

*Articoli e saggi***Luci (normative) e ombre (interpretative)
nell'applicazione degli istituti di coinvolgimento
attivo degli enti del terzo settore previsti dal d.lgs. n.
117/2017**

Rocco Parisi

SOMMARIO: 1. Contratti pubblici e modelli solidaristici di amministrazione condivisa: alle radici del problema. – 2. L'apparente soluzione normativa del problema nelle riforme dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e dei contratti pubblici. – 3. I dubbi interpretativi alimentati dal diritto positivo. – 4. Il persistente "riflusso concorrenziale". – 5. Conclusioni.

1. *Contratti pubblici e modelli solidaristici di amministrazione condivisa:
alle radici del problema*

Il rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e gli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore di cui al Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 (c.d. «Codice del terzo settore») rappresenta una tematica ormai nota al dibattito giuridico e solo apparentemente sopita a seguito delle recenti riforme legislative.

Com'è noto le questioni più rilevanti hanno riguardato la co-progettazione e le convenzioni disciplinate dal d.lgs. n. 117/2017, in quanto strutturalmente idonee ad estendersi alla fase esecutiva dei servizi e, perciò, a porsi in possibile sovrapposizione con il contratto di appalto, ponendo il rischio di elusione della disciplina pro-concorrenziale dettata dal codice dei contratti pubblici.

La tematica, a ben vedere, affonda le proprie radici su due profili fondamentali: da un lato, la qualificazione giuridica e costituzionale degli istituti previsti dagli articoli 55 e seguenti del Codice del terzo settore; dall'altro lato, l'esatta perimetrazione degli obblighi pro-concorrenziali imposti dall'Unione Europea.

In riferimento al primo dei profili segnalati, per lungo tempo l'orientamento prevalente, soprattutto in giurisprudenza, ha negato l'autonomia giuridica degli istituti del Codice del terzo settore, appiattendoli erroneamente sull'archetipo contrattuale ed imponendo, perciò, il ricorso alla gara pubblica per l'affidamento nei confronti di enti del terzo settore di servizi sociali «economicamente rilevanti» ma non anche «remunerativi», caratterizzati cioè dall'erogazione da parte dell'amministrazione di un contributo economico idoneo a coprire le spese sostenute e documentate dall'ente privato, ma non anche ad ingenerare un utile economico nei suoi confronti.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa, a partire dal noto parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato¹, ha subordinato l'applicazione degli istituti del Codice del terzo settore ad un presupposto, quello della «gratuità» del servizio, in alcun modo richiesto dal d.lgs. n. 117/2017 e tale da escludere ogni forma di rimborso delle spese relative ai fattori produttivi, ivi compresi i costi inerenti alla remunerazione dei lavoratori impiegati dall'ente privato nell'esecuzione del servizio.

In virtù di tale assunto, fondato sull'assolutizzazione della *vis attractiva* della contrattualistica pubblica rispetto ad ogni rapporto economicamente rilevante², è stata limitata l'applicazione degli istituti del Codice del terzo settore alle sole fattispecie caratterizzate da una gestione integralmente gratuita del servizio, ovvero in perdita, in cui l'ente privato è onerato delle spese necessarie a garantire la corretta erogazione delle prestazioni.

Tuttavia, tale impostazione è stata criticata in ragione della piena autonomia giuridica e costituzionale degli istituti di coinvolgimento attivo previsti dal Codice del terzo settore, che perciò rappresentano un modello, legislativamente riconosciuto, equipollente ed alternativo a quello dei contratti pubblici, sganciato dai presupposti della «gratuità» o della «irrilevanza economica» delle prestazioni, invero non previsti dal d.lgs. n. 117/2017.

Infatti, alla luce della *ratio* e dei valori sottesi all'intervento dei privati in ambito sociale, gli articoli 55 e seguenti del Codice del terzo settore rinviengono il pro-

¹ Ci si riferisce, in particolare a Cons. Stato, ad. comm. spec., 20 agosto 2018, parere n. 2052.

² Sul punto, è significativo l'inciso riportato nel parere n. 2052/2018, in cui il Consiglio di Stato ritiene che in virtù degli obblighi imposti dall'ordinamento dell'Unione Europea è necessario «sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di sacche sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati».

prio addentellato costituzionale nei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale³ di cui rappresentano un'espressa trasposizione sul piano legislativo⁴.

