derogatori della disciplina a tutela della concorrenza, a condizione che sussistano due requisiti. In base al primo, cioè quello del c.d. «controllo analogo», la partecipazione della P.A. deve essere totalitaria; per il secondo requisito, invece, lo statuto oppure i patti parasociali devono garantire alla amministrazione stessa un potere di influenza diretta sulle decisioni societarie e sul controllo dell'attività.

<sup>140</sup> Per innovazione si intende «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» (art. 2, par. 1, n. 22, Dir. n. 24)

<sup>141</sup> Secondo l'art. 65 della medesima Direttiva, la P.A. deve garantire la parità di trattamento tra offerenti, evitando di dare informazioni in modo discriminatorio in modo da avvantaggiare dei concorrenti e senza dare informazioni riservate fornite da un concorrente in mancanza del suo consenso.

Il Considerando 49 della medesima Direttiva ricorda che «[I]e amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero [...] ricorrere ai partenariati per l'innovazione in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza».

partecipazione e della valutazione delle stesse, l'amministrazione invita gli operatori a partecipare (la selezione può avvenire anche sulla base delle qualifiche specifiche)<sup>142</sup>. Il partenariato può essere instaurato con uno o più soggetti, i quali, separatamente, condurranno le proprie attività nelle fasi di ideazione, implementazione e commercializzazione, nel rispetto di obiettivi intermedi fissati e con pagamenti rateizzati per le proprie prestazioni<sup>143</sup>.

Per quanto ci riguarda più da vicino, le P.A. possono sfruttare lo strumento della PPP per l'innovazione al fine di individuare *partner non profit* con cui creare nuovi servizi o lavori nel campo dei servizi socio-sanitari, che, successivamente alla fase creativa e sperimentale, saranno acquistati dalla P.A. stessa.

Il secondo richiamo al partenariato, questa volta di tipo contrattuale, si riscontra nell'art. 37, comma 6, Direttiva 2014/23/UE, ove si prevede che «[l]'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti». Tale disposizione definisce lo spazio di libertà in capo alle P.A. per definire caso per caso le procedure più adeguate a dialogare con i privati al fine di realizzare finalità di pubblico interesse. Allo stesso modo, l'art. 49, Direttiva 2014/25/UE dispone che la P.A. aggiudicatrice debba garantire che il modello del partenariato, la durata e le sue fasi siano compatibili con il livello di innovazione del progetto proposto.

Per quanto riguarda l'ordinamento interno, il d.lgs. n. 50/2016 ha modificato la disciplina del partenariato pubblico-privato, prevedendo una Parte intera (Parte IV) ad esso dedicata. In particolare, il Titolo I di questa parte del Codice è denominato *Partenariato pubblico privato*.

L'art. 3, comma 1, lett. *eee*) del Codice definisce tale contratto come «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento

---

<sup>142</sup> L'art. 31 individua un unico criterio di aggiudicazione quello del miglior rapporto qualità/prezzo (cfr. S. Pellizzari, *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *Impresa Sociale*, (3) 2014, p. 42).

<sup>143</sup> Le fasi previste permettono alla P.A. un controllo *in progress* delle proposte avanzate, con la possibilità di proporre miglioramenti nel contenuto delle offerte, di risolvere il rapporto o di ridurre il numero degli offerenti.

economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore».

In particolare, poi, la disciplina del partenariato di tipo contrattuale, che ha per oggetto la realizzazione e gestione di un'opera o la fornitura di un servizio collegato all'utilizzo dell'opera, è contenuta nell'art. 180 Cod. Contr. Pubbl. Anche nel Codice tale contratto si caratterizza per l'assunzione di ogni rischio economico da parte del *partner* privato<sup>144</sup>.

In questa sede un cenno è dovuto anche alla nozione di contratto di servizio. Esso si occupa di regolare il rapporto tra la società affidataria di un determinato servizio e la P.A. affidante<sup>145</sup>. Tale contratto rientra nel novero dei contratti ad evidenza pubblica. Questo strumento ha assunto grande rilevanza negli ultimi decenni nell'ambito delle modalità di regolazione dei rapporti tra enti locali e gestori dei servizi, rappresentando uno strumento flessibile ed efficace<sup>146</sup>. La sua funzione principale, quindi, è quella di monitoraggio, vigilanza e verifica dei risultati da parte delle P.A., in particolare delle società partecipate/controllate dagli enti locali stessi<sup>147</sup>. Si ritiene possibile che un contratto di servizio sia stipulato anche tra P.A. e soggetti *non profit* affidatari di servizi, ove siano specificate le finalità perseguite con l'attività in questione, i diritti e gli obblighi delle

---

<sup>144</sup> Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 379.

<sup>145</sup> A differenza della Carta dei servizi, la quale ha la funzione di tutela della qualità, dell'efficienza e dell'efficacia del servizio, soprattutto nei confronti degli utenti.

<sup>146</sup> È teso in particolare ad individuare i seguenti elementi (Ministero Affari Regionali *et alia*, *Linee guida sui contratti di servizio*, aprile 2013, Programma operativo "Governance e Azioni di sistema" FSE 2007-2013 Obiettivo I – Convergenza – Asse E "Capacità istituzionale"):

- a) durata del contratto di servizio ed adeguate garanzie di continuità del servizio;
- b) programma di esercizio contenente la specifica dei livelli qualitativi-quantitativi del servizio;
- c) programma degli investimenti;
- d) disciplina dei beni e risorse strumentali all'erogazione del servizio;
- e) clausole concorrenziali ai fini dei diritti di accesso e del subentro;
- f) standard qualitativi generali e specifici del servizio e obiettivi di miglioramento;
- g) obblighi informativi ed adeguate forme di garanzia nei confronti degli utenti in raccordo con le carte della qualità dei servizi (procedure di reclamo, conciliazione e risoluzione delle controversie e indennizzi automatici agli utenti);
- h) corrispettivi e meccanismi incentivanti dell'efficienza;
- i) criteri per la definizione delle tariffe all'utenza incluse quelle agevolate e per il loro periodico aggiornamento;
- j) premialità e sanzioni riferite agli obiettivi di qualità, efficienza, economicità e investimento;
- k) controllo e monitoraggio del contratto di servizio, rendicontazione;
- l) parere di congruità e obbligo di separazione contabile;
- m) penali e sanzioni contrattuali e risoluzione anticipata del contratto;
- n) condizioni di indennizzo dell'affidatario uscente e valore di subentro;
- o) modalità di soluzione delle controversie tra gestore ed ente affidante;
- p) modalità di modifica del contratto di servizio

<sup>147</sup> Cfr. art. 113, comma 11 del d.lgs. n. 267/2000, che, disciplinando le società *in house*, stabilisce che lo strumento di regolazione dei rapporti tra ente locale e società di gestione del servizio sia il contratto di servizio.

parti. In questo caso il contratto di servizio, secondo alcuni, viene a configurarsi come una figura ibrida che presenta alcuni tratti caratteristici della concessione di pubblico servizio e alcuni tratti del contratto di diritto privato<sup>148</sup>.

### **1.7. Le convenzioni con le Organizzazioni di volontariato e le Associazioni di promozione sociale**

Le convenzioni sono state storicamente lo strumento più utilizzato per regolare i rapporti tra P.A. e soggetti *non profit*, almeno fino alla l. n. 328/2000. Già con la l. 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale* (artt. 44 e 45, comma 5) si era prevista la possibilità che le USL stipulassero convenzioni con associazioni di volontariato o altri enti privati per lo svolgimento di servizi in campo sanitario<sup>149</sup>.

La convenzione è un atto negoziale, avente forma scritta, a titolo oneroso, e «concordato tra Pubblica Amministrazione e una controparte (pubblica o privata) contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni assunti mediante la comune sottoscrizione»<sup>150</sup>.

Per quanto riguarda la natura giuridica della convenzione, in dottrina sono state proposte diverse tesi. Secondo la dottrina prevalente, essa sarebbe riconducibile allo schema privatistico del contratto<sup>151</sup>. Anche in giurisprudenza si è fatto riferimento alla teoria del contratto di diritto pubblico<sup>152</sup>. Secondo altri, invece, la figura della convenzione rientrerebbe tra gli atti amministrativi aventi natura autoritativa<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr. C. Bottari, *Dai servizi sanitari ai servizi socioassistenziali*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 8 e ss. In particolare, gli elementi giuspubblicistici sono rinvenibili nei poteri di vigilanza e monitoraggio dell'ente locale o dell'ASL. Questi possono arrivare a comprendere finanche la revoca dell'affidamento del servizio (cfr. A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, op. cit., pp. 290-291).

<sup>149</sup> Solo con il d.lgs. n. 502/1992 tale strumento è stato sostituito dal sistema dell'accreditamento.

Per un approfondimento, cfr. R. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1990.

<sup>150</sup> G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1989, p. 1.

<sup>151</sup> Ma cfr. A. Galdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., p. 8, secondo cui «[l]a convenzione si caratterizza per essere contrassegnata dalla non patrimonialità dell'oggetto della prestazione, che la differenzia dal contratto concluso tra Pubblica Amministrazione e privato».

<sup>152</sup> Cfr. Cass. Civ., S.U., 21 febbraio 1987, n. 1872, ove si sostiene che le convenzioni con soggetti privati in materia sanitaria hanno natura di contratti di diritto pubblico. I rapporti che si vengono in questo modo a creare rientrerebbero tra le concessioni amministrative di pubblico servizio.

<sup>153</sup> Cfr. G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli Torino, 2001, pp. 76 ss.

Riprendendo la distinzione a suo tempo introdotta<sup>154</sup> fra sostegno, collaborazione e affidamento, è stato ipotizzato che il rapporto a cui la convenzione dà vita non rientri nel settore dell'affidamento, ma sia, piuttosto, ascrivibile all'ambito del sostegno e della collaborazione<sup>155</sup>.

Le riserve in favore delle ODV per l'erogazione di servizi alla persona<sup>156</sup>, che qui di seguito verranno analizzate, sono previste in considerazione delle finalità sociali che si intendono perseguire con l'affidamento del servizio, quali, per esempio, la garanzia di una accessibilità diffusa allo specifico servizio, la solidarietà sociale, l'equilibrio economico e il mantenimento dei livelli essenziali<sup>157</sup>.

Una disciplina compiuta sulla stipula delle convenzioni è stata approntata dal legislatore solo con la legge quadro sul volontariato (l. n. 266/1991)<sup>158</sup>. L'iscrizione ai

---

<sup>154</sup> Cfr. capitolo II, par. 1.1.

<sup>155</sup> Cfr. P. Michiara, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, op. cit., p. 200. L'autore, inoltre, riconduce l'istituto della convenzione agli istituti consensuali e pubblicistici, quali gli accordi di cui alla l. n. 241/1990.

<sup>156</sup> In passato, in considerazione della elasticità dei sistemi di stipula delle convenzioni, si riteneva che non fosse necessario ricorrere alle procedure di evidenza pubblica (in questo senso, cfr. A. Cacace, *Associazioni no profit e concessioni di pubblici servizi. Note critiche ad una sentenza della Corte di giustizia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, (3-4) 1998, p. 688).

<sup>157</sup> In questo senso, cfr. Corte di Giustizia UE, sez. II, 19 aprile 2007, causa C-444/2005, Stamatelaki; sez. V, 11 dicembre 2014, causa C.113/2013, Spezzino.

<sup>158</sup> In particolare, all'art. 7 si stabiliva che «[l]o Stato, le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato, purché risultino iscritte nei registri da almeno sei mesi e purché dimostrino attitudine e capacità operativa». L'ANAC, nella delibera n. 32/2016, si premura di esplicitare che lo strumento della convenzione, derogando alle regole dell'evidenza pubblica, può essere utilizzato solo «allorquando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza».

L'Autorità ha individuato, inoltre, gli elementi che devono figurare quale contenuto necessario della convenzione. Essi sono la descrizione delle obbligazioni assunte dalle parti; le disposizioni volte a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie ad assicurare la continuità del servizio e il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti; la durata che deve essere preventivamente individuata in dipendenza della tipologia di servizio da erogare ed in modo da garantire la libertà di accesso; le forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità; le modalità di rimborso delle spese; le disposizioni che prevedono la copertura assicurativa contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso i terzi dei volontari.

Le organizzazioni stipulanti, oltre al requisito dell'iscrizione al registro, devono dimostrare di possedere attitudine, capacità cooperative e capacità tecniche e professionali, nonché i requisiti soggettivi di cui all'art. 3 della legge quadro, oltre ai requisiti di moralità professionale.

Le procedure di selezione delle ODV devono rispettare i principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza; inoltre, devono essere previamente individuati i criteri di scelta.

L'oggetto della convenzione deve rientrare fra le attività del sistema integrato di interventi e servizi sociali e deve essere compatibile con la finalità dell'ente. L'attività deve avere una finalità di solidarietà sociale, di autoaiuto e reciprocità, oppure essere una modalità di collaborazione nell'attuazione di servizi rientranti in una organizzazione complessa.

L'attività prestata dai volontari deve essere a titolo gratuito; i rimborsi possono riguardare solo i costi fatturati e rendicontati. Il rimborso dei costi indiretti è possibile solo limitatamente alla quota imputabile direttamente all'attività oggetto di affidamento (cfr. Cons. St., 16 aprile 2015, n. 3208; TAR Piemonte, 26 giugno 2015, n. 1082).

registri delle ODV<sup>159</sup> era condizione necessaria per poter accedere al convenzionamento, ma il diritto all'ingresso nel sistema di erogazione al servizio dipendeva poi dalla valutazione discrezionale delle P.A., le quali dovevano, però, rispettare i criteri di priorità e i requisiti indicati dalla normativa regionale<sup>160</sup>.

In seguito, il d.p.c.m. 30 marzo 2001, ha confermato l'accento sul ruolo delle organizzazioni di volontariato, le quali, secondo l'art. 3, oltre che promuovere e gestire in forma autonoma servizi e prestazioni, possono dare vita a collaborazioni con le istituzioni pubbliche e private, nell'ambito di servizi complessi, per l'affidamento di ruoli conformi alla loro struttura e attività. In questo senso, l'articolo riconferma la convenzione *ex l. n. 266/1991* quale strumento di regolazione dei rapporti tra ODV ed enti pubblici.

Il Codice del Terzo settore ha confermato lo strumento della convenzione. All'art. 56, comma 1, si prevede che le P.A. di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 possono sottoscrivere convenzioni con le ODV e le APS<sup>161</sup>, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, per lo svolgimento in favore di terzi di servizi sociali o attività di interesse generale, a condizione che tale opzione sia più favorevole rispetto al ricorso al mercato<sup>162</sup>.

Si ribadisce, inoltre, che la selezione degli enti con cui stipulare la convenzione deve avvenire nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, attraverso procedure riservate a ODV e APS e con la previsione di dei requisiti che tali soggetti devono possedere. Le convenzioni in oggetto, pertanto, secondo il dettato del decreto, non sono assoggettate alle regole del Codice dei contratti

---

<sup>159</sup> L'art. 6 della l. n. 266/1991 prevedeva che «[I]e Regioni e le province autonome disciplinano l'istituzione e la tenuta dei registri generali delle organizzazioni di volontariato. Le Regioni e le province autonome determinano i criteri per la revisione periodica dei registri, al fine di verificare il permanere dei requisiti e l'effettivo svolgimento dell'attività di volontariato da parte delle organizzazioni iscritte. Le Regioni e le province autonome dispongono la cancellazione dal registro con provvedimento motivato. Le organizzazioni iscritte nei registri sono tenute alla conservazione della documentazione relativa alle entrate, con l'indicazione nominativa dei soggetti eroganti».

<sup>160</sup> Su questo punto, cfr. F. Pellizzer, G. Santi, *La convenzione con gli enti no profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in F. Carinci (a cura di), *Enti no profit e volontariato*, IPSOA, Milano, 1999, pp. 147 ss.

<sup>161</sup> Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, parere 24 ottobre 2017, n. 281 ha escluso che gli enti locali possano ricorrere direttamente ai singoli volontari, non collegati a una associazione di volontariato.

<sup>162</sup> Tale ultima previsione non era presente nell'abrogata legge n. 266/1991. Secondo la dottrina, probabilmente essa risponde alla necessità di evitare situazioni di *unfair competition* tra operatori economici (cfr. A. Santuari, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, *op. cit.*, p. 207).

pubblici, ma le P.A. devono rispettare una serie di principi al fine di «informare la scelta dei partners ai canoni di correttezza, pari trattamento, pubblicità e trasparenza»<sup>163</sup>. I commi 3 e 4 indicano i requisiti e i parametri in base a cui le P.A. devono valutare gli ETS, nonché le condizioni da inserire nella convenzione.

La convenzione può prevedere solamente il rimborso delle spese sostenute e documentate.

Ancora una volta, dunque, la convenzione *ex art. 56 CTS* si viene a configurare come modalità alternativa rispetto alle procedure ad evidenza pubblica, dato che la P.A. committente può fare una scelta diretta dell'ente con cui stipulare una convenzione per la gestione di un servizio.

Un cenno particolare merita poi l'art. 57 CTS, il quale disciplina le convenzioni con le ODV in materia di servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza<sup>164</sup>. La norma in questione prevede che le P.A. possano affidare «in via prioritaria» tale attività in convenzione alle ODV iscritte da almeno sei mesi nel Runt, aderenti ad una rete associativa e accreditate ai sensi della legislazione regionale<sup>165</sup>.

A differenza della convenzione prevista dall'art. 56 CTS, in questo caso non si richiede una previa valutazione di maggior favore rispetto al mercato, ma, anzi, si prevede che la

---

<sup>163</sup> A. Galdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., p. 9. Nello stesso senso, cfr. A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto con il diritto europeo*, in *Non profit*, (3) 2017, p. 190.

<sup>164</sup> Le convenzioni per il servizio di trasporto sanitario erano già in precedenza previste dall'ordinamento e trattate da giurisprudenza e dottrina (cfr., fra gli altri, M. Mattalia, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amministrativo*, (7-8) 2008, pp. 1984 e ss.; R. Caranta, *Affidamento dei servizi di ambulanza al nonprofit*, in *Urbanistica e appalti*, (5) 2015, pp. 512 e ss.; A. Reggio d'Acì, *Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità della convenzione va valutata in termini comunitari*, in *Urbanistica e appalti*, (6) 2013, pp. 682 e ss.; P. Cerbo, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urbanistica e appalti*, (3) 2011, pp. 335 e ss.).

<sup>165</sup> Inoltre, l'amministrazione deve valutare che ci si trovi in una delle «ipotesi in cui, 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». Per cui, anche in questo caso, dovrebbe valere la regola generale per cui la P.A. deve procedere attraverso un confronto competitivo tra le diverse modalità di affidamento.

Anche in questo caso le convenzioni devono comportare solo il rimborso delle spese sostenute e documentate.

Il servizio di trasporto di urgenza e di emergenza rientra tra i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (artt. 4 e 17 Cod. Contr. Pubbl.), ma si ritiene che si debbano comunque rispettare i principi comunitari dell'evidenza pubblica (in questo senso, cfr. A. Meale, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, (8-9) 2016, pp. 919 e ss.).

P.A. possa ricorrere a tale strumento «in via prioritaria», se l'affidamento garantisce il ricorso ad un sistema di effettiva partecipazione a finalità sociali e solidaristiche, nel rispetto dei principi di efficienza economica e adeguatezza<sup>166</sup>.

Quindi, lo strumento della convenzione, così come previsto dal Codice del Terzo settore, si presenta come una alternativa alle procedure ad evidenza pubblica<sup>167</sup>, ma solo nel caso in cui si tratti di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza e non di altra specie di trasporto sanitario<sup>168</sup> e quando le convenzioni stesse implicino il semplice rimborso delle spese<sup>169</sup>. Emerge, però, a questo punto, un dubbio interpretativo<sup>170</sup>, visto che l'art. 57, comma 1 prevede che in questi casi operi l'affidamento diretto, mentre il comma 2 del medesimo articolo rimanda anche alla disposizione dell'art. 56, comma 3, il quale prevede che la selezione dell'ente con cui stipulare la convenzione debba avvenire tramite «procedure comparative». Secondo la dottrina, la regola generale dovrebbe essere quella della scelta tramite procedura comparativa, mentre l'affidamento diretto si configurerebbe come eccezione (da motivare), e sempre che l'ente pubblico non opti per il sistema dell'accreditamento, a fronte di una legislazione regionale di settore<sup>171</sup>.

Rimangono aperte altre due questioni in materia di convenzioni. La prima questione riguarda la necessità o meno dell'applicazione alle convenzioni individuate dal Codice del Terzo settore della normativa del Codice dei contratti pubblici.

La seconda questione attiene, invece, alla possibilità per le ODV e le APS di prendere parte alle procedure ad evidenza pubblica, nonostante godano delle disposizioni di favore previste per lo strumento convenzionale.

A tali domande si cercherà di dare una risposta nei paragrafi 1, 2 e 3 del capitolo III, analizzando, in particolare, il parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018.

---

<sup>166</sup> Cfr. L. Gili, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, (1) 2018, p. 20.

<sup>167</sup> Cfr. Corte di Giustizia UE, 21 marzo 2019, causa C-465/2017. La sentenza ha ribadito che la procedura ad evidenza pubblica può essere evitata nel caso di trasporto di malati con estrema urgenza effettuato da parte di associazioni *non profit*.

<sup>168</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139.

<sup>169</sup> Cfr. A. Santuari, *Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra principio di concorrenza e affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato nel diritto eurounitario e nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Sanità pubblica e privata*, (3) 2019, pp. 22-23.

<sup>170</sup> Dubbio che non è, in realtà, una novità per la materia in oggetto (cfr. Corte di Giustizia UE, 11 dicembre 2014, causa C-113/13).

<sup>171</sup> Cfr. L. Gili, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, *op. cit.*, p. 20.

## 1.8. L'utilizzo di beni di proprietà pubblica

Come era stato anticipato all'inizio del presente capitolo, il Codice del Terzo settore prevede, quale forma di sostegno da parte della P.A. ai soggetti *non profit*, lo strumento dell'utilizzo di beni di proprietà pubblica.

Si tratta, innanzitutto, della messa a disposizione non onerosa di beni pubblici, mobili e immobili, in caso di manifestazioni temporanee, nel rispetto di principi di trasparenza, pluralismo e uguaglianza (art. 70, comma 1 CTS). Tale possibilità, precedentemente prevista per le sole ODV e APS, è ora estesa a tutti gli Enti del Terzo settore.

Altre ipotesi di collaborazione sono previste, poi dall'art. 71 CTS. La prima ipotesi, prevista dal comma 2, è la messa a disposizione tramite contratto di comodato di beni pubblici non utilizzati a fini istituzionali, a favore di tutti i tipi di ETS (escluse le imprese sociali)<sup>172</sup>. La durata massima del contratto di comodato è di trent'anni, durante i quali il concessionario deve effettuare a proprie spese gli interventi di manutenzione e gli altri interventi finalizzati a conservare la funzionalità dei beni immobili<sup>173</sup>. In questo caso, a differenza che per le convenzioni, non si fa nessun riferimento alle regole da osservare nella selezione dei contraenti, ma è da ritenere che sia necessario rispettare i principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità, nonché l'art. 12, l. n. 241/1990<sup>174</sup>. Per cui il contratto potrà essere definito solo dopo aver pubblicato un avviso ed aver approntato una valutazione motivata della scelta<sup>175</sup>.

