

La co-programmazione e la co-progettazione tra PA e enti del Terzo settore: dal ritrovarsi nel mezzo del cammin per una selva oscura, che la diritta via era smarrita ... ai raggi del “nuovo” pianeta dei Contratti pubblici

di Vanessa Manzetti

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'avvento del Codice del Terzo settore e la “nuova vita” degli istituti di co-programmazione/co-progettazione – 3. Il “vai e vieni” tra Anac e Consiglio di Stato e la saga dei passi indietro – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e quell’insegnamento che potrebbe “cambiarci la vita” – 5. Verso più “modi di amministrare”: il d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni – 5.1. segue: ... il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 2021 e il ricorso all’art.55 del Codice del Terzo settore quale *opzione* – in primo luogo – *politica* – 5.2. segue: ... il Parere del Consiglio di Stato n. 802 del giugno 2022 e le Linee guida Anac n. 17 del 2022 – 6. La co-programmazione e la co-progettazione nella “stagione” del PNRR – 6.1. L’art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici tra il riconoscimento della via alternativa di modelli di *amministrazione condivisa* e la normativa codicistica per i servizi sociali – 7. Qualche considerazione sparsa “su un altro possibile modo di amministrare”: la stagione del PNRR sarà la “volta buona”?

1. Premessa

Sembrano essere ormai lontani quei tempi in cui parlare di amministrazione condivisa¹ appariva come qualcosa di utopistico², di modelli non ordinari, di soluzioni poco trattate dalla dottrina pubblicistica e amministrativistica, in quanto residuali e marginali, al punto che la prima vera apparizione nel DPCM 2001³ (attuativo della legge n. 328 del 2000)⁴ di modelli di co-programmazione/co-progettazione tra soggetti del Terzo settore e enti territoriali era rimasta per lo più solo “sulla carta”.

¹ Il riferimento è G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 117-118, 1997, 29-65.

² G. ARENA, *L'amministrazione condivisa 18 anni dopo. Un'utopia realizzata*, in *www.labsus.it*, 24 febbraio 2015; G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un Patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Milano, 2020.

³ Recante “Atto di indirizzio e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell’art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328”.

⁴ Legge 8 novembre 2000, n. 328 “Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali”.

E questo anche se nessuno alle soglie del XXI secolo avrebbe mai messo in dubbio il ruolo svolto, fin da tempi risalenti – cioè molto prima della Costituzione del '48 e dell'affermarsi del nostro Stato come democrazia pluralista a forte valenza sociale⁵ –, da quelle relazioni di solidarietà poste all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, avevano portato la creatività dei singoli ad esprimersi in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) volte ad intervenire per rispondere ai bisogni sociali, culturali ed economici del Paese, andando a garantire, assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della storia repubblicana, rimaneva escluso⁶.

Tale affermazione non deve però condurre in errore, poiché se dubbi non sembrano esservi sul primario ruolo solidale-sociale svolto dalle entità della società civile, ancor prima che venissero alla luce i sistemi pubblici di *welfare* (in fondo la storia ne è la dimostrazione), questo non vuol significare che non vi siano stati – fino a tempi molto recenti – dubbi, incertezze e criticità sul rapporto tra questi enti (molti dei quali, in epoca moderna, verranno ricondotti entro il contenitore del “Terzo settore”) e le pubbliche amministrazioni, quando questi vanno ad erogare servizi di interesse generale, ovvero quando tali soggetti entrano nello spazio dell'amministrazione, andando a definire un diverso rapporto fra amministrazione e società civile.

Il perché è evidente. Non si sta, infatti, parlando, in questo caso, di un mero riconoscimento dell'esistenza di un variegato mondo delle formazioni sociali o del Terzo settore, ma del rapporto tra queste formazioni e le dinamiche proprie dell'amministrazione, in una prospettiva di attuazione, o meglio, di reinterpretazione del principio del buon andamento, nel passaggio dal tradizionale modello di amministrazione bipolare, gerarchico ed unidirezionale a quello dell'amministrazione condivisa, orizzontale, multipolare, paritario e circolare⁷.

⁵ Il riconoscimento costituzionale delle formazioni sociali è stato più che altro il lascito del solidarismo cattolico. Fu La Pira a sostenere durante i lavori dell'Assemblea Costituente che i diritti della persona umana non vengono integralmente tutelati se non sono tutelati parimenti anche i diritti della comunità nelle quali la persona umana si espande, a partire dalla famiglia, la quale costituisce la prima e la più centrale espressione di comunità intermedia, e snodandosi poi man mano nelle varie comunità in cui si organizza il corpo sociale.

⁶ Cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 131 del 2020.

⁷ Per approfondimenti sui modelli di amministrazione, ed in particolare per una scandita individuazione dei tre modelli di amministrazione tradizionale e del modello

La storia è ben nota, e in questo percorso dottrina e giurisprudenza hanno svolto un ruolo determinante facendosi anticipatrici di quei processi legislativi che per anni sono tardati ad arrivare⁸, ovvero fino a che non è intervenuto nel 2017 il Codice del Terzo settore (d'ora in poi anche CTS) che, all'art.55, è andato a *ri-normare* la figura della co-programmazione/co-progettazione, in una prospettiva più evoluta di quella del 2001, in quanto ancorata ad una fase consolidata del principio di sussidiarietà orizzontale e delle sue ormai note manifestazioni attuative⁹.

Questo significa, infatti, andare “oltre” al Codice dei contratti pubblici per l'affidamento dei servizi e interventi di interesse generale, tenendo però come punto fermo quel corollario di principi generali incardinati nell'art. 97 Cost., nell'art. 1 della legge n. 241/1990 e, guardando al livello europeo, nel principio di buona e sana amministrazione, in sostanza *tutti* quei principi enunciati espressamente dall'art. 55 CTS, quando elenca il principio di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare. Principi a cui deve aggiungersi, mutuando la denominazione dal Codice dei contratti pubblici, il *principio del risultato*, non a caso posto all'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, quale segno di un cambio di paradigma a carattere generale, che porta con sé il passaggio “dalla logica meramente pro-concorrenziale della regolamentazione dei contratti pubblici ... a una visione più ampia della committenza pubblica, che persegue l'obiettivo prioritario della realizzazione dell'opera, dell'approvvigionamento dell'amministrazione, dell'affidamento dei servizi pubblici”¹⁰.

di amministrazione condivisa, si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. ARENA, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, Trento, 2022, in part. 22-25.

⁸ Si vedano in generale i vari contributi sul tema presenti sul sito Labsus, come *ex multis* le sentenze Tar Emilia-Romagna, sez. I, 27 febbraio 2015, n. 51, e Tar Lombardia (Brescia) sez. II, 28 giugno 2016, n. 890; anche se in tema di amministrazione condivisa il contributo della dottrina ha avuto più voce.

⁹ Il riferimento è, al di là delle esperienze di settore, in particolare ai patti di collaborazione, al baratto amministrativo, ai contratti di partenariato sociale. Si rinvia per approfondimenti a F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, Trento, 2022, cit., 635-113, anche per l'ampia bibliografia (in part. 86-87).

¹⁰ Così G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2023.

Tant'è che proprio l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici, quando va ad introdurre tra i principi portanti anche i "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore", rinviando dunque agli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, il cui perno è proprio l'art. 55, va ad indicare espressamente che anche quando la pubblica amministrazione sceglie di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, questi devono sempre e comunque rispondere al principio del risultato¹¹, quale "*criterio prioritario* per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto"(art. 1, comma 4, nuovo Codice dei contratti pubblici)¹².

Novità di non poco conto, anche perché tra le disposizioni di cui al Titolo VII "Dei rapporti con gli enti pubblici" del CTS rientrano sia disposizioni ancorate al paradigma tradizionale, come sono gli artt. 56 e

¹¹Così art. 6 del d.lgs. n. 36 del 2023 "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore", secondo cui "In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e *in base al principio del risultato*. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017".

¹²Secondo il dettato dell'art. 1 "Principio del risultato" del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità trasparenza e concorrenza. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. Il principio del risultato costituisce *criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva".

57 del CTS, che l'art. 55 “Coinvolgimento degli enti del Terzo settore” rispondente al paradigma sussidiario¹³, a dimostrazione della sussistenza nell'ambito del diritto amministrativo di entrambi i paradigmi¹⁴.

All'art. 55 spetta, infatti, il merito di aver dato “nuova vita” alla figura della co-programmazione/co-progettazione, andando *ad invertire* la tendenza presente in tutte e due le precedenti versioni del Codice dei contratti pubblici – quelle del 2006 e 2016 – che, nonostante gli importanti progressi intervenuti a livello, prima europeo e poi nazionale, in tema di affidamento dei servizi di interesse generale, in particolare di quelli sociali, avevano “lasciato per strada” qualsiasi riferimento ai modelli individuati dagli artt. 1 e 7 del DPCM 2001¹⁵.

¹³ D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna, 2013.

¹⁴ G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, in *Impresa Sociale*, n.3, 2020, 96 “Negli artt. 56 e 57 il rapporto fra amministrazioni ed enti del TS è fondato infatti su istituti tradizionali come la convenzione e l'affidamento, in cui è l'amministrazione stessa ad assumere l'iniziativa di sottoscrivere con enti del TS convenzioni per lo svolgimento di attività o servizi sociali (art. 56), oppure ad affidare in convenzione ad enti del TS i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza”.

¹⁵In particolare si ricordano art. 1, commi 1-2, e art. 7 del DPCM 30 marzo 2001. L'art. 1 va infatti a disciplinare il “Ruolo dei soggetti del terzo settore nella programmazione progettazione e gestione dei servizi alla persona” specificando che “Il presente provvedimento fornisce indirizzi per la regolazione dei rapporti tra comuni e loro forme associative con i soggetti del terzo settore ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla legge n. 328 del 2000, nonché per la valorizzazione del loro ruolo nella attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali. Le regioni, sulla base del presente provvedimento, adottano specifici indirizzi per: a) promuovere l'offerta, il miglioramento della qualità e l'innovazione dei servizi e degli interventi anche attraverso la definizione di specifici requisiti di qualità e il ruolo riconosciuto degli utenti e delle loro associazioni ed enti di tutela; b) favorire la pluralità di offerta dei servizi e delle prestazioni, nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione amministrativa; c) favorire l'utilizzo di forme di aggiudicazione o negoziali che consentano la piena espressione della capacità progettuale ed organizzativa dei soggetti del terzo settore; d) favorire forme di coprogettazione promosse dalle amministrazioni pubbliche interessate, che coinvolgano attivamente i soggetti del terzo settore per l'individuazione di progetti sperimentali ed innovativi al fine di affrontare specifiche problematiche sociali; e) definire adeguati processi di consultazione con i soggetti del terzo settore e con i loro organismi rappresentativi riconosciuti come parte sociale” (commi 1 e 2). Ed in tale ottica l'art.7 “Istruttorie pubbliche per la coprogettazione con i soggetti del terzo settore” dispone che “Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione

Ebbene il riferimento ai servizi di sociali è particolarmente significativo posto che questi rappresentano un “banco di prova” privilegiato per i rapporti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni, posto che è *in re ipsa* nella loro specifica “missione” di coesione sociale la diaframma tra solidarietà e concorrenza¹⁶, tanto che – seppur non senza difficoltà – a questi era stata riservata dal Codice dei contratti pubblici del 2016 una normativa *ad hoc*, in ragione della linea di sviluppo in materia di servizi sociali adottata nelle direttive del 2014, con cui si andava a superare¹⁷ un approccio timido alla materia, per andare incontro a “meccanismi di attuazione cogenti e originali”¹⁸.

In più è proprio in riferimento ai servizi sociali che la delibera Anac n. 32/2016 “Linee guida per l’affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali” aveva riscoperto, poco prima dell’avvento del Codice del Terzo settore, gli istituti della co-programmazione/co-progettazione in tema di servizi sociali, andando per di più a delineare regole procedurali per la loro messa in atto “fuori” dal Codice dei contratti pubblici.

Così nella delibera n. 32 del 2016 l’Autorità affermava espressamente che le pubbliche amministrazioni devono procedere alla *programmazione* degli interventi e dei servizi sociali “in forma integrata”, vale a dire secondo una logica di *governance* che vede il coinvolgimento degli attori della società civile, sottolineando che il piano di zona dei servizi sociali è adottato, di norma, attraverso un accordo di programma cui partecipano i Comuni associati e organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed enti di patronato, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose che, attraverso l’accreditamento o specifiche forme di concertazione, concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano”,

di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indicazione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno”.

¹⁶ A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015.

¹⁷ G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. intern.*, 2015, 822 ss.

¹⁸ Cfr. F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell’evidenza pubblica*, Torino, 2016, 2.

rectius secondo un modello di co-programmazione. Ciò significa quindi che le amministrazioni hanno *l'obbligo* di procedere a un'adeguata programmazione delle risorse e degli interventi sociali, da effettuarsi con il coinvolgimento attivo sia dei soggetti pubblici che dei soggetti privati a ciò deputati, al fine di addivenire, in via preventiva, alla corretta individuazione e quantificazione delle risorse disponibili, dei bisogni da soddisfare, degli interventi all'uopo necessari e delle modalità di realizzazione degli stessi¹⁹. Si ricorda infatti che in sede di programmazione, ogni Comune, ai sensi dell'art. 13 della l. 328/2000 e del d.p.r. 3 maggio 2001, *deve* adottare una "carta dei servizi sociali", in cui devono essere disciplinate tra le altre cose, il ricorso a risorse sia a carattere istituzionale che a carattere sociale, oltretutto le modalità di partecipazione dei cittadini, delineandosi dunque come una "carta per la cittadinanza sociale".

Nella stessa delibera l'Anac faceva riferimento anche alla co-progettazione, affermando che questa si sostanzia in un *accordo procedimentale di collaborazione* che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale.

Ed a pensar male questa volta probabilmente non si fa peccato, nel ritenere che forse l'Anac aveva adottato una tale impostazione "influenzata" dalla forte discussione che si muoveva intorno alla tanto attesa Riforma del Terzo settore, proprio nel mentre l'Autorità stava adottando la delibera n. 32. Infatti non è affatto casuale che nella *Premessa* della delibera sia la stessa Autorità a sottolineare che, nonostante il notevole impatto della spesa per i servizi sociali sulle finanze pubbliche, si registri ancora la mancanza di una specifica normativa di settore volta a disciplinare in maniera organica l'affidamento di contratti pubblici ai soggetti operanti nel Terzo settore, giungendo ad auspicare che l'occasione per rimediare a tale carenza possa essere quella rappresentata dall'approvazione del disegno di legge recante le Linee guida per una revisione organica della disciplina riguardante il Terzo settore²⁰.

¹⁹ Secondo la logica della "programmazione partecipata" F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, n. 2, 2018, 211-218, in part. 216-217; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, vol. II, 1751-1762.

²⁰ Richiamando espressamente il d.d.l. n.1870 approvato alla Camera dei deputati il 9.4.2015.

Ecco perché nel presente lavoro di ricerca si è scelto di partire proprio dall'art. 55 del Codice del Terzo settore, andando ad esaminare il “vai e vieni” che ha interessato il riconoscimento della co-programmazione/co-progettazione dei servizi di interesse generale (in particolare di quelli sociali) quale possibile modello di amministrazione, evidenziando come questa norma abbia da subito accentrato su di sé non solo l'interesse della dottrina, ma quello di tutti gli attori istituzionali in gioco, chiamando in causa, a più riprese Anac, Consiglio di Stato, Corte Costituzionale, Ministero del lavoro, ed anche il legislatore nazionale (senza tener conto in questa sede del variegato assetto legislativo regionale)²¹.

Il susseguirsi di tutti questi interventi sembra però aver portato ad una fase più compiuta della co-programmazione/co-progettazione, tanto che questa ha trovato nuovi spazi nella legislazione attuativa del PNRR, interessando sia il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (d. lgs. n. 201 del 2022)²² che, come anticipato, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023)²³.

La stagione del PNRR con la sua logica *performance based*, caratterizzata dal nuovo principio del risultato, sembra dunque aprire nuovi spazi per gli istituti di co-programmazione/co-progettazione. Il condizionale però è d'obbligo, dato che molti sono ancora i nodi da sciogliere.

2. *L'avvento del Codice del Terzo settore e la “nuova vita” degli istituti di co-programmazione/co-progettazione*

Nel percorso verso l'effettività del principio di sussidiarietà orizzontale e l'affermazione di modelli di amministrazione condivisa²⁴, l'emanazione

²¹ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, a cur di S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI, Napoli, 2019, 89 ss.

²² L'art. 8 della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (legge 5 agosto 2022, n. 118) aveva delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico.

²³ Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”.

²⁴ Cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata:*

nel 2017 del Codice del Terzo settore rappresenta un nuovo avvio²⁵, considerato la volontà del legislatore di dare vita ad uno strumento unitario al fine di garantire la “coerenza giuridica, logica e sistematica” della materia²⁶, andando a trattare nei 12 Titoli e nei 104 articoli del CTS tutti gli aspetti concernenti *l'essere e l'agire* del Terzo settore²⁷.

Ed infatti il Codice del Terzo settore, oltre a rappresentare un'opera di riordino e revisione complessiva della disciplina (sia civilistica che fiscale), definendo per la prima volta in modo chiaro, omogeneo ed organico il perimetro del c.d. Terzo settore (vale a dire “quali” soggetti ne fanno

dalle linee guida dell'Anac al Codice del Terzo settore, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018.

²⁵ Il Codice del Terzo settore (CTS) è stato adottato con d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 ed è entrato in vigore il 3 agosto 2017, inserendosi in una riforma di più ampio respiro, che trova riferimento nella 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”.

²⁶ Secondo quanto individuato alla let.d) dell'art. 2 “Principi e criteri direttivi generali” della Legge delega n. 106 del 2016 “Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale”. Nello specifico l'opera riformatrice è guidata da alcuni principi e criteri direttivi generali (art. 2) che devono costituire la chiave di lettura delle soluzioni da adottare ed il criterio di valutazione delle scelte operate dal legislatore delegato, quali: a) riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione; b) riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali; c) assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti; d) semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica.