Gli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore, dunque, costituiscono modelli di cooperazione pubblico-privata paritaria del tutto sganciati dai caratteri egoistico-lucrativi che connotano il modello concorrenziale emergente dall'art. 41 Cost., che muovono dal momento programmatico (con la co-programmazione) e si estendono alla progettazione ed alla realizzazione degli interventi (con la co-progettazione e le convenzioni), realizzando così un "ciclo di vita" dei servizi sociali del tutto distinto da quello dei contratti pubblici, fondato su proprie logiche solidaristiche e sussidiarie. Tra ente del terzo settore e pubblica amministrazione si instaura un rapporto basato sulla convergenza di interessi, volto al perseguimento del medesimo bene comune⁵, in cui il contributo economico versato dall'amministrazione non costituisce la remunerazione sinallagmatica per l'attività svolta dall'ente del terzo settore, bensì – per l'appunto – un "contributo", messo in comune con quello (umano, conoscitivo, materiale, ecc.) apportato dall'ente privato per il perseguimento dello stesso interesse generale.

Tale rapporto è qualificato, e si legittima sul piano costituzionale ed euro-unitario, anche sul versante soggettivo, in virtù della natura *lato sensu* (teleologi-

³ Sul fondamento costituzionale degli istituti previsti dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 e, in particolare, sul rapporto con il principio di sussidiarietà orizzontale, si veda B. Giliberti, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra autonomia iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, in *Annuario Aipda 2023. Atti del Convegno annuale 2023 sul tema "Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere"*, Napoli, 2024, 321. Per un'approfondita disamina sul principio di sussidiarietà orizzontale, si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; Id., *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 140 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 2004, 1 ss.; G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, II, 2005, 1756 ss.; Q. Camerlengo, *Art. 118 (Commento)*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, 2333 ss.; T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di)*, in *Enc. Dir., annali*, 2007, 1133; Id., *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur. mezz.*, 2000, 15 ss.; C. Panzera, *Il doppio volto della sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 4, 2003; F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.; R. Parisi, *Il sistema dei servizi sociali tra Stato, mercato e Terzo settore*, Napoli, 2023.

⁴ Peraltro, un fondamento costituzionale diretto è rinvenibile nell'art. 38 della Costituzione che, sancendo la libertà dell'assistenza sociale privata, formalizza a livello costituzionale un sistema di *welfare* pubblico-privato (c.d. «*welfare mix*»).

⁵ Si tratta di un modello di rapporto pubblico-privato già prefigurato da F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 884, laddove con il termine «demarchia» l'Autore individuava il venir meno dell'esclusività della funzione pubblica nel perseguimento dell'interesse pubblico e l'instaurazione della democrazia nell'amministrazione, con conseguente attribuzione al cittadino del ruolo di co-attore nella realizzazione degli interessi della collettività. Più di recente, tale modello è stato sviluppato con la teorica della «amministrazione condivisa», elaborata da G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss. Sul tema, si veda anche V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 21; M. Bombardelli, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 113.

camente) pubblica degli enti del terzo settore, quali soggetti giuridici formalmente privati ma spontaneamente animati dal perseguimento di finalità generali e di interesse pubblico.

La natura para-pubblicistica di tali enti emerge direttamente dai presupposti costitutivi previsti dal d.lgs. n. 117/2017 per il riconoscimento della qualifica giuridica di «ente del terzo settore», che rappresenta, a sua volta, condizione essenziale per accedere agli istituti disciplinati dal Titolo VII.

In particolare, l'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 individua come elementi costitutivi degli enti del terzo settore⁶: *i)* la natura privata; *ii)* l'assenza di finalità lucrative; *iii)* il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale; *iv)* l'iscrizione nel Registro unico nazionale del terzo settore (c.d. «RUNTS»).

Soffermandosi sull'assenza del fine di lucro, deve rimarcarsi che essa non impedisce all'ente privato di svolgere la propria attività avvalendosi anche dell'apporto di lavoratori subordinati o collaboratori esterni, ai quali peraltro deve essere garantito ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 117/2017 un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dal CCNL di categoria.

Emerge, al riguardo, una netta, ma forse poco considerata, distinzione tra l'assenza del «lucro soggettivo»⁷ dell'ente, intesa come divieto di redistribuzione degli utili tra i membri dell'associazione, che costituisce un elemento costitutivo degli enti del terzo settore, ed il fine lucrativo delle persone che prestano la propria attività (ad esempio, a titolo di lavoro dipendente e/o di collaborazione esterna) all'interno dello stesso ente, che legittimamente percepiscono una remunerazione per l'attività svolta.

