

Gestione di servizi a titolo gratuito

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232 - Pres. Caringella - Est. Manca - Istituto di Vigilanza "Security&Investigation S.r.l." c. Comune di Eboli

In caso di affidamento di contratti gratuiti, la gratuità deve essere intesa come gestione "in perdita" del servizio oggetto del contratto, risultando ammissibile, al più, un rimborso spese a piè di lista. In caso di coinvolgimento di Enti del Terzo Settore, lo stesso carattere della gratuità del servizio da affidare vale a determinare l'applicabilità o meno del Codice dei Contratti pubblici.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Il Consiglio di Stato (*omissis*)

Fatto e Diritto

1. Con avviso pubblicato il 21 giugno 2019, il Comune di Eboli ha indetto una procedura per l'affidamento del servizio di gestione di una spiaggia attrezzata comunale destinata a persone con disabilità, prevedendo che il gestore debba garantire l'accesso gratuito alla struttura balneare e ai servizi della persona con disabilità e del suo accompagnatore e la gratuità dell'assistenza socio sanitaria del disabile, nonché - stante la ritenuta finalità non lucrativa del servizio - limitando la selezione a "un soggetto del terzo settore al quale affidare, per la durata di tre anni, il servizio di gestione della spiaggia" (cfr. la determinazione n. 251 del 20 giugno 2019, con la quale il Responsabile Servizi Sociali ha avviato la procedura).

2. Con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Salerno, l'Istituto di Vigilanza Security & Investigation s.r.l. (affidataria uscente del servizio) ha impugnato l'avviso di gara e gli altri atti della procedura, lamentando principalmente l'illegittimità della indizione di una procedura di gara non aperta a tutti gli operatori economici.

3. Con la sentenza segnata in epigrafe, il Tribunale regionale ha ritenuto infondate tutte le censure, osservando che:

- la scelta di affidare il servizio solo a operatori del terzo settore è stata adeguatamente motivata dall'amministrazione comunale, in particolare con riferimento alla gratuità dei servizi;
- l'affidamento rientra nell'ambito delle forme di co-progettazione contemplate dall'art. 55, comma 3, del D.Lgs. n. 117 del 2017 (Codice del terzo settore), essendo, nel caso di specie, intervenuta la programmazione con deliberazione della Giunta comunale;
- la società ricorrente non ha interesse a contestare la mancata pubblicazione delle modifiche all'avviso di gara (con cui era stato prorogato anche il termine per la presentazione delle domande), non avendo partecipato alla procedura di affidamento.

4. La società soccombente ha proposto appello, riproponendo i motivi del ricorso di primo grado, in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

5. Resiste in giudizio il Comune di Eboli, chiedendo che l'appello sia respinto.

6. All'udienza del 24 giugno 2021 la causa è stata trattata in decisione.

7. Con il primo motivo dell'appello, la società censura la sentenza per non aver correttamente inteso il contenuto del primo motivo del ricorso di primo grado, non limitato (come ritenuto dal primo giudice) al mero difetto di motivazione della determinazione dirigenziale con la quale è stata indetta la gara, ma diretto, piuttosto, a contestare la falsità dell'asserzione (racchiusa nella predetta determinazione) che l'affidamento a soggetti del "terzo settore" fosse stato deciso con la delibera della Giunta Comunale n. 209/2019. In realtà, ribadisce l'appellante nelle vare deliberazioni adottate dalla Giunta Comunale è assente la scelta di affidare il servizio a operatori del terzo settore, che invece si limitano unicamente a dare mandato ai Servizi Sociali di elaborare l'avviso di gara con la espressa previsione dell'evidenza pubblica.

8. Con un secondo profilo di gravame, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per non aver accolto le censure con le quali è stata rilevata l'assenza del requisito di gratuità dei servizi affidati, presupposto indispensabile per l'affidamento del servizio ai soggetti appartenenti al terzo settore. Secondo l'appellante, la sentenza sul punto non avrebbe tenuto conto che, secondo il disciplinare di gara, l'affidatario percepirebbe i ricavi del servizio di ristorazione e gli introiti degli ingressi a pagamento, mentre il concetto di gratuità implica che non può esservi alcuna forma di remunerazione né di rimborso spese. In assenza dell'elemento della gratuità, la gara avrebbe dovuto, quindi, seguire la disciplina di cui al codice dei contratti pubblici, applicabile in linea generale anche per l'affidamento dei servizi sociali. Né il primo giudice ha tenuto conto della previsione della *lex specialis* che consentiva la partecipazione in forma associata con impresa

avente scopo di lucro per la gestione del punto di ristoro; il che si porrebbe in netta antitesi con le affermate finalità solidaristiche e di utilità sociale (che giustificerebbero la decisione di affidare il servizio di gestione della spiaggia attrezzata destinata a persone con disabilità ai soggetti del “terzo settore”).

9. Con il terzo motivo, l'appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondato il quarto motivo del ricorso di primo grado, incentrato sulla violazione dell'art. 55 del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del terzo settore), per la mancata programmazione e co-progettazione del servizio in questione quale necessario presupposto per l'affidamento ai soggetti del c.d. terzo settore.