²⁷ Nel dettaglio il Codice del Terzo settore va a disciplinare al Titolo I – Disposizioni generali (artt. 1-3), al Titolo II – Degli enti del Terzo settore in generale (artt. 4-16), al Titolo III – Del volontariato e dell'attività di volontariato (artt. 17-19), al Titolo IV – Delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore (artt. 20-31), al Titolo V – Di particolari categorie di enti del Terzo settore (artt. 32-44), al Titolo VI – Del registro unico nazionale del Terzo settore (artt. 45-54), *al Titolo VII – Dei rapporti con gli enti pubblici* (artt. 55-57), al Titolo VIII – Della promozione e del sostegno degli enti del Terzo settore (artt. 58-76), al Titolo IX – Titoli di solidarietà degli enti del Terzo settore ed altre forme di finanza sociale (artt. 77-78), al Titolo X – Regime fiscale degli enti del Terzo settore (artt. 79-89), al Titolo XI – Dei controlli e del coordinamento (artt. 90-97), al Titolo XII – Disposizioni transitorie e finali (artt. 98-104).

parte), va ad estendere il “perimetro oggettivo” di operatività degli enti del Terzo settore a *tutte* le attività di interesse generale, superando quell’ambito assai restrittivo, individuato dalle legge n. 328/2000 e dal successivo atto di indirizzo e coordinamento del 2001, che appunto era circoscritto ai soli interventi e servizi sociali²⁸.

In tale quadro vanno lette, dunque, le nuove disposizioni rivolte alle pubbliche amministrazioni, quando si dedica un intero Titolo (Titolo VII) al rapporto tra enti del Terzo settore e gli enti pubblici (artt. 55, 56 e 57)²⁹. E questa non rappresenta certo una scelta di impostazione secondaria.

Ciò significa, infatti, che il *coinvolgimento attivo* degli enti del Terzo settore (d’ora in poi anche Ets) da parte delle amministrazioni pubbliche nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione degli interventi e dei servizi di interesse generale rappresenta uno dei ruoli centrali assunti dagli enti del Terzo settore.

È evidente che questo approccio sottende una necessaria evoluzione del sistema di *welfare state*, entrato ormai da molto tempo in una fase di crisi profonda in ragione della sua non sostenibilità in capo ai soli soggetti pubblici, e del suo superamento grazie alla costruzione di un nuovo sistema di *welfare*, appellabile come *welfare sussidiario* (o anche *welfare mix*, *welfare community* o *welfare society*), in quanto fondato su una *governance* sociale allargata alla partecipazione dei singoli, dei corpi intermedi, ed in particolare per vocazione naturale e struttura agli enti del Terzo settore³⁰.

Un percorso verso un nuovo modello di *welfare* sussidiario e generativo porta, infatti, con sé l’apertura a modelli di amministrazione condivisa, ed in questa prospettiva assumono particolare rilevanza gli strumenti della co-programmazione e della co-progettazione individuati all’art. 55 del Codice del Terzo settore, come sottolineato nel “Manifesto Verso un nuovo sistema di *welfare*” presentato il 15 marzo 2023 dal Forum del Terzo settore.

Tant’è che autorevole dottrina amministrativistica ha sottolineato come il Codice del Terzo settore, approvato con d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, rappresenti uno dei testi più importanti delle ultime legislature, e per questo

²⁸ Come specificato dalle “Schede di lettura” del Codice del Terzo settore elaborato dal Servizio Studi della Camera e del Senato, 2017, 90 ss.

²⁹ F. GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore*, in *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, a cura di A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI, Napoli, 2020, 55 ss.

³⁰ A cura di G. VITTADINI, L. VIOLINI, *La sfida del cambiamento: verso un welfare sussidiario*, Milano, 2012.

meritevole di attenta riflessione, soprattutto dal punto di vista del diritto amministrativo, poiché il “Codice segna – o perlomeno accentua – una rivoluzione, un cambiamento di *paradigma*, tra pubblici poteri e società civile, che si spinge ben oltre il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, co. 4, della Costituzione”, dando infatti nuova linfa agli istituti della co-programmazione e co-progettazione fino ad allora “appena abbozzati sul piano legislativo e fattisi avanti, non senza incertezze, in via di prassi”³¹.

Ed infatti, andando a ragionare sulle prospettive di interazione tra amministrazioni pubbliche ed Ets è possibile rilevare che, se da un punto di vista più generale queste sembrano “muoversi su tre versanti distinti: quello del sostegno (realizzabile mediante sovvenzioni, agevolazioni, utilizzo di spazi, ecc.), quello della collaborazione (nella programmazione, nella progettazione, nel controllo, ecc.), quello dell’affidamento”³², da un punto di vista più specifico, qual è quello dell’emerge del nuovo paradigma sussidiario, solo il versante della co-programmazione/co-progettazione risulta essere di forte interesse, anche per la nuova veste assunta dalla figura con l’art. 55 del CTS.

Il riferimento all’art. 55 del CTS si rivela, dunque, determinante per segnare un vero passo avanti verso l’affermazione di modelli di amministrazione condivisa, alternativi al tradizionale modello bipolare, ovvero alla messa in pratica di soluzioni che vedono gli enti del Terzo settore e i soggetti pubblici mettere in condivisione risorse e responsabilità al fine del perseguimento di quel *maremagnum* di attività di interesse generale individuate all’art. 5 del CTS.

Modelli, dunque, che portano a condividere non l’esercizio del potere bensì della funzione amministrativa, al fine di dare una risoluzione pubblico-privata a problemi di interesse generale in costante divenire, partendo dall’assioma che la complessità delle moderne società porta sempre più frequentemente i soggetti pubblici e quelli privati ad affrontare i c.d. problemi di sistema come “le pandemie, i cambiamenti climatici, il riscaldamento globale del pianeta, la scarsità di acqua, le grandi migrazioni”, problemi di fronte ai quali nessun soggetto singolo né pubblico né privato “è in grado, da solo e con le proprie risorse, di risolvere”³³.

³¹ M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il Codice del Terzo settore, un nuovo paradigma?*, in *Jus*, 2018, 28-44.

³² P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2017, spec. 135.

³³ G. ARENA, *Un approccio sistemico all’amministrazione condivisa*, in *L’amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 9.

Se così è, è evidente che la risoluzione di questi problemi chiama in causa tutte le competenze e le *expertise* presenti nella società, andando a rafforzare quella concezione antropologica positiva che individua “tutti come portatori e portatrici non solo di bisogni ma anche di capacità di ogni genere”³⁴.

Come a dire che alla prova dei fatti è la modalità di svolgimento della funzione a essere condivisa, non tanto la funzione in sé.

Si tratta di una chiave di lettura dalle basi solide, trovando i propri ancoraggi giuridici nella lettura in combinato disposto dell’art. 3 e dell’art. 118, u.c., della Costituzione, per cui se con l’art. 3 si afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona, con l’art. 118 ultimo comma si afferma che la Repubblica deve altresì *favorire* le autonome iniziative dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale.

E la Repubblica, come enuncia l’art. 114 della Costituzione, è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

Così proseguendo nel ragionamento si arriva a riconoscere che “non esiste.. un solo modo di fare amministrazione” e che “con l’amministrazione condivisa il ventaglio dei modelli si arricchisce”³⁵. In altre parole, l’amministrazione ha di fronte a sé sia il modello dei contratti pubblici, che si muove nel *prisma* della concorrenza ed al cui interno è prevista secondo un modello *genus/species* una serie di norme che disciplinano l’affidamento dei servizi sociali, sia il modello del Codice del Terzo settore, che si muove nel *prisma* della solidarietà-sussidiarietà, ed a cui fanno capo le figure della co-programmazione/co-progettazione.

È necessario dunque, per le considerazioni sin qui svolte, cercare di approfondire le implicazioni attuative di quanto disposto dall’art. 55 al fine di evidenziare i tratti distintivi di questo possibile modello di amministrare tracciato all’interno del Codice del Terzo settore.

L’art. 55, con i suoi 4 commi, si presenta, infatti, come una norma

³⁴ *Ibidem*, 11.

³⁵ F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell’amministrazione condivisa*, in *L’amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI cit., 67, sottolinea che “Si conoscevano già l’amministrazione autoritativa e quella di prestazione, così come si è conosciuta più di recente l’amministrazione di regolazione della concorrenza; quella condivisa si aggiunge a tutte queste”.

ricca di significati al punto che appare necessario riportarne di seguito il testo, andando a evidenziare *in corsivo* alcuni passaggi che, sotto il profilo interpretativo, si ritengono chiave.

Nella sua integralità l'art. 55, infatti, dispone che “1. 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.

2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili.

3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla *realizzazione* di *specifici progetti* di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare *bisogni definiti, alla luce* degli strumenti di programmazione di cui comma 2.

4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene *anche* mediante forme di accreditamento nel rispetto dei *principi* di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, *previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente*, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner”.

Così al comma 1 la norma va a richiamare tutta una serie di principi generali del diritto amministrativo entro i quali (ovviamente, e su questo non dovrebbero esservi dubbi) devono (necessariamente) muoversi le figure della co-programmazione/co-progettazione, avvalorando una lettura, che qui si sostiene, del carattere fondamentale e trasversale del principio di sussidiarietà, secondo la quale tutti gli altri principi devono, o quanto meno dovrebbero, essere letti nel *prisma del paradigma sussidiario*.

Se così è, assume una valenza anche il principio di buon andamento non soltanto nella declinazione classica dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, ma anche nella nuova declinazione finanziaria quale delineata dalla riforma costituzionale del 2012 del primo comma dell'art. 97 cost., che mette al primo posto il principio eurounitario di sana gestione nei termini di equilibrio dei bilanci pubblici e di sostenibilità del debito per tutto il settore pubblico allargato, ed al quale ben si collega il novero dei principi sul procedimento amministrativo, compresi quelli che disciplinano procedimenti specifici, come quelli relativi alla programmazione sociale di zona³⁶.

Tuttavia, come rilevato in dottrina, per quanto il richiamo al rispetto dei principi della legge sul procedimento sia importante, questo “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. Ad entrare in gioco, infatti, è il riferimento, contenuto nel comma 1 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”³⁷.

Non solo, il comma 1 permette anche di tracciare il perimetro *soggettivo* e *oggettivo* degli istituti della co-programmazione e co-progettazione, ponendo in essere una disposizione dotata di una forte carica innovativa e rafforzativa del ricorso a tali modelli relazionali in cui “*tutti* i soggetti del Terzo settore hanno possibilità di collaborare con *tutte* le amministrazioni

³⁶Si vedano G. COLOMBINI, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art.97 cost.*, in AA.VV., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Milano, 2019, 381 ss.; S. CIMINI, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, a cura di A. BALESTRINO, M. BERNASCONI, S. CAMPOSTRINI, G. COLOMBINI, M. DEGNI, P. FERRO, P. ITALIA, V. MANZETTI, Napoli, 2020, 495-527. Si ricorda che nella sentenza n. 247/2017, la Corte costituzionale ha chiarito la portata della norma nel senso che la nuova formulazione del primo comma dell'art. 97 cost., per la prima parte riguarda gli equilibri dei singoli enti, mentre nella seconda parte afferisce alla “doverosa contribuzione di questi ultimi al comune obiettivo macroeconomico di assicurare la sostenibilità del debito nazionale”.

³⁷ G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, cit. , 97, sottolinea anche “la scarsa propensione di molti Comuni a valorizzare la propria autonomia regolamentare in questo settore”.

pubbliche per lo svolgimento di *tutte* le attività di interesse generale”³⁸.

Ed infatti per quanto riguarda il perimetro *soggettivo*, vale a dire quello volto ad individuare gli *enti* del Terzo settore che possono porre in essere modelli di co-programmazione/co-progettazione, l’art. 55, diversamente dalle altre due norme rientranti nel Titolo VII (artt. 56 e 57)³⁹, non si riferisce a specifiche tipologie di soggetti del Terzo settore, andando così ad aprire la porta al vasto *maremagnum* di enti del Terzo settore, che è bene sottolineare rappresenta una locuzione che non intende introdurre un *tertium genus*, ma semplicemente una qualifica giuridica.

La qual cosa implica che la norma apre a tutta la platea individuata dall’art. 4 del CTS che, come è noto, ha scelto di adottare una formula ampia per individuare “quali sono” gli enti che rientrano nel “contenitore enti del Terzo settore”, individuati facendo riferimento a quattro aspetti qualificanti, di cui tre riguardano l’*essere* di tali soggetti, quali la presenza di c.d. “indici di meritevolezza costituzionale”⁴⁰, del c.d. profilo funzionale, e del sistema ad elencazione, ed uno, invece, espressione del *dover essere*, quale l’iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore (Runts).

Così la presenza di c.d. indici di meritevolezza costituzionale si sostanzia nell’essere i soggetti del Terzo settore enti privati ad ordinamento interno democratico, che svolgono attività di interesse generale (secondo una determinata modalità di svolgimento)⁴¹, in assenza di scopo di lucro.

A ciò si aggiunge l’individuazione di uno specifico profilo funzionale, oltre l’assenza di scopo di lucro, che riguarda il necessario perseguimento di finalità “civiche, solidaristiche e di utilità sociale”.

Non solo. La norma pone in essere una vera e propria elencazione,

³⁸ V. TONDI DELLA MURA, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2017, 47 ss.

³⁹ Secondo l’art. 55 il coinvolgimento nella programmazione e progettazione degli interventi di pubblico interesse può riguardare, in linea generale, qualunque tipologia di soggetto del Terzo settore, diversamente la disciplina delle convenzioni è riferita e limitata alle due tipologie di soggetti caratterizzati e accomunati dal fatto di avvalersi in modo prevalente dell’attività di volontari.

⁴⁰ Si veda L. GORI, *Terzo settore e costituzione*, Torino, 2022, 100-161. Per esattezza secondo l’A. il perimetro degli indici di meritevolezza dovrebbe ricomprendere “tutti” gli elementi qualificanti.

⁴¹ Il primo comma dell’art. 4 dispone infatti “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”.

in parte nominativa, in quanto vede l'elencazione dei c.d. enti tipici (organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, imprese sociali, incluse le cooperative sociali, reti associative, società di mutuo soccorso, associazioni, riconosciute o non riconosciute, fondazioni), oltreché una clausola di apertura a tutti gli *altri enti* di natura privata, quale categoria residuale di Ets, che può quindi andare a comprendere soggettività non categorizzate dalla legge. In questo senso, la locuzione *altri enti* risulta evidentemente flessibile e di fatto suscettibile di ricomprendere nuove forme giuridiche rispondenti all'evoluzioni dei bisogni dei territori.

Per quanto concerne l'iscrizione nel registro unico, questa si configura *ex lege* come costitutiva, poiché solo adempiendo a tale onere l'ente acquista la qualificazione giuridica di ente del Terzo settore, con tutto ciò che ne consegue.

Al riguardo preme ricordare che l'iscrizione al Runts è comunque una facoltà che dovrà essere valutata caso per caso da ciascun soggetto, anche perché accanto agli importanti vantaggi (in particolare di natura fiscale e sotto il profilo della trasparenza), questa può portare ad un aumento dei costi in capo all'ente del Terzo settore (legati ad es. all'adeguamento dello Statuto, alla redazione e al deposito del bilancio).

Oltre all'ampliamento soggettivo, il comma 1 dell'art. 55, dà atto anche di un ampliamento del *perimetro oggettivo* degli istituti della co-programmazione/co-progettazione, andando a specificare il riferimento non ai soli interventi nei servizi sociali, ma ad interventi e servizi nei settori di attività di cui all'art. 5 CTS.

Vale a dire quella ampia area di attività individuate dal Codice del Terzo settore all'art.5 "Attività di interesse generale", quali interventi e servizi sociali, sanitari, socio-sanitari, interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente, interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, formazione universitaria e post-universitaria, attività culturali, turistiche, alloggi sociali ecc.

Elenco già di per sé molto ampio, e che può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, in ragione dell'evoluzione dinamica dei bisogni di interesse generale.

Si ha quindi, con l'art. 55 del CTS, l'ampliamento dell'ambito di applicazione degli istituti della co-programmazione/co-progettazione

oltre gli spazi originariamente individuati dalla legge n. 328 del 2000 e dal conseguente DPCM 2001, quale affermazione di un necessario coinvolgimento degli enti del Terzo settore per “qualunque tipologia di servizio o intervento di interesse generale”, secondo un modello di vero e proprio *coinvolgimento attivo*. Espressione che se parte dalla dottrina ha ritenuto superflua e ridondante, atteso che non avrebbe alcun senso immaginare una forma di partecipazione meramente passiva (poiché si tratterebbe nei fatti della negazione stessa della suddetta idea di coinvolgimento)⁴², è anche vero che l’aver posto l’accento sulla natura *attiva* del coinvolgimento appare rispondere a tutti quei casi – non pochi – in cui la partecipazione e il coinvolgimento degli enti del Terzo settore (come anche quello più generale della società civile) è stato più di forma che di sostanza, e questo anche per istituti più in voga, come quelli del dibattito pubblico o dei bilanci partecipativi.

In tale ottica l’inciso “attivo” sembra dunque voler essere un rafforzativo, una qualche forma di tutela (seppur sempre formale) per l’effettività di questi istituti, o più in generale quale rafforzativo e riconoscimento di quel cambio – non facile – di paradigma amministrativo sotteso a questi nuovi istituti.

Cambio di paradigma che, secondo il dettato del comma 1, interessa “tutte” le pubbliche amministrazioni, grazie al riferimento all’art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001⁴³, e dunque ben al di là dall’art. 3, comma 5, del TUEL, secondo cui comuni e province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali⁴⁴.

⁴² P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., 140.

⁴³ Secondo cui “per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. (Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONTI)”.

⁴⁴ Al riguardo si veda D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 90-109. L’A. evidenzia, infatti, come le norme del TUEL siano tra le più significative espressioni del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il comma 2 e il comma 3 dell'art. 55 meritano, invece, una lettura sia di interpretazione letterale-terminologica che di interpretazione logico-sistematica.