Tale distinzione è altresì suffragata dall'ulteriore, e più significativo, presupposto per l'attribuzione della qualifica di ente del terzo settore, costituito dal perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una delle attività di interesse generale previste dall'art. 5 del Codice del terzo settore. Tale requisito «teleologico», che distingue gli enti del terzo settore da altri enti solo *no profit*, consente di rinvenire nell'ampia platea degli enti privati solo quei soggetti statutariamente (dunque, volontariamente) istituiti per il perseguimento di interessi non egoistici, bensì generali e collettivi, che proprio

⁶ Sugli enti del terzo settore, anche alla luce della disciplina di cui al d.lgs. n. 117/2017, si veda R. Morzenti Pellegrini, *Il ruolo del Terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in F. Mangano, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 279.

⁷ Cfr. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Quale sistema di welfare di fronte alle nuove fragilità?*, in *Annuario Aipda 2021. Atti del Convegno annuale 2021 sul tema "Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide"*, Napoli, 2022, 58.

per questo motivo sono legittimati a cooperare in maniera paritaria con l'amministrazione nella programmazione, ideazione ed esecuzione dei servizi sociali⁸.

Ebbene, l'art. 4 individua diverse modalità alternative attraverso cui le attività di interesse generale possono essere svolte, tra cui alle forme gratuite («di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi») si affiancano quelle prive del carattere della gratuità («di produzione o scambio di beni o servizi»). Sicché, l'attività di interesse generale dell'ente del terzo settore, pur non potendo mai essere lucrativa (per l'ente), può essere o meno gratuita, potendo essere svolta alternativamente senza la copertura economica dei fattori di produzione e della manodopera (resa in maniera volontaria), ovvero attraverso la remunerazione di attività prepuamente lavorativa.

Risulta, dunque, confermata la distinzione tra l'assenza di lucro del soggetto giuridico, che rappresenta un presupposto indefettibile per la qualificazione di ente del terzo settore, e la gratuità delle prestazioni, che può o meno connotare l'attività di interesse generale dello stesso ente.

Il divieto di lucro, legislativamente imposto all'ente, non può essere indistintamente esteso anche ai lavoratori/collaboratori che operano al suo interno, anche perché questi ultimi sono soggetti giuridicamente distinti dagli enti del terzo settore, che intervengono secondo logiche e prospettive diverse, contribuendo in maniera sovente decisiva all'erogazione delle prestazioni o alla specializzazione e professionalizzazione dell'attività svolta. Si pensi, ad esempio, alle funzioni amministrative, contabili o di segreteria di un'associazione *no profit*, ovvero alle professionalità necessarie a garantire le prestazioni socio-assistenziali, che spesso risultano difficilmente reperibili nella platea del volontariato "puro", quantomeno in maniera esaustiva e continuativa.

Ciò posto, solo in presenza dei requisiti tipizzati dal d.lgs. n. 117/2017 gli enti possono ottenere l'iscrizione nel RUNTS, conseguendo la qualifica di ente del terzo settore e, di conseguenza, la "certificazione" di una comunanza di interessi con la pubblica amministrazione che ne giustifica, in attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, il coinvolgimento attivo e paritario secondo gli istituti previsti dagli artt. 55 e seguenti del Codice del terzo settore.

In quest'ambito, incentrato sul modello dell'amministrazione condivisa e sui valori costituzionali di solidarietà sociale, eguaglianza e sussidiarietà orizzontale, non c'è spazio per valutazioni economiche e di mercato che, di converso, connotano i contratti pubblici.

Venendo al secondo dei profili segnalati in apertura, non può trascurarsi di considerare che anche la perimetrazione degli obblighi pro-concorrenziali imposti dall'Unione Europea ha costituito per molto tempo un fattore determinan-

⁸ Cfr. D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, 153 ss.

te di limitazione degli istituti previsti dal Codice del terzo settore, in virtù della posizione eccessivamente pro-concorrenziale assunta (soprattutto) dalla giurisprudenza amministrativa.