10. L'appello è fondato, per le ragioni di cui appresso.

10.1. Per quanto concerne il profilo relativo al difetto di gratuità del servizio oggetto dell'affidamento, occorre muovere dalle puntuali considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016 e il D.Lgs. n. 117 del 2017 nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore. Premesso che, di regola, “l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un ‘appalto’) che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario” (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi “la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché [...] la procedura disciplinata dal diritto interno [...] miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito”, il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi.

10.2. - La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento.

In tale prospettiva, il concetto di gratuità si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde una sola la mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio. Sotto questo profilo, si precisa, “la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore” (pag. 14 del parere cit.). Il che significa che deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese (“le

documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente”: pag. 21 del parere).

10.3. Applicando gli enunciati principi al caso di specie, occorre rilevare come le previsioni contenute nell'avviso pubblico di indizione della procedura si discostano dal concetto di gratuità sopra delineato. In particolare, l'art. 5 dell'avviso, dopo aver precisato l'accesso gratuito alla struttura “per ciascuna persona con disabilità più un accompagnatore e minori di età inferiore a 6 anni”, contempla l'accesso a pagamento “per ciascun accompagnatore ulteriore nella misura di euro cinque per l'intera giornata e con il limite di quattro persone per punto ombra”, nonché “la gestione del punto ristoro”, per i quali è espressamente stabilito che gli introiti derivanti dalla loro gestione concorrano alla remunerazione anche dei servizi di gestione della spiaggia (servizi, questi ultimi, che “non comporteranno alcun onere per l'ente, compensandosi con gli introiti della gestione del punto ristoro e degli ingressi a pagamento [...]”: art. 5, ultimo alinea, dell'avviso pubblicato il 21 giugno 2019).

In tal modo, tuttavia, viene meno l'assunto su cui si fonda il requisito della gratuità del servizio e che giustifica l'impiego delle procedure di affidamento con selezione limitata ai soggetti del terzo settore.

11. L'accoglimento della doglianza in punto di assenza della gratuità del servizio è, in linea logica, decisiva e assorbente di ogni altra questione.

12. Tuttavia, per completezza d'analisi, si deve pure osservare che nella fattispecie - come dedotto dall'appellante - è mancato anche l'inserimento del servizio nell'ambito della programmazione dei servizi da affidare ai soggetti del terzo settore, secondo gli schemi dettati dall'art. 55 del D.Lgs. n. 117 del 2017 (Codice del terzo settore), attraverso i quali si individuano motivatamente i servizi sociali o di interesse generale ai sensi dell'art. 5 del Codice e si coinvolgono gli enti del terzo settore, anche al fine degli affidamenti.

12.1. Nella fattispecie, infatti, né la deliberazione della Giunta Comunale n. 209 del 19 giugno 2019, né le precedenti ivi richiamate (n. 126 del 15 aprile 2019 e n. 138 del 29 aprile 2019), danno atto della co-programmazione (che - secondo l'art. 55, comma 2, cit. - dovrebbe essere “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”) e della co-progettazione (“finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2”: art. 55, comma 3, cit.), atti presupposti necessari anche al fine di dare conto delle ragioni per le quali il servizio rientri fra le attività di interesse generale definite dall'art. 5 del Codice del terzo settore (anch'esse, nella specie, del tutto assenti).

13. In conclusione, assorbiti gli ulteriori profili di gravame, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado, con il conseguente annullamento dei provvedimenti con esso impugnati.

Coinvolgimento degli enti del Terzo Settore da parte della P.A. (D.Lgs. n. 117/2017) e rapporti con il codice dei contratti pubblici di Gabriele Agati (*)

A partire dalla recente sentenza Cons. Stato 7 settembre 2021, n. 6232 il presente contributo intende offrire una breve panoramica sull'istituto degli appalti gratuiti, e analizzare alcune delle nuove modalità di coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore dettate dal Titolo VII del D.Lgs. n. 117/2017, alla luce del rapporto fra questa disciplina di settore ed il Codice dei Contratti Pubblici.

Il caso

La vicenda in commento origina dalla procedura per l'affidamento del servizio di gestione di una spiaggia comunale attrezzata, destinata a persone con disabilità, avviata dal Comune di Eboli nel giugno del 2019. Punto focale della questione è rappresentato dalle condizioni economiche alle quali si sarebbe svolto il servizio. L'aggiudicatario, infatti, da un lato, avrebbe percepito gli introiti derivanti dalla gestione dello stabilimento balneare, intesi come corrispettivo per l'accesso al lido da parte di soggetti terzi non disabili, sebbene a prezzi calmierati; dall'altro, e soprattutto, al gestore sarebbero inoltre spettati i proventi derivanti dall'attività del punto ristoro presente sulla spiaggia.

In considerazione del fatto che l'Amministrazione non avrebbe versato alcunché all'appaltatore, nonché alla luce delle prestazioni oggetto di gara, a vocazione evidentemente sociale, l'Amministrazione aveva per questo ritenuto gratuito l'appalto bandito e aveva conseguentemente stabilito di ammettere alla procedura selettiva soltanto Enti del Terzo Settore, come definiti dal D.Lgs. n. 117/2017 (1).

L'avviso di gara veniva così impugnato per mancata apertura della selezione al mercato.