Volendo porre l'attenzione sul profilo terminologico questi due modelli di coinvolgimento degli enti del Terzo settore (quello della co-programmazione e quello della co-progettazione, rispettivamente comma 2 e comma 3) potrebbero, infatti, apparire come riguardanti due fasi distinte.

Quella della co-programmazione finalizzata all'individuazione dei bisogni da soddisfare, ed in rapporto a questi gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e – non da ultimo – le risorse disponibili, e dunque sia quelle pubbliche che quelle private; riferimento quest'ultimo che ancora una volta chiama in causa la declinazione finanziaria del principio di sussidiarietà, espressa qui nel rapporto bisogni-risorse, quale presupposto di una appropriata co-programmazione⁴⁵.

E quella, espressa nel comma 3, della co-progettazione rivolta alla definizione ed eventualmente alla *realizzazione* di *specifici progetti* volti a soddisfare bisogni definiti, in cui il ricorso alla locuzione “progetti specifici” va a confermare il suddetto ampliamento del perimetro oggettivo, tale da comprendere ogni servizio o intervento di interesse generale, anche quelli di fatto sprovvisi del carattere della sperimentaltà e innovatività⁴⁶.

Adottando però una interpretazione logica sistematica, volta a valorizzare quel coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, risulta assai difficile pensare all'esistenza di due fasi autonome e distinte, posto che occorre interrogarsi se sia possibile una *realizzazione* (che sia realmente “attiva”) di progetti specifici da parte dei soggetti del Terzo settore, senza che questi siano stati coinvolti (altrettanto “attivamente”) già nella fase di programmazione, secondo un processo “a valle – a monte”⁴⁷.

Ed in fondo anche una più attenta interpretazione letterale della norma sembrerebbe confermare l'inscindibilità delle due fasi, posto che al comma 3 viene espressamente specificato che la definizione ed eventualmente la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati

⁴⁵ L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, vol III, 2021.

⁴⁶ D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 2018, 11.

⁴⁷ L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e app.*, 2018, 15 ss.

a soddisfare bisogni definiti è svolta *alla luce* degli strumenti di co-programmazione.

Se con la co-programmazione la pubblica amministrazione va a individuare *a monte* i bisogni da soddisfare, facendo seguito ad una definizione in termini ancora generali dei possibili interventi, delle modalità, e delle risorse disponibili, nella fase *a valle* della co-progettazione si scende sul piano concreto del progetto specifico volto a dare reale soddisfazione ai bisogni pre e co-individuati.

Scindere la co-programmazione dalla co-progettazione andrebbe infatti a limitare fortemente il valore dei due istituti, e dunque l'affermazione di modelli di amministrazione condivisa.

Il condizionale però è d'obbligo, sia perché nella prassi molti enti locali hanno dato vita ad esperienze di co-progettazione senza aver prima avviato un percorso di co-programmazione, sia perché è lo stesso legislatore a contribuire a questa situazione, andando, per esempio, ad adottare misure di *favor* rivolte a meri interventi di *attuazione, rectius* di co-progettazione, come quelle previste dall'art. 42 "Istituzione di un Fondo per le attività socio-educative a favore dei minori" del d.l. n. 48 del 2023, recante misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro⁴⁸.

Certo è che la programmazione, come più volte sottolineato anche dall'Anac, rappresenta uno strumento fondamentale per garantire la

⁴⁸ L'art. 42 del d.l. 4 maggio 2023 n. 48, convertito con modificazioni nella l. 3 luglio 2023 n. 85, prevede infatti che sia istituito "presso lo stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, per il successivo trasferimento al bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche della famiglia, un fondo con una dotazione pari a 60 milioni di euro per l'anno 2023, per le attività socio-educative a favore dei minori, destinato al finanziamento di *iniziative* dei Comuni, *da attuare, anche in collaborazione con enti pubblici e privati*, finalizzate al potenziamento dei centri estivi, dei servizi socio-educativi territoriali e dei centri con funzione educativa e ricreativa che svolgono *attività* a favore dei minori". Si veda ad esempio l'avviso pubblico "manifestazione di interesse a partecipare alla co-progettazione "risorse per crescere" – anno 2023 per la realizzazione di un catalogo comunale di attività finalizzate a favorire il benessere di minori attraverso iniziative di potenziamento dei servizi socioeducativi territoriali e dei centri con funzione educativa e ricreativa" pubblicato dal Comune di Bitonto (<https://bitonto-api.cloud.municipiumapp.it/s3/712/allegati/avviso-pubblico.pdf>), in cui "si invitano gli Enti del Terzo Settore a partecipare all'attività di co-progettazione ex art. 55, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017, finalizzata a realizzare un Catalogo Comunale di attività (che si svolgeranno nel periodo settembre – dicembre 2023) pensate per favorire il benessere, l'inclusione, l'integrazione e l'*empowerment* delle e dei minori della Comunità".

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.

Pertanto un modello che pone al centro il principio di sussidiarietà quale espressione di un nuovo paradigma dell'amministrazione, dovrebbe poggiare su un rapporto di consequenzialità tra co-programmazione e co-progettazione, anche perché il comma 1 dell'art. 55 sembra aver dato vita ad una valorizzazione del ruolo degli enti del Terzo settore in senso forte ed omnicomprensivo, tale da sviluppare un percorso collaborativo tra amministrazione pubblica e *tutti* gli enti del TS, rivolto a *tutti* i servizi o agli interventi di interesse generale, operante a *trentasei* gradi⁴⁹, ovvero dal momento programmatico alla fase della costruzione di una proposta di servizio o intervento di interesse generale (non solo ad oggetto sociale).

Ed infatti, coerentemente, il comma 3 fa espresso riferimento ad un'attività di *realizzazione* di specifici progetti di interesse generale, vale a dire che con la co-progettazione non si guarda solo alla chiave ideativa, ma si scende sul terreno concreto del servizio o dell'intervento, andando inevitabilmente ad avvicinarsi "al mercato e alle sue ibridazioni con il Terzo settore"⁵⁰.

Questa chiave di lettura sembra essere confermata dalla "Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 117/2017", laddove si afferma che il modello partecipativo si presenta come idoneo ad incidere sulle diverse fasi nelle quali si possono concretizzare forme relazionali tra la P.A. e gli enti del Terzo settore, dalla fase di programmazione, a quella di progettazione, per finire a quella di attuazione dell'intervento, anche perché il coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle diverse fasi deve rispondere alla duplice esigenza di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie dell'amministrazione precedente in ordine a tali scelte.

Ne consegue che *in toto* il Codice del Terzo settore, e in particolare

⁴⁹ M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2018, 20 ss..

⁵⁰ L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, cit., 18.

una lettura attenta dell'art. 55, sembra voler generare rapporti di natura collaborativa tra amministrazione ed enti del TS “*posti in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241*”, senza alcun richiamo – si sottolinea – al Codice dei contratti pubblici, ed anzi chiamando in causa implicitamente gli articoli 11 e 12 della legge n. 241/1990 ss. mm., concernenti gli “Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento” e i “Provvedimenti attributivi di vantaggi economici”⁵¹.

Ciò presuppone però un salto giuridico-culturale importante, quale è quello dell'affermazione dell'amministrazione condivisa come modello alternativo al Codice dei contratti, secondo la logica del paradigma sussidiario⁵².

Ebbene, se questa lettura sembrerebbe rappresentare, secondo la *ratio* di fondo del Codice del Terzo settore, la sola possibile sia letteralmente che logicamente, è anche vero che l'entrata in vigore del Codice ha, da subito, fatto sorgere alcuni dubbi interpretativi in merito alla disciplina applicabile per gli affidamenti di servizi sociali alla luce della regolamentazione prevista dal Codice dei contratti pubblici.

Il che ha posto in evidenza per lungo tempo (e più esattamente sino al d.lgs. n. 36 del 2023 – “nuovo” Codice dei contratti pubblici) la mancanza di comunicazione tra corpi normativi disciplinanti la medesima materia dei servizi di interesse generale, ed in particolare dei servizi sociali.

Mancanza di comunicazione a cui sono conseguiti effetti non neutri, tra cui in particolare quello di porre l'amministrazione di fronte al problema – non insolito – dell'incertezza del diritto, e dunque “a cascata” dell'incertezza nell'amministrare.

3. *Il “vai e vieni” tra Anac e Consiglio di Stato e la saga dei passi indietro*

L'avvento del Codice del Terzo settore ha, sin da subito, portato l'Anac ad investire il Consiglio di Stato, al fine di fare chiarezza sulle possibili criticità di coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici da un lato,

⁵¹ Per un approfondimento generale sul ricorso delle pubbliche amministrazioni agli atti negoziali si rinvia a F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019.

⁵² U. DE AMBROGIO, *Programmare, progettare, coprogettare: una strada di promozione innovativa*, in *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, a cura di U. DE AMBROGIO, C. GUIDETTI, Roma, 2017.

e il Codice del Terzo settore dall'altro, nonostante che nelle Linee guida n. 32 del 2016 antecedenti ad entrambi i codici, la stessa Autorità avesse riconosciuto le figure della co-programmazione e della co-progettazione secondo moduli collaborativi.

L'Autorità – facendo, in parte, anche un passo indietro – rilevava, infatti, numerosi dubbi interpretativi in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, ed il “conseguente” sorgere di “posizioni contrastanti” in merito a quale delle due discipline applicare⁵³.

Discipline, tra l'altro, che avevano visto la loro “ossatura” portante forgiarsi nel qual tempo, posto che non può certo essere trascurato il dato temporale che porta ad evidenziare come il sostanzioso correttivo al Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 56 del 2017, adottato esattamente un anno dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016 con valenza notevolmente innovativa⁵⁴, avesse preso luce proprio nel mentre stava prendendo forma il d.lgs. n. 117 del 2017 “Codice del Terzo settore”, senza alcuna sorta di dialogo tra i Codici.

Tant'è che in conseguenza della “delicatezza della materia, che per alcune tipologie di attività sottende rilevanti interessi economici”, l'Autorità ha ritenuto opportuno acquisire il parere del Consiglio di Stato prima di procedere ad un “intervento chiarificatore”⁵⁵.

Si tratta di un parere che, per complessità, merita di essere preso in esame sia per *step*, che per nuclei tematici, posto che il Consiglio di Stato nel Parere n. 2052 del 2018 va ad assumere ora una posizione di *carattere generale* in ordine a quale sia la normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, ovvero andando ad occuparsi del rapporto tra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore alla luce delle disposizioni del

⁵³ Tra le “posizioni contrastanti” che teorizzano l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici di ampi settori di attività affidati agli organismi del Terzo settore si rileva, per importanza, quella del Ministero del lavoro.

⁵⁴ C. CONTESSA, *Il primo correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *www.treccani.it*, 2018, evidenzia che “il decreto correttivo modifica in modo piuttosto significativo il testo del Codice (partendo dalla stessa *rubrica legis*), intervenendo su oltre la metà dei suoi duecentoventi articoli (il decreto correttivo ne contempla centotrentuno)”.

⁵⁵ Intervento chiarificatore che l'Anac nella nota prot. n. 59638 del 6 luglio 2018 aveva rilevato l'intenzione di voler porre in essere in occasione dell'aggiornamento della delibera n. 32 del 2016, recante “Linee guida per l'affidamento di servizi ad enti del Terzo settore ed alle cooperative sociali” e che, per taluni profili, avrebbe potuto essere anticipato nell'ambito dell'approfondimento sul tema dell'immigrazione, nel più ampio contesto del Piano Nazionale Anticorruzione per l'anno 2018.

d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 da un lato, e del d.lgs. n. 117 del 2017 dall'altro, ora a delineare un percorso *a sé* con riferimento all'art. 56 CTS, evidenziando come la peculiarità dell'istituto delle *convenzioni* ne suggerisca una trattazione separata e specifica.⁵⁶ Suddivisione che sembra, dunque, rafforzare la scelta di questo lavoro, di focalizzare l'attenzione sull'art. 55 del Codice del Terzo settore, e più specificatamente sugli istituti della co-programmazione e co-progettazione, quali modelli ordinari e generali di amministrazione condivisa.

Infatti il Consiglio di Stato delinea, in primo luogo, i tratti fondamentali della normativa di riferimento, evidenziando gli importanti cambiamenti che hanno interessato l'affidamento dei servizi sociali nella normativa nazionale di derivazione euro-unitaria.

Ed al riguardo a venire in rilievo è *in primis* la rilevante “distonia” in materia di affidamenti di servizi sociali esistente tra il Codice dei contratti pubblici del 2006 e quello del 2016: se nel primo veniva esplicitata l'esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, andando a dedicare agli affidamenti di servizi sociali (al pari di tutti i servizi inclusi nell'allegato II-B) solo le disposizioni afferenti alle specifiche tecniche ed agli avvisi circa l'esito della procedura di aggiudicazione, nel secondo, invece, si andavano a dettare plurime disposizioni sugli affidamenti di servizi sociali, andando così a ricondurre la sottoposizione di tali servizi alla normativa codicistica⁵⁷.

Il che ripropone a livello nazionale, l'orientamento europeo, che ha visto il passaggio dalle direttive del 2004 a quelle del 2014, vale a dire dal fenomeno dell'esclusione pressoché *in toto* dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, a quello dell'inclusione anche degli “appalti di servizi sociali”, disvelando, così, la sottesa *mens legis* tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello *de quo*, prima lasciato ai decisori nazionali.

Il che significa essere passati dal regime di esclusione a quello di inclusione nell'ambito del Codice dei contratti, con tutte le conseguenze del caso.

Dopo queste precisazioni, il Consiglio di Stato passa alla lettura delle

⁵⁶ Consiglio di Stato, Parere n. 2052 del 26 luglio del 2018 “Normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117”

⁵⁷ Come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1 aprile 2016 relativo allo schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici 2016.

norme concernenti l'affidamento dei servizi sociali nell'ambito del Codice del Terzo settore, ovvero a quelle racchiuse nel Titolo VII "Dei rapporti con gli enti pubblici" (artt. 55, 56 e 57 CTS). Percorso ricostruttivo e di analisi che porta il Consiglio di Stato ad esaminare tali norme comma per comma, andando a rilevare come l'art. 55 CTS aveva significativamente ampliato – rispetto alla normativa del 2000 e del 2001 – le modalità con cui gli enti del Terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione⁵⁸, dato che tale disposizione *non* indica più quale superiore principio conformativo delle procedure di affidamento di servizi sociali il necessario rispetto "delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione", né va, in termini più specifici, a limitare il ricorso alla co-progettazione ai soli interventi innovativi e sperimentali.

Il che significa che il Codice del Terzo settore, secondo questa chiave di lettura, porterebbe a qualificare l'istituto della co-progettazione quale strumento ordinario a regime, anche se ad avviso del Consiglio di Stato il Codice del Terzo settore "potrebbe forse considerare con più attenzione la necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato".

Su queste premesse il Consiglio di Stato è giunto così ad una interpretazione restrittiva degli istituti (ri)introdotti dal Codice del Terzo settore, sottolineando che "l'esegesi di tali disposizioni, per vero, non può limitarsi al mero riscontro del dato letterale (pur apparentemente univoco), ma deve tener conto del più ampio contesto sistematico in cui la normativa *de qua* si colloca e, in particolare, del principio della primazia del diritto euro-unitario".

In poche parole, il Consiglio di Stato manifesta molte riserve circa la possibilità che si possa procedere senza applicare il modello della gara, salvo peculiari e specifici casi. L'affidamento dei servizi sociali, sottolinea il Consiglio di Stato, deve, di regola, "rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea", potendo non trovare applicazione in tre soli casi, e precisamente *quando* la procedura non ha carattere selettivo, quando non tenda all'affidamento di un servizio sociale, oppure, quando, pur tendendo all'affidamento di un servizio, l'affidatario lo svolga

⁵⁸ Considerazioni che seppur concernente un discorso a sé sono riferibili anche all'art. 56 CTS.

a titolo “integralmente gratuito”, ove “la effettiva gratuità” si risolveva contenutisticamente in “non economicità del servizio”⁵⁹.

Un ragionamento del genere avrebbe portato alla possibilità di prendere in considerazione i modelli di amministrazione condivisa solo se riportati “al di fuori” del perimetro della normativa in materia di contratti pubblici, relegandola di fatto nelle ipotesi di affidamenti dei servizi sociali solo laddove fosse sussistito l’elemento della totale gratuità delle prestazioni. In sostanza il ragionamento del Consiglio di Stato, portato alla sua estrema conseguenza, avrebbe limitato fortemente la portata innovativa delle forme di co-programmazione e co-progettazione previste dall’ art. 55 CTS, andando a definire la residualità degli istituti collaborativi in conseguenza dell’affermata supremazia del diritto euro-unitario a tutela della concorrenza, costituito – a livello interno – dal Codice dei contratti pubblici, in ragione della difficile compatibilità degli istituti *ex* art. 55 CTS. Si legge, infatti, nel parere che “in considerazione della *primazia* del diritto euro-unitario, ... la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici *prevale* in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore”, ed addirittura “ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il *meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il giudice sia per le amministrazioni?*”.

Certo è che la scelta di percorrere una tale linea interpretativa non appare del tutto convincente, esponendosi, al contrario, a critiche e a diverse interpretazioni in merito alla compatibilità degli istituti previste dal Codice del Terzo settore con la normativa vigente in tema di contratti pubblici, soprattutto in considerazione del fatto che l’art. 55 del CTS si pone quale norma di *pari rango* rispetto alle previsioni contenute nel d.lgs. n. 50/2016.

Peraltro, il parere n. 2052 del 2018 non ha solo posto in luce la primazia del diritto europeo, senza oltretutto affrontare anche le implicazioni in rapporto ai principi cardine della nostra Costituzione, ma ha adottato viepiù una lettura rigida delle direttive in materia di appalti, senza valorizzare gli spazi di apertura che queste ultime hanno lasciato con riguardo alla materia dell’affidamento dei servizi sociali.