La seconda ipotesi di collaborazione, contenuta nell'art. 71, comma 3, riguarda la concessione di beni culturali immobili, per i quali non sia attualmente corrisposto un canone e che siano bisognosi di restauro, di proprietà pubblica agli ETS che svolgano attività di interesse generale a rilevanza culturale<sup>176</sup>. La concessione può avere durata

---

<sup>172</sup> L'istituto mostra delle similitudini con quello del baratto amministrativo previsto all'art. 190 Cod. Contr. Pubbl.

<sup>173</sup> Secondo la dottrina, gli interventi possono essere effettuati solo previo consenso dell'ente pubblico e rispettando la normativa di settore, incluso il Codice dei contratti pubblici (per cui, potrebbe rivelarsi necessaria per il concessionario una procedura comparativa per la scelta del soggetto che svolga la manutenzione che esso non sia in grado di svolgere direttamente) (cfr. L. Gili, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, op. cit., p. 21).

<sup>174</sup> «La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi».

<sup>175</sup> Cfr. L. Gili, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, op. cit., p. 20.

<sup>176</sup> Art. 5, comma 3, lett. f), i), k) o z) CTS.

massima di cinquant'anni e deve prevedere la corresponsione di un canone agevolato, con l'onere di riqualificare e convertire i beni attraverso interventi di recupero, restauro e ristrutturazione, nel rispetto del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*.

In questo caso, la norma dispone che il concessionario sia selezionato attraverso le procedure semplificate previste dall'art. 151, comma 3 Cod. Contr. Pubbl.<sup>177</sup>, ma, a differenza di quanto ivi previsto, il Codice del Terzo settore non limita la titolarità del potere di attivare tale procedura al solo Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ma mette a disposizione tale strumento agli altri organi dello Stato, alle Regioni, agli enti locali e ad altri enti pubblici.

L'art. 71, comma 3, deve, poi, essere integrato con l'art. 89, comma 17 CTS, secondo il quale, «[...] il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, le regioni, gli enti locali e gli altri enti pubblici possono attivare forme speciali di partenariato con enti del Terzo settore che svolgono le attività indicate all'articolo 5, comma 1, lettere f), i), k) o z), individuati attraverso le procedure semplificate di cui all'articolo 151, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dirette alla prestazione di attività di valorizzazione di beni culturali immobili di appartenenza pubblica».<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> È da rilevare, però, che detta procedura non è disciplinata né dal Codice dei contratti pubblici, né dal Codice del Terzo settore, per cui spetterà alle singole P.A. definirne la conformazione, «nel rispetto dei principi che governano l'azione amministrativa e ferma l'applicazione dei principi e regole generali operanti per i contratti pubblici, a fronte del rimando in tal senso operato dall'art. 143, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 in tema di disciplina specifica degli appalti nel settore dei beni culturali» (cfr. L. Gili, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, op. cit., p. 21, ma sul punto si vedano anche F.G. Albisinni, *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, (4) 2016, pp. 510 e ss.; P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali*, in *Urbanistica e appalti*, (8-9) 2016, pp. 1014 e ss.).

<sup>178</sup> Tali forme di partenariato, previste dall'art. 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, possono avere ad oggetto solo la valorizzazione dei beni stessi, mentre la disposizione del CTS di cui si sta trattando ha una portata più estesa, dato che riguarda la corretta conservazione dell'immobile, l'apertura alla pubblica fruizione e la migliore valorizzazione.

## CAPITOLO III: I profili problematici

### 1. Il coordinamento fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore

La riforma del Terzo settore è stata accolta con grande entusiasmo sia dalle Pubbliche Amministrazioni, sia dagli Enti del Terzo settore come una vera e propria rivoluzione<sup>1</sup>. Infatti, oltre alla ampliata possibilità di ricorrere a co-programmazione e co-progettazione, attraverso essa si è pensato di essere giunti al punto di “sostituire” nella gestione dei servizi sociali e di interesse generale il principio di concorrenza con quello di cooperazione, con l’ulteriore facoltà di affidare la gestione di tali servizi solo ad enti *non profit*<sup>2</sup>.

Di fronte a questo panorama, non tutti si sono visti d’accordo con tale interpretazione della nuova normativa. In particolare, la problematica che è affiorata è stata quella del coordinamento fra la normativa del Codice dei contratti pubblici e quella del Codice del Terzo settore. Più in generale, alle spalle di tale questione, si prospetta la problematica della dicotomia fra principio di solidarietà e principio di concorrenza che, nel corso degli ultimi decenni, ha prodotto, a partire dal terreno eurounitario, un aspro conflitto. Tale dicotomia si lega strettamente a quella tra affidamento diretto e gara europea, nella selezione dei soggetti che collaborano con la P.A. all’erogazione dei servizi di interesse generale<sup>3</sup>.

La necessità di coordinare la disciplina sui contratti pubblici di appalto e concessione con la normativa di settore sull’affidamento dei servizi sociali ai soggetti *non profit* era

---

<sup>1</sup> In dottrina si è messa in luce una tendenza del mondo del sociale a interpretare l’art. 55 CTS come attuativo della l. n. 328/2000, quando invece esso rappresenta, come sostenuto da Felice Scalvini in una recente intervista, «il totale superamento della 328 che deve essere riletta, come legge settoriale, alla luce della Costituzione e del Codice, leggi per loro natura di carattere generale. Il Codice del Terzo settore è di fatto la prima legge attuativa del principio di sussidiarietà e lo è in particolare con l’articolo 55, che dà agli enti di Terzo settore e alle Pubbliche amministrazioni gli strumenti per realizzare la totale, reciproca, pari dignità sancita dalla Costituzione nell’esercizio di attività di interesse generale». (S. De Carli, *E se fossero gli appalti a favorire la corruzione?*, in *Vita.it*, 2018).

<sup>2</sup> C. Borzaga, *L’art.55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, in *Welforum.it*, 2019.

<sup>3</sup> Cfr. A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non profit*, (3) 2017, p. 173. La materia è stata più volte oggetto di controversie di fronte alla Corte di Giustizia. Vedremo nel prosieguo del paragrafo alcune delle pronunce più rilevanti, che hanno riguardato, in particolare, il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

già avvertita in precedenza<sup>4</sup>. Si era auspicato un chiarimento della situazione normativa, prima con il nuovo Codice dei contratti pubblici e, poi, con il Codice del Terzo settore<sup>5</sup>. Come verrà dimostrato, né l'una né l'altra normativa sono riuscite in questo intento<sup>6</sup>.

Fra coloro che hanno interpretato la riforma del Terzo settore come innovativa soprattutto per l'idea secondo cui le modalità cooperative sarebbero ora le modalità ordinarie di relazione tra P.A. e Terzo settore, molti hanno individuato una configurazione bipolare come caratteristica del sistema attuale di affidamento dei servizi di interesse generale<sup>7</sup>.

Da questo punto di vista, possono essere individuati due modelli differenti. Un primo modello sarebbe quello della competizione, caratterizzato dall'affidamento attraverso una gara d'appalto e avente come fonte normativa il Cod. Contr. Pubbl.; il secondo modello, quello collaborativo, vedrebbe affidati i servizi alla persona in base alle prescrizioni del CTS e della normativa di settore, in base ad un procedimento amministrativo promosso dalla Pubblica Amministrazione<sup>8</sup>.

Secondo questa dottrina, entrambi i modelli sono validi e coerenti con una diversa concezione del rapporto tra Stato e società civile. La scelta del modello da adoperare dipende dal tipo di azione amministrativa che si vuole portare a termine, differenziandosi nell'uno e nell'altro caso sia per presupposti sia per intenzioni<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urbanistica e Appalti*, (8-9) 2016, pp. 1008-1009, secondo il quale sarebbe stato meglio se il suddetto coordinamento fosse avvenuto in sede di correzioni del d.lgs. n. 50/2016, in quanto «naturale *sedes materiae*».

<sup>5</sup> L'ANAC, nella delibera n. 32/2016, auspicava che l'emanazione del CTS portasse ad una rimeditazione sulla carenza di una disciplina unitaria in materia di affidamento dei contratti pubblici agli enti *non profit*.

<sup>6</sup> Cfr., fra gli altri, A. Palmaccio, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al Codice dei contratti e del Codice del Terzo settore*, in *Nomos*, (3) 2017, p. 18; R. Miccù, R. Onorati, A. Palmaccio, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, in *Non profit*, (4) 2017, p. 42; A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo, op. cit.*, p. 197. Secondo quest'ultima, CTS e Cod. Contr. Pubbl., non cogliendo l'occasione per affrontare la tematica del coordinamento fra le due normative, avrebbero rischiato di lasciare di nuovo in mano alla giurisprudenza il compito di trovare un equilibrio stabile tra solidarietà e concorrenza.

<sup>7</sup> Fra gli altri, cfr. L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 26 e ss.; G. Marocchi, *Pubbliche Amministrazioni e Terzo settore tra competizione e collaborazione*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 4 e ss.; S. Pellizzari, *Le diverse forme di relazione pubblico-privata nell'organizzazione dei servizi sociali e di welfare*; in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 9 e ss.

<sup>8</sup> La disciplina di tale procedimento sarà analizzata più oltre nel presente paragrafo.

<sup>9</sup> In questo senso, gli strumenti disciplinati nel CTS, di cui ci si è occupati nel capitolo precedente, non appaiono come escamotage per evitare l'applicazione della complicata disciplina in materia di appalti e

In tal senso, allora, il Cod. Contr. Pubbl. non esaurirebbe le modalità di erogazione dei servizi di interesse pubblico, ma esisterebbero altri strumenti, come per esempio quelli previsti dal CTS. La scelta tra questi diversi strumenti è, secondo parte della dottrina, rimessa alla scelta discrezionale e motivata della P.A. procedente<sup>10</sup>.

Tale impostazione è stata abbracciata anche dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che, nel documento *Codice del Terzo settore. Coinvolgimento degli Enti del Terzo settore nei rapporti con gli enti pubblici*<sup>11</sup>, si è espresso nel senso che i servizi rientranti in settori di attività di interesse generale non devono essere affidati necessariamente attraverso gli istituti tradizioni di appalto e concessione, ma «sono riconosciuti come afferenti ad una programmazione e progettazione costruita su basi di conoscenza e di opzioni operative condivise e coordinate in un disegno armonico di intervento, del quale la P.A. è, al contempo, promotrice e garante».

### **1.1. Il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 20 agosto 2018, n. 2052**

Il documento del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali da ultimo citato è rilevante anche perché la posizione ivi sostenuta è stata tra quelle sottoposte al vaglio del Consiglio di Stato<sup>12</sup>.

---

concessioni, ma «esiti [...] di una concezione del welfare come frutto di sforzi congiunti di più soggetti che si riconoscono reciprocamente sulla base dell'identica mission e che dunque dismettono le vesti del controinteresse (nei confronti della Pubblica Amministrazione) e della competizione (con le altre organizzazioni di Terzo settore) per vestire quelli della collaborazione» (G. Marocchi, *Pubbliche Amministrazioni e Terzo settore tra competizione e collaborazione*, op. cit., p. 5).

<sup>10</sup> È quanto sostenuto, per esempio, da R. Miccù, R. Onorati, A. Palmaccio, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, op. cit., pp. 41 e ss. La stessa ANAC, nella più volte citata Delibera n. 32/2016, p. 3, ha evidenziato che «[I]e disposizioni di settore in materia di servizi sociali [...], prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del Terzo settore in deroga all'applicazione del Codice dei Contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità. Trattandosi di previsioni derogatorie, le stesse possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive. Inoltre, atteso che l'erogazione di servizi sociali comporta l'impiego di risorse pubbliche, devono essere garantite l'economicità, l'efficacia e la trasparenza dell'azione amministrativa, oltre che la parità di trattamento tra gli operatori del settore». Si consideri infine che, in seguito all'adozione del d.lgs. 50/2016, fin da subito la dottrina si è espressa nel senso per cui il nuovo Cod. Contr. Pubbl. non avesse abrogato la normativa di settore (cfr. Picone Savio, *Appalti nei servizi sociali*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Neldiritto, Roma, 2016, pp. 801 e ss.

<sup>11</sup> Contributo ai lavori del tavolo tecnico, istituito presso l'ANAC, ai fini dell'aggiornamento 2018 del Piano Nazionale Anticorruzione.

<sup>12</sup> Richiesta di parere presentata dall'ANAC in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56, e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117. Secondo alcuni, la domanda

L'ANAC si è rivolta al Consiglio di Stato per domandare se fosse corretta l'interpretazione di «vari stakeholder e del Ministero del lavoro, che teorizzano l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici di ampi settori di attività affidati agli organismi del Terzo settore».

Dopo soli venti giorni dalla richiesta, il Consiglio di Stato ha emesso il proprio parere evidenziando che, a differenza della normativa precedente, l'attuale Cod. Contr. Pubbl. prende in considerazione i servizi sociali e detta alcune disposizioni a riguardo<sup>13</sup>.

Dopodiché, il parere affronta la normativa adottata con il Codice del Terzo settore, concentrandosi in particolare sulle già analizzate disposizioni su co-programmazione, co-progettazione, convenzioni e convenzioni relative al trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Ad opinione del Consiglio di Stato, una delle grandi problematiche che si riscontrano nella normativa riformata è il fatto che non sia stato trasposto nel CTS il limite del rispetto della normativa nazionale e comunitaria di disciplina delle procedure di affidamento dei servizi da parte della P.A.<sup>14</sup>; una seconda questione è l'ampliamento delle possibilità di utilizzo dell'istituto della co-progettazione, non più circoscritta agli «interventi innovativi e sperimentali», come invece è nelle disposizioni di cui al D.P.C.M. 30 marzo 2001<sup>15</sup>.

---

sarebbe tendenziosa e tesa a limitare «il potenziale innovativo dell'amministrazione collaborativa», poiché in realtà nessuno avrebbe mai teorizzato l'esclusione dall'applicazione del Cod. Contr. Pubbl. dell'attività del Terzo settore (G. Marocchi, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, in *Welforum.it*, 2018). Sarebbe probabilmente risultato più utile chiedersi quali siano gli strumenti amministrativi utilizzabili nel caso in cui la P.A. ritenga più confacente all'interesse generale promuovere percorsi cooperativi con una pluralità di soggetti, da integrare per conseguire i migliori risultati nell'ambito dei servizi alla persona.

<sup>13</sup> In particolare, vengono citati gli artt. 35 (che individua per gli appalti di servizi sociali la soglia di rilevanza comunitaria in 750.000 euro per i settori ordinari e in 1.000.000 per i settori speciali), 70 e 72 per i settori ordinari e 127 e 130 per i settori speciali (che individuano il termine di validità ed il periodo di pubblicazione dell'avviso di preinformazione), 94 (che indica il criterio di aggiudicazione - cioè quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo), 140 per i settori speciali e 142, 143 e 144 per i settori ordinari (che individuano una disciplina derogatoria ed alleggerita per alcune tipologie di servizi sociali), 169 (che menziona le concessioni di servizi sociali).

Si fa, poi, menzione di casi in cui non si applica la normativa sugli appalti. Essendo disposizioni eccezionali, le ipotesi sono da ritenere tassative e riguardano fattispecie escluse e fattispecie estranee. Nel primo campo rientra il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza che, in base all'art. 4 Cod. Contr. Pubbl., è soggetto solamente ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica. Le fattispecie estranee, invece, in cui rientrano i servizi non economici di interesse generale, fuoriescono completamente dalla disciplina delle direttive comunitarie e del Cod. Contr. Pubbl. (cfr. art. 2 del Protocollo 26 dei Trattati e art. 164, comma 3 Cod. Contr. Pubbl.).

<sup>14</sup> La Commissione fa notare che la stessa legge delega n. 106/2016 disponeva in ordine al rispetto della normativa comunitaria e interna in materia di affidamento di servizi di interesse generale.

<sup>15</sup> Cfr. artt. 6 e 7, D.P.C.M. 30 marzo 2001.

Nonostante il CTS non abbia considerato tali limiti, nel parere si sostiene che sia necessario superare il mero riscontro del dato letterale del suddetto Codice, prendendo in considerazione anche il contesto sistematico in cui esso si colloca, nonché il principio di primazia del diritto comunitario. Inoltre, gli istituti previsti dal CTS non troverebbero una copertura diretta nel Cod. Contr. Pubbl., le cui uniche ipotesi derogatorie consistono negli artt. 112 (rivolta a soggetti che abbiano come finalità principale l'inserimento lavorativo di persone disabili o svantaggiate) e 143 (che riguarda alcune tipologie di servizi sanitari, sociali e culturali).

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, in considerazione del principio di prevalenza del diritto comunitario, la disciplina contenuta nel Cod. Contr. Pubbl. prevale sempre sulle previsioni difformi previste dal CTS. Pertanto, sarà necessaria, in caso di contrasto tra le due discipline, la disapplicazione delle norme del Codice del Terzo settore.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato, dopo aver confermato la piena autonomia degli Stati membri in materia di servizi sociali, ritiene che sia necessario riferirsi alla definizione di impresa come considerata nell'ordinamento europeo, in quanto definizione neutra in grado di includere qualsiasi organizzazione svolgente attività economica, con o senza scopo di lucro. In questo senso, nel parere si muove una critica al ricorso allo strumento dell'accreditamento istituzionale, in quanto non sarebbe espressamente richiamato nella normativa del Codice dei contratti pubblici.

La conclusione a cui perviene il parere è che, in caso di accreditamento, co-progettazione, partenariato o convenzione, nel momento in cui ci si trovi di fronte a una procedura selettiva, finalizzata all'affidamento di un servizio, essa deve essere assoggettata alla disciplina sugli appalti, a meno che il servizio sia reso in modo totalmente gratuito, oppure che esso rientri nei servizi espressamente esclusi.

In tutti gli altri casi il Codice dei contratti pubblici si applica integralmente, salvo che si tratti di contratti sotto soglia (a cui si applica solo l'art. 36) o di servizi cui si applica il regime alleggerito previsto dall'art. 142 (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative).

Esso non si applica, invece, agli affidamenti di servizi resi gratuitamente e ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza (cui si applicano, come già esposto, i soli criteri di economicità, efficienza, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica).

Secondo la Commissione, poi, un problema peculiare si pone per le convenzioni con le ODV e le APS. Da un lato, vista la previsione del solo rimborso delle spese effettivamente sostenute e dell'affidamento nel rispetto dei soli principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento attraverso procedure riservate alle medesime, sembrerebbe che la normativa le consideri afferenti all'ipotesi di servizi sociali non economici di interesse generale, che, come abbiamo visto, sono esclusi dalla disciplina degli appalti. D'altra parte, però, l'art. 56 CTS prevede, come si era a suo tempo messo in luce<sup>16</sup>, che la P.A. possa optare per dette convenzioni se «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato».

A questo proposito, secondo il Consiglio di Stato, la P.A. deve valutare se, ricorrendo all'affidamento tramite convenzione, non sia realizzato «un comportamento vietato in quanto distorsivo del confronto competitivo tra operatori economici in un mercato aperto alla concorrenza», evidentemente specificando l'inesistenza di tale distorsione del principio di concorrenza nell'atto di affidamento. Quindi, suggerisce di «rimettere alla valutazione di codesta Autorità la eventuale disapplicazione dell'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 nella sede competente, con le conseguenze dello specifico caso. Ancora più opportuno potrebbe essere l'intervento in sede di aggiornamento delle “Linee guida per l'affidamento di servizi ed enti del Terzo settore ed alle cooperative sociali”», affinché chiarisca le ipotesi di corretto utilizzo dello strumento delle convenzioni e quelle in cui non è possibile ricorrervi, nonché la nozione di rimborso spese.

Infine, un rilievo merita la concezione di gratuità proposta dal Consiglio di Stato. Secondo quest'ultimo, la previsione della copertura dell'assicurazione obbligatoria per i volontari delle ODV e delle APS da parte della P.A.<sup>17</sup> contrasterebbe con il carattere di gratuità delle convenzioni stesse, nel senso che solo il rimborso a pié di lista escluderebbe il carattere remunerativo del servizio. Solo in quest'ultimo caso, quindi, il servizio in questione non sarebbe riconducibile alla normativa sugli appalti.

## **1.2. Le critiche**

Come si era anticipato, varie sono state le critiche alle conclusioni cui è arrivato il Consiglio di Stato nel parere in oggetto. Esse sono giunte sia dai soggetti appartenenti al mondo del Terzo settore, sia dalla dottrina che si è occupata della materia.

---

<sup>16</sup> Cap. II, par. 1.7.

<sup>17</sup> Art. 18 CTS.

La conseguenza diretta del parere è stata quella di svalutare la riforma del Terzo settore e non solo. Si è anche evidenziato che l'impatto del parere potrebbe arrivare ad essere molto più ampio, erodendo parti sostanziose di normative fondamentali quali la l. n. 328/2000, oltre che del Codice del Terzo settore stesso, nonché la legislazione di numerose Regioni relativa alla co-progettazione e le prassi di vari Comuni, giungendo ad intaccare il senso del sistema integrato di interventi e servizi<sup>18</sup>.

A tale questione se ne lega un'altra più generale, ossia se è ragionevole che un parere del Consiglio di Stato arrivi ad arbitrare una questione giuridica che evoca una così grande complessità a livello di governo e di specificità di settore e che, fra l'altro, non si limita al solo settore dei servizi sociali, estendendosi ad una pluralità di servizi di interesse generale. Sorge quindi spontaneo chiedersi se non sarebbe più opportuno rimandare ad altra sede, quale quella legislativa, una questione di coordinamento così rilevante. Il problema è legato anche al ruolo che l'ANAC è venuta a ricoprire in modo sempre più rilevante; infatti, quello che è avvenuto è stato l'aver affidato ad una struttura tecnica, competente sul problema specifico del contrasto alla corruzione, il compito di regolare tutto il meccanismo di affidamenti, dovendo contemperare, nel mentre, molteplici esigenze, quali il contrasto alla corruzione, il perseguimento dell'interesse generale, l'efficacia e l'effettività dell'azione amministrativa, l'equilibrio tra costi e prestazioni, la coerenza fra bisogni della comunità e servizi, il rispetto della specificità dei singoli soggetti che entrano in contatto con la P.A. e dei servizi stessi<sup>19</sup>. Ancora una volta, si pone la questione se, visto che il Consiglio di Stato ha rimandato la risoluzione della questione all'ANAC, non sia, invece, necessario, anche per la certezza del diritto, un intervento da parte del legislatore, piuttosto che la gestione della questione attraverso un atto di *soft law*<sup>20</sup>

Quello che la dottrina si è preoccupata di mettere in luce è il punto di vista assunto come base del ragionamento giuridico da parte del Consiglio di Stato<sup>21</sup>. Gli strumenti

---

<sup>18</sup> Cfr. G. Marocchi, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, op. cit.; Azzolini Vitalba, *Due codici per il Terzo settore*, in *lavoce.info*, 2018.

<sup>19</sup> Cfr. G. Marocchi, *ANAC e Terzo settore. Il buon senso affiora (ma non emerge)*, in *Welforum.it*, 2019.

<sup>20</sup> Cfr. R. Miccù, R. Onorati, A. Palmaccio, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, op. cit., p. 42.

<sup>21</sup> Cfr. AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, 28 gennaio 2019, Roma, pp. 1 e ss. Si ricorda che il già citato documento in questione è il risultato di una mobilitazione, promossa dal "Club degli amici dell'articolo 55" di cui fanno parte giuristi, economisti, ricercatori ed esperti. La finalità del documento è quella di esortare l'ANAC ad aggiornare le proprie Linee

previsti dal CTS sono stati ivi analizzati alla luce della disciplina sull'affidamento dei servizi mediante procedure competitive e concorrenziali, senza considerare né la *ratio* della riforma del Terzo settore, né la sua impostazione generale, né le modalità ulteriori di affidamento dei servizi previste dalla vigente disciplina di cui alla l. n. 328/2000 e al D.P.C.M. 30 marzo 2001, né le normative regionali<sup>22</sup>.