Il Consiglio di Stato, ribaltando gli arresti della sentenza di primo grado (2), accoglieva le doglianze della Società ricorrente, riconoscendo la natura onerosa dell'appalto oggetto di contestazione e dichiarando l'illegittimità della limitazione alla partecipazione imposta dalla Stazione Appaltante.

Il concetto di gratuità

La tematica dell'affidamento di contratti gratuiti è stata a più riprese scrutinata dalla giurisprudenza, non soltanto nazionale (3).

Onde sgombrare il campo da possibili sovrapposizioni o fraintendimenti, è bene precisare preliminarmente come in questa sede non si faccia riferimento alle procedure selettive nell'ambito delle quali un operatore economico abbia offerto un ribasso d'asta del 100% (4), né si tratta qui dei contratti attivi stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni (5). Piuttosto, la fattispecie d'interesse è quella in cui la stessa Stazione Appaltante abbia previsto, sin dal momento dell'indizione della procedura di gara, la natura non sinallagmatica del successivo rapporto con l'aggiudicatario, senza alcuna entrata per l'Ente pubblico.

Le conseguenze di una tale classificazione non appaiono di poco momento.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017, "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". Le attività che questi Enti possono svolgere sono disciplinate ai successivi artt. 5 e 6, D.Lgs. n. 117/2017. In dottrina, su tutti, si vedano A. Mazzullo, *Il Nuovo Codice del Terzo Settore - profili civilistici e tributari*, Torino, 2017, 19 ss.; G.M. Colombo - M.

Setti, *Terzo Settore. Aspetti civilistici, contabili e fiscali*, Milano, 2020, 12 ss.

(2) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158.

(3) In dottrina, si veda, fra i molti, P. Lazzara, *Contratti esclusi: introduzione e principi*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui Contratti pubblici - Vol. I*, Milano, 2019, cap. 19, 921 ss.

(4) Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 10 settembre 2020 (causa C-367/19), secondo la quale un'offerta che presenti che non presenti alcun margine di utilità non è automaticamente inammissibile, potendo aprire all'esperimento del sub-procedimento di verifica dell'anomalia; in senso contrario la giurisprudenza nazionale, che esclude l'ammissibilità delle offerte cc.dd. "a utile zero" (Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088; Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2016, n. 1652).

(5) G. Garofoli - G. Ferrari, *Codice dei Contratti pubblici. Tomo I*, Molfetta, 2017, 207-208; F. Caringella - M. Protto, *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici*, Roma, 2016, 28-29.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. ii), D.Lgs. n. 50/2016, si intendono per appalti pubblici "contratti a titolo oneroso" (6). L'onerosità, dunque, si presenta per definizione tratto distintivo dell'istituto, in uno con l'oggetto del contratto (lavori, forniture o servizi) (7).

Anticipando le conclusioni cui si giungerà a breve, risulta già così evidente che un contratto gratuito esuli dalla natura giuridica stessa dell'appalto e con essa dal perimetro applicativo del Codice dei Contratti pubblici. Proprio per questo, la perimetrazione del concetto di gratuità si presenta di centrale rilevanza.

Ora, la gratuità non può essere intesa come mera assenza di corrispettivo economico in favore dell'appaltatore.

Se questo fosse il caso, la disciplina dei contratti gratuiti propriamente detti finirebbe semplicemente con il coincidere con le disposizioni e i principi regolatori dei contratti attivi.

Per cogliere appieno questa differenza, sarà sufficiente prendere come termine di confronto la struttura di un tipico contratto attivo, quale è la sponsorizzazione passiva.

Come ormai assodato, la circostanza che allo *sponsor* non spetti alcun corrispettivo in denaro non è sufficiente in sé a rendere la sponsorizzazione un contratto a titolo gratuito: ciò, in quanto lo *sponsor* percepisce in ogni caso un'utilità immateriale, di natura diversa dalla mera dazione di denaro, ma comunque

economicamente valutabile. Basti pensare al ritorno d'immagine o all'arricchimento curriculare (8).

Sebbene contratti attivi e contratti gratuiti condividano senz'altro l'elemento del mancato esborso di denaro da parte della P.A., l'aspetto appena visto differenzia profondamente i due istituti. Mentre l'Appaltatore può ricavare comunque un'utilità dall'esecuzione di un contratto attivo, i contratti gratuiti non possono strutturalmente prevedere alcun arricchimento, inteso in senso lato, per l'Appaltatore, il quale deve eseguire detti contratti necessariamente in perdita (9). È questo il cuore della questione, l'elemento specializzante che vale a dare autonomia giuridica alla categoria dei contratti gratuiti e ad imporne la disciplina extracodicistica cui si è accennato.

Quest'ultimo tratto, peraltro, non può essere elemento da valutarsi in corso di esecuzione contrattuale, che potrebbe risultare economicamente svantaggiosa per una pluralità di ragioni indipendenti dalla natura o dall'oggetto del contratto, ma è necessario che sussista a monte della stipula dell'accordo (o, in termini contrattual-publicistici, dell'affidamento), come caratteristica sostanziale del servizio che l'Amministrazione intende affidare.

Tant'è che la P.A. intenzionata a sottoscrivere un contratto gratuito può - al più - prevedere la corresponsione di un mero rimborso spese a piè di lista (10).