Tuttavia, contrariamente a quanto a lungo sostenuto, l'Unione Europea, pur avendo progressivamente escluso che la natura solidaristica dei servizi sociali potesse *ex se* legittimarne l'esclusione dai Servizi di interesse economico generale (SIEG) e dall'applicazione della disciplina concorrenziale, ha ammesso (soprattutto a partire dalle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 UE) un'importante deroga per l'esternalizzazione dei servizi *de quibus*, consentendo che gli stessi possano essere forniti anche attraverso modalità alternative ai contratti pubblici⁹, nei limiti in cui ciò non comporti un utile per l'ente privato.

Tale assunto è stato confermato dalla Corte di Giustizia UE, sia pur nell'ambito di un orientamento non sempre univoco ed omogeneo, con la nota sentenza «Spezzino», laddove è stato evidenziato che l'affidamento dei servizi sociali resta estraneo alla disciplina dei contratti pubblici ove il contributo economico erogato dall'amministrazione si riferisca unicamente al rimborso delle spese sostenute e documentate dal privato, ivi comprese quelle relative ai fattori di produzione e, dunque, alla remunerazione del personale dipendente. Al riguardo, i giudici europei hanno espressamente evidenziato che ove venisse esclusa dal contributo pubblico la copertura dei costi relativi alla retribuzione dell'attività lavorativa interna all'ente *no profit*, gli stessi enti «sarebbero pressoché privati della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato»¹⁰.

Per tale via, è stato registrato, anche a livello europeo, un importante riconoscimento della conciliabilità tra solidarietà e rilevanza economica dei servizi, per cui non dev'essere imposta aprioristicamente l'applicazione della disciplina dei contratti pubblici rispetto a servizi economicamente rilevanti, non remunerativi per l'ente e preordinati al perseguimento di finalità solidaristiche e di utilità generale.

2. *L'apparente soluzione normativa del problema nelle riforme dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e dei contratti pubblici*

I principi e le coordinate ermeneutiche sopra riportate, di matrice sia costituzionale che euro-unitaria, sono state espressamente valorizzate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 131/2020¹¹ e, finalmente, recepite dal legislatore italiano nelle recenti riforme.

⁹ Cfr. Direttiva 2014/24/UE, cons. 114.

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia UE, 11 dicembre 2014, causa 113/13, *Azienda Sanitaria n. 5 "Spezzino"*.

¹¹ La sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale viene diffusamente considerata come «pietra miliare» nell'inquadramento degli istituti di amministrazione condivisa previsti dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 e in particolar modo della co-progettazione, che secondo la Corte costituisce espressione «di un

Ci si riferisce, anzitutto, alla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, laddove il d.lgs. n. 201/2022 ha espressamente riconosciuto, proprio in relazione a servizi pubblici economicamente rilevanti, piena autonomia agli istituti del Codice del terzo settore, in quanto espressione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, ammettendo la possibilità per gli enti locali di ricorrere alle forme di partenariato ivi previste a condizione che il contributo erogato dall'amministrazione sia limitato al rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli necessari all'esecuzione del servizio¹².

Dunque, l'unico limite per l'operatività degli istituti del Codice del terzo settore è rinvenuto, non nella rilevanza economica delle prestazioni, insita nella stessa natura dei servizi pubblici disciplinati, bensì nella remuneratività, integrata ove il contributo pubblico risulti eccedente al rimborso dei costi (anche di produzione) sostenuti dall'ente privato per l'erogazione del servizio.

Ancor più significativa ai fini di cui ci occupa è la disciplina del d.lgs. n. 36/2023, di riforma dei contratti pubblici, il cui art. 6 ha riconosciuto piena autonomia giuridica ai «modelli di amministrazione condivisa», che: siano dotati di uno specifico fondamento costituzionale nei «principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale»; si riferiscano ad «attività a spiccata valenza sociale»; siano «privi di rapporti sinallagmatici» e «fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del terzo settore». Il perseguimento delle finalità sociali dev'essere inoltre realizzato in «condizioni di pari trattamento», in «modo trasparente» e nel «rispetto del principio del risultato». Il secondo periodo dell'art. 6 precisa, infine, che restano al di fuori dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti gli istituti disciplinati dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2027.

Dunque, il legislatore del nuovo Codice dei contratti pubblici ha trasposto in legge gli elementi giuridici e costituzionali che qualificano il modello sussidiario di co-amministrazione, rendendolo autonomo ed alternativo rispetto a quello contrattualistico, e che, di conseguenza, ne consentono l'applicazione in presenza delle condizioni (soggettive, oggettive e strutturali) previste dal Codice del terzo settore ed indipendentemente dalla rilevanza economica delle prestazioni.