Tale impostazione sembra dare per assodato che solo il Codice dei contratti pubblici sarebbe stato adottato in recepimento del diritto europeo<sup>23</sup>. Così facendo, il risultato che si ottiene è quello di escludere che l'ordinamento europeo possa trovare attuazione in un sistema formato da una pluralità di fonti, in cui ciascuna di esse si occupi di disciplinare un ambito specifico, con finalità diverse rispetto alle altre<sup>24</sup>.

Inoltre, la disapplicazione normativa, che nel parere viene individuata quale metodo risolutivo della problematica del coordinamento tra i due codici, dovrebbe essere considerata una *extrema ratio*, a cui ricorrere nel caso in cui non sussistano altre soluzioni interpretative in caso di conflitto tra normativa nazionale e normativa europea<sup>25</sup>. Rimane il dubbio se sia stata verificata la possibilità di percorrere tali altre strade, oppure se la disapplicazione non potrebbe essere adoperata in senso opposto a quello indicato nel parere<sup>26</sup>.

In via preliminare, bisogna chiarire che, innanzitutto, il parere è stato reso in sede consultiva su un aspetto preciso. Non si tratta, quindi, di un provvedimento giurisdizionale, o di un parere reso su un atto di Governo nel suo complesso. Pertanto, esso non assume rilevanza generale, ma è la risposta agli specifici quesiti dell'ANAC. Se analizzato da questo punto di vista, la ricostruzione che il parere offre può apparire condivisibile, nel senso per cui essa si focalizza su un quesito specifico riguardante le

---

guida in materia di affidamento dei servizi sociali nel rispetto della specificità del Terzo settore e della nuova riforma.

<sup>22</sup> Fra l'altro, l'ANAC stessa si era pronunciata in senso favorevole sulle suddette fonti nelle Linee guida di cui alla Delibera n. 32/2016.

<sup>23</sup> In questo senso, la disciplina ivi contenuta arriva ad essere configurata «quasi come una sorta di “sistema normativo” dotato di completezza e autosufficienza, sovraordinato rispetto a qualsiasi altra fonte del diritto interno per la sua derivazione dal diritto dell'Unione europea» (AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, p. 2).

<sup>24</sup> Così dovrebbe essere, invece, anche per il Codice del Terzo settore, che, come si vedrà poco oltre, è rispettoso e, anzi, attuativo delle fonti di diritto eurounitario.

<sup>25</sup> Rimane, fra l'altro, da verificare se effettivamente le discipline dei due codici siano in contrasto tra di loro. In senso negativo si è pronunciato, fra gli altri, G. Marocchi, *ANAC e Terzo settore. Il buon senso affiora (ma non emerge)*, op. cit.

<sup>26</sup> In questo senso, cfr. AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio*, op. cit., p. 2.

modalità di affidamento dei servizi sociali nell'ottica della disciplina sulla concorrenza, attuativa delle Direttive europee del 2014<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda la critica rivolta dalla Commissione speciale alla mancata indicazione del necessario rispetto delle norme nazionali e comunitarie in merito alle procedure di affidamento dei servizi da parte della P.A., si ritiene che essa sia difficilmente condivisibile in quanto si sarebbe rivelata superflua<sup>28</sup>.

In tema di concorrenza, a giudizio del Consiglio di Stato, il CTS non si preoccupa abbastanza degli «equilibri funzionali del libero mercato». Su questo punto, però, è bene ricordare che il diritto comunitario esclude l'applicazione delle regole sulla concorrenza ai servizi sociali e sanitari<sup>29</sup>. Inoltre, nell'ordinamento comunitario è stata elaborata la categoria dei servizi di interesse generale, proprio per contraddistinguere tali servizi, la cui regolazione spetta agli Stati membri, a causa degli scopi specifici perseguiti da tali servizi e delle loro caratteristiche organizzative. Il Codice del Terzo settore si è occupato di sancire la rilevanza di detti servizi di interesse generale, in quanto campo di intervento specifico dei soggetti del Terzo settore.

A causa di questi rilievi, sembra opportuno rilevare che in realtà gli artt. 55 e ss. del Codice del Terzo settore sono rispettosi della disciplina inerente alla categoria dei servizi di interesse generale. Infatti, come è già stato messo in luce, i vincoli europei non impongono agli Stati membri di prevedere misure proconcorrenziali in tutti i settori, allo stesso modo in cui non gli impediscono di erogare servizi di interesse generale direttamente attraverso organizzazioni proprie, come società *in house* o aziende speciali.

Per quanto riguarda in particolare le contestazioni mosse all'istituto della co-progettazione, il parere ha criticato la previsione di esso come strumento ordinario e a regime, diversamente da quanto era previsto nella legislazione precedente (in caso di «interventi innovativi e sperimentali»). In realtà, tale rilievo non sembra scorretto, in quanto si dimostra coerente con il significato sostanziale della co-progettazione, cioè ETS

---

<sup>27</sup> La domanda che si sono posti i molti operatori economici che hanno fatto ricorso, o attualmente ricorrono alla co-progettazione è se essa sia ancora legittima dopo il parere. Tecnicamente il parere non ha effetto su tali pratiche, trattandosi semplicemente di un documento reso in un dialogo fra amministrazioni. Vero è che, vista l'autorevolezza dell'organo che lo ha emanato, nel mondo del Terzo settore si è creato un certo allarmismo. Le stesse Pubbliche Amministrazioni si chiedono se sia legittimo continuare a co-progettare, condizionate direttamente o indirettamente dal parere stesso. È, infatti, probabile che procedure di co-progettazione, in un eventuale futuro contenzioso, siano censurate di fronte al Consiglio di Stato.

<sup>28</sup> Cfr. A. Santuari, *Procedure di affidamento dei servizi agli enti del Terzo settore*, in Aiccon.it, 2018.

<sup>29</sup> Cfr. Direttiva n. 123/2006; CGUE, 11 luglio 2013, C-57/12, *Fermabel*; *Consierando 114*, Direttiva n. 24/2014.

e P.A. che cooperano per elaborare progetti idonei a dare risposta a situazioni non rientranti negli ordinari servizi sociali e sanitari e che necessitano di approcci innovativi<sup>30</sup>.

Una delle critiche mosse al parere, poi, è stata quella di non avere preso in considerazione, visto anche il poco tempo in cui è stato redatto, tutti gli *stakeholders* che il Consiglio di Stato, per completezza, avrebbe dovuto ascoltare, compresi quelli istituzionali e quelli citati dall'ANAC nella propria richiesta di parere<sup>31</sup>.

Concentrando ora l'attenzione sui singoli istituti del CTS e su quanto il Consiglio di Stato ha detto in proposito, innanzitutto si prende in considerazione l'istituto dell'accreditamento. Esso, secondo la Commissione, fuoriuscirebbe dalla disciplina sugli appalti qualora si limiti all'individuazione dei soggetti da inserire nel sistema dei servizi sociali, senza che sia stato preventivato un numero massimo di enti accreditabili (c.d. modello dell'accreditamento libero). Questo perché, in tal caso, non si tratterebbe di valutazione a carattere selettivo, né di fase propedeutica all'affidamento di servizi. Al contrario la procedura ha carattere selettivo quando è preventivato un contingente massimo di enti accreditabili; in questo caso, pertanto, secondo il parere, il procedimento deve essere rispettoso del diritto di matrice europea in tema di gare.

Il dubbio che permane analizzando il parere è se esso faccia riferimento all'accreditamento dei servizi sociali (e sociosanitari), oppure all'accreditamento propedeutico ad un accordo di partenariato<sup>32</sup>. Se si trattasse della prima figura, il Consiglio di Stato avrebbe disatteso l'orientamento pacifico della giurisprudenza amministrativa (su cui aveva concordato anche l'ANAC), per il quale essa non è riconducibile al contratto di appalto. Se invece si riferisse alla seconda figura, la procedura sarebbe senza dubbio selettiva. In questo caso, allora, esclusivamente nel caso in cui l'accordo prevedesse il solo rimborso delle spese non si applicherebbe la normativa sugli appalti.

Pare doveroso fare riferimento, a questo proposito, a quanto messo in luce dall'ANAC nell'ambito del medesimo affare che ha aperto la questione<sup>33</sup>, cioè che la selezione delle attività da finanziare può avvenire o attraverso bandi pubblici, o attraverso il diverso

---

<sup>30</sup> È di questa idea, per esempio, A. Santuari, *Procedure di affidamento dei servizi agli enti del Terzo settore*, op. cit.

<sup>31</sup> Cfr. G. Marocchi, *Coprogettazione: Anac e Consiglio di Stato rimescolano le carte. Ma forse non conoscono il gioco*, in *Welforum.it*, 2018

<sup>32</sup> È quanto rilevato in AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio*, op. cit., p. 5.

<sup>33</sup> Si fa riferimento al documento di aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall'ANAC e sottoposto a consultazione pubblica, nell'approfondimento tematico dedicato alle procedure di gestione dei fondi strutturali e dei fondi nazionali per le politiche di coesione.

sistema dell'accreditamento, eventualmente anche facendo ricorso al sistema dei costi standard.

Da tale inciso, risulta che, innanzitutto, l'accreditamento è uno strumento diverso e ulteriore rispetto all'appalto e che, secondariamente, ad esso è applicabile il sistema dei costi standard<sup>34</sup>. Tale ultima previsione contrasta con la ristretta nozione di gratuità espressa dal Consiglio di Stato nel suddetto parere. Senza considerare che, in base alla concezione di accreditamento ivi proposta, sarebbe necessario applicare i principi relativi alle procedure di appalto anche al settore sanitario e socio-sanitario (infatti taluni servizi rientrano fra quelli indicati nell'Allegato IX al Cod. Contr. Pubbl., cui si applica il regime alleggerito di cui agli artt. 142 e 143 Cod. Contr. Pubbl.)<sup>35</sup>.

Il punto successivo riguarda l'istituto della co-progettazione. È indubbio che, ogni qual volta una co-progettazione si risolva in un affidamento di servizi sotto forma di appalto, sarà necessario fare riferimento al Codice dei contratti pubblici.

Quello che il Consiglio di Stato manca di chiarire è il rapporto tra l'art. 55 CTS e l'art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 (riferito agli «interventi innovativi e sperimentali»), ed in particolare se il suddetto strumento come previsto dall'art. 7 e dalla relativa normativa regionale conservi una propria specificità e sia, di conseguenza, ancora efficace<sup>36</sup>.

È per questi motivi che il parere non coglie la *ratio* dell'art. 55 CTS, in quanto esso, in realtà, non si occupa di disciplinare i servizi in senso proprio<sup>37</sup>, quanto piuttosto degli «specifici progetti di intervento» cui si riferisce il comma 3 dell'articolo in questione e che, solitamente, sono la conseguenza dell'attività co-programmatoria (art. 55, comma 2 CTS). Attraverso tali passaggi si genera un rapporto collaborativo fra P.A. ed ETS che, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, è assoggettato alla disciplina del procedimento amministrativo (artt. 11 e 12, l. n. 241/90)<sup>38</sup>.

Oltre a ciò, quello che differenzia la co-progettazione così intesa dall'appalto o dalla concessione di servizi, in cui il soggetto individuato svolge, verso il pagamento di un

---

<sup>34</sup> Previsto dal Regolamento (UE) n. 1303/2013, artt. 67 e 68 e dal Regolamento (UE) n. 1304/2013, art. 14, par. 2, 3 e 4, prevede il rimborso delle spese sulla base di tabelle standard di costi unitari, in cui sono comprese le remunerazioni dei lavoratori impiegati e gli oneri di funzionamento. I costi determinati attraverso tali tabelle saranno considerati ammissibili se risulteranno essere stati definiti anticipatamente e sulla base di un calcolo giusto, equo e verificabile.

<sup>35</sup> Cfr. l'opinione di F. Scalvini in S. De Carli, *E se fossero gli appalti a favorire la corruzione?*, *op. cit.*

<sup>36</sup> Cfr. AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>37</sup> Cioè i servizi previsti nella programmazione degli acquisti *ex art.* 21 Cod. Contr. Pubbl. e inseriti in progetti ai sensi dell'art. 23, comma 15 Cod. Contr. Pubbl.

<sup>38</sup> La P.A., quindi, «non eroga [...] un corrispettivo di un servizio, ma riconosce un contributo, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/1990» (cfr. AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio*, *op. cit.*, p. 7).

corrispettivo, un servizio sulla base di un progetto di massima proposto dalla P.A., è che nel primo caso l'ente di Terzo settore partecipa alla co-progettazione con proprie risorse<sup>39</sup>.

Ulteriori elementi che distinguono la co-progettazione sono il fatto che essa si rivolga esclusivamente ad Enti del Terzo settore (come definiti dall'art. 4 CTS), nonché la titolarità delle scelte che permane in capo alle P.A., cui compete la predeterminazione «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» (art. 55, comma 4 CTS).<sup>40</sup>

Per quanto riguarda le convenzioni con le ODV e le APS, previste dall'art. 56 CTS, il parere richiama di nuovo la normativa eurounitaria in tema di appalti, ma manca di considerare delle importanti pronunce giurisprudenziali che hanno riguardato proprio l'Italia e le convenzioni a rimborso previste da alcune norme regionali. Si fa riferimento, in particolare, alle sentenze della CGUE 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e altri*<sup>41</sup> e 28 gennaio 2016, C-50/14, *Consorzio artigiano servizio taxi e autonoleggio (CASTA) e altri*<sup>42</sup>. In dette pronunce la Corte di Giustizia ha definito legittime le convenzioni a rimborso alle seguenti condizioni: che le associazioni di volontariato non perseguano finalità diverse da quelle di solidarietà sociale; che non traggano profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo sostenuti per fornire i servizi<sup>43</sup>; che i loro membri non traggano alcun

---

<sup>39</sup> Quali, per esempio, «beni immobili, attrezzature/strumentazioni, automezzi, risorse umane, capacità del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici, costo di coordinamento ed organizzazione delle attività, cura dei rapporti con l'Amministrazione, presidio delle politiche di qualità» (A. Fabiano, *La coprogettazione e il Codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali. Spunti di approfondimento*, Ancì, Milano, 2017, pp. 5-6).

<sup>40</sup> Cfr. R. Miccù, R. Onorati, A. Palmaccio, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, op. cit., p. 46; C. Polidori, *Contratti pubblici del Terzo settore*, Relazione al Convegno organizzato dal Comune di Pordenone, 10 ottobre 2017, pp. 32 e ss.

<sup>41</sup> Per una analisi approfondita della sentenza, cfr. R. Caranta, *Affidamento dei servizi di ambulanza al nonprofit*, in *Urbanistica e appalti*, (5) 2015, pp. 512 e ss., ma si vedano anche A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore*, op. cit., pp. 180 e ss.; A. Galdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., pp. 20 e ss.

<sup>42</sup> Per una analisi approfondita della sentenza, cfr. A. Galdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., pp. 21 e ss.; R. Miccù, R. Onorati, A. Palmaccio, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, op. cit., pp. 45 e ss.; F. Sanchini, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico temperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, (9) 2016, pp. 30 e ss.;

<sup>43</sup> In particolare, secondo la CGUE è necessario che nessuno scopo di lucro, anche indiretto, possa essere perseguito attraverso l'attività di volontariato e che i volontari possano essere rimborsati delle sole spese

profitto. Inoltre, è possibile che dette associazioni ricorrano all'uso di lavoratori, ma esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento.

La concezione di gratuità sostenuta nel parere<sup>44</sup>, di cui si è già parlato, appare, a questo punto, censurabile.

Per quanto riguarda la criticità riscontrata nel parere sul criterio della maggiore convenienza della convenzione rispetto al ricorso al mercato<sup>45</sup>, oltre al fatto che essa è stata introdotta dal Governo su sollecitazione del Consiglio di Stato stesso (nel parere del 31 maggio 2017 sullo schema di Decreto)<sup>46</sup>, secondo la dottrina tale interpretazione non troverebbe riscontro nel testo del Codice del Terzo settore<sup>47</sup>. Il CTS, infatti, non farebbe altro che positivizzare il criterio dei costi reali, quale modalità di riconoscibilità della spesa, propria, fra l'altro, della disciplina dei fondi strutturali europei, prevedendo in aggiunta il divieto di riconoscimento di costi forfettari e una eleggibilità dei costi indiretti limitata alla quota parte direttamente imputabile alle attività oggetto della convenzione stessa.

Fra l'altro, in occasione delle sentenze della CGUE citate, la Corte ha censurato questa medesima lettura restrittiva del concetto di gratuità proposta anche allora dal Consiglio di Stato, statuendo che non sono configurabili come contratti di appalto, ma come strumenti di collaborazione le convenzioni a rimborso stipulate tra P.A. e soggetti del Terzo settore, qualora rispettino le suddette condizioni individuate dalla Corte di Giustizia.

Proprio a partire dalla giurisprudenza europea, il Codice del Terzo settore ha individuato gli elementi necessari delle convenzioni in oggetto, che le distinguono proprio

---

effettivamente sostenute per l'attività esercitata, nei limiti stabiliti precedentemente dall'associazione stessa.

<sup>44</sup> Secondo tale concezione, come si è già visto, è ammissibile solo il rimborso a piè di lista, da cui deve essere esclusa la remunerazione, anche indiretta, di tutti i fattori produttivi. Essa può comprendere esclusivamente le spese vive documentate, correnti e non di investimento, sostenute dall'organizzazione.

<sup>45</sup> Come si è già evidenziato, il Consiglio di Stato ritiene che detta locuzione non permetta di inquadrare in modo chiaro il rapporto tra servizi non economici e servizi economici.

<sup>46</sup> Fra l'altro, è da notare che in tale sede nessun dubbio era stato espresso in relazione al rapporto tra CTS e Cod. Contr. Pubbl. Era stato, invece, riconosciuto che sarebbe spettato al legislatore delegato trovare un equilibrio tra tutela della concorrenza e promozione degli *non profit*.

Inoltre, a proposito di tale clausola, sarebbe raccomandabile che il Consiglio di Stato, che ne ha richiesto l'inserimento nel Codice, rendesse chiaro a quale oggetto la valutazione di convenienza dovrebbe fare riferimento. Trattandosi di due ambiti diversi e difficilmente comparabile, la valutazione potrebbe conformarsi come una *probatio diabolica* che le P.A. devono svolgere in sede di motivazione della decisione di ricorrere alla convenzione.

<sup>47</sup> Cfr. AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio, op. cit.*, p. 8.

dagli appalti di servizio<sup>48</sup>. La previsione di tali elementi nella normativa del CTS, oltre che per armonizzare e aggiornare la disciplina, è derivata dall'esigenza di recepire le indicazioni provenienti proprio dall'ordinamento europeo<sup>49</sup>.

È necessario, a questo punto, porre una ultima considerazione per quanto riguarda il parere ed il suo significato. La posizione del Consiglio di Stato non è, in realtà, così netta come il parere in questione lascia trasparire. Sembrerebbe, infatti, molto più complessa ove si prendano in considerazione altre pronunce del medesimo organo risalenti allo stesso periodo in cui è stato emesso il parere. Esse denotano un percorso tutt'altro che univoco.

In particolare, secondo la sentenza n. 1739 del 19 marzo 2018<sup>50</sup> i rapporti di accreditamento sono estranei alla disciplina del Codice dei contratti pubblici «in quanto la specialità del sistema di accreditamento, incentrato sull'affidamento esclusivo ai soggetti accreditati delle prestazioni sanitarie, non consente di applicare ai relativi rapporti contrattuali norme specificamente formulate al fine di disciplinare rapporti (come quelli di appalto o di concessione extra-sanitaria) scaturenti da altri meccanismi di affidamento, di matrice concorrenziale».

Nella successiva sentenza n. 4726 del 31 luglio 2018, al contrario, una procedura tesa ad individuare un ente gestore di un servizio socio-assistenziale tramite un sistema di accreditamento regionale è definita dal Consiglio di Stato come appalto di servizi, mentre, secondo la sentenza n. 5039 del 23 agosto 2018, l'accreditamento equivale ad una

---

<sup>48</sup> Tali elementi sono l'apporto prevalente o determinante dell'attività dei volontari; il divieto di retribuzione dei volontari (escluso il mero rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti di quanto preventivamente stabilito dall'ETS e vietati in ogni caso i rimborsi forfettari); l'impiego di lavoratori nel limite del cinquanta per cento rispetto ai volontari; la definizione delle modalità dell'intervento volontario, del numero e dell'eventuale qualifica professionale del personale impiegato nell'attività di cui alla convenzione, delle modalità di coordinamento di volontari e lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici; la determinazione delle condizioni necessarie per mantenere la continuità delle attività oggetto della convenzione; il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti ed eventualmente, se previsti a livello nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali; la durata della convenzione; la copertura assicurativa dei volontari (con oneri a carico della P.A.); la determinazione delle modalità di risoluzione del rapporto convenzionale, di forme di controllo e verifica delle prestazioni e della qualità; la determinazione delle modalità di rimborso delle spese, escludendo qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico e simili, e nel limite del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto di convenzione.

<sup>49</sup> Cfr. A. Albanese, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore*, op. cit., p. 177.

<sup>50</sup> La questione è legata alla richiesta, da parte di un soggetto accreditato per l'erogazione di prestazioni socio-sanitarie e assistenziali in regime di convenzione con l'Azienda Sanitaria Locale di riferimento, di rivalutazione delle tariffe, visto anche quanto previsto dall'art. 106, d.lgs. n. 50/2016 (Modifiche di contratti durante il periodo di efficacia).

concessione. Invece, la sentenza n. 6617 del 22 novembre 2018 individua l'accreditamento come un mero prerequisite per la partecipazione ad una gara disciplinata dal Cod. Contr. Pubbl. per l'affidamento di un servizio socio-sanitario.

Un'altra sentenza rilevante, in quanto sarebbe stata una delle prime pronunce incentrate sul tema del coordinamento tra Cod. Contr. Pubbl. e CTS, è la sentenza del TAR Puglia, Lecce, sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32, sullo specifico tema del trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Essa risolve il problema del coordinamento optando per l'applicabilità dell'art. 57 CTS, cui la P.A. può ricorrere<sup>51</sup> senza alcun obbligo di affidare il servizio con gara secondo la disciplina del Cod. Contr. Pubbl. È vero che la pronuncia in questione riguarda un settore, quello del trasporto sanitario di emergenza e urgenza, che, come abbiamo visto, ha un riconoscimento particolare anche nell'ordinamento UE, e per il quale è previsto l'affidamento in via, addirittura, prioritaria alle ODV, ma rimane utile al fine di evidenziare che la P.A., in presenza dei presupposti di legge, può sempre utilizzare gli strumenti del CTS, accantonando il Cod. Contr. Pubbl.<sup>52</sup>

### **1.3. Riflessioni conclusive**

La questione della necessità di disapplicare le disposizioni del Codice del Terzo settore nasce dal presupposto che tale normativa e quella del Codice dei contratti pubblici siano in contrasto tra di loro.