(6) Definizione mutuata dall'art. 2, comma 1, n. 5, Dir. 2014/24/UE, e dall'art. 2, comma 1, n. 1, Dir. 2014/25/UE.

(7) Come osservato, "in altre ipotesi, i contratti sono del tutto 'estranei' alla pur ampia nozione di 'appalto' o 'concessione': l'esclusione si lega perciò alla diversità dell'oggetto e di regolamento negoziale, con la conseguenza che la disciplina codicistica sarebbe (almeno in parte) incongrua. Possono essere richiamati in questo senso i contratti attivi, il cui riferimento è stato recentemente inserito nell'art. 4. I contratti attivi - per la verità - erano già considerati esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, anche in mancanza di una esplicita indicazione in questo senso. Essi - infatti - non rientrano nella opzione (seppure ampia) di appalto, che si riferisce soltanto ad operazioni di 'acquisto' (di lavori, servizi e forniture), mediante 'esborso' e non a negozi che realizzano attivi mediante 'vendita'" (così, P. Lazzara, *Contratti esclusi: introduzione e principi*, in M.A. Sandulli - R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui Contratti pubblici* - Vol. I, cit., 922).

(8) In questo senso, Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, che afferma "alla prestazione dello sponsor in termini di dazione del denaro o di accollo del debito corrisponde l'acquisizione, in favore dello stesso sponsor, del diritto all'uso promozionale dell'immagine della cosa di titolarità pubblica... In altri termini: la circostanza che vi sia verso lo sponsor una traslazione meramente simbolica, cioè di immagine, della cosa di titolarità pubblica non può essere considerata come vicenda gratuita, ma va posta in stretta relazione, nei termini propri dell'equilibrio sinallagmatico, con il valore della controprestazione, vale a dire della dazione dello sponsor". Si veda, su tutti, F. Caringella - M. Protto, *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., 60 ss., che - in via del tutto generale e prima di entrare nel merito delle varie tipologie di

sponsorizzazione (attiva, passiva, tecnica, pura, etc.) - definisce efficacemente la sponsorizzazione attraverso le parole dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: "la sponsorizzazione nell'attività della p.a. è stata definita come un contratto atipico, consensuale, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, in cui una parte, mediante lo *sponsor*, offre le proprie prestazioni nei confronti della p.a. (*sponsee*), la quale si obbliga verso il primo a pubblicizzare il suo logo/marchio/immagine durante lo svolgimento di determinate attività (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione n. 48 del 2008 e n. 9 del 8 febbraio 2012)"; E. Stanizzi, *Contratti di sponsorizzazione*, in M.A. Sandulli - R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui Contratti pubblici* - Vol. I, cit., 1041 ss.

(9) In questo senso si esprime anche la sentenza in commento, che così sintetizza il ragionamento svolto: "il concetto di gratuità si identifica con il conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde [la] sola mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio". Altrettanto efficacemente, Cons. Stato, Comm. Spec., Parere 26 luglio 2018, n. 1382: "per questa linea, la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore".

(10) Questa leggera apertura alla corresponsione di meri rimborsi spese a piè di lista è stata cristallizzata dallo stesso Cons. Stato, Comm. Spec., 20 agosto 2018, n. 2052 (numero Affare 01382/2018), e fatta propria dalla sentenza in commento: "la Commissione ritiene che solo il rimborso spese a piè di lista che, in particolare, escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le

In ultimo, in punto di disciplina dei contratti gratuiti, quanto sin qui anticipato in merito alla disapplicazione del D.Lgs. n. 50/2016 trova ora compiuta motivazione.

Se i contratti attivi, con i quali, come visto, i contratti gratuiti condividono alcuni caratteri, si qualificano espressamente, ai sensi dell'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016 (11), come "contratti esclusi", "esentati" (12) cioè dall'applicazione del Codice, i contratti gratuiti - proprio perché non assimilabili a né a quelli attivi né alle altre tipologie contrattuali tipiche di cui al D.Lgs. n. 50/2016 - si presentano invece come radicalmente estranei all'ambito applicativo delle Direttive comunitarie, e - per traslato - del D.Lgs. n. 50/2016 (13). Difatti, un'attività che non sia onerosa per la P.A., e che contemporaneamente non permette all'affidatario il conseguimento di alcun utile, esula dalle logiche del mercato, e per questo non trova dimora all'interno della disciplina dettata per l'affidamento dei contratti pubblici (14).

Alla luce di quanto sopra, non sorprende che l'istituto dei contratti gratuiti (15) venga in rilievo nell'ambito dell'affidamento di servizi sociali, o - più in generale - nell'ambito dell'applicazione del Codice del Terzo Settore, alla luce del connotato fortemente

solidaristico che informa necessariamente di sé prestazioni rese "in perdita" (16).

L'applicazione del Titolo VII del Codice del Terzo Settore nell'ambito della cooperazione fra ETS e Pubblica Amministrazione.