Ebbene anche questa volta un ruolo determinante a difesa del

⁵⁹ Ed in questo caso, precisa il Consiglio di Stato “Di conseguenza, esso non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato. Viceversa, la gratuità si risolverebbe, addirittura, in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che in ipotesi dessero vita a un mercato di tali servizi”.

diritto costituzionale e amministrativo del Terzo settore, e del paradigma dell'amministrazione condivisa, è stato assunto dalla dottrina, ed in particolare dal "Club degli amici dell'art. 55", nato a luglio 2018 proprio per promuovere una riflessione approfondita sugli artt. 55, 56 e 57 del CTS, ritenendo che il Codice nel suo insieme, e l'art. 55 in particolare, rappresentino la *legittimazione* anche sul piano legislativo dell'amministrazione condivisa, quale modello amministrativo fondato sulla collaborazione fra cittadini e fra cittadini e pubbliche amministrazioni⁶⁰.

A queste riflessioni va, dunque, il merito di aver ricordato e sottolineato come tra i principi basilari europei vi sia sì quello di concorrenza, ma anche quello solidaristico, *in re ipsa* in tutte le forme di amministrazione condivisa, oltre a quello di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico per tutte le amministrazioni pubbliche che proprio su questo versante potrebbe trovare dall'apporto degli enti del Terzo settore un forte alleato nel percorso verso una implementazione sostenibile dei servizi/interventi sociali.

In fin dei conti la collaborazione pubblico privato non è forse volta anche al conseguimento di risparmi di spesa, oltretutto ad una maggiore qualità dei servizi e alla capacità di rispondere a bisogni mutevoli, secondo la logica che soggetti pubblici e enti del Terzo settore (come più in generale tutti i soggetti della sussidiarietà) perseguono obiettivi simili, per non dire coincidenti. Quello che si vuole evidenziare è, dunque, "il vizio di fondo: non c'è una gara fra contendenti, da una parte, e stazione appaltante, dall'altra, bensì l'attivazione di un partenariato collaborativo tra soggetti con obiettivi simili ... e in cui tutti apportano proprie risorse. Nel rispetto, s'intende, di una o più attività di interesse generale, quindi non lucrative"⁶¹.

Le ipotesi previste dall'art. 55 del CTS vanno, dunque, ad innescarsi nel perimetro entro cui si muovono gli enti del Terzo settore, che poi non è altro che quello dell'interesse generale, il cui confine con l'interesse pubblico è tanto labile quanto sfumato, e porta pertanto ad evidenziare

⁶⁰ Si veda Labsus Redazione, *Il diritto del Terzo Settore preso sul serio*, in *www.labsus.org*, 2019, in cui si specifica che il Club degli amici dell'art. 55 è un gruppo di studiosi a carattere interdisciplinare composto da giuristi, economisti, ricercatori ed esperti, nato al fine di sostenere e valorizzare l'art. 55 del CTS, ancor prima del contestato parere n. 2052 del 2018, a dimostrazione delle speranze riposte fin da subito nella Riforma sul Terzo settore, nonché della necessità di richiedere una correzione delle incongruenze espresse dalla giustizia amministrativa.

⁶¹ *Ibidem*.

l'attitudine specifica di tali enti a collaborare con gli enti pubblici, secondo una logica paritaria e relazionale.

Questo è il senso dell'art. 118, u.c., Cost., che chiama in causa modelli innovati di intervento pubblico *promozionale* rivolti a *tutti* i cittadini singoli e associati pronti a svolgere attività di interesse generale, quale solido ancoraggio costituzionale degli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, che li porta a muoversi in un terreno assai distante da quello del Codice dei contratti pubblici.

Tant'è che nell'articolata risposta informale al Consiglio di Stato, la dottrina non manca di ricordare tutte quelle iniziative, provenienti dai cittadini, singoli e associati, che in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, costituzionalmente previsto, non possono certo essere ricondotte ad appalti di servizio.

Il richiamo è in particolare alla miriade di Patti di collaborazione ormai presenti sul territorio nazionale⁶², come anche alle molteplici esperienze di baratto amministrativo⁶³, quali espressioni concrete dell'insegnamento di gianniniana memoria di “trarre il sistema amministrativo dal reale”, posto che in molti casi tali iniziative vanno a dare risposta ai nuovi bisogni, ovvero a quegli “specifici progetti di intervento” a cui si rivolge l'art. 55 del CTS. Il che apre alla possibilità che l'art. 55 CTS possa essere chiamato in causa quale modalità di intervento davanti all'insorgere di nuove povertà.

Certo è che una presa di posizione così netta, e così forte, da parte della dottrina non poteva che rappresentare un segnale tutt'altro che irrilevante.

Si tratta – senza mezzi termini – di una lezione in punto di diritto, ed in particolare di diritto costituzionale e amministrativo, al Consiglio di Stato, all'Anac e a tutti i molteplici *stakeholder* pubblici e anche privati interessati⁶⁴.

⁶² G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1439-1457, evidenzia come vi sia una “struttura molto simile” tra il modello partenariale di cui all'art. 55 CTS e la figura del patto di collaborazione, in ragione della *ratio* di fondo comune.

⁶³ Molte delle quali vanno a collocarsi fuori dal Codice dei contratti pubblici. Per approfondimenti sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Baratto o Baratti amministrativi. Una questione da dirimere*, in *Amministrazione in Cammino*, 2018.

⁶⁴ Si veda Club degli amici dell'art. 55, *Il diritto del terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *www.labsus.org*, 2018, in cui si sottolinea che “l'aggiornamento da parte dell'ANAC delle proprie Linee guida n. 32/2016 sugli affidamenti agli enti di Terzo settore rappresenta una prima occasione decisiva affinché

4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e quell'insegnamento che potrebbe "cambiarci la vita"*

A stravolgere lo scenario che aveva "preso piede" in seguito alla posizione del Consiglio di Stato, che, come si è visto, aveva dato una lettura fortemente limitante la portata innovativa dell'art. 55 CTS, è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 131 del 2020⁶⁵.

Una sentenza che, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, rappresenta uno di quegli insegnamenti che "cambiano la vita", o almeno, pare giusto aggiungere, potrebbero e dovrebbero portare a cambiarla⁶⁶, posto che la sentenza n. 131 del 2020 sembra contenere al suo interno "tutte le condizioni" per divenire "una pietra miliare nella storia del diritto italiano... una nuova conquista di civiltà giuridica dell'ordinamento democratico... una nuova cultura amministrativa che sappia distinguere con nettezza anche sul piano applicativo la co-progettazione dai rapporti patrimoniali"⁶⁷.

E non è certo scontato, né tantomeno usuale il veder riconoscere un tale valore ad una sentenza della Corte costituzionale, ma stavolta non potrebbe essere diverso.

Si tratta infatti di una sentenza ricca di insegnamenti sul principio di sussidiarietà orizzontale e sui soggetti della sussidiarietà orizzontale⁶⁸,

il diritto del terzo settore sia davvero preso sul serio".

⁶⁵ Sui commenti di questa sentenza si vedano *ex multis* Euricse, *La svolta della Corte costituzionale*, Trento, in www.euricse.eu, 2020; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 224-233; G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, cit., 1439 ss.; A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.federalismi.it, n. 21, 2021, 113; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in www.federalismi.it, n. 32, 2020, 88 ss.; L. GORI, *Co-progettazione, la sponda della Consulta*, in <http://www.vita.it/it/article/2020/06/26/co-progettazione-la-sponda-della-consulta/156023/>, 2020; Id., *Sentenza n. 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *Riv. imp. soc.*, 2020; E. ROSSI, *Il cammino adesso è aperto a un'amministrazione condivisa*, in *Avvenire*, 2020; F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in www.Labsus.org, 2020.

⁶⁶ Si ricorda la nuova serie di podcast della Corte costituzionale "Le sentenze che ci hanno cambiato la vita", ed in particolare tra questi G. AMATO, *La rivoluzione del ruolo del Terzo settore nella sentenza 131/2020*, in www.cortecostituzionale.it, 4 gennaio 2022.

⁶⁷ Così F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, cit.

⁶⁸ Espressione quella dei "soggetti della sussidiarietà orizzontale" che è ben diversa

in cui la Corte è andata a porre punti fermi sul complesso rapporto tra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore, e più in generale sui possibili “modelli” di amministrazione.

Ebbene il ragionamento della Corte poggia tutto sulla centralità del principio di sussidiarietà orizzontale quale cardine di quel modello di democrazia sociale e solidale da cui dipende la tenuta della nostra democrazia, in quanto dirompenti sono le implicazioni che questo può portare con sé per la tenuta dello Stato sociale.

L’art. 118, u.c, Cost., porta, infatti a “superare l’idea per cui solo l’azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale”, riconoscendo “che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una autonoma iniziativa dei cittadini che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese”⁶⁹.

In sostanza la Corte va a definire e riaffermare quegli spazi improntati su “relazioni di solidarietà”⁷⁰ quali espressione di quel principio solidaristico disciplinato non a caso tra i principi fondamentali della nostra Costituzione (art. 2), e che la Corte sottolinea essere salvaguardato anche dal diritto e dalla giurisprudenza europea⁷¹.

da quella di enti del Terzo settore. Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Una declinazione del principio di sussidiarietà: le imprese di comunità*, in *www.federalismi.it*, n. 7, 2022, in part. 145-148.

⁶⁹ Sent. Corte cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

⁷⁰ Sul riconoscimento costituzionale del paradigma sussidiario, più esattamente dell’Amministrazione condivisa, su cui oggi si fonda il nostro sistema amministrativo (accanto a quello tradizionale-bipolare) si veda *ex multis* F. GIGLIONI, *L’Amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, cit.; E. ROSSI, *Il cammino adesso è aperto a un’amministrazione condivisa*, cit.

⁷¹ Come ricorda la Corte Costituzionale al *Considerato in diritto* 2.1 “Del resto, lo stesso diritto dell’Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 Spezzino e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello

Il riferimento è, infatti, alla salvaguardia di quella diversità socioculturale di ciascuna esperienza nazionale, che il diritto dell'Unione europea garantisce.

In fondo “l'applicazione delle norme di diritto comunitario può (e deve) essere resa compatibile con il fine costituzionale di garanzia dei diritti sociali. Ciò è possibile se non si assume l'idea del *mercato come valore*, ma lo si utilizza invece *come regola*, come mezzo cioè per evitare distorsioni e opacità nei rapporti tra l'amministrazione e i privati”⁷².

Vieppiù in questa sentenza la Corte non si esime dal richiamare un *set* di sentenze costituzionali⁷³, volte ad evidenziare lo stretto rapporto tra il principio dell'art. 2 Cost. e l'art. 118, u.c., Cost., quali principi che hanno rappresentato per la giurisprudenza costituzionale un fondamentale angolo di visuale, espressione di quegli “alti valori” che sono l'anima del nostro testo costituzionale⁷⁴.

Questo significa che l'organizzazione dell'amministrazione condivisa, e dunque le sue modalità attuative, vanno considerate “come struttura rivolta

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)”.

⁷² A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, 324. Al riguardo si ricordano *ex multis* Corte di giustizia Ue, sezione VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani, in *Curia.eu*, nonché Corte di giustizia Ue, 14 luglio 2022, in causa C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)* contro *Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas*, laddove è stato riconosciuto che la normativa europea non osta “a una normativa nazionale che riserva agli enti privati senza scopo di lucro la facoltà di concludere, previa procedura di confronto concorrenziale delle loro offerte, accordi in forza dei quali tali enti forniscono servizi sociali di assistenza alla persona, a fronte del rimborso dei costi da essi sostenuti, indipendentemente dal valore stimato di tali servizi”, ad una condizione però, ovvero “che il contesto normativo e convenzionale nel cui ambito si svolge l'attività di tali enti contribuisca *effettivamente al fine sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio*”.

⁷³ Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale nn. 75 del 1992, 300 del 2003, 228 del 2004, 309 del 2013, 185 del 2018.

⁷⁴ Per approfondimenti sullo stretto rapporto tra artt. 2 e 118, u.c., Cost., si veda D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., spec. 39-40. L' A. evidenzia poi i forti collegamenti dell'art. 118, u.c., Cost., con altri articoli portanti della nostra Costituzione, individuando nell'art. 118, u.c., Cost. “l'approdo sicuro”.

all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, che connotano la dimensione giuridica della persona posta al centro dell'ordinamento costituzionale⁷⁵.

Seguendo un tale ragionamento, la Corte giunge ad enfatizzare il valore dell'art. 55 CTS, affermando che questo “realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria”, integrando “una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.”⁷⁶.

Ciò significa anche che la Corte costituzionale è andata – senza mezzi termini – ad individuare il modello dell'amministrazione condivisa “non più come modello puramente teorico dottrinale, ma come modello positivo” (e non è certo poca cosa)⁷⁷.

Così in un'ottica di più ampio respiro il ragionamento della Corte costituzionale è andato, neppure troppo implicitamente, a “mettere sotto accusa” la posizione espressa dal Consiglio di Stato, andando a dare la sua “superiore” lezione intorno al rapporto tra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, addivenendo ad una lettura che ponendo al centro il valore costituzionale del principio di sussidiarietà quale cardine del modello democratico-solidaristico va a “ridimensionare” il dogma del Codice dei contratti pubblici, che vede quale cardine il principio della concorrenza per cui le amministrazioni per assegnare un servizio o la gestione di un bene devono ricorrere al modello della gara.

Esiste però, sottolinea la Corte, anche la possibilità di costruire un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico, ma che, poggiando sui principi costituzionali dell'art. 2 e dell'art. 118, u.c., porta a dare vita ad “un canale di amministrazione condivisa, *alternativo* a quello del profitto e del mercato”, che in forza dell'art. 55 CTS, vede la co-programmazione, la co-progettazione e il partenariato (che può condurre anche a forme di accreditamento) quali “fasi” di un procedimento.

⁷⁵ M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 146.

⁷⁶ Sent. Corte Cost. n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

⁷⁷ Così V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI cit., 24-25, in cui l'A. sottolinea che “anche se non era del tutto dovuto dalle esigenze della sentenza che doveva redigere, la Corte ha comunque preso l'occasione per dare questo contributo fondamentale”.

E la ragione per la quale il modello dell'amministrazione condivisa non dia vita ad un rapporto di carattere sinallagmatico sta proprio nella stessa *ratio* di questo modello, in cui assai diversa è la posizione del terzo, che non è più quella “di colui che difende interessi propri, ma di colui che partecipa, collabora, nell’elaborazione, in concreto, dell’interesse generale”, tanto che “il suo interesse (quello che rileva alla stregua dell’ordinamento) non è più, come nei modelli dell’amministrazione tradizionale (anzi, per definizione non è, e non può essere), solo un interesse di natura economico-patrimoniale o comunque di difesa legittima di posizioni individuali; ma in questo tipo di rapporti diventa un interesse che viene a coincidere con l’interesse, la cui cura concreta sarebbe per definizione di competenza dei pubblici poteri”⁷⁸.

La Corte costituzionale, dunque, poggia tutto il suo ragionamento sul riconoscimento che è in corso un cambiamento di paradigma assai significativo, andando ad affermare in modo chiaro che la c.d. amministrazione condivisa non rappresenta una eccezione, ma una soluzione ordinaria nella costruzione, o meglio co-costruzione, dei rapporti tra il pubblico ed il privato sociale, in quanto parte integrante della Costituzione italiana.

L’amministrazione condivisa “non” può dunque essere relegata, come individuato dal Consiglio di Stato a casi eccezionali, rappresentando invece un diverso e altrettanto legittimo modo di amministrare, che si basa sulla “convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”⁷⁹, un “mondo”, dunque, assai diverso e lontano da quello delle regole del profitto, del mercato, della gara.

Tale lettura sembra anche la sola rispettosa del principio di gerarchia delle fonti, il quale non ammette alcuna scala gerarchica tra due testi normativi espressione del medesimo rango sul piano delle fonti normative, come tra l’altro sono il Codice del Terzo settore e il Codice dei contratti pubblici. Lettura che va, dunque, a evidenziare la “forzatura” su cui poggiava il ragionamento del Consiglio di Stato.

L’aver poi inquadrato l’art. 55 del CTS nel solco della Costituzione,

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Sent. Corte cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1

e più esattamente dell'art. 118, u.c., Cost., oltre a dire molto riguardo al principio di sussidiarietà, al suo atteggiarsi, alle sue possibili declinazioni – giungendo ad individuare il principio quale uno dei capisaldi della Costituzione –, porta anche ad interrogarsi sul “se” all'art. 55 CTS, ed invero a tutto il Codice del Terzo settore, “non debba riconoscersi il rango di legge costituzionalmente necessaria”⁸⁰.

Restando nella visuale dell'amministrazione, la forza della co-programmazione e co-progettazione è, dunque, rilevante, posto che vale la pena di notare che in questo modo non si riforma solo l'ambito del rapporto tra amministrazioni e cittadini, ma “si riforma la stessa amministrazione”, andando ad invertire quella tendenza che ha portato ad abbandonare quel modello di amministrazione passata che nei primi decenni del secolo Ventesimo poggiava su “un'amministrazione che sapeva fare direttamente le cose, sapeva fare strade e ponti, sapeva fare l'agricoltura, sapeva svolgere attività di interesse collettivo”, addivenendo col passare degli anni “dall'amministrazione del fare... all'amministrazione del *far fare*, ...all'amministrazione che adotta dei provvedimenti che consentono ad *altri* di fare, dallo stesso appalto, all'incentivo ...quindi un'amministrazione che perde il contatto diretto col fare le cose”. In altre parole, attraverso la co-programmazione e la co-progettazione si potrebbe tornare “all'amministrazione del fare”, anche se nella complessità della società odierna, il riferimento è al fare “insieme”, coinvolgendo i soggetti del Terzo settore che in quella complessità sono immersi. In questo modo si dovrebbe anche riuscire “a recuperare un personale pubblico che è immerso nelle cose che si fanno, e non nei preliminari e nei controlli, rispetto alle cose che si fanno”⁸¹.