Oltre a quanto si è già detto per dimostrare l'erroneità di tale affermazione, a parere di chi scrive, il punto di vista da cui partire deve essere differente. Gli strumenti del Codice del Terzo settore, per essere applicati, devono sì rispettare una «precondizione»<sup>53</sup>, ma essa non si identifica nel rispetto delle regole del Codice dei contratti pubblici, bensì nel rispetto dei principi e delle disposizioni in tema di giusto procedimento amministrativo.

---

<sup>51</sup> Può farlo «valutando che il raggiungimento di finalità sociali sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche e costituisca una scelta a tutela dell'economicità dell'azione amministrativa senza alcun obbligo di affidare il servizio con gara ai sensi del Codice dei contratti» (A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, op. cit., p. 30).

<sup>52</sup> Cfr. R. Miccù, R. Onorati, A. Palmaccio, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, op. cit., p. 49.

<sup>53</sup> In questo senso, cfr. L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, p. 26; AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio*, op. cit., p. 6.

In questo senso, il Codice del Terzo settore è rispettoso dell'evidenza pubblica<sup>54</sup>. La sua sussistenza si può riscontrare nelle disposizioni che riguardano il Registro unico degli Enti di Terzo settore; in quelle che riguardano la disciplina delle attività di interesse generale (e nella divisione fra attività principali, secondarie e attività diverse); in quelle sul bilancio sociale; nella disciplina che riguarda il sistema dei controlli; e, soprattutto, nella disciplina degli strumenti relazionali in senso stretto (artt. 55 e ss. CTS).

Riprendendo la distinzione svolta all'inizio del capitolo fra modello cooperativo e modello competitivo, è possibile, a questo punto, connotarli ulteriormente come rispettosi di due tipi di evidenza pubblica differenti. Nel nostro ordinamento esistono, quindi, una evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti pubblici ed una evidenza pubblica di cui al Codice del Terzo settore<sup>55</sup>.

Il primo tipo di evidenza pubblica caratterizza l'affidamento attraverso procedure competitive di servizi, lavori e forniture. Tale disciplina è finalizzata a tutelare il rispetto dei principi di tutela della concorrenza, di corretta valutazione delle offerte, di massima partecipazione, nonché a garantire l'assenza di vizi negli atti di gara, al fine di garantire ai soggetti in possesso di interesse a ricorrere la giustiziabilità delle scelte effettuate dalla P.A. di fronte al giudice amministrativo<sup>56</sup>.

Il secondo tipo di evidenza pubblica, quello proprio delle procedure individuate dal Codice del Terzo settore, corrisponde alla disciplina dell'evidenza pubblica relativa ai procedimenti amministrativi e prevista dalla l. n. 241/1990<sup>57</sup>. Lo sfondo di tale procedura non è quello competitivo, bensì quello della cooperazione<sup>58</sup>.

La disciplina della l. n. 241/90 costituisce il punto di riferimento organico per i procedimenti amministrativi<sup>59</sup> e contiene i principi minimi che tutti i procedimenti devono rispettare.

---

<sup>54</sup> Per evidenza pubblica si intende l'insieme di strumenti di controllo da parte delle istituzioni pubbliche, nonché la possibilità per i terzi di avere piena conoscenza dell'attività e della relazione fra P.A. ed ETS (anche eventualmente per garantirne l'eccepibilità per illegittimità di fronte al giudice amministrativo).

<sup>55</sup> Non è detto, però, che esse talvolta non si sovrappongano (cfr. L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, op. cit., p. 27).

<sup>56</sup> Si applicano in questo caso le disposizioni del c.d. rito accelerato.

<sup>57</sup> Si ricorda che tale legge è richiamata anche dall'art. 55 CTS.

<sup>58</sup> Questo non significa, evidentemente, il venir meno della possibilità di svolgere una comparazione in caso di presenza di più proposte.

<sup>59</sup> Per procedimento amministrativo si intende «la sequenza di atti ed operazioni [...] tra loro collegati funzionalmente in vista e al servizio dell'atto principale» (A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940), che in questo caso saranno l'atto di co-progettazione, la convenzione, etc.

Focalizzando l'attenzione sugli istituti previsti dal Codice del Terzo settore, è possibile individuare il regime di evidenza pubblica correttamente applicabile nelle diverse ipotesi.

Innanzitutto, è possibile individuare una serie di principi comuni ai vari istituti<sup>60</sup>. Per espressa previsione normativa (art. 55, comma 1 CTS), le P.A. comprese nell'elenco di cui art. 1, comma 2 del d.lgs. 165/2001 assicurano la partecipazione degli ETS in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare. In secondo luogo, è certo che anche altri principi di azione amministrativa debbano essere rispettati, innanzitutto quello di buon andamento della P.A., di cui all'art. 97 Costituzione, da cui derivano i principi di economicità, efficienza ed efficacia<sup>61</sup>. Fra le disposizioni generali, si ritrova chiaramente anche il suddetto richiamo al rispetto della legge n. 241/90, nonché delle discipline di settore che prevedono particolari procedimenti. Tale esplicito richiamo, conferma ancora una volta la differenza tra il regime procedimentale degli istituti in oggetto, rispetto a quello del Codice dei contratti pubblici.

Per quanto riguarda l'istituto della co-programmazione, come anticipato, il comma 2 dell'art. 55 non disciplina la procedura da seguire per l'utilizzo di tale istituto, limitandosi a fare riferimento alla «pubblica amministrazione procedente»<sup>62</sup>. Tale ultimo riferimento

---

Le funzioni del procedimento amministrativo sono le seguenti: permettere un controllo sull'esercizio del potere ad opera, principalmente, del giudice; rendere chiari tutti gli interessi su cui incide il provvedimento; garantire il contraddittorio a favore dei soggetti interessati; legittimare il potere dell'amministrazione e rendere effettiva la democraticità dell'ordinamento amministrativo; coordinare le amministrazioni eventualmente coinvolte. Si ricorda che il procedimento si articola in varie fasi, cioè l'iniziativa, l'istruttoria e la conclusione. L'iniziativa può essere pubblica o, in alcuni casi, di parte privata. Dopo che è stato avviato il procedimento viene nominato un responsabile del procedimento, si accorda ai soggetti interessati il diritto di prendervi parte, viene definito il tempo del procedimento, nasce un obbligo di concludere il procedimento in tempi definiti e la conclusione avviene attraverso provvedimento espresso e motivato. Il controllo da parte del giudice amministrativo può essere attivato entro sessanta giorni per vizi del procedimento o del provvedimento, entro centoventi giorni per i vizi di legittimità per i quali si propone ricorso al Capo dello Stato (per l'impugnazione degli atti delle procedure competitive, invece, il termine è di trenta giorni). Per un ulteriore approfondimento sul tema, cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 233 e ss.

<sup>60</sup> In questo senso, cfr. L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, op. cit., p. 29

<sup>61</sup> Da ciò deriva «l'illegittimità degli atti del procedimento posti in violazione del combinato disposto di cui agli articoli 97 della Costituzione e 55 CTS» (L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, op. cit., p. 29).

<sup>62</sup> A questo proposito, anche il Consiglio di Stato nel richiamato parere sullo schema di Codice aveva sollevato una critica sul fatto che fossero stati individuati troppo genericamente i principi sulla disciplina della selezione degli ETS. Nel CTS, però, ci si è limitati a provvedere a detta carenza solo con riguardo all'istituto della co-progettazione (cfr. Frediani Emiliano, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, op. cit., p. 166).

rimanda sicuramente alla suddetta disciplina del procedimento amministrativo, che quindi si deve applicare *in toto*. Inoltre, come previsto dal comma 1, si applicano le discipline di settore, che in questo caso sono la normativa statale e regionale riferite alla pianificazione sociale di zona<sup>63</sup>.

In questo caso, quindi, è necessario ricorrere ad un procedimento rispettoso dell'evidenza pubblica che, innanzitutto, sia attivato attraverso pubblico avviso, rispettoso della disciplina sulla trasparenza della Pubblica Amministrazione<sup>64</sup>. In secondo luogo, deve essere previsto un termine congruo in riferimento alla durata della pubblicazione e alla presentazione di domanda per partecipare all'attività di co-programmazione stessa, insieme ad un modello di domanda di partecipazione. Ovviamente, deve essere indicato il responsabile del procedimento, nonché i requisiti e le modalità di partecipazione alla procedura, di cui devono essere, inoltre, individuate le fasi (eventualmente attraverso un calendario reso pubblico). Eventualmente devono anche essere individuate ulteriori indicazioni della P.A. sull'attivazione del procedimento, sulle finalità e sugli esiti attesi, nonché le modalità di acquisizione dei contributi partecipativi. Alla conclusione del procedimento deve essere emanato un documento finale. Le sessioni di co-programmazione avvengono in forma pubblica, con la partecipazione dei rappresentanti della P.A. procedente (e delle eventuali amministrazioni ed enti pubblici interessati) e dei soggetti richiedenti e in possesso dei requisiti indicati nell'avviso<sup>65</sup>, e nel rispetto dei principi di terzietà, parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione. Di dette sessioni si redige un verbale, pubblicato poi insieme al provvedimento finale, il quale deve anche indicare i contenuti dell'istruttoria. Gli atti del procedimento così concluso sono impugnabili di fronte al TAR competente entro sessanta giorni, che decorrono dalla pubblicazione del provvedimento sul sito della P.A. procedente e, in ogni caso, dalla piena conoscenza di esso (o, nel caso di ricorso al Capo dello Stato, per vizi di legittimità, entro centoventi giorni).

Per quanto riguarda, poi, l'istituto della co-progettazione, il procedimento è lo stesso poc'anzi individuato per la co-programmazione. Un punto da considerare, però, è la

---

<sup>63</sup> Ci si riferisce alla l. n. 328/2000 e alla relativa legislazione attuativa regionale. Fra l'altro, è da considerare che le Regioni potrebbero integrare la propria normativa di settore in base alla nuova riforma del Terzo settore.

<sup>64</sup> In particolare, cfr. d.lgs. n. 97/2016.

<sup>65</sup> Sarà affrontato nel par. 3 del presente capitolo il tema degli obblighi della P.A. rispetto agli enti con diritto di partecipazione, nonché le conseguenze di un eventuale impedimento alla partecipazione da parte della P.A. stessa.

possibilità che tale procedimento sia attivato su iniziativa di parte. Ad opinione di chi scrive e di parte della dottrina, si ritiene che tale ipotesi non sia vietata dalla norma, ma che, al massimo, a livello locale si potrebbero precisare le condizioni affinché essa sia valida<sup>66</sup>.

Nell'avviso di avvio del procedimento di co-progettazione, oltre ai requisiti di partecipazione, deve essere specificato se la P.A. procedente pone alla base del procedimento una proposta progettuale, su cui i partecipanti possano poi apportare miglioramenti o implementazioni<sup>67</sup>. Quanto detto fin qui vale anche per i procedimenti di co-progettazione attivati mediante accreditamento *ex art. 55, comma 4*<sup>68</sup>.

Nel caso in cui si voglia ricorrere allo strumento della convenzione di cui all'art. 56 CTS, innanzitutto va ricordato che, oltre alla procedimentalizzazione del percorso di individuazione del *partner*, la P.A. deve verificare la sussistenza di un maggiore vantaggio nel ricorso a detto istituto piuttosto che al mercato<sup>69</sup>.

Per quanto riguarda le fasi della procedura di convenzionamento, la prima sarà di nuovo la pubblicazione dell'avviso; dopodiché si tratterà di valutare i progetti presentati e approvare una graduatoria; la terza fase è la sottoscrizione della convenzione stessa; infine, si svilupperà la fase di attuazione del progetto, con controllo pubblico *in itinere* e finale in relazione alle attività svolte rispetto al progetto iniziale e alle spese rendicontate<sup>70</sup>.

Secondo certa dottrina, un ruolo importante nell'attuazione della riforma potrebbe essere svolto da uno strumento regolamentare, visto il richiamo al principio di autonomia

---

<sup>66</sup> Cfr. L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>67</sup> In tal caso, si dovrà garantire un termine congruo prima della sessione iniziale dei lavori. Inoltre, l'avviso potrebbe prevedere la possibilità e i limiti di utilizzo dei documenti e degli allegati messi a disposizione dei partecipanti. Nello stesso avviso si dovrà poi chiarire se la P.A. diventerà proprietaria dei progetti proposti dagli ETS. Altro elemento importante che deve essere ivi contenuto è se alla co-progettazione farà seguito l'affidamento di un servizio o la realizzazione di un intervento e se, alla conclusione, si formerà una graduatoria di merito (in questo caso dovranno essere ulteriormente indicati i criteri di valutazione e le modalità con cui sono attribuiti i punteggi).

<sup>68</sup> In questo caso, nell'avviso dovranno essere indicate le modalità di attivazione dell'accreditamento.

<sup>69</sup> Secondo il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali (nel già citato documento intitolato *Codice del Terzo settore. Coinvolgimento degli Enti del Terzo settore nei rapporti con gli enti pubblici*, p. 5), tale valutazione non dovrà limitarsi agli elementi di carattere finanziario, ma dovrà contemplare profili valutativi legati all'impatto sociale. Per impatto sociale si intende la «valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato» (art. 7, comma 3, l. n. 106/2016).

<sup>70</sup> Cfr. nota Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Codice del Terzo settore. Coinvolgimento degli Enti del Terzo settore nei rapporti con gli enti pubblici*, p. 6.

organizzativa e regolamentare della P.A., il quale contenga principi e criteri di indirizzo<sup>71</sup>. A questo proposito viene proposto l'esempio della recente esperienza dei «Regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni urbani»<sup>72</sup>. Si auspica che un simile approccio sia adottato dalle Pubbliche Amministrazioni con riferimento ai diversi aspetti che riguardano i rapporti collaborativi tra P.A. e Terzo settore. Per esempio, si è proposto di adottare un Regolamento generale dei rapporti con gli ETS, nel caso del Comune ad opera del Consiglio comunale, nel quale siano contenuti principi generali e regole di evidenza pubblica; procedure e bandi di co-programmazione, di co-progettazione, di accreditamento, di partenariato; regolamentazione dei sistemi di controllo e di valutazione<sup>73</sup>.

La cooperazione dovrebbe quindi, a questo punto, essere intesa quale modalità ordinaria di rapporto fra Pubblica amministrazione e soggetti di Terzo settore, visto anche che la co-progettazione non è più limitata all'ipotesi dei servizi innovativi e sperimentali e che gli strumenti del CTS non sono più applicabili alla sola materia del *welfare*, ma a tutte le attività di interesse generale. A differenza delle disposizioni dell'art. 179 e ss. del Codice dei contratti pubblici, che sono applicabili in casi particolarmente specifici, la normativa del CTS va considerata una previsione di carattere generale, che permette di fare rientrare nelle forme collaborative ivi disciplinate diverse modalità di relazione tra P.A. ed ETS, permettendo, fra l'altro, il superamento dell'impianto fondato sul contratto di appalto come rapporto meramente sinallagmatico<sup>74</sup>.

Il ricorso agli istituti collaborativi tra P.A. e soggetti *non profit* comporta diversi vantaggi rispetto all'utilizzo di appalti e concessioni. Fra tali vantaggi, innanzitutto, vi è la maggiore idoneità a realizzare l'interesse pubblico, in coerenza con l'art. 118 della Costituzione e con l'idea di creare un sistema integrato di servizi e interventi secondo la l. n. 328/2000. Inoltre, l'esperienza ha dimostrato che spesso, nel caso di servizi in cui si

---

<sup>71</sup> Cfr. G. Marocchi, *Pubbliche Amministrazioni e Terzo settore tra competizione e collaborazione*, op. cit., p. 4; F. Scalvini, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, op. cit., p. 24.

<sup>72</sup> Strumento introdotto inizialmente dal Comune di Bologna, sulla spinta di un progetto elaborato da una originale dottrina e promosso da Labsus, fatto poi proprio da molteplici enti locali. Da tale esperienza sono nati i c.d. «patti di collaborazione», rapporti di partenariato locale che nel volgere di pochi anni si sono instaurati a migliaia.

<sup>73</sup> Cfr. F. Scalvini, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, op. cit., pp. 24-25.

<sup>74</sup> Nello stesso senso, cfr. G. Marocchi, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*; F. Scalvini, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, op. cit., p. 24.

nota un certo grado di asimmetria informativa e una alta intensità lavorativa, il ricorso a procedure competitive basate principalmente su valutazioni di tipo economico, ha comportato un abbassamento della qualità del servizio stesso, l'aumento dei carichi di lavoro, nonché la riduzione dei livelli salariali<sup>75</sup>. C'è anche un altro aspetto da considerare: spesso accade che l'affidamento tramite procedure competitive si dimostri discriminatorio in quanto avvantaggia enti costituiti da poco tempo, che per diversi motivi hanno costi inferiori, avendo però meno competenze ed esperienza<sup>76</sup>. Tutto ciò avviene, tra l'altro, senza che l'opzione della competizione garantisca un risparmio di spesa pubblica sicuro<sup>77</sup>. La discriminazione si manifesta anche nei confronti dei soggetti di dimensioni minori che non sono in grado di mantenere un personale che si occupi di gestire esclusivamente le gare di appalto, ma che, solitamente, sono quegli stessi soggetti che offrirebbero servizi di qualità maggiore a causa della vicinanza al territorio. In più, ci sono servizi che, per la propria innovatività, sono difficilmente affidabili tramite appalto e che spesso sono offerti proprio dai soggetti di Terzo settore, in quanto essi sono maggiormente in grado di rispondere ai bisogni del territorio ed innovare i servizi<sup>78</sup>.

Al contrario, il ricorso al sistema degli appalti nella creazione di partenariati pubblico-privati dà vita alle stesse situazioni che creano fallimenti del mercato, cioè «mancato rispetto non controllabile dei contratti, bassa qualità dei servizi e soprattutto lavori – e lavoratori – di serie B, poco pagati in un settore di particolare delicatezza»<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. C. Borzaga, *L'art.55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, op. cit.

<sup>76</sup> Per esempio, per la minore anzianità di servizio dei lavoratori, oppure perché possono godere di contributi pubblici per le nuove assunzioni.

<sup>77</sup> C. Borzaga, *L'art.55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, op. cit., per esempio, fa riferimento «ai costi di transazione resi necessari per organizzare ed espletare le gare, con i relativi ricorsi e controricorsi, che una corretta contabilità dovrebbe includere tra le spese sostenute per la gestione dei servizi affidati e non in altri capitoli di bilancio». Secondo l'autore, gran parte di questi problemi sono risolvibili attraverso il ricorso agli strumenti di cui all'art. 55 CTS, poiché, mentre la co-programmazione permette di riscontrare i problemi confrontando soluzioni e sperimentazioni e di individuare meglio le risorse a disposizione (incluse quelle private e quelle per gli investimenti e per le innovazioni), la co-progettazione consente di sfruttare le organizzazioni di Terzo settore per l'apporto originale che esse sono in grado di fornire, senza imporre che modifichino la propria struttura e le proprie finalità per rientrare nei parametri previsti dai bandi. Inoltre, attraverso le procedure riservate a quegli enti che siano caratterizzati da finalità sociali e vincoli di governance e di destinazione dei profitti, è possibile evitare il dilagare di comportamenti opportunistici. Le pratiche clientelari e la corruzione trovano anche meno spazio di esistere, data la grande trasparenza che caratterizza dette procedure.

<sup>78</sup> Cfr. C. Borzaga, *Fin dove si può spingere la concorrenza senza causare danni invece che vantaggi? Il caso emblematico dei servizi sociali*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, p. 18.

<sup>79</sup> Cfr. C. Borzaga, *Fin dove si può spingere la concorrenza senza causare danni invece che vantaggi? Il caso emblematico dei servizi sociali*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, p. 18.

Permangono, tuttavia, secondo certa dottrina, perplessità anche per quanto riguarda il Codice del Terzo settore<sup>80</sup>. Per esempio, per quanto riguarda le convenzioni, la disposizione dell'art. 56 CTS limita molto il campo di applicazione soggettivo dello strumento, in quanto non sarà possibile per organismi non tipizzati, ma, nella sostanza, equivalenti alle ODV stipulare convenzioni, arrivando a inficiare il principio di derivazione comunitaria della massima partecipazione possibile.

Inoltre, l'art. 57 CTS accoglie solo in parte gli approdi della giurisprudenza europea, in quanto, in realtà, copre un ambito più ristretto rispetto a quello considerato, per esempio, nelle citate sentenze 11 dicembre 2014, C-113/2014 e 28 gennaio 2016, C-50/2014, che riguardano il trasporto sanitario in generale, non limitandosi a quello di emergenza e urgenza, come invece fa l'art. 57.

Un altro punto critico è rappresentato dal mancato riferimento al principio di rotazione dell'art. 56 CTS, a differenza di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici, che garantisce maggiormente l'avvicendamento dei soggetti *non profit* nella gestione dei servizi di interesse generale<sup>81</sup>.

La speranza, in ogni caso, è che nella consultazione ANAC in merito alla modifica delle Linee guida in tema di servizi sociali siano intervenuti anche *stakeholders* con opinioni contrastanti rispetto a quelli sostenuti dal Consiglio di Stato, in modo che siano tenuti in considerazione tutti i possibili interessi in gioco, compresi quelli riportati nella presente trattazione.

Si auspica, quindi, che l'ANAC, visto il ruolo che, nel bene o nel male, essa occupa nel panorama italiano, tenga conto della specificità, innanzitutto, dei servizi sociali, e, in secondo luogo, delle organizzazioni del mondo *non profit*. Un punto di partenza fondamentale, in questo senso, dovrebbe essere la considerazione che il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore sono normative equiordinate, che, quindi, dovranno essere applicate in modo coordinato.

A proposito della revisione delle Linee guida, è interessante notare il mutamento di titolo ad opera del documento che ha aperto la consultazione. Tale modifica potrebbe fare

---

<sup>80</sup> Cfr. D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, op. cit., p. 21.

<sup>81</sup> Si fa riferimento, in particolare, all'art. 36, comma 2, lett. b) Cod. Contr. Pubbl. cui rimanda l'art. 142, comma 5-*octies*, il quale, nel caso di appalti sotto soglia, richiede l'utilizzo di procedure negoziate tra soggetti inclusi in specifici elenchi, in osservanza del principio di rotazione negli inviti e negli affidamenti, nonché all'art. 143, secondo cui, in caso di procedure riservate, è vietata la partecipazione di organizzazioni cui sia stata affidato il medesimo servizio negli ultimi tre anni (oltre al fatto che i contratti riservati non possano avere durata superiore a tre anni).

pensare ad un diverso contesto culturale sviluppatosi in questi ultimi anni: infatti, mentre la determinazione del 2016 era intitolata «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali», il titolo del documento su cui si è svolta la consultazione pubblica è «Linee guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”». Sembrerebbe che il titolo precedente fosse incentrato sul rapporto specifico tra P.A. ed ETS, rispetto a cui la delibera individuava i limiti derivanti dalla disciplina degli appalti. La modifica, invece, rimanda all'idea che ci si voglia concentrare sul campo dei servizi sociali, senza differenziare in base al soggetto erogatore (salvo, eventualmente, focalizzarsi poi sull'ambito dei soggetti di Terzo settore)<sup>82</sup>.

Da quanto emerge dal documento in consultazione, sembrerebbe che l'ANAC intenda lasciare alla co-progettazione degli spazi propri, nel senso, da una parte, di limitare fortemente l'applicabilità dell'art. 55 CTS nella parte in cui istituisce gli strumenti ivi previsti al rango di strumenti ordinari dei rapporti tra P.A. ed ETS, dall'altra, riaffermando l'efficacia della co-progettazione ex art. 7 D.P.C.M. 30 marzo 2001, nel senso di rendere tale strumento utilizzabile per gli interventi legati a servizi sociali che siano sperimentali e innovativi.