Il D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo Settore, mira ad uniformare la disciplina di tutti quegli Enti che perseguano, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale (17). In questa sede si presenta di particolare interesse il Titolo VII del Codice, rubricato "dei rapporti con gli Enti pubblici" e composto dagli articoli da 55 a 57, che detta peculiari forme di coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore (ETS) da parte delle PP.AA. Peraltro, l'art. 55, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017, in apertura del richiamato Titolo VII, non sembrerebbe semplicemente limitarsi ad offrire alla P.A. un nuovo (o rinnovato) stilema procedimentale, da preferire a propria discrezione a forme partecipative preesistenti; al contrario, la previsione appare chiara nell'affermare che le Pubbliche Amministrazioni "assicurano il coinvolgimento attivo degli Enti del Terzo Settore" (18).

documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente, consente di affermare la gratuità della prestazione del servizio e, dunque, di postularne la estraneità all'ambito del Codice dei Contratti pubblici. È, in special modo, necessario che si acclarata l'assenza di qualunque remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale che ne sia la formale denominazione e qualunque sia il meccanismo economico o contabile anche indiretto, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente e, altresì, che non ricorrano forme di forfetizzazione dei rimborsi né di finanziamento a fondo perduto, né di finanziamento, acquisto o contributo in conto capitale".

(11) La previsione è stata inserita con il c.d. correttivo 2017, in accoglimento del suggerimento del Consiglio di Stato, v. il parere della Commissione Speciale 10 maggio 2018, n. 1241.

(12) L'espressione è mutuata da Cons. Stato, Ad. Plen., 4 luglio 2011, n. 16.

(13) Sulla distinzione fra contratto escluso e contratto estraneo (concetto quest'ultimo di matrice giurisprudenziale), v. tra le altre pronunce Cons. Stato, Comm. Spec., 9 aprile 2018, n. 2017/2018, che definisce i contratti esclusi "i contratti 'esclusi' dal rispetto di tali regole ma soggetti all'osservanza dei principi generali di cui all'art. 4 del Codice", e i contratti estranei "i contratti 'estranei' non nominati dal Codice e pertanto sottratti all'applicazione delle regole e dei principi (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n.16)".

(14) Come osservato dal citato parere del Consiglio di Stato, Comm. Spec., n. 2052/2018, un servizio gratuito "non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato".

(15) Contratti gratuiti, nel senso sinora visto, che una recente pronuncia sembrerebbe aver rinominato "contratti liberali", per evidenziare una volta di più l'elemento del mancato conseguimento di alcuna utilità da parte del privato (Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2021, n. 7442).

(16) Efficace, su questo aspetto, G. Scoppetta, *Solidarietà e concorrenza nel diritto interno e nel diritto europeo in relazione alla disciplina del terzo settore*, in A. Fici - L. Gallo - F. Giglioni (a cura di),

I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020, Quaderno Terzjus, Napoli, 2020, 177-178, nell'inquadrare il significato dell'assenza di scopo di lucro: "in quest'ottica, agli ETS è stato imposto il rispetto di rigidi requisiti che ne garantiscano le finalità non commerciali: in particolare, questi enti devono operare senza scopo di lucro, per '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 e servizi" [art. 4, D.Lgs. n. 117/2017, *N.d.R.*]. Ai soggetti dotati di tali requisiti, la legge statale non richiede peraltro che la gestione dell'attività avvenga secondo un metodo non economico, vale a dire senza che ci sia quanto meno una compensazione dei costi con i ricavi. Non è necessario, infatti, imporre al privato di lavorare in perdita - il che non sarebbe evidentemente sostenibile da tutti sul lungo periodo - ma è sufficiente che i ricavi eventualmente ottenuti nell'esercizio dell'attività non vadano a confluire in utili privati e restino, invece, all'interno del settore di attività dell'ETS, vincolati alla realizzazione dello scopo statutario dell'ente che costituisce, altresì, obiettivo di interesse generale".

(17) La tematica delle attività che possono essere svolte dagli ETS meriterebbe una trattazione a sé. Alcuni validi riferimenti orientativi sono dati, oltre che dallo stesso dettato normativo (si vedano per es. gli artt. 5 e 6, D.Lgs. n. 117/2017), dal D.M. 19 maggio 2021, n. 107, sulle attività diverse, e da A. Mazzullo, *Il Nuovo Codice del Terzo Settore - profili civilistici e tributari*, op. cit., 59 ss.; G.M. Colombo - M. Setti, *Terzo Settore. Aspetti civilistici, contabili e fiscali*, cit., 3 ss.

(18) Si noti il cambio di passo rispetto alla precedente disciplina. In particolare, l'art. 7, D.P.C.M. 30 marzo 2001 (attuativo della L. 8 novembre 2000, n. 328), limitava l'ambito applicativo della progettazione nel settore dei servizi sociali soltanto agli "interventi innovativi e sperimentali". Peraltro, anche la sentenza in commento ha censurato la condotta dell'Amministrazione, in

La sentenza in commento impone una breve analisi degli istituti della co-programmazione e co-progettazione (art. 55, D.Lgs. n. 117/2017), che meritano per affinità logico-sistematica una trattazione congiunta (19).

(Segue) La co-programmazione e la co-progettazione nel Nuovo Codice del Terzo Settore

La prima forma di coinvolgimento degli ETS nello svolgimento di attività d'interesse sociale attiene al momento genetico dei progetti, iniziative e percorsi di *welfare* (in senso ampio), che un'Amministrazione intenda (o accetti) di realizzare.