5. *Verso più “modi di amministrare”: il d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni*

A rafforzare la portata innovativa della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale sono poi intervenuti tutta una serie di disposizione

⁸⁰ E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione*, in *Forum Quad. cost.*, 3, 2020, 57, a quel punto il Codice del Terzo settore si troverebbe (addirittura) in una posizione gerarchicamente superiore.

⁸¹ Così G. AMATO, *podcast* della Corte costituzionale – *La rivoluzione del ruolo del Terzo settore nella sentenza n. 131/2020*, cit., 4 gennaio 2022.

legislative e non, di cui è necessario dare conto, in quanto meritevoli di contribuire alla costruzione di “un nuovo modo di amministrare”⁸².

Si tratta di una fitta rete di atti a carattere “chiarificatore”, che a partire dalla sentenza n. 131 del 2020 sembrano dimostrare la consapevolezza della possibilità di percorsi alternativi di amministrazione.

Data la numerosità si è dunque scelto di seguire un percorso solo in parte cronologico, andando ad aprire una parentesi per quegli atti strettamente connessi alla stagione del PNRR, i quali meritano una analisi “a sé” data la centralità del PNRR quale programma di intervento pubblico europeo in economia dalla portata non paragonabile a tutte le precedenti esperienze di intervento pubblico susseguitesì a partire dalla Costituzione del ’48.

A dare subito seguito alle indicazioni della Corte costituzionale è intervenuto il legislatore con il d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni, come modificato in sede di conversione dalla legge n. 120 del 2020, introducendo all’art. 8, comma 5, tutta una serie di misure di coordinamento fra il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del Terzo settore.

Il che significa che è dunque possibile individuare quale effetto immediato della sentenza della Corte costituzionale quello di condurre il legislatore ad apportare modifiche significative al Codice dei contratti pubblici del 2016, posto che per effetto di tali modifiche sono assoggettati alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici solo i servizi sociali non organizzati ai sensi degli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore, portando così al riconoscimento ex lege della pari dignità tra i due codici, addirittura nell’ambito dello stesso Codice dei contratti pubblici.

Ed infatti, le modifiche introdotte dal c.d. decreto semplificazioni del 2020 nel corpus del Codice dei contratti pubblici, vanno ad integrare, in tre norme, il riferimento espresso al titolo VII del Codice del Terzo settore, introducendo così un importante coordinamento fra le due normative.

Nello specifico ciò è avvenuto per effetto di tre modifiche che sono andate ad incidere specificamente sugli artt. 30, 59 e 140 del “vecchio” Codice dei contratti pubblici.

Così l’art. 30 “Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni”, al comma 8 specifica che “Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di

⁸² G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, in www.astrid-online.it, 2004.

affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”.

Ed ancora l’art. 59 “Scelta delle procedure e oggetto del contratto”, va ad introdurre al comma 1 l’incipit “Fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, nell’aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano ...”.

Ed infine l’art. 140, concernente le “Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali”, va a specificare al comma 1 che “Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all’allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, salvo quanto disposto nel presente articolo e fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117”, andando a riconoscere proprio nell’ambito dei servizi sociali oltreché una normativa ad hoc interna al Codice dei contratti pubblici, anche la possibilità di un diverso, ma altrettanto legittimo, modo di amministrare disciplinato – invece – nell’ambito del Codice del Terzo settore.

Quel che preme rilevare di tale modifica legislativa è sia la insolita tempestività del legislatore, che in meno di 3 mesi è andato ad operare su una normativa così delicata come è il Codice dei contratti pubblici⁸³, sia la altrettanto insolita nitidezza con cui tale rilevante modifica è stata operata dal legislatore che, senza giri di parole, ha scelto di ricorrere ad un drafting legislativo che “è andato direttamente al cuore della problematica relativa al rapporto tra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, attraverso una modifica mirata del testo di quest’ultimo che consente di eliminare ogni forma di relazione asimmetrica tra i due corpi normativi. In questo modo, l’idea di una prevalenza delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 su quelle del d.lgs. n. 117/2017 destinate ad assumere per tale motivo una valenza residuale è stata di fatto abbandonata a favore del diverso paradigma della complementarità disciplinare”⁸⁴.

⁸³ La sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale è stata depositata in Cancelleria il 26 giugno 2020, ed il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digital», è stato convertito con modificazioni con la legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁸⁴ Così E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, cit., 236.

Addirittura, vi è chi in dottrina è giunto ad invertire la posizione tra i due codici, sottolineando come alla luce della riforma operata per effetto del c.d. decreto semplificazioni del 2020, le disposizioni di cui al Titolo VII del Codice del Terzo settore “sembrano prevalere, in ragione della specialità della materia trattata, sulle disposizioni del Codice dei contratti, consentendo dunque per i servizi sociali forme peculiari di affidamento in favore di enti privati no profit”⁸⁵.

Anche se forse più che di prevalenza, è appropriato parlare di pari dignità e livello, in quanto la “scelta” tra strumenti basati sulla competizione (appalti) o strumenti basati sulla collaborazione (co-programmazione, co-progettazione) dovrebbe derivare da considerazione interne all’amministrazione che vanno ad investire la “causa” stessa del rapporto.

Ciò vale a dire che nei casi in cui l’amministrazione intende sic et simpliciter acquisire un servizio dovrebbe rivolgersi al Codice dei contratti pubblici, qualora invece il volere dell’amministrazione tendesse all’integrazione di risorse – non solo economiche – tra soggetti pubblici e privati tutti interessati alla realizzazione di un medesimo servizio di interesse generale dovrebbe fare riferimento al Codice del Terzo settore, e più precisamente alle figure incardinanti i modelli di coinvolgimento degli enti del Terzo settore⁸⁶.

5.1. segue: ... il Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 2021 e il ricorso all’55 CTS quale opzione – in primo luogo – politica

Ulteriori specificazioni nel percorso verso il riconoscimento di più modi possibili di amministrare, tra cui anche quello dell’amministrazione condivisa mediante gli istituti della co-programmazione/co-progettazione, sono state date poi dal Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72 del 2021 recante le Linee guida sul rapporto fra PA ed ETS, ai sensi degli articoli 55, 56, 57 del CTS.

Si tratta di un documento assai rilevante anche perché, come specificato

⁸⁵ R. PARISI, *Diritti sociali e servizi sociali nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, a cura di F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, Torino, 2021, 149 ss., spec. 173-174.

⁸⁶ G. MAROCCHI, *La sentenza n.131/2020 e il lungo cammino della collaborazione*, in *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale.*, a cura di S. PELLIZZARI, C. BORZAGA, Trento, 2020, 9 ss.

in Premessa, è finalizzato “a supportare gli enti pubblici nella concreta applicazione degli articoli 55, 56 e 57 del CTS”, secondo un percorso non certo facile dopo anni in cui il *diktat* era rappresentato dalle logiche del mercato e della concorrenza, e dato l'intricato complesso normativo e giurisprudenziale di riferimento in cui gli istituti di co-programmazione/co-progettazione si trovavano a muoversi.

Tant'è che lo stesso documento “denunciava” in Premessa l'intricato complesso normativo e giurisprudenziale di riferimento, oltretutto la consapevolezza della dinamicità del tema, il cui essere in costante evoluzione porta a rendere ardua qualsiasi pretesa di definitività ed esaustività. E questo significa anche la necessità di un costante aggiornamento delle Linee guida a fronte di eventuali sopravvenienze normative e/o interpretative⁸⁷.

Per quanto concerne l'impianto legislativo entro cui vanno a muoversi le Linee guida, sono le stesse a specificare come questo sia fortemente segnato dall'intervento legislativo operato con il d.l. semplificazioni, il quale ha portato a rivelare all'interno della disciplina generale sugli affidamenti dei contratti pubblici che, in applicazione del *principio di specialità*, restano ferme le forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal Titolo VII del CTS.

Specificazione che porta, dunque, le Linee guida a delineare con chiarezza l'*iter* procedurale a cui fanno riferimento gli istituti della co-programmazione/co-progettazione.

Nello specifico le Linee guida vanno al di là degli istituti di co-programmazione/co-progettazione articolandosi in sei sessioni, nella prima e nella sesta trattando aspetti di carattere generale, volti a dare rispettivamente un inquadramento degli istituti e delle misure di pubblicità e trasparenza, nella seconda e nella terza scandagliando i procedimenti di co-programmazione/co-progettazione *ex art.* 55, mentre nella quarta

⁸⁷ Così Introduzione Linee guida, in cui è precisato espressamente come le Linee guida sono state elaborate “tenendo conto della disciplina vigente, delle Relazioni governative di illustrazione del CTS e del suo correttivo, adottato nel 2018, dei pareri resi dal Consiglio di Stato, nonché dei primi pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa e contabile, direttamente o indirettamente, inerenti il tema trattato, degli atti dell'ANAC e delle competenti Amministrazioni statali nonché, da ultimo, della sentenza n. 131 del 26 giugno 2020 della Corte costituzionale e della legge 11 settembre 2020, n.120 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2010, n. 76, recante Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali (cd. decreto semplificazioni)”.

e nella quinta andando ad analizzare le convenzioni con le associazioni di promozione sociale (APS) e le organizzazioni di Volontariato (ODV) e le convenzioni per il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Certo è che assai rilevanti sono le indicazioni che queste Linee guida forniscono in merito agli istituti delineati dall'art. 55 CTS quale procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria espressione di quel canale di amministrazione condivisa *alternativo* al tradizionale paradigma dell'evidenza pubblica imperniato sulla logica del profitto e del mercato.

Significative in tal senso sono alcune precisazioni affermate espressamente nelle Linee guida.

In primis al Punto 1 “Inquadramento generale degli istituti” le Linee guida vanno a evidenziare le *comunanze di interessi* tra ETS e PA, ovvero il labile confine esistente tra interessi generali e interessi pubblici.

Tale ragionamento sta alla base del Titolo VII del Codice del Terzo settore, il quale muovendo dalla considerazione che le finalità perseguite dagli ETS siano fra loro omogenee (finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) e che le loro attività siano *convergenti* con quelle svolte dalla P.A. (attività di interesse pubblico/generale), giunge ad avvalorare la necessità di prevedere modi di amministrare che tengano conto del carattere *genetico* degli ETS.

Ciò significa determinare la “non” automatica applicabilità di schemi rivolti a finalità e attività lucrative che prevedano la competizione e lo scambio sinallagmatico, *rectius* la “non” automatica applicabilità del Codice dei contratti pubblici.

Tale chiave di lettura porta a due conseguenze sul piano dei rapporti tra le fonti del diritto, “da un lato il diritto dell’Unione europea trova nel Codice del Terzo settore una sua più compiuta attuazione; dall’altro, sul versante nazionale, si perviene ad una chiara ripartizione degli ambiti di competenza fra il CTS ed il CCP, i quali – *armonicamente ed in forma complementare* – disciplinano le procedure di affidamento dei servizi pubblici, in relazione all’ambito nel quale ricadono ed al fine perseguito”⁸⁸.

⁸⁸ Così Linee guida, Punto 1 “Inquadramento generale degli istituti”, in cui si sottolinea “Tale ricostruzione, già sostenuta in dottrina, ha trovato autorevole conferma nella sentenza n. 131 del 2020, nella quale il giudice costituzionale evidenzia come sia insito nel diritto euro-unitario il tentativo di «smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà», riconoscendo «in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre

Le Linee guida assumono quindi una posizione netta, ritenendo che il Titolo VII del CTS ha “riempito” uno spazio lasciato aperto dal Codice dei contratti pubblici, definendo le condizioni che consentono di escludere dalla sfera di interesse del mercato servizi pur potenzialmente economicamente rilevanti.

L'amministrazione pubblica si trova dunque di fronte alla possibilità “di scegliere” lo schema procedimentale preferibile in base alle concrete situazioni, assumendo come criterio-guida la necessità di assicurare il coinvolgimento attivo degli ETS, assicurando la piena applicazione dei principi che governano il procedimento amministrativo ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di un *corpus* di principi posti a presidio dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.

Il punto è dunque distinguere fra l'attivazione di rapporti collaborativi con ETS e l'affidamento di appalti e concessioni di servizi, ma questa scelta non è affatto scontata andando ad interesse due profili: uno attinente alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, l'altro alla legittimità dell'azione amministrativa.

Profili, tra i quali, quello che attiene alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni sembra invero includere *in sé* anche quello della legittimità dell'azione amministrativa.

Le Linee guida, infatti, danno, al riguardo della *discrezionalità amministrativa*, la possibilità di scegliere se operare entro l'orbita del Codice dei contratti pubblici o entro quella del Codice del Terzo settore, secondo una lettura dal carattere estremamente chiarificatore, laddove sottolineano che “laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un'attività, la concreta scelta potrebbe essere la conseguenza di *un'opzione politica propria della P.A.*, tesa a valorizzare il *principio della tutela della concorrenza* degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o, in alternativa, il *principio di sussidiarietà orizzontale*, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi”.

Per quanto riguarda invece il profilo che attiene alla legittimità dell'azione amministrativa il ragionamento non sembra contribuire in modo

che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)». Tale orientamento giurisprudenziale, dunque, guida l'interpretazione delle norme del CTS e conferisce loro uno spazio autonomo, non conflittuale, nella disciplina del CCP”.

determinante a segnare un passo avanti nel percorso verso il nuovo modo di amministrare, ovvero quello dell'amministrazione condivisa, nel senso che questo pare volto solo ad accertare che il ricorso agli istituti previsti dal CTS non sia un modo per eludere i principi e le disposizioni europee ed interne in materia di tutela della concorrenza e aiuti di Stato. Ragionamento che se certo condivisibile appare, invero, solo esplicativo della *ratio* sottesa al riconoscimento di più possibili modi di amministrare, ovvero del profilo attinente alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni.

Ed a ben vedere è infatti questo il punto centrale di tutta la diatriba tra i due Codici, che chiama in causa la trasformazione anche terminologica dell'espressione Terzo settore, posto che se "in origine il termine Terzo Settore (TS) derivava da un'individuazione di carattere residuale, per cui Terzo Settore era tutto ciò che non apparteneva né allo Stato, né al mercato, oggi, grazie alla legge di riforma, la situazione si è ribaltata ed il Terzo Settore è definito non tanto per esclusione, bensì in positivo grazie al riferimento all'interesse generale che esso persegue (CTS, art. 1)"⁸⁹.

Seguendo tale chiave di lettura è possibile andare a rileggere i punti due e tre delle Linee guida, concernenti rispettivamente il procedimento di co-programmazione e quello di co-progettazione, sottolineando che – nella *ratio* dell'art. 55, terzo comma CTS – l'accreditamento è una modalità/declinazione della co-progettazione, in quanto gli ETS accreditati, prima di dare avvio alle proprie attività, co-progettano gli interventi o i servizi oggetto di accreditamento⁹⁰.

⁸⁹ G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, cit., 96.

⁹⁰ La co-programmazione è un procedimento amministrativo che si articola nelle seguenti fasi: 1) iniziativa, che si sostanzia nell'atto con il quale si dà avvio al procedimento (eventualmente in accoglimento dell'istanza di parte); 2) nomina di un Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e della eventuale disciplina regionale in materia di procedimento amministrativo; 3) pubblicazione di un Avviso; 4) svolgimento dell'attività istruttoria; 5) conclusione del procedimento. Nel caso della co-progettazione le linee guida vanno a delineare le fasi di due possibili procedimenti, a seconda che la co-progettazione sia o meno attivata nella forma dell'accreditamento. Così le fasi del procedimento di co-progettazione si articolano in: 1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell'attività di co-programmazione; 2) pubblicazione dell'avviso e dei relativi allegati; 3) svolgimento delle sessioni di co-progettazione; 4) conclusione della procedura ad evidenza pubblica; 5) sottoscrizione della convenzione, o per co-progettazione nella forma di accreditamento in: 1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell'attività di co-programmazione; 2) pubblicazione dell'avviso e dei

I punti 2 e 3 delle Linee Guida vanno infatti a normare fase per fase la procedimentalizzazione del paradigma sussidiario nelle due figure, seppur delineando procedimenti a carattere generale in ragione del riconoscimento in capo a ciascun ente del proprio margine di discrezionalità nella declinazione “in concreto” dell’istituto previsto dal Codice, *rectius* del principio di autonomia organizzativa e regolamentare di ciascun ente.

Giova precisare, al riguardo, che le Linee guida ribadendo la diversità dell’architettura normativa entro cui si muovono gli strumenti del Codice del Terzo settore dedicati al rapporto tra amministrazione ed enti del Terzo settore, ed imputandoli interamente alla legge sul procedimento amministrativo, vanno anche a specificare che la co-programmazione e la co-progettazione possono essere avviate sia su iniziativa delle pubbliche amministrazioni, sia su iniziativa degli enti del Terzo settore, analogamente a quanto avviene nei patti di collaborazione.

In sostanza, secondo le Linee guida la co-programmazione si sostanzia in “un’istruttoria partecipata e condivisa”, che dovrebbe portare ad un arricchimento della lettura dei bisogni rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa, e dunque un accrescimento del quadro di conoscenza e di rappresentazione delle possibili azioni da intraprendere, andando ad incidere sul clima di fiducia reciproco.

E la co-progettazione si presenta quale *metodologia di attività* collaborativa che, oltre ad essere un procedimento amministrativo orientato all’attivazione della collaborazione pubblico/privato, viene individuato dal legislatore come *strumento ordinario* di esercizio dell’azione amministrativa⁹¹. Questa dovrebbe anche avere natura “circolare”, in quanto per dare una pronta risposta ai bisogni delle società ed alla loro connaturale mutevolezza dovrebbe essere riattivata allorquando si manifesti la necessità o, anche, l’opportunità di rivedere o implementare l’assetto raggiunto con la co-progettazione.