---

<sup>82</sup> In questo senso, cfr. G. Marocchi, *ANAC e Terzo settore. Il buon senso affiora (ma non emerge)*, op. cit., secondo il quale, è rilevante che tale modifica sia avvenuta proprio a seguito della riforma del Terzo settore, la quale ha cercato di rimarcare la specificità di enti che per finalità e ruolo nella risposta ai bisogni sociali sono assimilabili a quelli pubblici.

## **2. La concorrenza fra soggetti disomogenei**

Un'altra tematica che per anni ha alimentato il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, sia a livello europeo, sia a livello nazionale, concerne la concorrenza fra soggetti disomogenei. Con tale locuzione si intende fare riferimento a quelle situazioni in cui soggetti *non profit* e soggetti *for profit* concorrono in una stessa procedura per ottenere l'affidamento di un servizio.

Le problematiche che tale situazione potrebbe comportare sono diverse. Innanzitutto, è necessario chiedersi se gli enti non profit siano legittimati a partecipare alle gare di appalto o concessione. Vedremo, a questo riguardo, che il percorso è stato travagliato, nonostante oggi si sia arrivati alla conclusione, abbastanza pacifica, per cui è legittimo che enti del Terzo settore, in quanto operatori economici secondo la nota definizione vigente nell'ordinamento comunitario, partecipino a gare per l'affidamento di servizi tramite contratto di appalto o di concessione.

In secondo luogo, un'altra questione rilevante è se, nella partecipazione a gare pubbliche, il fatto che siano presenti enti del Terzo settore concreti un comportamento anticoncorrenziale e se gli eventuali benefici di cui essi godono (quali sovvenzioni pubbliche, piuttosto che concessioni d'uso di beni pubblici) siano catalogabili come aiuti di stato, quindi vietati dalla normativa europea.

Uno sguardo particolare sarà poi riservato al servizio di trasporto sanitario. Come già visto<sup>83</sup>, ad esso è dedicato l'art. 57 CTS. La domanda che ci si pone è se le previsioni ivi contenute siano le uniche applicabili alla procedura di affidamento di tale servizio, o se sia possibile, a tal fine, ricorrere a gare pubbliche.

### **2.1. La possibilità per le organizzazioni *non profit* di partecipare alle gare**

Per arrivare a comprendere quale sia la posizione dell'ordinamento italiano sulla questione della partecipazione degli enti *non profit* alle gare d'appalto è necessario un *excursus* che tocchi le pronunce della Corte di Giustizia, le posizioni delle Autorità indipendenti (in particolare si farà riferimento a quella che era l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato), fino ad arrivare all'opinione della giurisprudenza nazionale, che è stata molto influenzata dal dibattito europeo. Infatti, già a partire dalle Direttive del 2004 sugli appalti la nozione di operatore economico ivi adottata era più ampia di quella vigente

---

<sup>83</sup> Cap. II, par. 1.7.

nell'ordinamento nazionale, che la prevedeva all'art. 3, comma 19 e 22 e all'art. 34 dell'allora vigente Codice appalti.

### 2.1.1. La posizione della Corte di Giustizia

La prima pronuncia che può essere presa in considerazione per la tematica che si sta affrontando è la sentenza Corte di Giustizia CE, sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06<sup>84</sup>, secondo cui «l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatta associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza»<sup>85</sup>. Tale pronuncia ha, quindi, portato alle estreme conseguenze la nozione di impresa secondo l'ordinamento UE<sup>86</sup>. La posizione ivi sostenuta è stata poi confermata dalla Comunicazione della Commissione del 2007<sup>87</sup> e ribadita da una ulteriore sentenza nel 2009<sup>88</sup>. Con essa si conferma il principio di massima apertura delle gare pubbliche, nel senso che è consentito l'accesso alle gare anche a soggetti che non perseguano un preminente scopo di lucro, non abbiano la struttura organizzativa tipica dell'impresa o anche non assicurino una presenza regolare sul mercato.

A parte le conseguenze a livello di giurisprudenza interna che saranno analizzate successivamente<sup>89</sup>, si può notare l'influenza di tale punto di vista anche, per esempio,

---

<sup>84</sup> In particolare, la sentenza è il risultato di un procedimento per inadempimento a carico dell'Italia, causato dalla stipulazione di un accordo quadro per servizi di trasporto malati tra Regione Toscana, AASSLL regionali e alcune associazioni di volontariato.

<sup>85</sup> Punto 37.

<sup>86</sup> «A questa stregua l'esistenza (anche solo potenziale) di un mercato rende il soggetto che vi opera "impresa" ai sensi del diritto comunitario, a prescindere tanto dalla qualificazione (*status*) assunta da tale soggetto nel diritto nazionale quanto dalla circostanza che il servizio risulti non retribuito direttamente da chi ne fruisce» (P. Cerbo, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urbanistica e appalti*, (3) 2011, p. 337).

<sup>87</sup> Comunicazione della Commissione 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., su «I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo», ove si sostiene che «affinché un determinato servizio si configuri come attività economica ai sensi delle regole del mercato interno (libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento), deve possedere la caratteristica essenziale di essere fornito dietro retribuzione»; tuttavia, «non occorre necessariamente che il servizio sia pagato dai beneficiari» ed «il carattere economico di un servizio non dipende dallo *status* giuridico del prestatore (ad esempio un ente non a scopo di lucro), né dalla natura del servizio, bensì delle effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento di una determinata attività».

<sup>88</sup> Corte di Giustizia CE, sez. VI, 23 dicembre 2009, C-305/08, la quale ha affermato che «è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno».

Nello stesso senso, cfr. Corte di Giustizia CE, sez. IV, 18 dicembre 2007, C-357/06.

<sup>89</sup> Par. 2.1.3 del presente capitolo.

dalla modifica all'art. 34 dell'allora vigente Codice appalti, attraverso il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo decreto correttivo)<sup>90</sup>.

### **2.1.2. La posizione delle Autorità indipendenti**

L'Antitrust e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici<sup>91</sup> sono intervenute diverse volte sul tema della partecipazione a gare di appalto delle associazioni di volontariato.

Per quanto riguarda la prima, essa ha sostenuto che le associazioni di volontariato «possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori, nonostante il vantaggio concorrenziale della cospicua riduzione della spesa concernente le risorse umane» e che il fatto che esse «possano offrire servizi a prezzi più contenuti rispetto a quelli offerti da altri concorrenti [...] non esonera tali associazioni dal partecipare a procedure selettive di aggiudicazione»<sup>92</sup>.

La posizione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, almeno inizialmente, era totalmente diversa. Infatti, in un primo parere<sup>93</sup> l'Autorità ha affermato l'illegittimità della partecipazione alle gare delle associazioni di volontariato, in quanto detta partecipazione sarebbe inconciliabile con la possibilità ad esse accordata di godere di proventi costituiti esclusivamente da rimborsi derivanti da convenzioni o da attività commerciali e produttive marginali<sup>94</sup>.

In un secondo parere, l'Autorità ha sostenuto che, essendo la gratuità caratteristica specifica dell'attività di volontariato, la stipulazione di un contratto a titolo oneroso sarebbe incompatibile rispetto al fondamento stesso di tali organizzazioni. Da ciò deriverebbe, a parere dell'Autorità, «un'evidente incompatibilità tra l'espletamento di una gara finalizzata all'aggiudicazione di un pubblico servizio e la partecipazione alla medesima di associazioni di volontariato»<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> L'art. 34, contenente un elenco dei soggetti potenzialmente idonei ad essere affidatari di appalti pubblici, venne modificato nel senso di ammettere esplicitamente «gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri e costituiti conformemente alla legislazione là vigente»

<sup>91</sup> Dal 2014 accorpata all'ANAC.

<sup>92</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato, Segnalazione al Parlamento, 19 marzo 2009, AS509.

<sup>93</sup> Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, parere 31 gennaio 2008, n. 29, ove si sosteneva, in aggiunta, che «la presenza di volontari nella struttura organizzativa del concorrente altera la concorrenza e la parità di trattamento con gli altri partecipanti alla medesima gara, sotto il profilo del personale dipendente che viene adibito allo svolgimento delle prestazioni dedotte in appalto e del relativo costo, incidente, quale fattore della produzione, sull'offerta».

<sup>94</sup> Era quanto prevedeva l'art. 5, l. n. 266/1991.

<sup>95</sup> Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, parere 29 dicembre 2008, n. 266.

Tale posizione è stata successivamente abbandonata<sup>96</sup> e l'Autorità si è conformata all'interpretazione maggioritaria della nozione di impresa.

### 2.1.3. La posizione della giurisprudenza amministrativa

In una prima fase, la giurisprudenza ha sostenuto l'esistenza di una incompatibilità tra *ratio* della gara e struttura giuridica delle associazioni di volontariato, basata sulla «impossibilità logica» e sulla «giuridica preclusione» per le ODV a partecipare alle procedure di gara d'appalto, che gli impedirebbe di essere poste in concorrenza con gli altri operatori sul mercato sulla base del corrispettivo richiesto per il servizio da erogare<sup>97</sup>.

In seguito, altre pronunce hanno sostenuto la stessa tesi, ma sulla base di altre motivazioni, quali il fatto che la partecipazione di detti enti avrebbe alterato la *par condicio* fra i concorrenti<sup>98</sup>, o comunque avrebbe reso inutile la gara, in quale le ODV sono in grado di fare sempre offerte più vantaggiose rispetto alle imprese *for profit*<sup>99</sup>. Secondo altre pronunce, la loro partecipazione sarebbe impedita dall'art. 3 D.P.C.M. 30 marzo 2001, secondo cui alle associazioni di volontariato sono consentite solo attività «complementari a servizi che richiedono una organizzazione complessa»<sup>100</sup>.

Anche secondo la dottrina del tempo, le associazioni non profit avrebbero potuto operare esclusivamente nei settori in cui il mercato si dimostrava carente, e mai in concorrenza con altri operatori economici ai fini della sezione dell'erogatore di un servizio<sup>101</sup>. L'orientamento contrario è stato, fino a pochi anni fa, decisamente minoritario<sup>102</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, parere 23 aprile 2008, n. 127, nonché determinazione 20 ottobre 2010, n. 7, ove ha affermato che «è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno». Anche nel parere 22 ottobre 2009, n. 119, l'Autorità ha stabilito che le imprese sociali possono svolgere attività di impresa in certi settori e, quindi, possono partecipare alle gare per l'affidamento di servizi.

<sup>97</sup> Cfr., in questo senso, TAR Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869 e TAR Campania, sez. I, 21 marzo 2006, n. 3109.

<sup>98</sup> Cfr. TAR Campania, sez. V, n. 1666/2008 e TAR Veneto n. 2034/2007.

<sup>99</sup> Cfr. TAR Liguria, sez. II, 25 ottobre 2004, n. 1467 e TAR Veneto sez. I, 21 febbraio 2006, n. 399.

<sup>100</sup> Cfr., per esempio, TAR Piemonte, sez. II, 16 luglio 2007, n. 2743.

<sup>101</sup> In questo senso, cfr. Cfr. P Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e Terzo settore*, Istituto editoriale Regioni italiane, Roma, 2005, 104 ss.

<sup>102</sup> Cfr., per esempio, TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206 e TAR Toscana, sez. II, 23 marzo 1998, n. 251.

Come già anticipato, sulla scorta della summenzionata giurisprudenza comunitaria, anche nella giurisprudenza nazionale si è affermato un indirizzo differente, che sostiene una nozione di impresa più estensiva, slegata dal concetto di lucro<sup>103</sup>. Il Consiglio di Stato ha poi affermato che la nozione comunitaria di impresa dipende da «elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito quindi di un'attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione»<sup>104</sup>. Il Consiglio di Stato, con queste pronunce, è arrivato a rilevare che la normativa di origine comunitaria non indica alcuna tipizzazione dei soggetti definibili quali operatori economici e che per questo non impedisce la partecipazione degli enti *non profit* alle gare d'appalto<sup>105</sup>.

Se sul punto è possibile, quindi, concludere nel senso della possibilità per gli enti *non profit* di prendere parte alle gare d'appalto, la scelta di ricorrere allo strumento dell'appalto piuttosto che a quello della convenzione o degli altri strumenti di cooperazione illustrati in precedenza<sup>106</sup> spetterà *in primis* alla Pubblica Amministrazione, che, di volta in volta e discrezionalmente, valuterà l'opportunità dell'uno piuttosto che dell'altro mezzo, e, in secondo luogo, agli Enti del Terzo settore stessi, i quali possono decidere di proporsi come subfornitori degli enti pubblici, oppure come collaboratori nel perseguimento del bene comune attraverso il percorso individuato dal Codice del Terzo settore<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> In particolare, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2009, n. 4236.

<sup>104</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897. La pronuncia si riferisce più specificamente alle fondazioni, ma le affermazioni possiedono una portata generale.

<sup>105</sup> Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2010 n. 5696. Nello stesso senso, da ultime, cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2056; Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 387. In quest'ultimo caso, nello specifico, i giudici avevano individuato nell'art. 5, l. n. 266/2001 il fondamento giuridico che prevede che rientrano tra le entrate delle ODV anche le «entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali», la quale previsione legittimerebbe la loro partecipazione alle gare, poiché, a detta del Consiglio, la marginalità delle entrate non è sufficiente ad escluderle dalla procedura d'appalto. Si vedano, inoltre, Cons. Stato, 27 luglio 2015, n. 3685, con cui i giudici si sono espressi a favore della legittimità per le ODV di partecipare a una gara per l'affidamento di un servizio di trasporto malati in emergenza, e Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116, che conferma, fra le altre cose, ancora una volta, che le associazioni di volontariato possono partecipare agli appalti; che, inoltre, possono essere ammesse alle gare pubbliche quali imprese sociali; che il Codice appalti recepisce una nozione di imprenditore quale operatore economico ammesso a partecipare alle gare, senza ulteriori specificazioni.

<sup>106</sup> Cfr. capitolo II.

<sup>107</sup> Cfr. F. Scalvini, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, op. cit., p. 25.

## 2.2. Concorrenza sleale e aiuti di stato

A questo punto, la problematica che si pone non è più quella della partecipazione alle gare da parte delle organizzazioni senza scopo di lucro, bensì quella delle conseguenze che detta partecipazione comporta con riferimento alla competizione fra soggetti disomogenei<sup>108</sup>. Il fronte su cui si è impegnata, quindi, la giurisprudenza è diventato quello dell'individuazione delle condizioni alle quali le organizzazioni di volontariato (ma, più in generale, tutti gli Enti del Terzo settore) possono svolgere attività commerciale e prendere parte alle gare senza alterare la concorrenza rispetto agli operatori economici *for profit*<sup>109</sup>. È senza dubbio vero, infatti, che il basso costo del personale dovuto alla presenza dei volontari e il regime fiscale di cui godono tali enti, gli permettono di fare offerte a condizioni più vantaggiose rispetto alle imprese *for profit*.

Su questa tematica la Corte di Giustizia aveva già espresso un proprio orientamento nella sentenza 7 dicembre 2000, C-568/13, affermando che la partecipazione ad una gara di enti che godono di sovvenzioni che gli consentono di offrire le proprie prestazioni a prezzi molto più bassi rispetto agli altri concorrenti non viola il principio di parità di trattamento tra offerenti, non costituendo, quindi, né una discriminazione dissimulata, né una restrizione incompatibile con l'art. 59 del Trattato CE.

Successivamente, la Corte di Giustizia, considerando che «il legislatore dell'Unione, pur essendo consapevole della diversa natura dei concorrenti che partecipano a un appalto pubblico, non ha previsto altri meccanismi oltre a quello della verifica e dell'eventuale rigetto delle offerte anormalmente basse», ha sostenuto che l'ordinamento europeo non consente «di escludere un offerente, a priori e senza esami ulteriori, dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che, grazie a sovvenzioni pubbliche di cui beneficia, esso è in grado di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti non sovvenzionati», ma che comunque «in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, e in particolare di aiuti non conformi al Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano»<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Cfr. P. Cerbo, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, op. cit., p. 342.

<sup>109</sup> Cfr. Delibera ANAC 10 febbraio 2016, n. 123, adottata in conseguenza di una richiesta di parere da parte di una Asl della Campania. Essa offre una ricostruzione della questione problematica derivante dalla coesistenza di convenzioni e gare per l'affidamento di servizi alle ODV.

<sup>110</sup> CGUE, 18 dicembre 2014, C-568/13.

Più in generale, la tematica è stata affrontata anche dalla già citata sentenza C-113/13, secondo cui essa deve essere risolta anche tenendo conto della prospettiva di bilanciamento della tutela della concorrenza con i principi di solidarietà, economicità ed equilibrio di bilancio.

Recentemente, la Corte di Giustizia ha ritenuto che, nel caso in cui uno Stato membro consenta alle P.A. di affidare compiti direttamente ad associazioni di volontariato e le autorizzi ad esercitare attività commerciali, allora spetta allo Stato stesso determinare i limiti di svolgimento di dette attività.

Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, essa si è conformata all'orientamento della Corte di Giustizia, confermando che ciascun concorrente deve poter esprimere le proprie potenzialità anche traendo vantaggio da «asimmetrie virtuose» dipendenti dalle proprie caratteristiche strutturali e dalle proprie capacità concorrenziali, senza per questo violare il principio della *par condicio*. Perciò, il Consiglio di Stato afferma che «l'offerta senza utile presentata da un soggetto che tale utile non persegue non è, solo per questo, anomala o inaffidabile, in quanto non impedisce il perseguimento di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio *strictu sensu* economico»<sup>111</sup>.

A tal proposito, anche l'Antitrust, nella già citata segnalazione al Parlamento del 19 marzo 2009, ha sostenuto che la tutela della concorrenza non viene meno a causa del «vantaggio competitivo di cui potrebbero godere le organizzazioni di volontariato nell'ambito di una procedura di gara». In questo senso, a detta dell'Autorità, si può evitare di incorrere in forme di disparità di trattamento strutturando i bandi di gara attraverso meccanismi che garantiscano la concorrenza effettiva tra gli offerenti. La conclusione a cui arriva l'Antitrust è accettabile, ma, nella realtà, pare difficile individuare i meccanismi che tale Autorità cita. Infatti, non sembra possibile che la P.A. faccia ricorso a modalità di valutazione dell'offerta differenziate in base all'offerente o che non consideri i benefici di cui godono gli enti *non profit*<sup>112</sup>. Anche la giurisprudenza, in proposito, ha chiarito,

---

<sup>111</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84. Nella pronuncia si sostiene anche che «pur essendo ammissibile che le onlus si avvalgano di lavoratori (poiché in caso contrario, dette associazioni sarebbero in molti casi private della possibilità effettiva di agire), l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale in considerazione del principio generale del diritto dell'Unione del divieto dell'abuso del diritto; quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento». Inoltre, il Consiglio di Stato sostiene anche che vi è un «interesse pubblico a usufruire delle offerte più vantaggiose conseguibili in un mercato contendibile da attori con diverse caratteristiche».

<sup>112</sup> In questo senso, cfr. Cfr. P. Cerbo, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, *op. cit.*, p. 342.

infatti, che per definire la graduatoria la P.A. deve «valutare il costo finale del servizio», senza «negare il beneficio fiscale attribuito dalla legge all'ONLUS»<sup>113</sup>.

Il problema non potrebbe, senza dubbio, essere risolto nel senso di introdurre nei bandi di gara limiti alla partecipazione per determinati tipi di soggetti, come quelli *non profit*, a meno che non siano requisiti tecnici o economici legati all'esecuzione dell'appalto stesso. In questo senso si sono espresse sia la Corte di Giustizia, sia l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sia il Consiglio di Stato, affermando che, per escludere una tipologia di enti da una gara, è necessaria una disposizione legislativa specifica<sup>114</sup>. Fra l'altro, dato che gli enti non lucrativi sono fatti rientrare nella nozione di operatore economico, escluderli dalle gare integrerebbe sicuramente una ingiustificata discriminazione.

Una parziale soluzione al problema della differenza delle offerte tra soggetti disomogenei è quella di incentrare la valutazione sugli aspetti qualitativi dell'offerta, ricorrendo, per esempio, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto qualità/prezzo, che è stato istituzionalizzato dal d.lgs. n. 50/2016 a fianco di quello del prezzo più basso e che è previsto come criterio unico e obbligatorio nelle gare per l'affidamento di servizi alla persona<sup>115</sup>.

L'alternativa al modello della procedura di gara aperta indistintamente a tutti i soggetti del mercato, che potrebbe evitare a monte di incorrere nei problemi relativi alla

---

<sup>113</sup> Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 185.

<sup>114</sup> Cfr. Aut. vig. contr. pubbl., determinazione n. 7/2010; nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3638.

<sup>115</sup> Art. 95, comma 3 Cod. Contr. Pubbl. In particolare, l'articolo prevede che siano sempre aggiudicati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo i contratti relativi a: a) i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché i servizi ad alta intensità di manodopera (ovvero quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto – art. 50, comma 1, ult. per.), fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a); b) i servizi di ingegneria e architettura nonché gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro.

Inoltre, nel Codice si riscontrano altre ipotesi speciali in cui è prescritto tale criterio, eventualmente accompagnato da altri elementi da tenere in considerazione nella valutazione. Si fa riferimento, in particolare, alle seguenti ipotesi: a) dialogo competitivo (art. 64, comma 1); b) partenariato per l'innovazione (art. 65, comma 4); c) affidamento di servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, servizi di prestazioni sociali, altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative, così come individuati dall'art. 142, commi 5-bis e 5-septies, in quanto non compresi dall'ipotesi sub 95, comma 3, lett. a); d) servizi di ristorazione (allegato IX), ai sensi dell'art. 144, comma 1; e) affidamento di servizi sostitutivi di mensa, ai sensi dell'art. 144, comma 6; f) finanza di progetto, ai sensi dell'art. 183, comma 4; g) locazione finanziaria, ai sensi dell'art. 187, comma 2; h) contratto di disponibilità, ai sensi dell'art. 188, comma 3; i) affidamento a contraente generale, ai sensi dell'art. 195, comma 4.

concorrenza fra soggetti disomogenei, è il ricorso ad un modello differente<sup>116</sup>, caratterizzato dall'utilizzo di procedure ristrette e maggiormente selettive per quanto riguarda l'individuazione dei concorrenti, che sia in grado di valorizzare la specificità delle attività svolte da soggetti come quelli *non profit*. In un sistema del genere, appare più che mai fondamentale il riferimento alla qualità del servizio, e quindi l'utilizzo di un criterio quale quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto riguarda il tema più specifico degli aiuti di stato, innanzitutto è da rilevare che secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia per la qualifica di «aiuto» ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE è necessaria la sussistenza di tutti i presupposti ivi menzionati. Deve cioè trattarsi di un intervento dello Stato, o di intervento effettuato attraverso risorse statali; tale intervento deve essere in grado di influenzare gli scambi tra Stati membri; esso deve poi comportare un vantaggio selettivo a favore del suo beneficiario; infine, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza<sup>117</sup>.

Si ricorda, inoltre, che il comma 3 dell'articolo in questione prevede che la Commissione potrebbe, a proprio giudizio, ritenere compatibili con il mercato interno «gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività», a condizione che non alterino le condizioni di scambio in modo contrario al comune interesse.