L'art. 55, comma 2, Codice del Terzo Settore, indica la finalità della co-programmazione nell'individuazione, da parte della P.A., sia dei bisogni da soddisfare, sia delle modalità attraverso le quali perseguire tale obiettivo, ed impone alla parte pubblica una contestuale ricognizione delle risorse economiche disponibili (20).

Di converso, il terzo comma della medesima previsione definisce la co-progettazione come quella di coinvolgimento di un ETS volta alla definizione e - solo eventualmente - alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento, da calibrare anche

sulla base delle risultanze del procedimento di co-programmazione (21).

Quanto alle concrete modalità di svolgimento della co-programmazione, il D.M. Lavoro e Politiche Sociali 31 marzo 2021, n. 72 (22), all'art. 2, definisce un procedimento - eventualmente da avviarsi anche ad istanza privata - che mira a rappresentare, per la P.A., un'"istruttoria allargata", comunque da svolgersi "nel rispetto dei principi in materia di evidenza pubblica". Il Ministero, dunque, oltre a suggerire a ciascuna Amministrazione di dotarsi di un proprio regolamento per la gestione dei rapporti con gli ETS, che prenda a riferimento la L. n. 241/1990, impone - per l'avvio del procedimento di co-programmazione - la pubblicazione, di volta in volta, di avvisi pubblici, cui facciano seguito ulteriori momenti partecipativi; rispetto a questa specifica (e sostanziale) fase procedimentale, il Decreto Ministeriale non fornisce indicazioni precise, rimettendo alla discrezionalità delle singole Amministrazioni la determinazione delle relative modalità di svolgimento. In esito al richiamato procedimento, la P.A. potrà disporre di un quadro conoscitivo completo, o quantomeno più preciso, delle contingenti necessità sociali avvertite come maggiormente urgenti (23).

seconda battuta, perché - se l'appalto fosse stato effettivamente gratuito - sarebbero mancate effettive forme di co-programmazione e/o co-progettazione, che sole avrebbero permesso di limitare agli ETS l'affidamento del servizio. Come è stato osservato, l'art. 55, D.Lgs. n. 117/2017, "applicando il principio di sussidiarietà nel punto di incontro fra polo degli interessi pubblici e polo dell'interesse generale crea una circolarità di rapporti, di esperienze, di competenze ed una condivisione di responsabilità che sono vantaggiose per entrambi i poli" (così, G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, in A. Fici - L. Gallo - F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Quaderno Terzjus, cit., 28). Nel senso di ritenere la co-programmazione il *modus operandi* ordinario della P.A., si veda A. Mazzullo, *Il Nuovo Codice del Terzo Settore*, cit., 203. Sul rapporto tra la disciplina del Codice del Terzo Settore e la normativa sulla programmazione dell'attività amministrativa, si veda A. Bongini - P.I. Di Rago - S. Semeraro - U. Zandrini, *La co-programmazione ex art. 55 - Connessione e coordinamento con gli istituti programmatori delle autonomie locali*, in *Impresa sociale*, 2, 2021, 49 ss.

(19) L'attenzione riservata agli istituti del Codice del Terzo Settore non deve equivocamente lasciar intendere che il D.Lgs. n. 117/2017 abbia abrogato alcuna delle previsioni del Codice dei Contratti pubblici in materia di appalti riservati (in specie, artt. 112 e 143, D.Lgs. n. 50/2016). Su questo aspetto, si vedano, fra gli altri, M.B. Cavallo - S. Parachini, *Condizioni di esecuzione e contratti riservati*, in M.A. Sandulli - R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici - Volume IV*, Milano, 2019, cap. 81, 38 e ss. Più in generale, E. Trenti, *L'ambito oggettivo di applicazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei Contratti pubblici*, Torino, 2017, 109 ss.; L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione*, in questa *Rivista*, 2016, 1001 ss.

(20) Non è un caso che l'art. 55, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017, annoveri fra i principi che devono ispirare l'azione amministrativa in questo frangente quello della "economicità" e della "copertura finanziaria e patrimoniale".

(21) Per un approfondimento sui due specifici istituti della co-progettazione e co-programmazione, si vedano L. Gili, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in questa *Rivista*, 2018, 15 ss.; L. Gili, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in questa *Rivista*, 2022, 25 ss.; L. Gori, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo Settore e P.A.*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, 186 ss.

(22) Recante giustappunto le "Linee Guida sul rapporto tra Pubbliche Amministrazioni ed Enti del Terzo Settore negli artt. 55-57 del D.Lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore)".

(23) Del resto, "il fine dell'art. 55, secondo comma, è chiaro. La co-programmazione dovrebbe generare un arricchimento della lettura dei bisogni, anche in modo integrato, rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa degli enti, agevolando - in fase attuativa - la continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco" (così, D.M. n. 72/2021, art. 2).

Né appare fuori luogo che il compito di farsi portavoce presso le Amministrazioni della c.d. "società del bisogno" sia stato affidato, dal Legislatore, agli Enti del Terzo Settore, i quali sono "rappresentativi della 'società solidale' e 'costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, (...) in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento" (così, Corte cost. 20 giugno 2020, n. 131).