Addirittura, il riconoscimento cristallizzato nell'art. 6 sembra andare oltre gli istituti disciplinati dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017, ammettendo al primo periodo l'autonomia giuridica di tutti i modelli di co-amministrazione parita-

nuovo rapporto collaborativo» tra amministrazione ed enti del Terzo settore, il cui presupposto fondamentale è costituito dalla natura teleologicamente para-pubblicistica di tali enti, cristallizzata dai presupposti previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 per l'iscrizione nella categoria del terzo settore. Un modello che, secondo la Consulta, è perfettamente conforme al diritto dell'Unione Europea, il quale invero riconosce «agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)».

¹² Si veda, al riguardo, l'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022.

ria con gli enti del terzo settore permeati dai caratteri ivi indicati, rispetto ai quali la co-programmazione, la co-progettazione e le convenzioni di cui al Titolo VII rappresentano una *species*, espressamente considerata dal secondo periodo.

Sicché, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022 e del d.lgs. n. 36/2023 la problematica dei rapporti tra modelli concorrenziali e sussidiari di gestione dei servizi sociali era apparsa finalmente risolta, in virtù delle chiare e specifiche indicazioni dettate dal legislatore.

Tuttavia, gli auspici e gli entusiasmi destati dal nuovo quadro normativo sono stati disattesi nella realtà, ove continuano a registrarsi orientamenti non sempre ossequiosi della *ratio* e dei presupposti giuridico-costituzionali sottesi agli istituti in esame.

3. *I dubbi interpretativi alimentati dal diritto positivo*

Alcune problematiche interpretative sono alimentate da imprecisioni testuali rinvenibili nell'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023, astrattamente idonee a pregiudicarne la corretta applicazione.

In primo luogo, il riferimento normativo ad «attività a spiccata valenza sociale», quale presupposto per l'applicazione dei modelli di amministrazione condivisa con gli enti del terzo settore appare non solo eccessivamente generico, non essendo agevole individuare quali attività presentino «valenza sociale» e per di più «spiccata», ma anche diverso dal requisito previsto dagli artt. 4-5 del Codice del terzo settore (*id est*: «attività di interesse generale»). Ne deriva, dunque, un'incertezza interpretativa di non poco conto, inerente all'individuazione di uno dei presupposti necessari per l'applicazione dei modelli di co-amministrazione previsti dal d.lgs. n. 117/2017.

In secondo luogo, il riferimento al «principio del risultato», alla cui osservanza è subordinata l'applicabilità dei modelli di amministrazione condivisa, è idoneo a restringere sensibilmente l'ambito di applicazione degli istituti previsti dal d.lgs. n. 117/2017, ove siffatto principio sia inteso nel senso di imporre all'amministrazione una previa valutazione di maggiore convenienza economica dei modelli di co-amministrazione rispetto al mercato. In tal caso, infatti, verrebbe imposta una condizione non prevista dal Codice del terzo settore, se non per le convenzioni di cui all'art. 56.

Giova all'uopo rilevare che il riferimento al principio del risultato non possa essere inteso nel senso, appena indicato, di imporre all'amministrazione una previa valutazione di maggiore convenienza economica rispetto al mercato, venendo in rilievo talune ragioni testuali e sistematiche.

Anzitutto, sul piano letterale, siffatta valutazione preventiva non è imposta espressamente dall'art. 6, come invece previsto da altre disposizioni del Codice dei contratti pubblici, come ad esempio l'art. 7 in riferimento agli affidamenti *in-house*. Pertanto, può ritenersi che ove il legislatore avesse voluto imporre tale valutazione lo avrebbe fatto espressamente, come riportato in altre disposizioni.

Inoltre, sul versante sistematico, deve rilevarsi che il principio del risultato non si sovrappone affatto al principio di concorrenza, essendo di converso preordinato a garantire la massima tempestività ed il miglior rapporto qualità/prezzo nella realizzazione del servizio. Si consideri, al riguardo, che già all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023 i primi commentatori hanno messo in luce come il principio del risultato abbia scardinato il precedente sistema dei contratti pubblici, improntato prioritariamente sulla tutela della concorrenza e del mercato, rimettendo al centro del sistema la funzione di committenza pubblica¹³.