Considerazioni analoghe sulla natura “circolare” dovrebbe estendersi, anche se non specificato nelle Linee guida, alla fase di co-programmazione, dato che tra le specificità di tali figure vi è proprio quella di essere pensate per rispondere a bisogni e ad esigenze mutevoli, che sempre più spesso si trasformano in nuove povertà.

relativi allegati; 3) istituzione dell’Elenco/Albo degli ETS accreditati; 4) svolgimento delle sessioni di co-progettazione; 5) conclusione della procedura ad evidenza pubblica; 6) sottoscrizione del patto di accreditamento.

⁹¹ Le Linee guida richiamano al punto 3 “Il procedimento di co-progettazione” la Relazione illustrativa del Governo sullo schema di CTS.

Le Linee guida pur dettando nello specifico due diversi procedimenti amministrativi in relazione ai due istituti, evidenziano come l'attivazione della co-progettazione dovrebbe essere la conseguenza dell'attivazione della co-programmazione, quale esito "naturale".

In ragione poi della peculiarità della co-progettazione, quale metodologia ordinaria per l'attivazione di rapporti di collaborazione con enti del TS, occorre prestare particolare attenzione alle risorse pubbliche messe a disposizione dei partecipanti.

Queste, infatti, possono essere di vario tipo, sia risorse economiche, proprie o di altro ente o soggetto, che beni mobili e/o immobili, che risorse umane, proprie dell'ente procedente o di cui esso si avvale a vario titolo (ad esempio per attività di stage o tirocinio o altro ancora).

Si tratta di una distinzione non neutra. Basti pensare a tutte le limitazioni di ordine urbanistico, edilizio o in ragione dell'eventuale disciplina di tutela (ad esempio, in quanto bene culturale vincolato) che possano interessare il vasto perimetro degli immobili pubblici, per i quali al fine di scongiurare ipotesi di danno erariale dovrebbe essere anche richiesta la stima del c.d. valore d'uso del bene.

Più in generale, in ragione della riconducibilità delle risorse riconosciute agli ETS ai c.d. provvedimenti attributivi di vantaggi economici *ex art. 12* della legge n. 241/1990, è necessaria la rendicontazione delle spese che, sulla scorta degli orientamenti univoci della giurisprudenza amministrativa e contabile, dovrà essere analitica ed inerente alle attività svolte, posto che le amministrazioni pubbliche devono controllare il "corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali" (art. 93, comma 3, lett. e, CTS), ma anche degli eventuali beni pubblici messi a disposizione (art. 93, comma 4, CTS).

Gli atti del procedimento di co-progettazione, inoltre, potrebbero prevedere e disciplinare la valutazione dell'impatto sociale (VIS) generato dall'attività degli ETS, quale valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato⁹².

Il riferimento è dunque ad un indicatore non economico che misuri la ricaduta in termini sociali di ciascun singolo progetto di servizio o

⁹² In applicazione di quanto previsto dall'art.7, comma 3 della legge n.106/2016 e dal DM 23 luglio 2019 "Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo Settore".

intervento, e questo significa sia porre all'attenzione delle amministrazioni il miglioramento delle condizioni sociali dei territori e delle comunità, sia comunicare, trasmettere e rendere conto a tutti i soggetti interessati del cambiamento sociale, culturale ed economico generato.

In definitiva il riferimento a queste Linee guida rappresenta un importante passo avanti per lo sviluppo dei modelli di co-programmazione/co-progettazione, dato che chiariscono molti passaggi fondamentali dei procedimenti concernenti questi istituti nel *prisma* dei principi della legge sul procedimento amministrativo e della disciplina in materia di trasparenza e di pubblicità, *integrando* il dettato legislativo *ex art.* 55 CTS.

Il che vuol dire anche sciogliere, in ultima analisi, tutte quelle riserve che sembravano spingere i modelli di co-programmazione/co-progettazione nell'orbita dei contratti pubblici in ragione della trasparenza, vieppiù chiamando in causa la portata generale del d. lgs. n. 33/2013⁹³, e, dunque, la sua applicabilità agli strumenti del CTS, oltreché dare conto anche della legge n. 124/2017 succ. mod. e int., c.d. legge annuale per il mercato e la concorrenza, che ha dato vita (addirittura) ad una disciplina che ha quali propri destinatari gli ETS sempre in materia di obblighi di trasparenza⁹⁴.

⁹³ Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”.

⁹⁴ Le Linee guida sottolineano, infatti, che “Da ultimo, occorre dare conto di una disciplina concorrente, sempre in materia di obblighi di trasparenza, che ha quali propri destinatari gli ETS; tuttavia, la stessa disciplina interferisce, per così dire, con le prerogative ed i compiti delle PA. ... In particolare, l'art. 1, commi 125-129, stabilisce l'obbligo di dare pubblicità dei contributi, di importo annuale superiore ad euro 10.000, ricevuti dai soggetti contemplati dalla norma, sostanzialmente le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti indicati dall'art. 2- bis del d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm. Con riferimento agli ETS il riferimento è alla Circolare n. 2 dell'11 gennaio 2019 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. In sostanza, gli ETS devono pubblicare gli importi dei contributi ricevuti, da parte dei soggetti e dell'importo sopra richiamati, ad eccezione dei contributi “general” e di quelli coincidenti con “prestazioni corrispettive” a fronte dello svolgimento di un'attività o della prestazione di un servizio. ... Da ultimo, la normativa stabilisce un regime sanzionatorio graduato, che prevede, quale misura estrema, la restituzione dei contributi ricevuti. ... In conclusione, l'attività di controllo e di monitoraggio delle PA. previsto e disciplinato dal CTS, dovrà tener conto di quanto previsto dalla esaminata disciplina di settore, specificatamente dettata nei riguardi di una serie di soggetti (fra i quali gli ETS), che tuttavia determina una connessione fra norme, incidenti sullo svolgimento dei procedimenti di attribuzione di contributi, che hanno le PPA.A. come destinatarie”.

5.2. segue: ... *il Parere del Consiglio di Stato n. 802 del giugno 2022 e le Linee guida Anac n. 17 del 2022*

La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, il conseguente intervento del legislatore operato nel d.l. semplificazioni, oltre alle Linee guida del Ministero del lavoro non potevano certo lasciare indifferente – per non dire condizionare – il Consiglio di Stato.

Tant'è che in occasione della richiesta di un nuovo Parere da parte dell'Anac sempre in materia di affidamento di servizi sociali, data la necessità dell'Autorità di rivedere le proprie Linee guida in considerazione delle suddette novità normative, il Consiglio di Stato ha dato vita ad un singolare *revirement* con l'adozione del Parere n. 802 del giugno 2022.

Al riguardo l'Anac sottolineava che lo schema di Linee guida sottoposto al Consiglio di Stato era stato elaborato in applicazione dell'art. 213, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, con la dichiarata finalità di promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, ed al fine di assicurare il coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore, tenuto conto delle modifiche introdotte dal d.l. semplificazioni, con le quali il legislatore aveva inteso “coordinare” i due codici, andando – in definitiva – a ridurre l'ambito di applicazione del D.lgs. n. 50/2016⁹⁵.

Al fine di comprendere la singolarità di questo parere pare utile partire a ritroso, evidenziando come, in conclusione di tale Parere, il Consiglio di Stato sospende la pronuncia nelle more di ulteriori approfondimenti istruttori.

Tale posizione mette in evidenza la struttura di questo Parere, da cui è, infatti, possibile trarre tutta una serie di indicazioni soprattutto in merito alle funzioni dell'Anac sugli affidamenti dei servizi sociali, e sullo spazio occupato in tale ambito dal Codice del Terzo settore.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato chiarisce che “l'intervento delle Linee guida non vincolanti – e il corrispondente potere dell'Anac in materia di appalti e concessioni – deve ammettersi con riferimento alle disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di

⁹⁵ ANAC, nota n. 0019608 del 16 marzo 2022, con cui è l'Autorità ha trasmesso il documento denominato “Indicazioni in materia di affidamenti servizi sociali” per acquisire il parere del Consiglio di Stato in considerazione della rilevanza e della novità delle questioni trattate e dell'impatto *erga omnes* delle linee guida.

lavori, servizi e forniture (ivi comprese le concessioni) o l'esecuzione degli stessi. Va escluso, invece, che, al di fuori del perimetro ora indicato, l'Anac abbia il potere di adottare Linee guida, seppur di tipo non vincolante⁹⁶.

Da questo discende che le norme e gli istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore *non* dovrebbero rientrare nel campo di operatività delle Linee guida non vincolanti adottate dall'Anac.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione del Titolo VII del Codice del Terzo settore, ed in particolare degli istituti della co-programmazione/co-progettazione, il Consiglio di Stato sottolinea l'importanza della sentenza n. 131 della Corte costituzionale, a cui spetta il merito di averne, come già detto, evidenziato l'ancoraggio costituzionale all'art. 118, u.c., Cost., affermando – senza alcuna sfumatura – che l'art. 55 CTS rappresenta “un canale di amministrazione condivisa, *alternativo* a quello del profitto e del mercato... espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico... secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico... si è identificato così un ambito di organizzazione delle libertà sociali non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà... espressive di una relazione di reciprocità... base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente⁹⁷”.

Inoltre, il Consiglio di Stato sottolinea come la sentenza n. 131 del 2020 “dissipi anche il dubbio sulla compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali, previste dal Codice del Terzo settore, adombrato nel precedente parere n. 2052 del 2018”, quando va ad evidenziare che è lo stesso diritto dell'Unione a mantenere in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà. Ed infatti, il Consiglio di Stato, richiamando i passaggi fondamentali della Sentenza n. 131 del 2020, cerca di dar conto delle ragioni che lo portano a distanza di soli tre anni a superare il suo precedente Parere⁹⁸. E la ragione intorno alla quale ruota la

⁹⁶ Il Consiglio di Stato richiama quanto già affermato nel parere n. 2627 del 17 ottobre 2019.

⁹⁷ Sent. Corte cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

⁹⁸ In questa cornice di riferimento si colloca anche la pronuncia del Consiglio di Stato sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208, in www.giustiziaamministrativa.it, nella quale il Consiglio di Stato non ha accolto il motivo di ricorso inerente la qualificazione giuridica

posizione assunta dal Consiglio di Stato è quella di ritenere necessario che i due codici dialoghino, in ragione di una piena coerenza tra ordinamento europeo e Costituzione Repubblicana, senza però sottovalutare sul piano contenutistico gli aspetti di complessità che un tale rapporto comporta in materia di affidamenti dei servizi sociali, quale riflesso della dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà⁹⁹.

Questo spiega anche perché il Consiglio di Stato evidenzia come sia lo stesso schema di Linee guida a sottolineare in Premessa di volersi “concentrare” sulle procedure di affidamento assoggettate alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, “rimandando” al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021 le indicazioni sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, in considerazione della “riduzione” operata dal d.l. semplificazioni dell’ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, escludendo da questo ambito quei servizi organizzati mediante il ricorso a forme di collaborazione, di convenzione o di accreditamento con gli ETS¹⁰⁰.

Ragionamento che, nel suo svolgersi, porta il Consiglio di Stato ad interrogarsi sull’opportunità e sull’effettiva utilità di una regolamentazione non vincolante, ma estremamente dettagliata, in una materia già

della co-progettazione come appalto di servizi, lasciando così aperta la questione della qualificazione della co-progettazione in termini di accordo collaborativo.

⁹⁹ Esemplificativi di tale complessità ricorda il Consiglio di Stato sono le vicissitudini che hanno interessato il rapporto tra i due Codici, e sottolinea il Consiglio di Stato che hanno visto, da un lato, le diverse opzioni ermeneutiche sposate da questa stessa Sezione a favore della primazia del Codice dei contratti, e, dall’altro, le pronunce della giurisprudenza unionale (cfr. Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14) e della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131 citata) che invece hanno proceduto smorzando e componendo il conflitto tra la *ratio* che ispira la disciplina del Codice dei Contratti pubblici e quella che ispira il Codice del Terzo settore in materia di affidamenti dei servizi sociali, nonché da ultimo le modifiche al codice dei contratti pubblici, introdotte dal D.L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, che hanno costituito lo spunto per l’adozione delle linee guida oggetto di parere.

¹⁰⁰ Al riguardo il Consiglio di Stato evidenzia come nonostante queste premesse parte dei dati utilizzati dall’Anac nel Parere richiesto risalgono al periodo 2016/2020, non contemplando proiezioni sulla nuova disciplina, pertanto sarebbe “opportuno quanto meno un aggiornamento dei predetti dati al fine di considerare l’impatto della nuova disciplina introdotta dal più volte citato D.L. n. 76/2020 che, secondo quanto dichiarato dalla stessa Autorità referente, è alla base dell’adozione delle presenti linee guida” (Punto 8. 1 del Parere n. 802 del 2022 del Consiglio di Stato).

ampiamente e dettagliatamente orientata (sia in sede di interpretazione giurisprudenziale sia a livello di fonti primarie e secondarie) nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione dal Codice dei contratti dell'ambito di disciplina concernente i rapporti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni¹⁰¹.

Non solo. Il Consiglio di Stato richiama quale ulteriore spunto di riflessione ai fini della scelta tra l'opzione dell'intervenire o non intervenire con Linee guida in materia di affidamento dei servizi sociale, l'avanzato *iter* del decreto legislativo volto a riordinare e semplificare le previsioni del D. Lgs. n. 50/2016, vale a dire del nuovo Codice dei contratti pubblici, rientrante nel quadro delle c.d. riforme *abilitanti* previste dal PNRR¹⁰². Anche perché l'adozione da parte dell'Anac di tali Linee guida sembrerebbe contraddire la filosofia sottesa al nuovo Codice di introdurre e mantenere livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive europee, al punto che secondo il Consiglio di Stato queste potrebbero confluire in mere FAQ.

Si tratta di un suggerimento di non poco conto, poiché chiama in causa il c.d. divieto di *gold plating*, ovvero quello di non introdurre e non mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee¹⁰³.

Ciononostante la scelta dell'Anac è stata quella di adottare le Linee guida n. 17, approvate con Delibera del Consiglio n. 382/2022, recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali", con cui l'Autorità ha inteso chiudere un ciclo iniziato sei anni prima con la delibera n. 32 del 20 gennaio 2016¹⁰⁴.

¹⁰¹ Il Consiglio di Stato, nel parere giunge a "suggerire" espressamente all'Anac "una riflessione sulla necessità e/o opportunità di disposizioni, peraltro di carattere non vincolante" (Punto 10.4 del Parere n. 802 del 2022 del Consiglio di Stato).

¹⁰² Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici".

¹⁰³ Si ricorda che già dal 2010 la Commissione Europea, *Smart regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final, Bruxelles, 8 ottobre 2010, rilavava che gli Stati membri hanno un ampio potere discrezionale nell'attuazione delle direttive europee, posto che questi possono aumentare gli obblighi di segnalazione, aggiungere requisiti procedurali o applicare regimi sanzionatori più rigorosi, sottolineando al riguardo che se non è illegale, la "gold plating" viene solitamente presentata come una *cattiva pratica* perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati.

¹⁰⁴ Si ricorda che con la delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 erano state approvate le

Certo è che la storia di queste Linee guida è molto travagliata: quelle del 2016 furono infatti adottate a gennaio del 2016 pochi mesi prima dell'adozione del Codice dei contratti pubblici del 2016 che in qualche modo andò a travolgerne buona parte del contenuto proprio per una questione di disciplina anche sostanziale diversa dei servizi sociali, quelle del luglio 2022 ancora una volta adottate a ridosso del nuovo Codice dei contratti pubblici, nonostante il tentativo di bloccarle intervenuto da parte del Consiglio di Stato, e volutamente non recepite nel nuovo Codice¹⁰⁵.

Al di là della ridondanza e opportunità di queste Linee guida, c'è da chiedersi quale ne sia stata l'utilità atteso che di lì a poco sarebbe entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici con i suoi allegati, risultando inficiate *ab origine* da un discrimine temporale, come poi disposto espressamente dagli artt. 229 e 225 del nuovo Codice¹⁰⁶.

Quel che preme rilevare è che, comunque, anche le Linee guida Anac n. 17 del 2022 si erano poste sulla stessa scia della sentenza della Corte costituzionale, e dei conseguenti interventi normativi di vario grado, andando a sottolineare – ancora una volta – pari dignità al modello della co-programmazione/co-progettazione previsto dal Codice del Terzo settore rispetto al modello del Codice dei contratti pubblici, confermando

prime “Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali” in epoca antecedente all'approvazione del Codice del Terzo settore (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

¹⁰⁵ Preme infatti sottolineare che in luogo delle Linee guida n. 17 recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali” non vi è alcun allegato al codice, ed anzi il Consiglio di Stato nella Relazione sullo schema del nuovo Codice ha affermato espressamente che “in materia, risultano da ultimo adottate le Linee guida ANAC n. 17 del 27 luglio 2022, *non recepite*”, come a fugare qualsiasi dubbio sul fatto che potesse trattarsi di una mera dimenticanza, rappresentando evidentemente una precisa volontà. Anche se ciò non toglie che alcune specificazioni indicate dall'Anac nelle Linee guida n. 17 in merito alle condizioni di accessibilità, continuità, disponibilità, completezza, qualità dei servizi, coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti previste per l'affidamento dei servizi sociali *ex art.* 142, comma 5-ter, del codice del 2016, pressoché riproposto all'art. 128 del nuovo codice, possano comunque rappresentare un *riferimento interno ed informale* per le Stazioni appaltanti.

¹⁰⁶ Secondo il combinato disposto degli artt. 229 e 225 del nuovo codice, il nuovo Codice e gli allegati entrano in vigore il 1° aprile 2023 e acquistano efficacia dal 1° luglio 2023 (art. 229); a decorrere dal 1° luglio (data in cui il codice acquisisce efficacia), in luogo dei regolamenti e delle linee guida ANAC, adottati in attuazione del codice 2016, laddove non diversamente previsto si applicano le corrispondenti disposizioni del codice e dei suoi allegati (art. 225, comma 16).

che l'effetto che ne consegue è una *riduzione* dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici alle *sole fattispecie ivi espressamente previste* e ai soli casi in cui le stazioni appaltanti *non* ritengano di organizzare detti servizi ricorrendo alle forme previste dal Codice del Terzo settore¹⁰⁷.