Alla luce di quanto esposto, e considerato il ruolo che i soggetti del Terzo settore ricoprono nel nostro ordinamento<sup>118</sup>, bisogna concludere, d'accordo con certa dottrina, che aiuti settoriali a tali enti non sono in contrasto con il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, ma, al contrario, sono giustificati in quanto strumenti in grado di indirizzare l'attività economica a fini sociali<sup>119</sup>.

Una domanda che, a questo punto, pare però legittimo formulare è se, al contrario, sia legittimo escludere gli operatori economici *for profit* da altri bandi. Quello che si intende mettere in luce è il fatto che riservare grossi settori di intervento a enti del Terzo settore,

---

<sup>116</sup> Che in dottrina è anche stato definito «modello sociale», in quanto capace di favorire le istanze del pluralismo sociale (E. Frediani, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, *op. cit.*, p. 237).

<sup>117</sup> Cfr., per tutte, CGUE, sez. VII, 9 ottobre 2014, C-522/13.

<sup>118</sup> Si fa riferimento agli artt. 118., ma anche al comma 3 dell'art. 41 della Costituzione, secondo cui «[l]a legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

<sup>119</sup> In questo caso in un settore che mostra «- come opportunamente viene sottolineato nella relazione tecnico-normativa di accompagnamento al disegno di legge [del Codice del Terzo settore]- un potenziale di crescita e di occupazione, idoneo a «generare nuove opportunità di lavoro e di crescita professionale», recuperando «livelli di competitività» per contribuire «in modo sostanziale alla ripresa economica» (E. Castorina, *Il disegno di legge di riforma del Terzo settore: i profili costituzionali e l'impatto con l'ordinamento europeo*, *op. cit.*, pp. 157-158).

che in alcuni casi sono equiparabili a vere e proprie multinazionali, potrebbe significare escludere totalmente imprese che, comunque, rispondono ad un interesse pubblico quale, per esempio, la garanzia di molti posti di lavoro. A parte il fatto che anche gli enti del Terzo settore sono idonei ad offrire, e di fatto offrono, posti di lavoro, la scelta non può che essere, ancora una volta, di stampo politico, poiché si tratta di svolgere un giudizio di bilanciamento di interessi piuttosto delicato e, senza dubbio, discrezionale.

### **2.3. Focus sul servizio di trasporto sanitario**

Una ulteriore problematica afferente al tema della concorrenza fra soggetti *for profit* e soggetti *non profit* riguarda la disciplina dei servizi di trasporto sanitario. La domanda che ci si pone, in particolare, è se sia possibile affidare anche tramite gara pubblica tali servizi, in particolare nel caso di trasporto di emergenza e urgenza.

Il servizio di trasporto sanitario viene distinto dalla normativa in servizio di trasporto sanitario di emergenza urgenza e in servizio di trasporto, sempre con ambulanza, ma in assenza di emergenza. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che «[a]i sensi dell'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. 50/2016, i “servizi di ambulanza”, identificabili con il codice CPV 85143000-3, rientrano tra i servizi che sono esclusi dalle disposizioni del codice. Da tale esclusione sono esplicitamente eccettuati “i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”, i quali dunque restano assoggettati al sistema dell'evidenza pubblica»<sup>120</sup>. Si ricorda, poi, che l'art. 57 del Codice del Terzo settore ha previsto espressamente la possibilità di affidare i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza alle ODV.

Lo stesso Consiglio di Stato, nella predetta sentenza, aveva anche evidenziato che «[n]ell'ambito del d.lgs. 50/2016 i servizi di ambulanza identificati con il cpv. predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140,142, 143 e 144 del codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il c.d. “regime alleggerito” di cui all'art. 142 o secondo il sistema della gara ‘riservata’ a determinate categorie di operatori *no-profit*, ai sensi dell'art. 143». In questo modo sembrava riconoscere la possibilità che i servizi di trasporto di emergenza e urgenza fossero ammessi a gara come servizi sanitari.

Tale normativa, teoricamente, era interpretabile nel senso di accordare alla P.A. la facoltà di fare ricorso all'affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato dei servizi in oggetto, ma anche, discrezionalmente, di rivolgersi ad una platea di operatori

---

<sup>120</sup> Cons. Stato, 22 febbraio 2018, n. 1139.

economici più ampia, effettuando una gara. In tale ultimo caso, eventualmente, si poteva ritenere che l'amministrazione dovesse motivare la scelta effettuata, visto che l'art. 57 prevede l'affidamento diretto alle ODV «in via prioritaria», ma si ritiene che non si incorresse in alcun vizio di legittimità per avere optato per una gara aperta anche a soggetti *for profit*<sup>121</sup>.

Rispetto a quanto fino a qui esposto, è risultata innovativa la soluzione adottata dalla sentenza TAR Veneto, 15 ottobre 2018, n. 951, la quale ha annullato una gara di affidamento di un servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza aperta a tutti gli operatori professionali, sia *profit* sia *non profit*. I motivi dell'annullamento sono stati, per quanto qui d'interesse, essenzialmente due: il primo è che si tratta di un contratto escluso dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici; il secondo è che l'art. 57 CTS prevede espressamente la possibilità di affidare in convenzione diretta alle ODV i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

La decisione in questione<sup>122</sup> non convince in quanto, in primo luogo, l'esclusione dall'applicazione generale del Codice dei contratti pubblici, con conseguente obbligo di applicazione dell'art. 4 del suddetto Codice, non impone il convenzionamento diretto a pena di illegittimità della gara. Infatti, quest'ultimo articolo, che prevede che «[l]'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica», non impone alcuna procedura specifica, rimanendo possibile ricorrere a quelle disciplinate dal Codice stesso, le quali senz'altro rispettano i principi contenuti nell'art. 4. In secondo luogo, l'art. 57 CTS prevede una possibilità e non un obbligo di convenzionamento con gli ETS. La disposizione, infatti, prescrive che «[i] servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza *possono* essere, in via prioritaria, oggetto di

---

<sup>121</sup> In questo senso, cfr. anche F. Botteon, *Servizio di trasporto di emergenza e il convenzionamento con operatori no profit: priorità o obbligo?*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, (4) 2018, pp. 18-19, secondo il quale «[d]el resto, l'esclusione dall'applicazione del Codice e a monte della direttiva n. 24 per i servizi in parola opera solo in tanto in quanto l'affidamento è rivolto e ristretto a favore di organizzazioni senza scopo di lucro (la ratio la spiega il 28° considerando) ma non risulta un divieto di affidamento ad operatori di natura diversa e quindi profit».

<sup>122</sup> Il Consiglio di Stato ha poi sottoposto, con ordinanza n. 6264 del 5 novembre 2018, al giudizio della Corte di Giustizia la questione della compatibilità rispetto all'ordinamento comunitario della Legge regionale veneta n. 26/2012, nella parte in cui pare disporre il prioritario affidamento diretto tramite convenzione ad IPAB e associazioni di volontariato non solo del trasporto sanitario di emergenza, ma anche di quello ordinario.

affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato [...]», intendendo, in questo modo, garantire una posizione di rilievo nel sistema di erogazione di servizi socio-sanitari alle Organizzazioni di Volontariato attraverso uno strumento per esse vantaggioso, quale è la convenzione, senza per questo vietare che altri strumenti, in casi specifici e (preferibilmente) motivati, siano utilizzati.

La questione che, appunto, si potrebbe porre, e che è sottolineata anche dall'ordinanza del Consiglio di Stato n. 6264/2018, riguarda, come già anticipato, la necessità della motivazione della scelta della gara, piuttosto che della convenzione.

#### **2.4. Riflessioni conclusive**

In conclusione, il percorso evidenziato, sia a livello europeo, sia a livello nazionale, ha portato all'implementazione dei principi di origine europea legati al *favor participationis*, nonché al principio di non discriminazione tra operatori economici. Questa evoluzione rappresenta senz'altro un traguardo per il mondo del Terzo settore, che vede dispiegarsi possibilità di azione sempre nuove.

Ciò che, tuttavia, dovrebbe essere tenuto in considerazione è che tale approccio interpretativo comporta anche delle conseguenze problematiche, finendo per «sterilizzare» le specificità delle organizzazioni *non profit*, che trovano il proprio massimo dispiegamento nella possibilità di convenzionamento con le Pubbliche Amministrazioni<sup>123</sup>. La domanda che potrebbe sorgere spontanea di fronte alla eventuale scelta della P.A. di ricorrere ad una gara, riservata o meno, piuttosto che agli strumenti collaborativi offerti dal Codice del Terzo settore è quale sia la ragione alla base della decisione. La gara non permette di sfruttare appieno le potenzialità che enti del Terzo settore potrebbero offrire, come si è visto in precedenza. Per questo motivo, la possibilità riconosciuta a tali soggetti di concorrere per l'affidamento di appalti non dovrebbe offuscare la loro «specializzazione funzionale», che è stata, invece, innalzata a nucleo fondante della nuova disciplina del Terzo settore e da essa valorizzata attraverso la predisposizione di strumenti *ad hoc* che permettono agli enti *non profit* di rapportarsi con le Pubbliche Amministrazioni da un punto di vista rivoluzionario.

Al contrario, però, si potrebbe obiettare che l'intervento di enti del Terzo settore in gare di appalto, oppure il ricorso a gare d'appalto riservate comportano un altro

---

<sup>123</sup> Cfr. A. Santuari Alceste, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, op. cit., p. 125.

svantaggio, cioè quello di escludere una fetta di operatori economici che, ai fini dell'interesse pubblico, si potrebbero rivelare ugualmente rilevanti. Infatti, è indubbio che le imprese *for profit*, se da un lato non si pongono gli stessi obiettivi statutari di solidarietà degli enti del Terzo settore, dall'altro rispondono ad un altro bisogno avvertito dalla comunità, cioè quello lavorativo.

Dunque, si ritiene che, nel momento in cui la Pubblica Amministrazione dovesse optare tra uno strumento e l'altro, essa dovrebbe vagliare tutte le alternative offerte dall'ordinamento, motivando la scelta compiuta sulla base di un giudizio che tenesse in conto le differenze offerte dai diversi tipi di operatori economici e gli svariati interessi e vantaggi collegati agli istituti considerati.

### **3. Il rapporto tra Pubblica Amministrazione ed Enti del Terzo settore nelle fasi della collaborazione: forme di tutela**

Una tematica che si inserisce su una strada ancora poco battuta riguarda le fasi iniziali di un rapporto di collaborazione fra Pubblica Amministrazione ed Enti del Terzo settore. In particolare, si fa riferimento alle fasi di co-programmazione e di co-progettazione, di cui ci si è già occupati in precedenza<sup>124</sup>.

Come si era già messo in luce, si ritiene che tra le suddette forme di collaborazione sussista «un rapporto di consequenzialità logico-giuridica»<sup>125</sup> e che, proprio per questo, la co-programmazione si sostanzia in uno strumento imprescindibile al fine della successiva co-progettazione, in quanto essa sarebbe in grado di individuare la base di partenza minima e di sistema su cui instaurare i necessari interventi per soddisfare i bisogni ivi dedotti. Sarebbe, perciò, da interpretare in questo senso il comma 2 dell'art. 55 CTS, nella parte in cui fa riferimento alla co-programmazione come quella fase in grado di individuare «a monte» i bisogni e i conseguenti interventi necessari. Così individuati, gli interventi specifici che verranno realizzati in fase di co-progettazione saranno in grado, su questo sfondo generale, di soddisfare bisogni previamente determinati. Anche il comma 3 dell'articolo in commento, infatti, va in questo senso, laddove esplicita che la co-progettazione si sviluppa «alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2».

Tenuto presente il panorama appena delineato, potrebbe sorgere spontaneo un quesito, e cioè quale sia la posizione giuridica di un Ente del Terzo settore che prenda parte ad un percorso collaborativo di tal fatta.

Più in particolare, ci si potrebbe chiedere, per esempio, se e quali forme di tutela giuridica possa vantare un ente *non profit* che venisse in un certo momento escluso, senza adeguata motivazione, da tale percorso<sup>126</sup>. Oppure ancora nel caso in cui, ai sensi del

---

<sup>124</sup> Cfr. cap. II, par. 1.2.

<sup>125</sup> E. Frediani, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2017, p. 159.

<sup>126</sup> In via preliminare, è bene chiarire alcuni punti. Innanzitutto, ad opinione di chi scrive, normalmente non è possibile inibire la partecipazione degli enti che hanno preso parte alla fase di co-programmazione alla successiva co-progettazione, anche perché tale divieto sarebbe contrario alla ratio degli istituti stessi della cooperazione. Di conseguenza, almeno in linea teorica, tutti i soggetti partecipanti alla fase di co-programmazione dovrebbero anche essere invitati a co-progettare. Per quanto riguarda i soggetti che non abbiano preso parte alla fase di co-programmazione, secondo chi scrive non si riscontra alcun limite rispetto alla loro partecipazione alla eventuale co-progettazione, dato che le due fasi sono considerabili procedure distinte, ancorché collegate. Nello stesso senso, cfr. L. Gallo, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, op. cit., p. 31.

comma 4 dell'art 55 CTS, la P.A. individui gli ETS con cui attivare un partenariato, ma senza rispettare i criteri e le modalità per l'individuazione degli enti *partner* preventivamente definiti. Quali sono le forme di tutela attivabili da parte degli Enti del Terzo settore in questi casi?

Al fine di trovare una risposta a tale quesito è necessario prendere in considerazione la normativa in tema di «partecipazione collaborativa»<sup>127</sup>, la quale si sostanzia nella necessità da parte della P.A. procedente di acquisire gli interessi dei privati coinvolti ai fini di una miglior valutazione dell'interesse pubblico<sup>128</sup>.

In particolare, con riguardo alla normativa sulla programmazione, a cui fa riferimento anche l'art. 55 CTS<sup>129</sup>, si ricorda che l'art. 1, comma 4, l. n. 328/2000, dispone che gli enti locali rispettino il principio della «concertazione e cooperazione» nei confronti dei vari attori sociali<sup>130</sup>. Nell'ottica della programmazione attraverso piani concertati, la stessa legge quadro prevede all'art. 18 che il piano nazionale è approvato dal Governo, attraverso una procedura che coinvolga i Ministri interessati, le autonomie locali e le associazioni di Terzo settore di rilievo nazionale, le organizzazioni più rappresentative a livello nazionale e le commissioni parlamentari competenti<sup>131</sup>.

Le Regioni, il cui piano è approvato dall'organo competente, che solitamente è il Consiglio regionale, attraverso intese con i comuni interessati<sup>132</sup>, adottano una legislazione specifica sulle forme di concertazione dirette al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati, in particolare gli enti del Terzo settore, nella definizione del piano regionale e dei piani di zona<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> In questo senso, cfr. M. Occhiena, voce «*Partecipazione al procedimento amministrativo*», in S. Cassese (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano, 2006, p. 4129. La partecipazione collaborativa consiste, secondo l'art. 10, l. n. 241/90, nella possibilità di visionare gli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti, i quali devono essere presi in considerazione e valutati obbligatoriamente dall'Amministrazione.

<sup>128</sup> Cfr. E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pp. 459 e ss.

<sup>129</sup> Laddove parla di rispetto «delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

<sup>130</sup> A questo riguardo, G. Pastori, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Milano, 2007, p. 81, parla di «programmazione negoziata».

<sup>131</sup> Cfr. Fossati Alberto, *Programmazione e pianificazione*, in E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 86.

<sup>132</sup> Art. 18, ult. comma, l. n. 328/2000.

<sup>133</sup> Per esempio, l'Emilia-Romagna ha istituito la «Conferenza territoriale sociale e sanitaria», in cui il coinvolgimento del Terzo settore si verifica nel suo concorso alla formazione del piano di zona e nella partecipazione all'accordo di programma con cui è approvato il piano (art. 29, comma 6, l.r. 12 marzo 2003, n. 2); il Piemonte prevede, tra i criteri operativi che devono essere rispettati dalla Regione, dalle Province

Allo stesso modo, anche i Comuni, nel caso di esercizio di funzioni amministrative riferite a servizi sociali, devono utilizzare «forme di consultazione» dei soggetti del privato sociale presenti sul territorio per la verifica della qualità dei servizi e al fine di predisporre le proposte di programma. Inoltre, i Comuni devono individuare «forme di concertazione» anche nella predisposizione dei piani di zona<sup>134</sup>.

La questione della posizione degli enti del Terzo settore rispetto alla P.A. nei procedimenti collaborativi si concentra attorno a due questioni nodali, cioè quelle relative al diritto di accesso e alla partecipazione.

A proposito del diritto di accesso alla documentazione relativa ai procedimenti di co-programmazione e di co-progettazione il problema si pone in maniera più lieve, in quanto, ad opinione di chi scrive, dovrebbe ritenersi che, nel caso di indizione di procedimenti collaborativi, il diritto di accesso alle documentazioni sia garantito a cittadini, associazioni, comitati, soggetti politici e amministrazioni portatrici di un interesse rispetto al procedimento<sup>135</sup>. La questione che rimane in sospeso, e che si riprenderà poco oltre, è quella dell'effettivo possesso di un interesse al procedimento da parte di tali enti.

Per quanto riguarda, più in particolare, le garanzie di partecipazione in senso proprio di cui si possono valere i privati, però, è possibile osservare che le discipline di settore non predispongano solide tutele a livello giurisdizionale. Solitamente, infatti, tali normative contemplano obblighi di consultazione dei soggetti interessati da parte delle

---

e dai Comuni, la concertazione e il coordinamento tra diversi livelli di governo e tra istituzioni e soggetti del Terzo settore (art. 14, l.r. 8 gennaio 2004, n. 1); la Lombardia prescrive il principio di collaborazione tra enti locali e Terzo settore come metodo nella predisposizione del piano sociosanitario regionale (art. 11, comma 1, l.r. 12 marzo 2008, n. 3).

<sup>134</sup> Per un esempio concreto, si veda la legge di Regione Lombardia n. 3/2008, *Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale*, attuativa della disposizione generale della l. n. 328/2000 sul coinvolgimento nella predisposizione del sistema integrato di interventi e servizi sociali delle formazioni sociali.

<sup>135</sup> Cfr. art. 10, comma 3, d.lgs. n. 267/2000. Più in generale, si può notare, negli ultimi anni, una evoluzione dell'ordinamento nel senso di una sempre maggiore apertura nei confronti dei privati nel senso del diritto di accesso. In tale direzione si muove l'idea della trasparenza, come accolta nel d.lgs. n. 33/2013, nel senso di «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni» a prescindere dall'interesse fatto valere dal richiedente (istituto dell'accesso civico). Il d.lgs. n. 82/2005 (c.d. Codice dell'amministrazione digitale), in riferimento ai processi decisionali pubblici, anche qualora siano volti all'adozione di atti normativi e amministrativi generali, prevede che «[c]hiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo» (art. 3, comma 1) e che le P.A. (e le società a controllo pubblico) «[f]avoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo, ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare».

Pubbliche Amministrazioni, che spesso, fra l'altro sono stati considerate semplici facoltà procedimentali<sup>136</sup>.

La scarsità degli strumenti a tutela delle pretese partecipative porta ad una questione di carattere più generale, cioè quale sia la posizione degli enti di Terzo settore che partecipino o che abbiano interesse a partecipare ad un tavolo di co-programmazione o di co-progettazione. Avendo gli atti di co-programmazione e di co-progettazione carattere amministrativo generale, in teoria non trovano diretta applicazione le norme sulla partecipazione al procedimento di cui alla l. n. 241/90. È possibile, tuttavia, ipotizzare una diversa ricostruzione interpretativa: se la co-programmazione e, soprattutto, la co-progettazione sono considerabili procedimenti amministrativi partecipati finalizzati all'individuazione di enti del Terzo settore che siano disponibili a dare vita ad una progettazione concertata di servizi e interventi sociali, allora essi potrebbero essere considerati parte integrante di un più ampio procedimento finalizzato alla definizione di un accordo che dia vita ad un partenariato pubblico-privato per l'organizzazione, l'erogazione o la gestione di servizi co-progettati. Gli atti scaturenti da un percorso di co-programmazione o di co-progettazione potrebbero essere interpretati come atti prodromici<sup>137</sup> rispetto all'accordo finale<sup>138</sup>, il quale avrebbe natura di accordo negoziale ai sensi dell'art. 119 TUEL, oppure natura di accordo procedimentale ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/90. In quest'ultimo caso, quindi, troverebbero *in toto* applicazione al procedimento che sfocia nell'accordo le disposizioni della l. n. 241/90, comprese quelle relative alla partecipazione dei soggetti interessati<sup>139</sup>.

La problematica, a questo punto, ruota attorno al concetto di interesse legittimo. L'ente di Terzo settore che, dopo avere risposto ad un avviso pubblico per l'avvio di una co-programmazione o di una co-progettazione, si veda escluso nel provvedimento finale a causa di una motivazione insufficiente o addirittura senza alcuna motivazione, vede leso

---

<sup>136</sup> Per esempio, cfr. Tar Piemonte, sez. II, 14 agosto 2015, n. 1323.

<sup>137</sup> Gli atti prodromici a provvedimenti amministrativi assumono dignità provvedimento e possono essere valutati sul piano della legittimità e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela (cfr. Corte di Cassazione a SS.UU., 27 luglio 2013, n. 17780; Cons. di Stato, Ad. Plen., 5 maggio 2014, n. 13).

<sup>138</sup> Sempre che la procedura si concluda con un accordo, cosa che non è obbligatoria e non sempre avviene.

<sup>139</sup> In particolare, artt. 3 (secondo cui la motivazione del provvedimento deve dare conto della valutazione dei documenti e delle memorie presentate, ove pertinenti all'oggetto del procedimento), 9 (facoltà di intervento da parte di soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché di portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento) e 10 (diritto alla partecipazione informata), l. n. 241/90.

un proprio interesse legittimo? Sussistono, più in generale, le condizioni per potere richiedere l'annullamento di un provvedimento finale di co-programmazione o di co-progettazione? Ad opinione di chi scrive, la risposta potrebbe essere positiva. Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, è possibile riconoscere un interesse legittimo in capo all'ente di Terzo settore che abbia intrapreso un percorso di collaborazione con la P.A. Esso è legato alla correttezza dello svolgimento del procedimento, non dovendosi confondere, invece, con un preteso diritto soggettivo all'erogazione<sup>140</sup>. Nel caso particolare della violazione degli artt. 3, 9 o 10 della l. n. 241/90, il vizio di cui ci si potrebbe lamentare è la violazione di legge. L'interesse ad agire, invece, sussiste nel momento in cui, attraverso l'annullamento, potrebbe instaurarsi un nuovo percorso di collaborazione il quale, questa volta, tenga conto delle istanze dell'ente ricorrente che potrebbe quindi fare valere i propri interessi, che coincidono, in realtà, principalmente, con gli interessi pubblici.

Residua, però, a questo punto, un problema non indifferente: l'ente che volesse tutelarsi di fronte ad un atto procedimentale di quelli fin qui considerati deve fare i conti anche con la previsione di cui all'art. 21-*octies*, l. n. 241/90. Esso, come sappiamo, impone al ricorrente di dimostrare che, se avesse potuto prendere parte al procedimento, gli elementi che esso avrebbe introdotto sarebbero stati in grado di far adottare alla P.A. una decisione differente rispetto a quella assunta, cosa che spesso si traduce in una *probatio diabolica*. Tale disposizione, in realtà, porta con sé un problema di carattere più generale, che si collega alla questione del rispetto del principio del contraddittorio.