Considerando, peraltro, che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto¹⁴ se ne può desumere che il richiamo contenuto nell'art. 6 cristallizzi un criterio volto ad orientare la scelta nell'*an* dell'amministrazione di procedere (o meno) alla gestione del servizio attraverso gli istituti del Codice del terzo settore¹⁵, in modo tale che il ricorso ai modelli di co-amministrazione assicuri comunque la tempestività e la qualità del servizio, nonché un ragionevole impiego di risorse umane, materiali ed economiche. Emerge, sotto tale ultimo profilo, un chiaro riferimento al buon andamento amministrativo, di cui il principio del risultato rappresenta espressa attuazione nel settore dei contratti pubblici¹⁶ e che, peraltro, è già di per sé applicabile agli istituti di co-amministrazione, in quanto espressamente richiamato dagli artt. 55 e seguenti del Codice del terzo settore.

Ancora, il riferimento normativo alla «condivisione della funzione amministrativa», su cui si fondano i modelli di co-amministrazione, risulta erroneo ed improprio, ove la nozione di «funzione amministrativa» sia riferita ad (o comunque comprensiva di) attività amministrativa autoritativa o di comando. Infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale ed il relativo modello dell'amministrazione condivisa può essere riferito allo svolgimento di «attività di interesse generale», tra

¹³ Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 3, 2023, 289; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it, 2023; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; A. Giusti, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2024, 2, 562.

¹⁴ Cfr. art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁵ Al riguardo, è significativa la pronuncia del TAR Liguria, Sez. I, 3 maggio 2024, n. 310, nella parte in cui i giudici amministrativi hanno sostenuto che l'amministrazione è tenuta a motivare puntualmente le scelte discrezionali assunte per il modello (solidaristico o concorrenziale) di gestione dei servizi sociali, dando atto delle ragioni individuate nel caso concreto.

¹⁶ Cfr. art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023.

cui rientrano le attività relative all'erogazione di servizi e benefici per la collettività, non anche alle funzioni che presuppongono l'esercizio di poteri autoritativi e di comando¹⁷. Dunque, il riferimento alla «condivisione della funzione amministrativa», oltre a risultare erroneo, appare astrattamente idoneo ad estendere l'ambito di applicazione dell'amministrazione condivisa oltre il consentito, ovvero rispetto ad attività (autoritative) in cui tale modello non può essere ammesso.

Ulteriori incertezze applicative sono alimentate dalla mancanza di una specifica disciplina procedimentale per gli istituti di co-amministrazione previsti dal d.lgs. n. 117/2017, soprattutto con riferimento alla co-progettazione, stante l'eccessiva genericità dell'art. 55 del Codice del terzo settore.

Al riguardo, può ritenersi applicabile alla co-progettazione lo statuto procedimentale previsto dagli artt. 11 e 12 della l. n. 241/1990¹⁸, onde – da un lato – conciliare l'esercizio del potere amministrativo con il carattere collaborativo che connota la co-progettazione e – dall'altro lato – imporre all'amministrazione di predeterminare (*ex art. 12*) i criteri e le modalità per l'erogazione del contributo economico nei confronti dell'ente del terzo settore. Tale modulo procedimentale garantisce inoltre il rispetto dei principi fondamentali di imparzialità, trasparenza e buon andamento, imposti dall'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023 e dall'art. 55 del Codice del terzo settore.

Sul punto, invero, non si sono registrate in sede applicativa particolari problematiche. In alcune pronunce, la giurisprudenza ha sostenuto che il ricorso ai modelli di co-amministrazione previsti dal d.lgs. n. 117/2017 rende di per sé inapplicabile la disciplina dei contratti pubblici prevista dal d.lgs. n. 36/2023, anche in riferimento agli istituti ed alle regole che caratterizzano la procedura ad evidenza pubblica, essendo il relativo procedimento disciplinato dai principi e dalle norme contenute nel Codice del terzo settore e, per rimando, nella l. n. 241/1990. Di conseguenza, fermo restando che l'amministrazione è tenuta al rispetto dei principi di imparzialità e di trasparenza, è stato ritenuto che alle procedure di co-programmazione e di co-progettazione non si applicano rigidamente i principi di segretezza delle offerte e di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica¹⁹.

¹⁷ Al riguardo, è stato condivisibilmente rilevato in dottrina che l'esercizio di attività autoritative e di comando esclude l'operatività della sussidiarietà orizzontale, la quale infatti «non può mai riguardare la distribuzione di poteri di comando (almeno nel nostro ordinamento), giacché i privati non possono comandare su altri privati e meno che mai usare la forza (nei casi marginali in cui ciò è ammesso i privati divengono per ciò solo esercenti di pubbliche funzioni, e quindi assimilati nei limiti e doveri ad organi e funzionari pubblici)» (cfr. G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 19).