6. *La co-programmazione e la co-progettazione nella "stagione" del PNRR*

Il lungo percorso che ha condotto alla progressiva affermazione delle figure della co-programmazione/co-progettazione va anche ad intersecarsi con l'attuale periodo storico-sociale contrassegnato dalla "stagione" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Piano che rappresenta a livello nazionale, il principale strumento di attuazione dello straordinario programma di intervento pubblico europeo senza precedenti che è il Next Generation EU, e che, come affermato espressamente dalla Presidente della Commissione europea Ursula von Der Layen, è volto "non solo a riparare e recuperare l'esistente", ma anche e soprattutto a "plasmare un modo migliore di vivere il mondo di domani".

Ed infatti, da questo deriveranno in gran parte – se non quasi per intero – i programmi politici dei governi fino al 2026 (ed anche oltre), poiché questo rappresenta in poche parole un vero e proprio patto con l'Europa, visto che il nostro Paese si è visto riconoscere circa 200 miliardi di euro (sotto la forma di prestiti e di risorse a fondo perduto), a condizione del rispetto delle regole e dei tempi nella realizzazione degli interventi e delle riforme previste nel Piano.

Vero è che nella sostanza l'assegnazione di tali risorse è sottoposta alla verifica – *step by step* – delle *milestone* e dei *target*, secondo la logica di un vero e proprio piano di *performance*, assai lontana da quella dei tradizionali piani di spesa.

¹⁰⁷ Il riferimento è dunque a quella parte delle Linee guida ANAC n. 17 del 27 luglio 2022 che andava a esplicitare quello che nel nuovo codice sono le condizioni previste dall'art. 128 del nuovo Codice, e che prima erano stabilite nell'art. 142 del Codice del 2016, ovvero quella parte delle linee guida che andava a definire le condizioni di accessibilità, continuità, disponibilità, completezza, qualità dei servizi, coinvolgimento e responsabilizzazione degli utenti previste per l'affidamento dei servizi sociali, in linea con il Quadro europeo volontario per la qualità dei servizi sociali adottato dal Comitato per la protezione sociale del Consiglio europeo il 6 ottobre 2010, richiamato dal Considerando 114 della direttiva 2014/24/UE.

Dunque, questo rappresenta anche una cessione, sia pur parziale, di sovranità, e questo è spiegabile se si pensa che a livello europeo il Piano non è stato finanziato a costo zero, ma ricorrendo al c.d. debito comune, misura che oltre all'impatto economico, è carica di un forte valore istituzionale¹⁰⁸.

In questo quadro rilevanti sono gli “impegni” assunti nel PNRR, tra i quali centrale è quello che vede il nostro Paese impegnato a “modernizzare la sua pubblica amministrazione, rafforzare il suo sistema produttivo e intensificare gli sforzi nel contrasto alla povertà, all'esclusione sociale e alle disuguaglianze”.

Affermazione che sembrerebbe, dunque, chiamare in causa proprio quel cambio di paradigma sotteso all'amministrazione condivisa, e alla sua procedimentalizzazione sussidiaria realizzata per la prima volta in termini generali *ex art.* 55 CTS.

Anche se, andando a ripercorrere il lungo *iter* che ha portato alla adozione del PNRR italiano, pare che questo rappresenti l'esito di un processo molto lungo e controverso, contrassegnato da uno scarso livello di partecipazione della società civile e delle sue rappresentanze¹⁰⁹, e quasi assente appare anche il ruolo rivestito dagli enti del Terzo settore (e più in generale dalla società civile) a livello di *governance* del Piano¹¹⁰.

Non resta dunque che passare all'analisi del Piano presentato ed approvato al fine di andare a verificare cosa il PNRR dice in proposito.

Ed in realtà il PNRR poco dice espressamente su questo tema, non ricorrendo mai nel Piano l'espressione amministrazione condivisa, e

¹⁰⁸ Superando così la storica avversità dei c.d. paesi frugali rispetto alla creazione di debito comune. Si veda B. LAFFAN, A. DE FEO, *EU Financing for Next Decade. Beyond the MMF 2021-2027 and the Next Generation EU*, Firenze, 2020; A. MAJOCCHI, *Next Generation EU: verso una fiscalità federale*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 2020; A. IOZZO, A. MAJOCCHI, *Oltre l'emergenza: verso gli Eurobond*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 2020.

¹⁰⁹ Per approfondimenti sul lungo processo di costruzione del PNRR Italia tra dimensione europea e dimensione nazionale sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, vol II, 2021, 128-131.

¹¹⁰ F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 109, rileva che “si è avviato in parte a questa esclusione attraverso la costituzione del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, costituito con il Dpcm 14 ottobre 2021, che ha potere consultivo nei confronti della Cabina di regia, ma il raccordo appare ancora debole in questo senso”.

riportando solo alcuni specifici riferimenti al Codice del Terzo settore e alla co-progettazione, e nessuno espressamente alla co-programmazione.

I riferimenti in tal senso si trovano soprattutto nella “Missione 5: Inclusione e Coesione”, in cui si afferma espressamente che l’azione pubblica potrà avvalersi del contributo del Terzo settore, e che la pianificazione in coprogettazione di servizi sfruttando sinergie tra impresa sociale, volontariato e amministrazione, consente di operare una lettura più penetrante dei disagi e dei bisogni al fine di venire incontro alle nuove marginalità e fornire servizi più innovativi, secondo la logica del reciproco scambio di competenze ed esperienze tra PA e Terzo settore.

Ed in particolare alla valorizzazione di modelli di amministrazione condivisa sembra rivolgersi la Componente M5C2 “Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore”¹¹¹, in cui si sottolinea che in coerenza con gli interventi del Piano, si prevede sia l’accelerazione dell’attuazione della riforma del Terzo settore, al cui completamento mancano ancora importanti decreti attuativi, sia la valutazione degli effetti della riforma su tutto il territorio nazionale.

Così nell’ambito di intervento “M5C2.2: rigenerazione urbana e housing sociale – Investimento 2.2. Piani Urbani Integrati” si fa riferimento ad una pianificazione urbanistica partecipata, con l’obiettivo di trasformare territori vulnerabili in città *smart* e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile, richiamando espressamente la possibilità di avvalersi anche di forme di *co-progettazione* degli interventi con il Terzo settore ai sensi dell’art. 55 CTS, posto che l’obiettivo primario è recuperare spazi urbani e aree già esistenti allo scopo di migliorare la qualità della vita promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale.

Ulteriori riferimenti si possono individuare poi nella Missione “M5C3: interventi speciali per la coesione territoriale”, all’Investimento 3 “Interventi socio-educativi strutturati per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno a sostegno del Terzo Settore”, in cui si afferma che la misura intende attivare specifiche *progettualità* condotte da enti del Terzo Settore (fino a 2.000) finalizzate a coinvolgere minori che versano in situazione di disagio o a rischio devianza (fino a 50.000). Anche se sarebbe

¹¹¹ La missione 5 si esplicita in tre componenti che rispondono alle raccomandazioni della Commissione europea n. 2 per il 2019 e n. 2 per il 2020, e che saranno accompagnate da una serie di riforme che sostengono e completano l’attuazione degli investimenti. Nello specifico M5C1-Politiche per il lavoro; M5C2- Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore; M5C3 -Interventi speciali per la coesione territoriale.

stato più lineare utilizzare anche in questo caso il riferimento alla co-progettazione, dato che questo sembrerebbe essere l'intento del legislatore.

Riferimenti impliciti alle figure sia della co-programmazione che della co-progettazione si possono individuare nell'ambito della Missione 5 nel "Focus sulle dimensioni trasversali del piano", in cui si sottolinea che gli interventi previsti in questa missione avranno un forte impatto sulle tre dimensioni orizzontali previste nel Piano, ovvero divari di genere, giovani e Sud, dimensioni che sembrano muoversi sulla stessa linea delle attività di interesse generale¹¹².

Se è certo che la Missione 5 è quella che più delle altre palesa le forti possibilità per lo sviluppo dell'amministrazione condivisa, e più nello specifico ampio spazio per la figura della co-progettazione, più che per quella della co-programmazione, data la necessità del Piano di essere trasformato in tempi rapidi in progetti specifici e dato che i bisogni a carattere generale sono già individuati nel Piano approvato, allo stesso tempo è possibile individuare forti connessioni tra queste e tutte e sei le missioni del PNRR, anche perché, come è stato rilevato in dottrina, l'amministrazione condivisa può rappresentare una importante risorsa per uscire dal c.d. Stato delle crisi¹¹³.

Ed in fondo il PNRR cosa è, se non un Piano per uscire dalla crisi sanitaria ed economica innescata dalla Pandemia Covid-19, con l'auspicio intessuto in tutto il Piano di un cambio di paradigma economico e sociale.

A confermare il sotteso *fil rouge* tra *ratio* del PNRR e figure dell'amministrazione condivisa è infatti il corollario di atti normativi di vario grado, nonché strumenti di *soft law* che stanno dando vita al Piano, e che poggiando sui molti elementi di elasticità in cerca di definizione ne stanno determinando la reale portata consacrando in concrete riforme e specifici progetti, consentendo di darne una lettura evolutiva.

Il riferimento è in particolare al decreto legislativo n. 201 del 2022 "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" e al d.lgs. n. 36 del 2023 "Codice dei contratti pubblici".

Tutti passaggi che vanno a confermare l'apertura verso modelli di co-programmazione/co-progettazione, andando "passo dopo passo" a

¹¹² Al riguardo interessante è il riferimento nel *Focus* alla valorizzazione dei beni confiscati alle mafie con il contributo Terzo settore, quale contributo alla creazione di una nuova consapevolezza sociale sui temi del contrasto alla criminalità organizzata.

¹¹³ M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, la cura di Id., Trento, 2016, 1-37.

definire meglio lo spazio di questo diverso modo di amministrare quale paradigma culturale ed istituzionale.

Così nel contesto del decreto legislativo n. 201 del 2022 che dà atto alle *milestone* PNRR M1C2-6 “Entrata in vigore della legge annuale sulla concorrenza 2021” e M1C2-8 “Entrata in vigore di tutti gli strumenti attuativi per l’effettiva attuazione e applicazione delle misure derivanti dalla legge annuale sulla concorrenza 2021” è inserita la riformulazione della disciplina dei servizi pubblici locali nel quadro delle riforme PNRR.

Quel che è certo è che questo rappresenta un passaggio nevralgico per le forme di collaborazione tra PA e enti del Terzo settore (Ets), che vedono riconoscere, per la prima volta, la possibilità di coinvolgimento nella *realizzazione di specifici progetti* di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica (non a rete). Vale a dire anche in settori “lontani” da quelli tradizionalmente riferibili ai modelli di *welfare*, andando così a valorizzare l’attività dei soggetti del Terzo settore nel “governo della comunità”, visto non più quale appannaggio esclusivo della struttura organizzativa dell’ente locale¹¹⁴.

Il riferimento è in particolare al combinato disposto degli artt. 10 e 18 del d.lgs. n. 201 del 2022, quale valorizzazione effettiva del principio di sussidiarietà orizzontale. Così l’art. 10 mette in connessione il perimetro del servizio pubblico locale e il principio di sussidiarietà, al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, riportando pressoché interamente la formulazione dell’art. 118, u.c., Cost., all’interno del perimetro del servizio pubblico locale (al comma 2), specificando altresì il *favor* nel riconoscimento di apposite agevolazioni e semplificazioni.

Più nello specifico poi l’art. 18 “Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore” individua tra le possibili modalità di gestione dei servizi pubblici locali i rapporti collaborativi previsti dal Codice del Terzo settore, ponendo però l’accento sulla scelta posta in essere, disponendo un ben individuato obbligo di motivazione che, a ben vedere, potrebbe portare a rafforzare la fiducia verso un nuovo paradigma sussidiario. Ciò in quanto l’art. 18, specifica che la motivazione deve essere data nell’ambito della relazione di cui all’articolo 14, comma 3, in riferimento alla “Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale”. Questo vuol dire che, nell’articolare la motivazione, gli enti locali dovrebbero tenere conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità

¹¹⁴ *Ibidem.*

del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati, oltreché dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali.

Tale valutazione sembrerebbe, dunque, mettere tutte le possibili modalità di gestione sullo stesso piano, ponendo l'ente locale di fronte alla verifica della realtà.

Questo potrebbe portare ad una progressiva valorizzazione del ruolo pubblico degli Ets, anche se rivolta, in particolare, alla fase della progettazione, più che a quella della programmazione, posto che l'art. 18 fa riferimento espresso alla “*realizzazione di specifici progetti di servizio* o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica, pressochè replicando dunque la dicitura utilizzata all'art. 55 comma 3 CTS per definire la co-progettazione. Al riguardo “*si pensi... alla possibilità che gli enti locali prevedano percorsi di collaborazione con gli Ets in materia di comunità energetiche, di trasporto sociale, di gestione di piscine comunali, di economia circolare e di gestione dei rifiuti. I partenariati con gli enti non profit potranno dunque essere vagliati alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, verificandone la “fattibilità” e la “sostenibilità” nei singoli ambiti territoriali, inserendo anche questa forma di gestione nelle linee guida e regolamenti che gli enti locali possono adottare per disciplinare in modo efficace, trasparente e adeguato i rapporti giuridici con gli Ets*”¹¹⁵.

Un limite a tale valorizzazione rischia, però, di intravedersi nello stesso comma 3 dell'art. 18, laddove prevede che non è possibile fare riferimento nell'ambito dei servizi pubblici locali alla figura della co-progettazione quando le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato.

Anche se il Dossier del Servizio Studi del Senato “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*” sembra andare

¹¹⁵ A. SANTUARI, *Decreto sui servizi pubblici locali: valorizzato il ruolo pubblico del Terzo settore*, in *www.welforum.it*, 24 gennaio 2023

incontro ad una interpretazione non letterale del comma 3, nel sottolineare implicitamente il confuso *drafting* legislativo adottato, ed orientando verso una lettura conforme a Costituzione, secondo cui “l’attività di interesse generale svolta senza fini di lucro da tali enti realizza anche una forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica (ciò che deriva dal necessario reinvestimento degli utili in attività orientate a una funzione sociale)”¹¹⁶, evidenziando così la differenza tra gratuità, rimborsabilità e non lucratività¹¹⁷.

Il che chiama in causa più in generale la costruzione di una nozione pubblicistica del concetto di gratuità, “finalizzata a determinare una delle linee distintive fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore”, che “merita di essere approfondito in futuro, per la costruzione di un linguaggio comune fra gli attori pubblici e del Terzo settore”¹¹⁸, ed utilizzabile ogni qual volta siano realizzate forme di co-programmazione/co-progettazione sia nel campo dei servizi pubblici locali che in quello dei servizi sociali¹¹⁹.

6.1. *L’art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici tra il riconoscimento della via alternativa di modelli di amministrazione condivisa e la normativa codicistica per i servizi sociali*

Ad avvalorare il nuovo spazio per le figure di co-programmazione/co-progettazione nella stagione del PNRR è poi il nuovo Codice dei contratti,

¹¹⁶ Così Sent. Corte Cost., n. 72 del 2022, *Considerato in diritto*, punto 5, richiamando l’architettura esistente tra art. 118, u.c., Cost. e l’art. 55 CTS.

¹¹⁷ Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, *Dossier – Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica A.G. 3*, in *documenti.camera.it*, 22 novembre 2022, in cui si sottolinea che il comma 3 sembra ribadire quanto stabilito non tanto all’art. 55 CTS, quanto il disposto dell’art. 56 CTS, rivolto al diverso ambito della Convenzioni, che prevede “per le sole APS e ODV l’obbligatorietà che le convenzioni possano prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (nelle quali è compreso il lavoro svolto dai componenti dell’ETS), dunque non assenza di corrispettivo a carico dell’amministrazione bensì assenza di profitto per le ODV e le APS affidatarie dei servizi. Si ricorda però che, rispetto ai rapporti collaborativi fra P.A. e Terzo settore, per il resto degli ETS, il CTS prevede la “non lucratività” (ai sensi dell’art. 8 del CTS “divieto di distribuzione, anche indiretta, di utili, nell’ambito dello svolgimento delle attività di interesse generale”).

¹¹⁸ L. GORI, *Il tema della gratuità nell’amministrazione condivisa*, in *Cantiereterzo settore.it*, 27 giugno 2023.

¹¹⁹ Il tema della gratuità è uno dei punti focali su cui vertono le sentenze del Consiglio di Stato nn. 5217/2023 e 5218/2023.

ed in particolare il suo art. 6, quale passaggio legislativo determinante per l'individuazione di una "nuova stagione della co-programmazione/co-progettazione" nella "stagione del PNRR"¹²⁰.

Il riferimento alle figure previste dal Codice del Terzo settore nel nuovo Codice dei contratti sembra infatti assumere una valenza giuridica carica di una particolare forza, in quanto questo è individuabile sia all'art. 6 nella parte relativa ai principi, sia in una serie di norme specifiche concernenti gli affidamenti di specifici servizi a carattere sociale secondo le regole del Codice dei contratti.

Quel che è certo è che introdurre tra i principi del nuovo Codice dei contratti pubblici l'art. 6 "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore" non è certo una cosa da poco, poiché in questa collocazione è possibile leggere davvero un forte cambio di prospettiva, quale è, in fondo, quello affermato dalla storica sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale.

Così all'art. 6 il nuovo Codice sancisce che "In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla *condivisione* della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017".