È tuttavia la co-progettazione ad assumere, anche alla luce del principio espresso dalla sentenza in commento, una centralità nuova (24) e di chiaro interesse. Concettualmente, la co-progettazione degli interventi da realizzare (eventualmente individuati in esito alle risultanze dell'istruttoria di cui alla fase della co-programmazione) non sembra richiedere un particolare sforzo definitorio.

Tuttavia, meritano di essere approfondite le forme dell'individuazione, da parte dell'Amministrazione, dell'ETS con il quale svolgere l'attività di co-progettazione, e con il quale eventualmente sottoscrivere un accordo di partenariato per la realizzazione dell'intervento o del progetto (art. 55, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017).

Sebbene questo momento abbia una portata intrinsecamente selettiva, l'art. 30, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016, esclude espressamente l'applicabilità del Codice dei Contratti pubblici per concretizzare il prescritto coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore, eleggendo a normativa applicabile la L. n. 241/1990 (25), per la fase di individuazione del *partner* della P.A., ed il Codice Civile per quella esecutiva.

Dovendo fare applicazione della L. n. 241/1990, l'art. 3, D.M. n. 72/2021, scandisce il procedimento per l'individuazione dell'ETS con il quale avviare la co-progettazione secondo l'ordinaria suddivisione operata dalla Legge richiamata (avvio del procedimento, istruttoria, conclusione del procedimento con provvedimento motivato), precisando tuttavia che gli avvisi per l'avvio del procedimento debbano riportare i criteri di selezione e specificare eventualmente gli aspetti economici della gestione (26). Una tale sistematica, tuttavia, non collima con gli arresti del citato parere del Cons. Stato n. 2052/2018. Il Consiglio di Stato, infatti, ha rilevato che la co-progettazione "si sostanzia in un rapporto fra Amministrazione e specifici enti del terzo settore, che presenta a monte un

momento selettivo fra gli operatori interessati e tende a valle a disporre all'ente co-progettante l'affidamento del servizio sociale"; di conseguenza, l'unico caso in cui l'ETS co-progettante non debba essere individuato in esito ad una selezione ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, è quello in cui si tratti di un affidamento gratuito, nella stringente accezione sopra vista.

Diversamente, si creerebbero meccanismi di segregazione del mercato forieri di trattamenti impari fra operatori economici: se l'Amministrazione è disposta a corrispondere somme all'ETS selezionato all'affidamento del servizio, potrebbero pertanto essere interessati anche operatori economici *for profit*, ontologicamente non ETS, che si vedrebbero ingiustamente privati della possibilità di aggiudicarsi determinati servizi sociali.

Ad ogni modo, analoghe considerazioni vengono svolte dal Consiglio di Stato, nel citato parere, con riferimento al partenariato, di cui all'art. 55, comma 4, D.Lgs. n. 117/2017, eventualmente attivato dalle PP.AA. per lo svolgimento degli interventi co-programmati e/o co-progettati. Anche in questo caso, diversamente dal D.M. n. 72/2021, che non fa alcuna menzione della circostanza, secondo i Giudici di Palazzo Spada è necessario che il partenariato abbia carattere gratuito, onde evitare qualunque tentativo di elusione della normativa sull'affidamento dei servizi sociali.

In ultimo, non dissimili sono le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato anche sull'accreditamento previsto dal medesimo art. 55, comma 4, D.Lgs. n. 117/2017, quale modalità per l'individuazione di un ETS ai fini dell'avvio del partenariato, di cui si è detto. Tanto, senza che questi arresti abbiano trovato conforto nel rammentato Decreto Ministeriale, il quale si limita a dettare norme di carattere procedimentale sulla scorta della L. n. 241/1990.

In disparte la natura di tale accreditamento (27), il Consiglio di Stato riconosce il meccanismo

(24) Si abbia riguardo al paradigmatico passaggio fra la previsione di cui all'art. 7, D.P.C.M. 30 marzo 2001, attuativo della L. 8 novembre 2000, n. 328, che limitava la co-progettazione ai soli "interventi innovativi e sperimentali", e l'attuale previsione dell'art. 55, D.Lgs. n. 117/2017.

(25) Secondo F. Giglioni - A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, 228 ss., il richiamo deve intendersi in particolare riferito all'art. 12, L. n. 241/1990, in considerazione della lettera della Relazione di accompagnamento al Codice del Terzo Settore; G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, in A. Fici - L. Gallo - F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, cit., 30, sostiene invece, "per quanto importante, tuttavia, il richiamo al rispetto dei principi della legge sul procedimento non è sufficiente per regolare la complessità dei rapporti di collaborazione e di condivisione di responsabilità fra amministrazioni ed enti del TS che nascono dall'applicazione del principio di sussidiarietà. Qui

entra in gioco il riferimento contenuto nel primo comma dell'art. 55 ai principi di autonomia organizzativa e regolamentare, che consentono alle amministrazioni di disciplinare dettagliatamente tali rapporti mediante un regolamento deliberato dagli organi competenti, contenente gli indirizzi generali, i criteri ed i principi direttivi".