¹⁸ Cfr. S. Pellizzari, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, 2, 570; E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 218; L. Galli, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, 2022, 239.

¹⁹ Cfr. TAR Milano, Sez. II, 1 ottobre 2024, n. 2533.

In altre pronunce, è stato evidenziato che dalla inapplicabilità della disciplina dettata dal Codice dei contratti deriva, sul piano processuale, l'inapplicabilità del rito speciale in materia di appalti di cui agli artt. 119-120 c.p.a.²⁰.

4. *Il persistente “riflusso concorrenziale”*

La problematica ad oggi più significativa, che riversa parecchie “ombre” sulla corretta applicazione degli strumenti di amministrazione condivisa previsti dal Codice del terzo settore, è costituita da un persistente “riflusso concorrenziale” emerso in alcune pronunce giurisprudenziali.

Infatti, nonostante l'art. 6 del Codice dei contratti pubblici abbia, almeno sulla carta, superato definitivamente la posizione pro-concorrenziale assunta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018, non subordinando affatto l'operatività degli istituti del d.lgs. n. 117/2017 alla «gratuità» delle prestazioni, in alcuni casi i giudici amministrativi continuano ad individuare proprio nella «gratuità» e nella «non economicità» del servizio un presupposto indefettibile per l'applicazione dei modelli solidaristici di amministrazione condivisa.

Viene in rilievo, al riguardo, una sentenza del TAR Liguria, Sez. I, n. 310/2024, nella parte in cui è stato sostenuto che «le procedure contemplate dal d.lgs. n. 117/2017 non rientrano nel fuoco del codice dei contratti quando l'organismo del terzo settore svolga il servizio in forma gratuita, trattandosi, in tal caso, di un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato e, quindi, radicalmente estraneo alle regole competitive di matrice eurounitaria. La prestazione si considera gratuita se viene effettuato il rimborso a piè di lista delle spese vive incontrate dall'ente, analiticamente rendicontate e documentate, mentre rimane esclusa la remunerazione dei fattori di produzione interni all'ente stesso, anche in forma indiretta o attraverso rimborsi spese forfettari: segnatamente, dev'essere acclarata l'assenza, a carico del soggetto pubblico affidante, di qualunque compenso per i membri e per il personale dell'ente del terzo settore, dipendente o volontario, quale che ne sia la formale denominazione e qualunque sia il meccanismo economico o contabile». Sulla scorta di tali considerazioni, è stata sostenuta l'illegittimità della procedura di co-progettazione espletata dall'amministrazione, nella parte in cui era stato previsto il rimborso delle spese sostenute dall'ente del terzo settore per la retribuzione del personale dipendente.

In un'altra occasione²¹, i giudici amministrativi, pur richiamando i principi espressi dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018 sulla «gratuità» delle

²⁰ Cfr. TAR Catania, Sez. V, 15 marzo 2024, n. 1047.

²¹ Cfr. T.A.R. Napoli, Sez. V, 2 maggio 2023, n. 2621.

prestazioni, hanno ritenuto legittima una procedura espletata dall'amministrazione ai sensi dell'art. 57 del Codice del terzo settore, nella parte in cui era imposto all'organizzazione di volontariato affidataria di assorbire il personale già impiegato nel servizio dagli operatori uscenti, sia pur nei limiti consentiti dalla struttura volontaristica dell'associazione, ovvero in misura inferiore al 50% del numero dei volontari e rispetto allo svolgimento di attività strettamente necessarie a garantire il regolare funzionamento o a qualificare/specializzare l'attività svolta. Per tale via, è stata riconosciuta alle organizzazioni di volontariato, ovvero sia ad enti assoggettati dalla legge a condizioni più stringenti per l'utilizzo di personale dipendente rispetto agli altri enti del terzo settore²², la possibilità di servirsi dell'attività lavorativa di personale dipendente per l'esecuzione del servizio²³, i cui costi, pertanto, non possono che rientrare tra le spese documentabili e rimborsabili attraverso il contributo economico erogato dall'amministrazione.