La questione, in realtà, si lega ad una riflessione più ampia, che potrebbe toccare, per esempio, anche il caso in cui siano i cittadini, per esempio attraverso un ente senza scopo di lucro, a proporre una iniziativa al fine di aprire un tavolo di co-programmazione. In questo caso, sempre se tale eventualità fosse realizzabile<sup>141</sup>, ci si potrebbe chiedere se, operando una sorta di procedimentalizzazione delle iniziative dei cittadini<sup>142</sup>, la mancanza di risposte da parte della P.A. interpellata potrebbe essere considerata come una sorta di

---

<sup>140</sup> È quanto affermato, per esempio, in TAR Puglia, Lecce, sez. I, 23 agosto 2010, n. 1860, secondo cui ente *non profit* e P.A. cooperano ai sensi dell'art. 118, comma 4 Cost., al fine di realizzare finalità sociali, ma la responsabilità istituzionale rimane in campo all'Amministrazione; perciò permane in capo ad essa la discrezionalità in merito alle modalità di erogazione dei servizi.

<sup>141</sup> E si è visto in precedenza che non si trova nella legge una chiarificazione sul punto (cfr. cap. III, par. 1.3).

<sup>142</sup> Come proposto, per esempio, da G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti, op. cit.*, p. 202.

«messa in mora» dell'Amministrazione stessa, che, in base all'art. 118 Cost. dovrebbe senz'altro prendere in considerazione l'iniziativa civica.

La strada giurisdizionale, in ogni caso, si dimostra essere ricca di ostacoli, quindi si percepisce la necessità impellente di trovare alternative valide ad essa. Una di queste potrebbe essere il ricorso alla figura del difensore civico<sup>143</sup>, il quale «è competente a garantire l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze e i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini»<sup>144</sup>. Il difensore civico è organo indipendente dall'amministrazione e funge da “mediatore” tra essa e i privati, che possono ricorrervi in modo informale e flessibile. Per questo si può ritenere che egli potrebbe intervenire anche nei confronti di una decisione di carattere organizzativo e non solo rispetto ad un atto singolare e concreto<sup>145</sup>.

Un'altra ipotesi problematica di rilievo potrebbe verificarsi nel caso in cui un ETS proponesse un proprio progetto di intervento in fase di co-progettazione e poi la P.A. procedente escludesse l'ente stesso dalla messa a punto del progetto, arrivando fino ad appropriarsene.

In un caso del genere, non esistendo una normativa di riferimento, si potrebbe pensare di ricorrere, attraverso un ragionamento analogico, alla disciplina degli istituti del concorso di progettazione e di idee, disciplinati dagli artt. 152 e ss. Cod. Contr. Pubbl.

---

<sup>143</sup> L'art. 2, c. 186, lett. a), l. n. 191/2009 ha soppresso la figura del difensore civico comunale prevista dall'art. 11, d.lgs. n. 267/2000, prevedendo che «(l)e funzioni del difensore civico comunale possono essere attribuite, mediante apposita convenzione, al difensore civico della provincia nel cui territorio rientra il relativo comune. In tale caso il difensore civico provinciale assume la denominazione di “difensore civico territoriale” [...]». Molte Regioni e Città metropolitane si sono dotate di un difensore civico regionale o territoriale. Per esempio, in Lombardia è stato istituito un Difensore civico regionale, che è un'autorità pubblica indipendente, prevista dall'art. 61 dello Statuto d'autonomia della Lombardia e disciplinata dalla l. regionale 6 dicembre 2010, n. 18. È incaricato di tutelare i diritti e gli interessi dei cittadini e degli altri soggetti della società civile (associazioni, imprese, comitati) nei confronti della Regione Lombardia e delle altre amministrazioni pubbliche rientranti nella sua competenza; è eletto ogni sei anni dal Consiglio regionale e non è rieleggibile; svolge le sue funzioni in piena autonomia, non ricevendo direttive dagli organi politici regionali. Lo Statuto della Città Metropolitana di Milano, approvato il 22 dicembre 2014, ha istituito, all'art. 12, la figura del Difensore civico territoriale, con compiti di tutela dei diritti e degli interessi delle cittadine e dei cittadini, delle associazioni e delle imprese residenti nell'area metropolitana ed eletto dal Consiglio metropolitano.

<sup>144</sup> Art. 2, c. 186, lett. a), l. n. 191/2009.

<sup>145</sup> Per esempio, il difensore regionale lombardo è intervenuto, in materia di assistenza sociale, con funzione di supporto informativo nel caso del processo di fruizione della misura “Nidi Gratis” di cui al DGR n. 5096 del 29 aprile 2016; in un'altra occasione è stato interpellato per quanto riguarda il sistema dei servizi di assistenza alla comunicazione per gli alunni con disabilità sensoriale frequentanti ogni ordine e grado di scuola.

In particolare, l'art. 152, comma 5 Cod. Contr. Pubbl., al riguardo, si limita a prevedere che «[c]on il pagamento del premio le stazioni appaltanti acquistano la proprietà del progetto vincitore». Se si fa riferimento, però, ai bandi di concorso di progettazione e di idee si può notare che viene sempre prevista una disposizione speciale sul diritto d'autore. Per fare un esempio, si riporta una previsione di tal fatta contenuta nel *Regolamento per l'organizzazione e lo svolgimento dei Concorsi di Architettura*, elaborato dalla Conferenza nazionale degli ordini APPC – Gruppo operativo “Concorsi”: «Art. 28. Diritti d'autore: 1. In tutte le procedure di Concorso, i partecipanti conservano i diritti d'autore dei loro progetti. Gli elaborati inoltrati, relativi alle proposte premiate, diventano proprietà del Committente. 2. Il Committente ed i Partecipanti, previo consenso reciproco, di norma inserito nel Bando, hanno il diritto di pubblicare, esaurito il concorso, i progetti che hanno partecipato alla procedura concorsuale, purché sia il Committente che gli autori dei progetti siano regolarmente menzionati».

Disposizioni di questo tipo, o simili, una volta adeguate al concetto di progetto di intervento o servizio applicabile in un caso specifico di co-progettazione, se previste negli avvisi pubblici di indizione di tale procedimento, potrebbero risolvere il problema a monte.

In loro assenza, non resta altra soluzione che fare ricorso ai principi generali sull'esercizio del potere discrezionale e sul provvedimento. È senz'altro vero, come la giurisprudenza ha sostenuto<sup>146</sup>, che il soggetto privato che collabora con la P.A. non vanta nei suoi confronti alcun diritto soggettivo all'erogazione, in assenza di uno specifico affidamento, ma non è altrettanto ovvio che, nel caso preso in esame, esso non potrebbe essere legittimato a proporre ricorso contro l'atto della co-progettazione che utilizzasse illegittimamente un suo progetto. Infatti, il provvedimento definitivo con cui si affidasse ad un altro ente la messa in atto del progetto lederebbe un interesse legittimo dell'ente che si fosse precedentemente adoperato per proporre un proprio intervento e che avesse sopportato le spese relative ad una offerta che sia stata poi effettivamente accolta, ma senza rispettare i principi di un corretto procedimento. In particolare, esso potrebbe lamentare una violazione del principio di ragionevolezza, quale vizio del provvedimento dal punto di vista dell'eccesso di potere. Ci si potrebbe, infatti, chiedere se sia ragionevole affidare un progetto, in tutto e per tutto elaborato da un certo ente, che si sia preparato a gestirlo e che abbia dimostrato di averne i requisiti, ad un altro soggetto, oppure che la

---

<sup>146</sup> TAR Puglia, Lecce, sez. I, 23 agosto 2010, n. 1860.

stessa amministrazione si appropri del progetto stesso decidendo di erogare internamente il servizio. La scelta finale sembrerebbe collidere, infatti, con il presupposto iniziale del ricorso allo strumento collaborativo, nel cui percorso anche la stessa P.A. ha investito risorse. L'alternativa potrebbe essere il riferimento al vizio di ingiustizia grave e manifesta<sup>147</sup>.

Al di là di questo, meriterebbe attenzione una riflessione più approfondita sull'evoluzione e sul significato dei procedimenti partecipati, soprattutto in un ambito, come quello di cui ci si è occupati nella presente trattazione, in cui una apertura maggiore alle istanze sussidiarie si stia effettivamente verificando<sup>148</sup>. Probabilmente una normativa più chiara che si occupasse di disciplinare dettagliatamente i procedimenti collaborativi aiuterebbe a dirimere i nodi problematici individuati.

Le questioni fin qui analizzate si presentano, chiaramente, come uno stadio patologico del rapporto tra P.A. ed ente *non profit*. L'idea che sta alla base della normativa sulle forme di collaborazione tra i due tipi di soggetto, però, sarebbe quella di evitare il crearsi di tali situazioni, attraverso la nascita di un dialogo quanto più possibile aperto a qualsiasi istanza, poiché la logica di tali procedimenti non è fondata sul concetto di interesse e contro-interesse, quanto piuttosto sul principio per cui qualsiasi contributo è utile, in quanto rivolto nella direzione di un interesse comune a tutti i soggetti collaboranti, cioè l'interesse pubblico. Evitare il ricorso alla tutela giurisdizionale, o, prima ancora, la nascita e lo sviluppo di situazioni patologiche come quelle considerate è la strada migliore per il corretto funzionamento degli strumenti tipici del modello collaborativo. L'unica arma contro tali evenienze, quindi, non può che essere quella del dialogo che crei un rapporto di fiducia nel procedere della collaborazione, da parte sia della P.A., sia degli enti *non profit* che con essa decidono di cooperare.

---

<sup>147</sup> Essendo l'ingiustizia manifesta una figura sintomatica dell'eccesso di potere che «si colloca al confine tra il sindacato di legittimità e il sindacato di merito», è stata raramente utilizzata dalla giurisprudenza e per questo potrebbe ricoprire, al massimo, un ruolo residuale e attivabile soltanto nel caso in cui il carattere ingiusto del provvedimento appaia manifesto, «cioè di immediata evidenza per qualsiasi persona di sensibilità media» (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 221).

<sup>148</sup> Per un approfondimento sul tema dell'evoluzione degli istituti partecipativi nel procedimento amministrativo, cfr. M. D'Alberti, *Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi comparata*, in AA.VV., *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del convegno annuale AIPDA 2017*, Napoli, 2018; M. Nigro, *Il Procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, (1) 1989, pp. 5 e ss.; G. Pericu, *I procedimenti di massa*, in F. Trimarchi, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, 95 ss., adesso in G. Pericu, *Scritti scelti*, Milano, 2009, 601 ss.

In ogni caso, risulta particolarmente complesso trovare una risposta definitiva a queste e alle altre questioni sull'argomento cui si è fatto cenno, in quanto, allo stato attuale della normativa, della giurisprudenza e del dibattito dottrinale, ci si trova di fronte ad una nuova modalità di condurre la funzione amministrativa, che si posiziona all'incrocio fra conseguenze dell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale e istituti tradizionali del diritto amministrativo, che necessitano una riflessione, se non una ricalibrazione, di ordine sistematico.

## CONCLUSIONI

Dalle ricerche effettuate è emerso che il Terzo settore oggi ricopre effettivamente un ruolo decisivo nella gestione ed erogazione di servizi. Innanzitutto, lo dimostrano le ultime stime effettuate sulla presenza degli enti *non profit* in territorio italiano<sup>149</sup>, che testimoniano una larga diffusione di tali soggetti su base nazionale. Tale propagazione non può essere spiegata se non partendo dal presupposto che il Terzo settore, prima che un fenomeno tradizionalmente e culturalmente proprio alla nostra Repubblica, è un elemento chiave di rilievo costituzionale. Infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale, previsto all'art. 118, ultimo comma della Costituzione, come si è dimostrato, si considera attuato anche attraverso la normativa che disciplina i rapporti tra Pubblica Amministrazione ed enti del Terzo settore<sup>150</sup>.

Non si può negare, però, che la storia normativa e culturale del mondo del Terzo settore abbia giocato un importante ruolo nel percorso che ha portato alla situazione attuale. Per questo motivo, nella trattazione ci si è occupati anche di delineare tale evoluzione, sfociata nel Codice del Terzo settore<sup>151</sup>. Il ruolo del mondo *non profit* è stato riconosciuto e amplificato proprio dalla riforma che ha preso le mosse dalla legge delega n. 106/2016. Nonostante non tutti i passi per la sua effettiva attuazione siano stati compiuti<sup>152</sup>, è possibile riconoscere che, in particolare con il Codice del Terzo settore, sia stato approntato uno strumentario idoneo a garantire, laddove ben utilizzato, l'esistenza di sistemi efficaci di erogazione di servizi alla persona, nei quali Pubbliche Amministrazioni

---

<sup>149</sup> Si è fatto, in particolare, riferimento alla ricerca Istat, Risultati della prima edizione del Censimento permanente delle istituzioni *non profit*, svoltosi nel periodo novembre 2016 – aprile 2017 con il coinvolgimento di circa 43 mila unità operanti nel settore, rapporto presentato il 20 dicembre 2017. Essa ha dimostrato che, alla data di indagine, le organizzazioni non profit attive in Italia erano 343.432 ed impiegavano 812.706 dipendenti.

<sup>150</sup> Cfr. cap. I, par. 2.

<sup>151</sup> Cfr. cap. I, par. 3.

<sup>152</sup> A titolo di esempio, è ancora in elaborazione il decreto sui criteri e limiti per l'esercizio di attività diverse di cui all'art. 6, comma 1 CTS, così come quello sull'individuazione di beni in natura che danno diritto a deduzione o detrazione di imposta e criteri e modalità di valorizzazione delle liberalità di cui all'art. 83, comma 2 CTS. Il Registro Unico nazione del Terzo settore non è ancora in funzione e non sono state prese in considerazione, al momento in cui si scrive, altre disposizioni che richiedono attuazione, fra cui quella di cui all'art. 7, comma 2 CTS sulle Linee guida per la raccolta fondi, quella di cui all'art. 47, comma 5 CTS sull'approvazione di modelli standard di atti costitutivi e statuti di ETS predisposti dalle reti associative, così come altre disposizioni relative alla definizione di forme, contenuti, termini e modalità di esercizio di funzioni di vigilanza, controllo e monitoraggio, le modalità di raccordo con le altre Amministrazioni interessate e gli schemi delle relazioni annuali di cui all'art. 96 CTS.

ed Enti del Terzo settore possono collaborare, ciascuno mettendo in gioco le proprie risorse migliori, al fine di soddisfare l'interesse pubblico.

In particolare, si è visto che il d.lgs. n. 117/2017, per quanto riguarda i rapporti tra P.A. ed enti del Terzo settore, ha previsto una disciplina unitaria per i soggetti afferenti a tale categoria, che trova il proprio centro focale negli istituti della co-programmazione, della co-progettazione<sup>153</sup> e della convenzione con le Organizzazioni di volontariato e le Associazioni di promozione sociale<sup>154</sup>. Quanto si è cercato di sostenere con la presente opera è che agli enti del Terzo settore non è preclusa la possibilità di entrare in contatto con le Pubbliche Amministrazioni anche attraverso altri strumenti, quali quelli teoricamente previsti per gli affidamenti ai soggetti *for profit*<sup>155</sup>. Infatti, si è dimostrato che ad essi non è impedita la partecipazione alle gare d'appalto, cui possono accedere, sia secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia secondo quella interna, attraverso procedure ristrette al solo mondo *non profit*, oppure anche insieme ad operatori economici con scopo di lucro, senza incorrere nel rischio di integrare un condotta anticoncorrenziale o di violare il divieto di aiuti di stato, nel rispetto del principio di non discriminazione tra operatori economici di matrice europea<sup>156</sup>.

Per gli stessi motivi, come si è sostenuto, si ritiene che il rapporto tra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici non sia, come sostenuto dal Consiglio di Stato<sup>157</sup>, di subordinazione, ma che essi siano fonti equiordinate bisognose di un coordinamento che, attualmente, non è presente<sup>158</sup>. La differenza tra i due Codici, pertanto, non si pone a livello di classificazione delle fonti, bensì dipende dalla funzione che essi espletano nell'ordinamento. Mentre il Codice dei contratti pubblici afferisce a quello che è stato definito il modello competitivo dei rapporti tra P.A. e privati, il Codice del Terzo settore abbraccia un modello differente di affidamento di servizi agli enti privati, cioè quello collaborativo. Entrambi i modelli sono validi e usufruibili da parte di Pubbliche Amministrazioni ed enti del Terzo settore, ma è necessario tenere presente che la scelta per l'uno o per l'altro, nel momento in cui alla P.A. spetta decidere attraverso quale modalità garantire l'erogazione di un servizio, comporta conseguenze non indifferenti.

---

<sup>153</sup> Cfr. cap. II, par. 1.2.

<sup>154</sup> Cfr. cap. II, par. 1.7.

<sup>155</sup> Si fa riferimento, principalmente, al Codice dei contratti pubblici.

<sup>156</sup> Cfr. cap. III, par. 2.

<sup>157</sup> Cfr. parere Consiglio di Stato, Commissione speciale, 20 agosto 2018, n. 2052.

<sup>158</sup> Cfr. cap. III, par. 1.

In particolare si è notato che, dal punto di vista del Terzo settore, la scelta per il modello collaborativo comporta certamente dei vantaggi per entrambe le parti, fra i quali si è messa in evidenza una maggiore idoneità alla realizzazione dell'interesse pubblico, coerentemente con l'art. 118 della Costituzione e, per quanto riguarda il settore dei servizi socio-sanitari, con l'idea di creare un sistema integrato di servizi e interventi di cui alla l. n. 328/2000<sup>159</sup>. Inoltre, è stato dimostrato che, nel caso di servizi connotati da un certo grado di asimmetria informativa e da un'alta intensità lavorativa, l'opzione delle gare d'appalto spesso comporta un abbassamento della qualità del servizio stesso, l'aumento dei carichi di lavoro, nonché la riduzione dei livelli salariali<sup>160</sup>. Un altro elemento da non sottovalutare è la considerazione per cui l'affidamento tramite procedure competitive si potrebbe dimostrare discriminatorio in quanto può avvantaggiare enti che, costituiti da poco tempo, per diversi motivi abbiano costi inferiori ma anche meno competenze ed esperienza, fra l'altro senza che il ricorso al modello competitivo garantisca risparmi certi di spesa pubblica.

Al contrario, il modello della collaborazione, che comunque necessita di essere calibrato e raccordato con l'ordinamento in cui si inserisce, è in grado di rispondere a bisogni che una stretta vicinanza alla comunità di riferimento e l'obiettivo primario dell'interesse pubblico, che caratterizzano gli enti di Terzo settore, permettono di individuare meglio, soprattutto con riferimento a quei casi in cui gli interventi necessari presentino il carattere della innovatività o dell'urgenza. Per permettere ciò, il rapporto che attraverso gli strumenti collaborativi si dovrebbe instaurare tra Pubbliche Amministrazioni ed enti senza scopo di lucro, deve essere incentrato su un confronto portato avanti attraverso un dialogo continuo, più o meno formale che sia. Si è evidenziato, a questo proposito, che rispetto a tali forme di rapporto non trovano adeguata applicazione nemmeno le modalità di tutela offerte a livello giurisdizionale<sup>161</sup>.

Tra tutti, gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione, soprattutto se rispettati nella identità loro propria, che la normativa gli riconosce, di fasi contigue di un

---

<sup>159</sup> Cfr. cap. III, par. 1.3.

<sup>160</sup> Cfr. C. Borzaga, *L'art.55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, op. cit.

<sup>161</sup> Cfr. cap. III, par. 3, in cui si è fatto riferimento alle situazioni patologiche che possono affliggere gli enti di Terzo settore nei loro rapporti con la P.A., in particolare nei casi di co-programmazione o di co-progettazione, la cui disciplina normativa si mostra carente dal punto di vista del procedimento e della tutela per i soggetti coinvolti.

procedimento amministrativo all'insegna della cooperazione<sup>162</sup>, potrebbero comportare svariati vantaggi non solo per istituzioni pubbliche, ma anche per le comunità di riferimento, fra i quali, innanzitutto, grandi risparmi per la spesa pubblica, ma anche una risposta qualitativamente migliore nell'erogazione dei servizi stessi rispetto ai bisogni della comunità e all'interesse pubblico.

Il motivo per cui esistono normative distinte per disciplinare i due modelli di affidamento di servizi e interventi cui si è fatto riferimento è, quindi, da una parte, quello di meglio adeguarsi alle funzioni diverse che essi ricoprono e, dall'altra, di rispettare le specificità proprie dei soggetti che entrano in contatto con le Pubbliche Amministrazioni. Soggetti *non profit* e soggetti *for profit*, infatti, mostrano attitudini e bisogni differenti, che dovrebbero essere messi in luce e tutelati da una normativa a ciascuno propria. Da questo punto di vista, gli enti di Terzo settore potrebbero essere considerati, per molti aspetti, assimilabili più agli enti pubblici che agli operatori economici aventi scopo di lucro, soprattutto per le finalità comuni ai primi due tipi di enti. Per questo motivo, è bene che la Pubblica Amministrazione si adoperi per sfruttare appieno le potenzialità offerte dalla nuova normativa sul Terzo settore, la quale mira a promuovere forme di collaborazione che si giovano proprio di tali caratteristiche degli enti *non profit*.

Al fine di trovare soluzioni definitive alle questioni di cui si è trattato, nel prossimo futuro vari saranno gli attori giuridici che, senza dubbio, prenderanno parte al dibattito. Innanzitutto, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore sulla materia da parte del legislatore, al quale spetta, fra gli altri, il compito di coordinare la normativa sul Terzo settore a livello sistematico e, in particolare, con la disciplina relativa ai contratti pubblici. In secondo luogo, si dovranno attendere ulteriori pronunce del Consiglio di Stato inerenti alla normativa derivante dalla riforma del Terzo settore prima che si confermi una sua posizione definitiva sulla questione. Si attendono, inoltre, le modifiche delle Linee guida in materia di affidamenti sociali da parte dell'ANAC, le quali, presumibilmente, avranno un grande impatto sull'applicazione della normativa cui si riferiscono, così come è stato per la Determinazione del 2016<sup>163</sup>. Infine, ad opinione di chi scrive, un compito di spicco

---

<sup>162</sup> Cfr. E. Frediani, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, op. cit., p. 168. Nello stesso senso depongono il comma 2 dell'art. 55 CTS, nella parte in cui fa riferimento alla co-programmazione come quella fase in grado di individuare «a monte» i bisogni e i conseguenti interventi necessari, e il comma 3 laddove esplicita che la co-progettazione si sviluppa «alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2».

<sup>163</sup> Si fa riferimento alla determinazione del 2016 «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali», per la cui modifica il 13 giugno 2019 è stata aperta una

nella definizione del percorso inaugurato con la riforma del Terzo settore competerà, vista anche la fluidità che al momento attuale caratterizza la materia, ai soggetti protagonisti delle vicende collaborative, cioè le Pubbliche Amministrazioni e i soggetti *non profit* stessi, in quanto alle prime spetta il compito di accogliere il modello collaborativo, applicandolo in tutte le situazioni a cui esso potrebbe essere adatto, mentre i secondi dovranno rivelarsi capaci di approcciarsi alle istituzioni pubbliche con l'intenzione di offrire il proprio contributo al fine della definizione e del soddisfacimento dei bisogni collettivi, attraverso forme di dialogo efficaci, efficienti e continuative.

---

consultazione pubblica relativa al documento «Linee guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”».