Un articolo che sembra consolidare la *summa* del lungo e travagliato percorso che ha interessato gli istituti della co-programmazione/co-progettazione, e che evidenzia altresì come la pronuncia della Corte n. 131 del 2020 abbia assunto una vera e propria valenza anticipatrice per l'individuazione del principio di sussidiarietà tra i principi portanti del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'introduzione di un tale principio porta poi a porre l'accento sull'effetto

¹²⁰ Per l'espressione "nuova stagione" in correlazione ai fenomeni dell'amministrazione condivisa si veda F. SCALVINI, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo Settore e le relazioni tra enti del Terzo Settore e le Pubbliche Amministrazioni*, in *Welfare Oggi – speciale "Verso l'Amministrazione collaborativa"*, 2, 2018, mentre per il riferimento al PNRR quale paradigma di una nuova stagione dell'intervento pubblico in economia a livello europeo e nazionale sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*, cit., 2021, 128 ss.

che ne consegue, ovvero quello della *riduzione* dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici alle sole fattispecie ivi espressamente previste e ai soli casi in cui le stazioni appaltanti non ritengano di organizzare detti servizi ricorrendo a forme di co-programmazione e/o co-progettazione, come anche alla stipula di convenzioni con le Organizzazioni di volontariato o le Associazioni di promozione sociale, o a forme di autorizzazione o accreditamento previste dalla legislazione regionale in materia.

È dunque lo stesso Codice dei contratti, nella sua aggiornata e recente versione, a porre fine al conflitto che lo aveva posto come antagonista del proliferare degli istituti collaborativi previsti dal Codice del Terzo settore, andando a riconoscere espressamente gli strumenti di co-programmazione/co-progettazione quali strumenti ordinari di esercizio dell'azione amministrativa, non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato, nel rispetto dei principi del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990.

In altri termini, la scelta della modalità di organizzazione e di affidamento di un servizio o attivazione di un intervento, nell'ambito delle attività di interesse generale, elencate dall'art. 5 CTS, è in primo luogo la scelta fra le diverse tipologie di relazioni fra PA ed ETS.

Certo l'art. 6 del Codice potrebbe essere migliorato, come quell'ambiguo riferimento ad "attività a spiccata valenza sociale" che potrebbe essere interpretato limitando l'applicazione alla sola tipologia dei servizi sociali, o andando ad interrogarsi sul riferimento esclusivo agli enti del Terzo settore e non ai soggetti della sussidiarietà orizzontale, formulazione che potrebbe ricomprendere anche soggetti al limite del Terzo settore, ma ormai sedimentati nei territori¹²¹.

Senza dubbio però, per quanto riguarda il consolidamento del paradigma sussidiario già molto è stato fatto, ed in generale, al di là delle criticità presenti nel testo, non può non evidenziarsi come il nuovo Codice presenti "profili fortemente innovativi, tanto sul piano dell'impostazione che su quello dei contenuti, toccando questioni di straordinaria rilevanza, non soltanto in termini economici, per lo sviluppo e la crescita del Paese"¹²².

¹²¹ Bisogna ricordare che la formulazione definitiva dell'art. 6 è stata oggetto di una forte revisione, che ha in gran parte eliminato le criticità presenti nella prima stesura dell'articolo. Si veda per approfondimenti L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, in *CantiereTerzosettore.it*, 12 gennaio 2023.

¹²² M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenziioso sui contratti pubblici nel nuovo codice*, in *www.federalismi.it*, 2023.

Significative sono le delucidazioni della Relazione di accompagnamento al nuovo Codice dei contratti pubblici laddove, con riguardo all'art. 6, viene affermato che la disciplina del rapporto tra enti del TS e PA non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con quest'ultimo.

In altre parole, il Codice sembra aprire lo spazio ad un modello fondato su un'analisi economica e sociale della soluzione prescelta che evidenzi il *valore aggiunto* della stessa rispetto al ricorso agli ordinari strumenti dell'evidenza pubblica tramite affidamento competitivo, secondo la logica del principio del risultato.

Questo significa che la co-programmazione e la co-progettazione, unitamente alle convenzioni e agli altri istituti della sussidiarietà sono una scelta possibile, ma anche che questi non esauriscono i rapporti giuridici tra enti pubblici e soggetti *non profit* e mutualistici che potrebbero continuare a muoversi nel solco del codice appalti.

In questa prospettiva, il riferimento è in particolare a quelle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che, ratificando le Direttive europee n. 23 e 24 del 2014 in materia di concessioni e appalti, prendono in considerazione gli affidamenti dei servizi a carattere sociale, in considerazione della loro caratteristica "genetica" che vede i servizi sociali, e in particolare i servizi alla persona, distinguersi per lo loro valenza specifica di essere rivolti a un'utenza fragile¹²³.

L'amministrazione potrebbe dunque sempre scegliere di affidare i servizi sociali percorrendo la strada tradizionale del Codice dei contratti pubblici, e questo per i più svariati motivi.

Ed in tal caso il riferimento è all'art. 127 "Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati" (*ex art.* 140 del Codice del 2016); all'art.128 "Servizi alla persona" (*ex art.*142 del Codice del 2016); all'art. 129 "Appalti riservati" (*ex art.* 143 del

¹²³ Si ricorra che la legge delega n. 78/2022 in materia di contratti pubblici, segnatamente all'art. 1, secondo comma, lett. v), prevedeva la "revisione della disciplina relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizio ad alta intensità di manodopera, per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Codice del 2016)¹²⁴, salva la non applicazione del Codice per gli affidamenti di servizi sociali sotto la soglia di 750.000 euro¹²⁵.

Tutte norme che rappresentano l'altra via percorribile dalle amministrazioni, a cui spetta dunque l'ultima parola sulla scelta tra la strada tradizionale del Codice dei contratti pubblici o la strada delineata dal Codice del Terzo settore¹²⁶.

L'auspicio è dunque che nella stagione della ripresa e della resilienza questa possibilità porti a scegliere, sia nel caso degli ambiti concernenti la normativa sui contratti pubblici, come nel caso di quella sui servizi pubblici locali, il percorso migliore, anche quando questo sembra essere il più difficile, magari perché meno usuale, come nelle ipotesi del "coinvolgimento degli enti del Terzo settore"¹²⁷.

7. *Qualche considerazione sparsa "su un altro possibile modo di amministrare": la stagione del PNRR sarà la "volta buona"?*

Volere addivenire ad una qualche conclusione su di un tema dalla portata così innovativa, come è quello della co-programmazione co-progettazione delle attività di interesse generale, non è affatto semplice,

¹²⁴ Si tratta di norme riconducibili al c.d. regime alleggerito (art. 127 e 128), e al c.d. regime riservato (art. 129). Al riguardo preme rilevare l'*incipit* dell'articolo 127 sui servizi sociali e servizi assimilati (a cui si rifa anche il conseguente art. 128), che rinvia all'art. 6 del Codice che, come si è detto, va a portare *all'interno* del Codice dei Contratti pubblici il Principio di sussidiarietà, chiamando in causa le forme di Coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal CTS. Il perché di questa specificazione, che tra l'altro replica la formulazione già introdotta nel vecchio codice ad opera del d.l. semplificazioni, sembra trovare la sua ragion d'essere nella storia che ha contraddistinto il difficile rapporto tra i due Codici, innescato proprio dal cortocircuito in sede di definizione delle Linee guida Anac sugli affidamenti dei servizi sociali.

¹²⁵ Si veda la lett. d) del comma 1 dell'art. 14 del nuovo Codice dei contratti pubblici, secondo cui "Per l'applicazione del codice le soglie di rilevanza europea sono: ... d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE".

¹²⁶ Si veda anche C. MANCINI, *Nuovo codice appalti, spazio al partenariato sociale che attua il principio della sussidiarietà orizzontale*, in *Il Sole 24 ore*, 2023. L'A. sottolinea come questo ambito normativo sia contiguo a quello disciplinato dal Codice del Terzo settore con il quale dovrà essere coordinato.

¹²⁷ Il richiamo è all'insegnamento di Pitagora, secondo cui bisognerebbe sempre scegliere il cammino che sembra il migliore anche se sembra il più difficile, poiché in tal caso l'abitudine lo renderà presto piacevole.

posto che questo chiama in causa un cambio di paradigma, e che, come tutti i cambiamenti, questo necessita di un lungo percorso di sperimentazione e adattamento. Certo è possibile dire che il percorso che ha interessato l'art. 55 del Codice del Terzo settore è senz'altro sintomatico della difficoltà di individuare anche da parte del legislatore una linea chiara e diretta delle modalità di azione delle pubbliche amministrazioni.

Dalle considerazioni sin qui svolte quello che emerge con sufficiente nettezza è, infatti, la possibilità per l'amministrazione di scegliere tra diversi strumenti: quello innovativo della co-programmazione e della co-progettazione con il coinvolgimento *attivo* del Terzo settore e quello tradizionale e sperimentato del ricorso alle procedure del Codice dei contratti pubblici.

Perché se è vero che a livello giurisprudenziale e anche legislativo si è giunti, nella stagione del PNRR, ad affermare che a livello giuridico la scelta tra i vari possibili modi di amministrare è del tutto neutra, nel qual tempo si è in sostanza anche riconosciuta la presenza di due *sottosistemi* giuridici di *pari legittimità*, con punti di contatto, ma riferibile ciascuno ad un proprio ed *indipendente corpus* normativo.

Il che significa che quel che dunque preme evitare, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è che la scelta tra l'una o l'altra modalità non sia una scelta "mascherata", come emerge dalle recenti sentenze del Consiglio di Stato n. 5217/2023 e n. 5218/2023, in cui quel che rileva è che "nel caso di specie, il documento di massima allegato all'avviso pubblico... prefigura nei *dettagli* i profili dei vari servizi, che pure dovrebbero scaturire dalla co-progettazione con il soggetto selezionato all'esito della procedura di evidenza pubblica. Il ruolo, la finalità partecipativa, la componente collaborativa e ideativa che la norma assegna alla fase della co-progettazione appaiono, quindi, del tutto assenti, rendendo incerta la qualificazione della fattispecie e illegittimo l'utilizzo di un modello derogatorio delle ordinarie procedure di affidamento di un appalto di servizi. ... In altri termini, la sostanziale assenza della fase di co-progettazione impedisce di configurare il modello di partenariato delineato dall'art. 55, commi 3 e 4, del codice TS, e induce a ricondurre la vicenda a un ordinario appalto di servizi sociali"¹²⁸.

È altresì vero che dall'angolo di visuale dell'amministrazione tra i vari modi di amministrare vi è assai differenza, in quanto il modello di amministrazione condivisa nella prassi di molte amministrazioni si

¹²⁸ Così Cons. Stato, Sez. V, Sent. del 26 maggio del 2023, n. 5217, punto 11.2.

presenta di difficile applicazione, posto che “la tradizionale impostazione del nostro diritto amministrativo (il potere, il procedimento, le forme vincolate dell’azione: insomma, autorità e libertà!) ha un peso fortissimo nel sentire comune degli operatori”¹²⁹.

Angolazione quella dell’amministrazione che sembra porla in contrasto con quella degli amministrati, della società civile, che in ragione della complessità della società, dell’emersione sempre più rapida di nuovi bisogni sociali in ragione dell’evolversi della società, porta verso un modello orientato alla convergenza di obiettivi pubblici e privati e all’aggregazione delle risorse pubbliche con quelle private, dove il riferimento non è solo e tanto alle risorse economiche, ma anche alle risorse frutto della conoscenza del territorio.

Il che sembra chiamare in causa il “problema amministrativo” sotteso all’affidamento dei servizi sociali, evidenziato implicitamente anche dall’art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea siglata a Nizza nel 2000, e la correlata necessità di stabilire un equilibrio tra concorrenza e solidarietà.

Come anche la Comunicazione della Commissione europea recante la “strategia Europa 2020” che in più occasioni richiama la necessità di “un approccio di partenariato”, in forza del quale è affermata la necessità di un ampio coinvolgimento delle parti sociali e dei rappresentanti della società civile tanto nell’elaborazione dei programmi nazionali di riforma (*rectius* co-programmazione), quanto nella loro attuazione (*rectius* co-progettazione), al fine di portare le priorità dell’Unione più vicine ai cittadini, rafforzando così la titolarità necessaria per il successo della strategia Europa 2020.

Un tale approccio sembra dunque allontanarsi da quel modello basato sulla rigidità procedurale, secondo la logica della prevalenza della “sostanza sulla forma”, portando anche ad individuare nella flessibilità un “valore” da “prendere in seria considerazione”, quale esigenza di “adattabilità alle peculiarità” dei nuovi bisogni¹³⁰.

Il futuro degli istituti della co-programmazione/co-progettazione sembra pertanto essere legato a “doppio filo” all’idea di un nuovo diritto amministrativo, fondato su modelli di flessibilità, su strumenti innovativi

¹²⁹ Così V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *L’amministrazione condivisa*, cit., 28.

¹³⁰ G.D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *www.federalismi.it*, 2015, spec. 37-38, sottolinea come quei modelli incardinati sulla rigidità procedurale trovino la loro *raison d’essere* anche in una sorta di “ondata moralizzatrice”.

di interlocuzione tra pubblico/privato, secondo un modello di risorse pubbliche e private aggiuntive, non solo a carattere economico (personale, beni, finanze, conoscenze...)¹³¹.

Questo significa anche investigare in merito a nuovi profili procedurali e processuali, rispetto a quelli inerenti l'attuale regime della responsabilità amministrativa e, conseguentemente in merito a tutte le implicazioni di ordine contabile-finanziario che ne possono derivare, ben sapendo che questi aspetti risultano ad oggi tutti da esplorare¹³² e che corrono il rischio di alimentare una “divaricazione tra progresso civile – economico – sociale e apparati pubblici”¹³³.

Del resto il riferimento alla disciplina degli accordi di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo, dovrebbe consentire “ai dipendenti pubblici di praticare strumenti ai quali sono più adusi. In questa maniera dovrebbe essere favorito un atteggiamento più disponibile da parte del personale della pubblica amministrazione, meno esposto a rischi relativi alla responsabilità patrimoniale”, ed al tempo stesso un maggior ricorso alle modalità di amministrazione condivisa¹³⁴.

Diversamente, vorrebbe dire arrendersi di fronte alla risoluzione di importanti problemi, quali l'ormai nota asimmetria informativa tra amministrazione ed enti del TS, per di più riferita al decisore politico, ma invero riferibile su fronti diversi, vale a dire sia al lato pubblico che a quello privato, quali i ritardi – sempre più gravi – che stanno rischiando di far naufragare il PNRR¹³⁵.

Viene da chiedersi se il PNRR sia effettivamente l'occasione per la

¹³¹ Così M. CLARICH, *Relazione conclusiva*, nell'ambito del Convegno sul tema “Co-progettazione e co-programmazione: la gestione in sussidiarietà della funzione pubblica da parte degli enti del Terzo settore”, Trieste 25 marzo 2021.

¹³² S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Il Diritto dell'economia*, 2021, 83-112.

¹³³ S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, spec. 142.

¹³⁴ Così F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 92.

¹³⁵ Si veda al riguardo la necessità di chiarimenti del Ministero del Lavoro sulla co-progettazione nell'ambito della Missione 5 “Inclusione e Coesione”, Componente 2 “Infrastrutture sociali, Famiglie, Comunità e Terzo Settore”, Sottocomponente 1 “Servizi sociali, Disabilità e Marginalità sociale”, in risposta ad alcuni quesiti posti dagli Ambiti territoriali sociali (Ats) ammessi al finanziamento a valere sull'Avviso pubblico n. 1/2022 “Pnrr” – Ministero del Lavoro, Nota n. 46/1059 del 7 luglio 2023.

valorizzazione del modello di amministrazione condivisa e la risposta non può che essere ambigua. Infatti se da un lato si è dato vita ad un *corpus* di norme che hanno fortemente valorizzato il ricorso alla co-programmazione/co-progettazione (così la disciplina sul Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il nuovo Codice dei contratti pubblici), dall'altro si è fatto riferimento, per l'attuazione degli obiettivi del Piano, a modelli tradizionali, per la ragione che il "vincolo temporale" su cui si poggia tutta l'architettura del Piano non sembra lasciare molto spazio a processi di partecipazione sociale e imprenditoriale.

Tutt'al più il PNRR sembra indirizzare – con finanziamenti *ad hoc* – verso modelli di co-progettazione, avvalorando la diffusione di un modello co-progettuale non sorretto da quello della co-programmazione, con l'effetto di limitare nella sostanza il valore innovativo dell'art. 55 CTS che appunto vede le figure della co-programmazione e co-progettazione come l'una connessa all'altra.

Si tratta pertanto di ripensare il rapporto tra gli enti del Terzo settore e l'amministrazione nella prospettiva indicata dalla Corte costituzionale, secondo cui "gli enti del terzo settore, in quanto rappresentativi della *società solidale*, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della *società del bisogno*"¹³⁶.

Se questo è il potenziale delle pratiche di amministrazione condivisa *ex art. 55 CTS*, dovremmo dunque muoverci nella stagione del PNRR sapendo che "non possiamo morire di diritto amministrativo" proprio nella stagione di un Piano di straordinaria consistenza in cui tutto gira intorno alla capacità di ripresa e resilienza di "tutte" le pubbliche amministrazioni alle quali è richiesto un reale e non più procrastinabile cambio di paradigma¹³⁷.

¹³⁶ Sent. Corte Cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

¹³⁷ Il riferimento è alla nota frase dell'ultimo capitolo del libro di C. COTTARELLI, *La lista della spesa*, Milano, 2015.

Abstract

Il contributo è volto ad analizzare potenzialità e criticità dell'art. 55 del Codice del Terzo settore quale modello di amministrazione condivisa di attività di interesse generale alternativo alla normativa del Codice dei contratti pubblici. Alternatività che comunque deve tener conto, laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un determinato servizio, che la concreta scelta tra la valorizzazione del *principio di sussidiarietà orizzontale* o del *principio della tutela della concorrenza* rientra nella discrezionalità amministrativa delle pubbliche amministrazioni.

Co-programming and co-design of Public Administration and third sector entities: from gloomy wood, because the path which led aright was lost, to the stars of the “new” planet of public contracts

This contribution aims at assessing strengths and weaknesses of art. 55 of the Third Sector Code, as a model of shared administration of activities of general interest, used as an alternative to the Code of public contracts. Such use will have to take into account, when both codes can be applied for the same scope, issues of horizontal subsidiarity and protection of competition, as an exercise of administrative discretion of public administrations.