5. Conclusioni

Nonostante le recenti riforme legislative sembrassero aver risolto l'annosa questione dei rapporti tra Codice dei contratti pubblici e Codice del terzo settore, portando a compimento il lungo percorso di riconoscimento legislativo dei modelli sussidiari e solidaristici delineati dalla Costituzione, ancora oggi si registra in giurisprudenza un orientamento eccessivamente pro-concorrenziale, volto a subordinare l'applicabilità dei modelli di co-amministrazione alla «non economicità» ed alla «gratuità» delle prestazioni, ovvero a presupposti non previsti dalle disposizioni vigenti.

Tale impostazione non risulta condivisibile, per molteplici ragioni.

Anzitutto, la tesi in esame risulta evidentemente lesiva dell'autonomia giuridica e costituzionale attribuita ai modelli di co-amministrazione. È sin troppo agevole rilevare, infatti, che se si riconosce autonomia giuridica ai modelli di co-amministrazione previsti dal Codice del terzo settore, se ne deve garantire l'operatività in presenza dei requisiti, peraltro stringenti, delineati dallo stesso d.lgs. n. 117/2017, senza poter individuare ulteriori presupposti, come la «gratuità», non tipizzati e volti a garantire una super tutela della concorrenza.

²² Al riguardo, l'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 117/2017 dispone che «Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari».

²³ Negli stessi termini, anche Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2024, n. 249.

Inoltre, l'orientamento in esame pare addirittura *contra legem*, atteso che l'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023 e gli artt. 4, 5 e 55 ss. del d.lgs. n. 117/2017 consentono all'amministrazione di ricorrere ai modelli di co-amministrazione in virtù della *ratio* solidaristica e sussidiaria che li connota ed in presenza dei presupposti normativi all'uopo previsti, che ne legittimano l'applicazione sul piano sia nazionale che euro-unitario.

Presupposti, tra i quali, non figura affatto la «gratuità» o la «non economicità» delle prestazioni, bensì l'assenza di utile economico (c.d. «lucro soggettivo») in capo all'ente, senza alcuna preclusione rispetto alla possibilità che gli enti del terzo settore, e persino le forme qualificate da una più intensa partecipazione di personale volontario (come le organizzazioni di volontariato), si servano per lo svolgimento della propria attività anche di personale dipendente, la cui retribuzione, di conseguenza, non può che rientrare tra le spese rimborsabili dall'amministrazione nell'applicazione degli istituti previsti dagli artt. 55 ss. del Codice del terzo settore.

Luci (normative) e ombre (interpretative) nell'applicazione degli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore previsti dal d.lgs. n. 117/2017

Il lavoro esamina la problematica inerente al rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e gli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore di cui al Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 (c.d. «Codice del terzo settore»). La tematica in esame ha trovato un importante approdo risolutivo, a livello legislativo, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, e del d.lgs. n. 36/2023, in materia di contratti pubblici. Entrambi i testi normativi, infatti, hanno espressamente riconosciuto piena autonomia giuridica ai modelli di amministrazione condivisa, in quanto espressione dei principi costituzionali di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, nonché privi di qualsivoglia finalità lucrativa. Ciò nonostante, emerge ancora in alcune pronunce giurisprudenziali una sorta di «reflusso pro-concorrenziale», volto a subordinare l'applicazione degli istituti del Codice del terzo settore ad alcuni presupposti, della «non economicità» e della «gratuità» delle prestazioni, non previsti dalla disciplina vigente e contrari alla *ratio* sottesa ai modelli di amministrazione condivisa previsti dal d.lgs. n. 117/2017.

(Normative) lights and (interpretative) shadows in the application of the active involvement of third sector entities providing for by legislative decree n. 117/2017

This paper examines the complex relationship between the legal framework governing public contracts and the instruments for the active involvement of third-sector entities provided for in Title VII of legislative decree n. 117/2017 (the so-called «Third Sector Code»). This issue has found significant legislative resolution with the entry into force of legislative decree n. 201/2022, regarding local public services of economic importance, and legislative decree n. 36/2023, regarding public contracts. Both legislative texts, in fact, expressly recognized full legal autonomy for shared-administration models, as they express the constitutional principles of social solidarity and horizontal subsidiarity, and are devoid of any profit-making purpose. Despite this, certain judicial decisions still reveal a form of «pro-competitive reflux», aimed at making the application of the third sector code's provisions subject to certain conditions, «non-economic nature» and «gratuitousness» of the services, that are not covered by the current legislation and are contrary to the rationale underlying the shared-administration models envisaged by legislative decree n. 117/2017.