## BIBLIOGRAFIA

Addis Paolo, Ferioli Elena Amalia, Vivaldi Elena, *Il Terzo settore nella disciplina normativa italiana dall'Unità ad oggi*, in E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, 2011;

Albanese Alessandra, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, Milano, 2007;

Albanese Alessandra, *L'affidamento dei servizi socio sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2010, pp. 131 e ss.;

Albanese Alessandra, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, (3) 2014;

Albanese Alessandra, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non profit*, (3) 2017;

Albisinni Francesco Giovanni, *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, (4) 2016, pp. 510 e ss.;

Allegretti Umberto, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista Aic*, (1) 2011;

Ardigò Achille, *Volontariato, welfare state e terza dimensione*, in *La Ricerca Sociale*, (25) 1981;

Av.Vv., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, redatto dal "Club degli amici dell'art. 55", 28 gennaio 2019, Roma, consultabile in <https://welforum.it/wp-content/uploads/2019/02/II-Terzo-settore-preso-sul-serio.pdf>;

Arena Gregorio, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 179 e ss.;

Arena Gregorio, *Interesse generale e riforma del Terzo settore. Interesse generale, interesse pubblico, interesse privato, tre poli di un nuovo assetto*, in *Labsus.org*, 17/06/14;

Azzolini Vitalba, *Due codici per il Terzo settore*, in *lavoce.info*, 2018;

Barbetta Gian Paolo, *Il settore non profit italiano: solidarietà, democrazia e crescita economica negli ultimi vent'anni*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011;

Baroni Bassano, *Commento al D.P.C.M. 30 marzo 2001*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003;

Bassi Franco, *Autorità e consenso*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, (3) 1992, pp. 749 e ss.;

Battistella Alessandro, *Vademecum sull'utilizzo della convenzione tra enti pubblici e soggetti privati in ambito socio-assistenziale*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, (12-13) 1998, pp. 3 e ss.;

Benacchio Gian Antonio, *Verso le direttive di quarta generazione*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012;

Benvenuti Feliciano, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, (1) 1952, pp. 118 e ss.;

Benvenuti Feliciano, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, (2) 1957, pp. 149 e ss.;

Benvenuti Feliciano, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996;

Bersani Carlo, *Il pluralismo dei soggetti. Modello dell'opera pia e disciplina della personalità giuridica dai codici preunitari all'Unità*, Giuffrè, Milano, 1997;

Boccacin Lucia, *Il Terzo settore tra le generazioni: un'analisi delle relazioni tra i soggetti del "welfare" plurale*, Vita e pensiero, Milano, 2003;

Borzaga Carlo (a cura di), *Il terzo sistema: una nuova dimensione della complessità economica e sociale*, Fondazione Zancan, 1991;

Borzaga Carlo, *Fin dove si può spingere la concorrenza senza causare danni invece che vantaggi? Il caso emblematico dei servizi sociali*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 14-18;

Borzaga Carlo, *L'art. 55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, in *Welforum.it*, 2019;

Borzaga Carlo, *L'art.55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, in *Welforum.it*, 2019;

Bottari Carlo, *Dai servizi sanitari ai servizi socioassistenziali*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 3 e ss.;

Botteon Franco, *Servizio di trasporto di emergenza e il convenzionamento con operatori no profit: priorità o obbligo?*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, (4) 2018, pp. 17 e ss.;

Bressan Edoardo, *Percorsi del Terzo settore e dell'impegno sociale dall'Unità alla Prima guerra mondiale*, in E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, 2011;

Cacace Aurelio, *Associazioni no profit e concessioni di pubblici servizi. Note critiche ad una sentenza della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiano di Diritto pubblico comunitario*, (3-4) 1998, pp. 688 e ss.;

Cafaggi Fabrizio, *Governare per contratto o per organizzazione? Alternative istituzionali nella riforma dello stato sociale*, in F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del Terzo settore*, Bologna, 2002, pp. 75 e ss.;

Cafaggi Fabrizio, *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, in F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del Terzo settore*, Bologna, 2002, pp. 7 e ss.;

Caldirola Debora, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, (3) 2018;

- Caranta Roberto, *Affidamento dei servizi di ambulanza al nonprofit*, in *Urbanistica e appalti*, (5) 2015, pp. 512 e ss.;
- Carpentieri Paolo, *Appalti nel settore dei beni culturali*, in *Urbanistica e appalti*, (8-9) 2016, pp. 1014 e ss.;
- Cartei Gian Franco, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, pp. 627-639;
- Cartei Gian Franco, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1 e ss.;
- Casetta Elio, Fracchia Fabrizio, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 459 e ss.;
- Cassese Sabino, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971;
- Cassese Sabino, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (2) 1991, pp. 378 e ss.;
- Castorina Emilio Salvatore, *Il disegno di legge di riforma del Terzo settore: i profili costituzionali e l'impatto con l'ordinamento europeo*, in *Non profit*, (3) 2014;
- Cerbo Pasquale, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urbanistica e appalti*, (3) 2011, pp. 335 e ss.;
- Cetra Antonio, *Lo svolgimento dell'attività di impresa da parte degli enti non profit, anche alla luce delle previsioni dell'art. 3, lett. d, l. delega n. 106 del 2016*, in *Non Profit*, (2) 2017, pp. 189 e ss.;
- Cherubini Arnaldo, *Storia della previdenza sociale in Italia (1860-1960)*, Editori Riuniti, Roma, 1977;
- Chiti Mario Pilade, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pp. 5 e ss.;
- Cilione Giampiero, *Diritto sanitario*, Maggioli, Rimini, 2005;

Cipriani Roberto, *Carità e trasformazioni sociali*, in M. Impagliazzo (a cura di), *La nazione cattolica. Chiesa e società in Italia dal 1958 a oggi*, Guerini e Associati, Milano, 2004;

Clarich Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017;

Clarich Marcello, Boschetti Barbara, *Il Codice Terzo settore: un nuovo paradigma*, in *JusOnline*, (3) 2018, pp. 28-43.;

Consito Manuela, *Accreditamento e Terzo settore*, Jovene, Napoli, 2009;

Consorti Pierluigi, *Nozione di Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2014;

Consorti Pierluigi, *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2017;

Consorti Pierluigi, *Diritto e religione*, Laterza, Bari, 2014;

Consorti Pierluigi, Gori Luca, Rossi Emanuele, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018;

Corry Olaf, *Defining and Theorizing the Third Sector*, in R. Taylor (a cura di), *Third Sector Research*, New York, 2010, pp. 11-20;

Cozzio Michele, *Cambia la nozione di operatore economico: la Corte di Giustizia conferma la partecipazione alle gare pubbliche di università, enti no profit, imprese sociali, fondazioni ed altre organizzazioni*, in *Informator*, (1) 2010;

D'Alberti Marco, *Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi comparata*, in Aa.Vv., *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del convegno annuale AIPDA 2017*, Napoli, 2018;

Dabormida Renato, *La riforma del Terzo settore*, in *Il Civilista*, Milano, 2017;

Dalla Mura Franco, *Pubblica amministrazione e non profit*, Carrocci Editore, Roma, 2003;

De Ambrogio Ugo, *Coprogettazione: ed ora? Osservazioni a seguito dell'intervento del Consiglio di Stato in risposta alla richiesta ANAC*, in *Welforum.it*, 6 settembre 2018;

- De Angelis Paolo, *I sistemi di affidamento dei servizi*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 55 e ss.;
- De Angelis Paolo, *La partecipazione dei soggetti privati, non profit e for profit, nell'erogazione dei servizi sanitari*, Giappichelli, Torino, 2017;
- De Carli Paolo, *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002;
- De Carli Sara, *E se fossero gli appalti a favorire la corruzione?*, in *Vita.it*, 2018;
- De Conno Andrea, Doveri Andrea, Marchetti Mascia, *Sussidiarietà, programmazione partecipata e affidamento dei servizi*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010;
- De Maria Carlo, *L'evoluzione del Terzo settore dal Novecento a oggi (1915-2011)*, in E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna 2011;
- De Siervo Ugo, *Il problema dell'assistenza fra Stato e società, in Stato e Chiesa di fronte al problema dell'assistenza*, Ciso-Edimez, Roma, 1992;
- Defourny Jacques, Monzón Campos José Luis, *Économie sociale (entre économie capitaliste et économie publique) / The Third Sector (cooperative, mutual and non-profit organizations)*, Brussels: De Boeck Université – CIRIEC, 1992;
- Develtere Patrick, Defourny Jacques, Fonteneau Bénédicte, *L'économie sociale au Nord et au Sud*, De Boeck Supérieur, 1999;
- Di Filippo Amedeo, *Il Codice degli appalti batte quello del Terzo settore: gara (quasi) sempre necessaria per l'appalto di servizi sociali*, in *Il quotidiano per la P.A.*, 2018;
- Di Gaspare Giuseppe, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, pp. 1-25;
- Donati Pierpaolo, *Pubblico e privato: fine di una alternativa?*, Cappelli, Bologna, 1978;
- Dugato Marco, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 55-70;

Emmanuele Francesco Maria Emanuele, *Il terzo pilastro. Il non profit motore del nuovo welfare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008;

Etro Federico, *Public-Private Partnership*, Dipartimento di Economia, Università Bicocca Milano, Working Paper Series, (120) 2007;

Etzioni Amitai, *The third sector and domestic missions*, Public Administration Review, Vol. 33, (4) 1973;

Fabiano Antonella, *La coprogettazione e il Codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali. Spunti di approfondimento*, Anci, Milano, 2017;

Fadiga Zanatta Anna Laura, *Il sistema scolastico italiano*, Il Mulino, Bologna, 1976;

Falcon Giandomenico, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1989, pp. 1 e ss.;

Fantini Stefano, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), (7) 2012;

Ferioli Elena, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Torino, 2003;

Fici Antonio, *I contratti tra pubblica amministrazione ed enti non profit nel settore dei servizi alla persona*, in F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del Terzo settore*, Bologna, 2002, pp. 129 e ss.;

Fici Antonio, *L'impresa sociale nel progetto di riforma del Terzo settore italiano: appunti e spunti*, in *Impresa sociale*, (5) 2015, pp. 83-89;

Fici Antonio, *L'ente del Terzo settore come modello organizzativo per lo svolgimento di attività formativa d'interesse generale*, in *Rassegna CNOS*, (3) 2017, pp. 51-69;

Fici Antonio, *L'impresa sociale come nuova opportunità per il Terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e gli strumenti di finanziamento*, Convegno UBI Banca del 9.10.2017 presso l'Università Cattolica di Milano, febbraio 2018;

Fici Antonio (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018;

Fici Antonio, *Le fondazioni filantropiche nella riforma del Terzo settore*, in *Working paper* n. 20, Università Cattolica del Sacro Cuore, Centro ricerche sulla cooperazione e sul *nonprofit*, Vita e Pensiero, 2018, pp. 1-60;

Fiorentini Gianluca, *Modelli di programmazione e organizzazioni non lucrative in sanità*, in F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del Terzo settore*, Bologna, 2002, pp. 361 e ss.;

Fossati Alberto, *L'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del Terzo settore*, in E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 119 e ss.;

Fossati Alberto, *Programmazione e pianificazione*, in E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 81 e ss.;

Franchi Scarselli Guido, *Terzo settore e servizi socio-sanitari*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 13 e ss.;

Frediani Emiliano, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, in E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, Bologna, 2012, pp. 211 e ss.;

Frediani Emiliano, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, (3) 2017;

Galgano Francesco, *Il fallimento delle società*, in *Trattato diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. X, Padova, 1988, pp. 137 e ss.;

Gallo Carlo Emanuele, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, (3) 2003, pp. 253 e ss.;

Gallo Luciano, *Dalla competizione alla collaborazione, nel rispetto dei principi della P.A.*, in *Welforum.it*, 2018;

Gallo Luciano, *I nuovi strumenti di collaborazione fra PA ed enti di Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 26-32;

Gallo Luciano, *Primo commento alla sentenza 6 marzo 2019, n. 1546 della Terza sezione del Consiglio di Stato. Una rondine non fa primavera, ma prima o poi dovrà pur venire*, in *Welforum.it*, 2019;

Gatti Serafino, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Rivista diritto commerciale*, (1) 1980, pp. 88 e ss.;

Giannini Massimo Severo, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940;

Giannini Massimo Severo, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967;

Gili Luigi, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, (1) 2018, pp. 15 e ss.;

Gori Luca, Rossi Emanuele, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatoriosullefonti.it*, (2) 2016;

Gualdani Annalisa, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, (12) 2018;

Iamiceli Paola, *Servizi alla persona e forme privatistiche di gestione: il modello delle organizzazioni miste*, in F. Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del Terzo settore*, Bologna, 2002, pp. 179 e ss.;

Jorio Ettore, *Il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in S. Gambino (a cura di), *Assistenza sociale e tutela della salute*, Philos, Roma, 2004, pp. 126 ss.;

Kendall Jeremy, Knapp Martin, *A loose and baggy monster: boundaries, definitions and typologies*, in J.D. Smith, C. Rochester, R. Hedly, *An introduction to the voluntary sector*, GB, London, 1994, pp. 66-95;

Manfredi Giuseppe, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli Torino, 2001;

Marocchi Gianfranco, *Appalti riservati: le modifiche introdotte dal nuovo codice degli appalti*, in *Welforum.it*, 2017;

Marocchi Gianfranco, *Coprogettazione: Anac e Consiglio di Stato rimescolano le carte. Ma forse non conoscono il gioco*, in *Welforum.it*, 2018;

Marocchi Gianfranco, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, in *Welforum.it*, 2018;

Marocchi Gianfranco, *La coprogettazione dopo il parere del Consiglio di Stato*, in *Welforum.it*, 2018;

Marocchi Gianfranco, *Pubbliche Amministrazioni e Terzo settore tra competizione e collaborazione*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 4-8;

Marocchi Gianfranco, *ANAC e Terzo settore. Il buon senso affiora (ma non emerge)*, in *Welforum.it*, 2019;

Mastragostino Franco, *Premessa*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. I e ss.;

Mattalia Maura, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amministrativo*, (7-8) 2008, pp. 1984 e ss.;

Mazzamuto Marco, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2001;

Mazzeo Luca, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urbanistica e Appalti*, (8-9) 2016, pp. 1001 e ss.;

Meale Agostino, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, (8-9) 2016, pp. 919 e ss.;

Miccù Roberto, Onorati Roberto, Palmaccio Alessandro, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, in *Non profit*, (4) 2017, pp. 21 e ss.;

Michiara Paolo, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e Terzo settore*, Istituto editoriale Regioni italiane, Roma, 2005;

Michiara Paolo, *L'affidamento di servizi al Terzo settore*, in *Non Profit*, (3) 2014, pp. 199 e ss.;

Montani Veronica, *La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile*, in *JusOnline*, (1) 2017;

Nigro Mario, *Il Procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, (1) 1989, pp. 5 e ss.;

Occhetta Francesco, *L'economia civile. La riforma del Terzo settore*, in *La Civiltà Cattolica*, (17) 2014;

Occhiena Massimo, voce «*Partecipazione al procedimento amministrativo*», in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4128 e ss.;

Palmaccio Alessandro, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al Codice dei contratti e del Codice del Terzo settore*, in *Nomos*, (3) 2017;

Pastori Giorgio, *Società e Stato in Italia dal 1948 a oggi*, in *Scritti scelti*, Jovene, pp. 299 e ss.;

Pastori Giorgio, *Riforme istituzionali e concezioni dell'amministrazione*, in *Vita e pensiero*, (1) 1994, pp. 1 e ss.;

Pastori Giorgio, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Milano, 2007, pp. 79 e ss.;

Pastori Giorgio, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, *Jus*, (2-3) 2008, pp. 323 e ss.;

Pellizzari Silvia, *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *Impresa Sociale*, (3) 2014, pp. 36 e ss.;

Pellizzari Silvia, *Le diverse forme di relazione pubblico-privata nell'organizzazione dei servizi sociali e di welfare*; in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 9-13;

Pellizzer Franco, Santi Giacomo, *La convenzione con gli enti no profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in F. Carinci (a cura di), *Enti no profit e volontariato*, IPSOA, Milano, 1999, pp. 147 ss.;

Pericu Giuseppe, *I procedimenti di massa*, in F. Trimarchi, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, 95 ss., adesso in G. Pericu, *Scritti scelti*, Milano, 2009, 601 ss.;

Picone Savio, *Appalti nei servizi sociali*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Neldiritto, Roma, 2016, pp. 801 e ss.;

Piperata Giuseppe, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 3-21;

Piperata Giuseppe, *Intervento pubblico, concorrenza e integrazione nel sistema delle prestazioni sanitarie e sociali*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 89 e ss.;

Poggi Annamaria, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e la necessità di una "identificazione" all'interno del settore*, in *Non Profit*, (2) 2002;

Polidori Carlo, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, Relazione al Convegno organizzato da IGI «*I primi 300 giorni del Codice nella giurisprudenza*», Roma, 14 febbraio 2017;

Polidori Carlo, *Contratti pubblici del Terzo settore*, Relazione al Convegno organizzato dal Comune di Pordenone, 10 ottobre 2017;

Ponzanelli Giulio, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (5) 2017;

Propersi Adriano, *L'ibridazione della normativa e dei comportamenti nelle aziende profit e non profit*, in *Non profit*, (3) 2017, pp. 99 e ss.;

Quadri Enrico, *Il Terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, (5) 2018, pp. 708 e ss.;

Reggio d'Acì Andrea, *Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità della convenzione va valutata in termini comunitari*, in *Urbanistica e appalti*, (6) 2013, pp. 682 e ss.;

Renna Mauro, *Art. 11 (Autorizzazione e accreditamento)*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 300 e ss.;

Renna Mauro, Saitta Fabio, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012;

Rossi Emanuele, *Codice Terzo settore: una bella occasione in parte sprecaata*, in *Nuova proposta*, Settembre-Ottobre 2017;

Rossi Emanuele, Addis Paolo, Biondi Dal Monte Francesca, Stradella Elettra, Vivaldi Elena, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 61 e ss.;

Rossi Emanuele, Gori Luca, Sciumè Giorgio, *Position paper sulla riforma del Terzo settore*, standing group della Scuola Superiore Sant'anna di Pisa e della Fondazione Profit Non Profit, giugno 2017;

Rossi Emanuele, Zamagni Stefano, *Introduzione*, in E. Rossi, S. Zamagni, *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, 2011;

Rossi Giampaolo, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017;

Salamon Lester, Anheier Helmut., *The third world's third sector in comparative perspective. Working papers of The Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, n. 24, The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, Baltimore, MD, 1997;

Sanchini Francesco, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, (9) 2016;

Sanchini Francesco, Del Bianco Andrea, *L'affidamento del servizio di trasporto sanitario al volontariato. Fra vocazione solidaristica e confronto competitivo*, in *Welforum.it*, 2018;

Sandulli Aldo Mazzini, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940;

Santanera Francesco, Gallo Anna Maria, *Volontariato*, Ed. Utet, 1998;

Santuari Alceste, *Note di inquadramento sugli affidamenti dei servizi socio sanitari*, in *Aiccon.it*, 2014;

Santuari Alceste, *La (presunta) concorrenza sul mercato delle organizzazioni non profit*, in *Short Paper*, *Aiccon.it*, (4) 2015;

Santuari Alceste, *La riforma del Terzo settore apre una nuova stagione di rapporti (trasparenti) tra settore pubblico e organizzazioni non profit*, in Aiccon.it, 2018;

Santuari Alceste, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, Bononia University Press, Bologna, 2018;

Santuari Alceste, *Procedure di affidamento dei servizi agli enti del Terzo settore*, in Aiccon.it, 2018;

Santuari Alceste, *Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra principio di concorrenza e affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato nel diritto eurounitario e nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Sanità pubblica e privata*, (3) 2019, pp. 11 e ss.;

Scalvini Felice, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 263 e ss.;

Scalvini Felice, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, in *Welfare oggi*, (2) 2018, pp. 19-25;

Simoncini Andrea, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. Carrozza, E. Rossi (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, pp. 75;

Taroni Francesco, *Le 3A: autorizzazione, accreditamento e accordi*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013;

Tiberi Giulia, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Passigli, 2008;

Tondi Della Mura Vincenzo, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in *Federalismi.it*, (20) 2007;

Tondi Della Mura Vincenzo, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, (3) 2017;

Tondi Della Mura Vincenzo, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'Anac al codice del Terzo settore*, in *Rivista Aic*, (1) 2018;

Torchia Luisa, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, pp. 845 e ss.;

Trimarchi Banfi Francesca, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1990;

Venturi Paolo, Zandonai Flaviano, *Impresa sociale: i tre impatti della riforma*, in *Non profit*, (2) 2017, pp. 23-41;

Violini Lorenza, Zucchella Antonella, *Il Terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non profit*, (2) 2003, pp. 265-294;

Zamagni Stefano, *Non profit come economia civile*, Il Mulino, Bologna, 1998;

Zamagni Stefano, *Nuovo welfare, sussidiarietà, Terzo settore*, in *Areté – Quadrimestrale dell'Agenzia per le ONLUS*, (3) 2010, pp. 5-13;

Zamagni Stefano, *Introduzione: Slegare il Terzo settore*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 13 e ss.;

Zanelli Enrico, *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1963.

## RINGRAZIAMENTI

A conclusione del mio elaborato, vorrei porgere un ringraziamento alle persone che durante questi lunghi anni di studio mi hanno circondato e, con affetto e dedizione, mi hanno permesso di arrivare dove sono ora.

Innanzitutto, un ringraziamento speciale al mio relatore e al mio correlatore, che, con pazienza, mi hanno seguito passo per passo durante questo complesso percorso.

Grazie alla mia famiglia. Grazie per avermi sostenuto dal primo giorno. Grazie per non avermi mai lasciata sola. Grazie per avermi fatto sentire sempre e comunque amata. Grazia mamma, grazie papà, grazie Bea, grazie Giuli e grazie Ale. Vi voglio bene.

Grazie a coloro che mi hanno supportato con tutte le proprie forze, senza che fossero tenuti a farlo. In particolare, ringrazio le mie zie, Ina e Tella, e mia cugina Betti. Vi ringrazio perché non so se mi sono mai davvero meritata l'amore che mi avete voluto donare.

Grazie a tutti gli amici soccorritori della Croce Bianca. In questi anni avete costruito un ambiente sicuro dove rifugiarmi ogni qualvolta ne avessi bisogno. Grazie di scegliere ogni giorno di donare voi stessi per gli altri, così come avete fatto un po' anche per me. Un grazie speciale a Marta e Lorenzo, quelli della pianta del dosso, e a Clara, donna e capitana straordinaria.

Grazie alla mia meravigliosa squadra di pallavolo. Siete una forza della natura. Qualsiasi peso mi porti sulle spalle è facilmente sopportabile quando, alla fine della giornata, sto insieme a voi.

Grazie agli amici di sempre. Senza di voi non sarei quella che sono oggi. Forse nemmeno saprei chi sono. Fra questi, un grazie speciale va ad Ali, Cri e MC.

Grazie agli amici che hanno condiviso con me il lungo e complesso percorso universitario. So che le esperienze vissute insieme non ci permetteranno di dimenticarci

facilmente gli uni degli altri. Sicuramente io non vi dimenticherò. Grazie, soprattutto, ad Ale e Dome.

Infine, grazie a chi mi ha scelta e, più di chiunque altro, mi continua a scegliere ogni giorno, nonostante tutto. Grazie Rosita, grazie Penny, grazie Gnele, grazie Lau, grazie Piero. Auguro alla me di tutti gli universi paralleli potenzialmente esistenti di avervi trovati in mezzo alla folla, ma sono abbastanza tranquilla in questo senso: la vostra anima bellissima è un faro nella notte.