(26) In punto di aspetti economici il decreto ministeriale richiama testualmente il "procedimento" di cui all'art. 12, L. n. 241/1990. Tuttavia, tale riferimento (ripreso peraltro dalla Relazione illustrativa allo schema di Codice del Terzo Settore, p. 17), desta qualche perplessità. Da un lato la disposizione è rubricata "provvedimenti attributivi di vantaggi economici", e non vale a proceduralizzare l'azione amministrativa; dall'altro, come si vedrà, il Consiglio di Stato ha concluso che la co-progettazione o il successivo partenariato si svolgano a titolo gratuito.

(27) Il D.M. n. 72/2021 parla di accreditamento "locale", da ricondurre "al regime autorizzatorio, ovvero sia a quella peculiare forma di abilitazione - da parte delle competenti amministrazioni -

dell'accreditamento come estraneo all'ambito applicativo del Codice dei Contratti pubblici solo nel caso in cui esso non sia preordinato all'attivazione di un partenariato (28). Tuttavia, una tale conclusione si presenta potenzialmente contraddittoria con la lettera stessa dell'art. 55, comma 4, D.Lgs. n. 117/2017, e dell'art. 30, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016, i quali preordinano espressamente l'accreditamento all'avvio del partenariato, e ancorano i procedimenti di coinvolgimento degli ETS alla sola disciplina dettata dalla L. n. 241/1990. Vieppiù, se si considera che il partenariato da attivare non potrebbe che essere gratuito, per cui non si ravvedono con immediatezza i pericoli di alterazione della concorrenza paventati dai Giudici di Palazzo Spada nei casi in cui il meccanismo dell'accreditamento sia finalizzato, come previsto dalla normativa vigente, alla selezione di un *partner* da parte della P.A.

Conclusioni

Per quanto il Codice del Terzo Settore sia stato invocato nel corso degli anni per uniformare la disciplina della galassia di Enti che operano nel sociale, il Titolo VII, che dovrebbe dettare le linee per massimizzare i benefici della relazione Pubblico-Terzo Settore, presta il fianco, sin dalle prime applicazioni, ad alcuni dubbi interpretativi e applicativi.

In specie, un'interpretazione formalistica del concetto di gratuità rischia di apparire miope rispetto alla realtà del Terzo Settore. Si potrebbe immaginare

il caso in cui una P.A. intenda avviare un servizio sociale con un ETS e che per farlo preveda di corrispondere al gestore una somma, fissata in misura forfettaria, comunque insufficiente per remunerare il servizio. Dunque, non verrebbe in ipotesi mutata la natura diseconomica della gestione (29). In questa fattispecie, sebbene il contratto difficilmente potrebbe interessare il mercato, secondo la ricostruzione appena tratteggiata l'affidamento potrebbe avvenire soltanto ai sensi del Codice dei Contratti pubblici (30). In disparte ogni aggravio procedimentale, ne conseguirebbe una portata applicativa molto limitata del Titolo VII del Codice del Terzo Settore, nonostante esso non abbia come obiettivo la segregazione di un mercato in favore degli ETS, ma quello di coinvolgere in maniera strutturale e attiva, nella realizzazione delle politiche sociali, quelle realtà che già oggi costituiscono attori insostituibili del sistema del *welfare*. Analogo ragionamento potrebbe ripetersi, ma sul punto si rimanda alla chiosa del paragrafo precedente, sull'istituto dell'accreditamento per l'individuazione dell'ETS, con il quale avviare un partenariato. Ad ogni buon conto, la pronuncia in commento ed il precedente parere del Consiglio di Stato sembrano tratteggiare sin d'ora un orientamento ben definito nel senso di massimizzare le ipotesi applicative del D.Lgs. n. 50/2016, dal quale - nel risolvere future vicende analoghe - non appare agevole potersi discostare.

mediante la quale un soggetto, persona fisica o giuridica, al ricorrere dei presupposti normativamente previsti, può svolgere una data attività o un servizio", non sovrapponibile con la forma di accreditamento di cui alla L. n. 502/1992, o con analoghi meccanismi previsti a livello regionale, in materia socio-sanitaria e socio-assistenziale.

(28) "Ove sia *ex ante* stabilito un contingente massimo di operatori accreditabili, ovvero, a fortiori, qualora l'accreditamento sia lo strumento per addivenire all'attivazione di un partenariato, la procedura tradisce un afflato selettivo che ne impone la riconduzione entro gli stilemi del diritto euro-unitario" (così, Cons. Stato, Comm. Spec., parere n. 2052/2018).

(29) In questo caso, ove venisse accolta la tesi sull'applicabilità del Codice del Terzo Settore, il meccanismo prospettato si

potrebbe prestare ad usi elusivi del Codice dei Contratti pubblici. Tuttavia, gli operatori economici non rimarrebbero privi di garanzie, poiché sarebbe sempre dato loro, come dimostra la sentenza in commento, un rimedio giudiziale.

(30) Sul punto potrebbero esprimersi anche le Linee Guida ANAC di prossima adozione, per l'emanazione delle quali l'Autorità ha concluso la fase consultiva lo scorso 15 novembre. Va da sé che un intervento dell'ANAC sulla materia del Codice del Terzo Settore potrebbe essere verosimilmente solo tangenziale, considerato che le Linee Guida, come manifesta lo schema già pubblicato, non possono che avere ad oggetto gli affidamenti di servizi sociali tuttora disciplinati dal Codice dei Contratti pubblici.