

Codice del Terzo settore

Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.

di Luigi Gili

Con il D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 è stato varato il Codice del Terzo settore, che in modo nuovo raggruppa e regola il funzionamento degli enti privati non (solo) lucrativi, facendo salve le previsioni del Libro I, Titolo II del Codice civile e le discipline particolari. Il presente contributo si focalizza su alcune possibili forme di collaborazione (co-progettazione, co-programmazione, convenzioni, messa a disposizione di beni pubblici) tra enti pubblici e quelli del Terzo settore, ricercando correlazioni e differenze con quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici.

La riforma del Terzo settore ed alcuni suoi elementi chiave

Il Codice del Terzo settore, adottato con D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e pubblicato sulla G.U. del 18 luglio 2017, n. 166, è entrato in vigore il 3 agosto 2017. Il decreto legislativo propone una nuova regolamentazione degli enti cd. *non profit* (1) ed è figlio di una riforma di più ampio respiro, la quale trova il suo principale riferimento nella L. 6 giugno 2016, n. 106, di delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale. Il Codice del Terzo settore è costituito da 104 articoli e tratta di aspetti civilistici, tributari ed anche, al Titolo VII, "Dei rapporti con gli enti pubblici", che ai fini del presente contributo è la parte che interessa maggiormente.

Prima di occuparsi delle forme di collaborazione previste dal Codice, è opportuno richiamare pur se in modo sommario quali siano le sue principali novità.

Così come proposte dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (2), le novità sono la previsione

della nuova categoria di enti del Terzo settore, "ETS" (art. 4), l'introduzione di una procedura semplificata per l'acquisto della personalità giuridica da parte di associazioni e di fondazioni ETS (art. 22), l'ampliamento dei settori di attività di interesse generale in cui gli ETS possono operare (art. 5), la nascita delle reti associative (art. 41), l'istituzione del nuovo Registro unico nazionale del Terzo settore (artt. 45-54), la riforma dei Centri di servizio per il volontariato (artt. 61-66), la previsione di uno specifico fondo per sostenere le iniziative ed attività degli enti associativi del Terzo settore (art. 72), l'istituzione del Consiglio nazionale del Terzo settore (artt. 58-60), la riforma fiscale degli ETS (artt. 79-89), l'introduzione di un *social bonus* per la valorizzazione degli immobili pubblici destinati agli ETS e l'introduzione dei titoli di solidarietà (art. 77), la previsione di benefici fiscali per le attività del Terzo settore.

Per quanto possa valere un sintetico documento informativo, tra le novità indicate dal Ministero non vi sono le nuove forme di collaborazione tra enti pubblici ed enti del Terzo settore, dimenticanza che in parte trova giustificazione nel fatto che la co-

(1) Per un quadro attuale del nostro Terzo settore, si v. G. Barbetta - G. Ecchia - N. Zamaro (a cura di), *Le istituzioni non profit in Italia. Dieci anni dopo*, Bologna, 2016, i quali abbinano dati statistici ed analisi partendo dalla domanda di come il Terzo settore abbia risposto al periodo di crisi che ha colpito l'Italia negli ultimi dieci anni. Quanto poi ai primi commenti sulle novità portate dal D.Lgs. n. 117/2017, si v. Mazzullo, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Torino, 2017; R. Dabormida, *La riforma del Terzo settore*, Milano, 2017; M.N. Iannaccone, *Prime considerazioni sul Codice del Terzo Settore*, in *Cooperative ed enti non profit*, 10/2017, 7 ss. Sulla legge delega, invece, L. Bozzi, *Terzo Settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che*

giuridica, in *Contratto e impresa*, n. 4/2017, 1253 ss.; G. Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 726 ss. Per una prospettiva più generale ma anche attenta alla necessaria portata pratica di istituti nati per questo approdo, come la partecipazione e quelli ascrivibili alla sussidiarietà orizzontale, sulle tracce di F. Benvenuti, si v. da ultimo G. Arena, *Amministrazione e Società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 42 ss.

(2) Slide di riepilogo su "Codice del Terzo settore, impresa sociale e cinque per mille. Ecco le novità dei decreti di riforma", in www.lavoro.gov.it.

programmazione, la co-progettazione, le convenzioni e l'uso di beni pubblici sono forme di collaborazione già previste e conosciute dall'ordinamento e, di recente, oggetto (in parte) di approfondimento da parte dell'ANAC con la delibera 20 gennaio 2016, n. 32, relativa alle linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali (3). La novità è come questi istituti sono stati da ultimo regolamentati ed il fatto che essi sono ora approdati nel Codice in esame, ossia in un testo (sulla carta) di riferimento per tutto il Terzo settore mentre, ad esempio, la co-progettazione in passato era principalmente (se non esclusivamente) inerente al settore dei servizi sociali. Quest'ultima osservazione porta ad indugiare sull'analisi di due aspetti chiave della riforma, funzionali agli approfondimenti specifici che seguono: ovvero che cosa il legislatore intenda esattamente per enti del Terzo settore e se le previsioni del Codice si applichino anche ai soggetti *non profit* che non possono fregiarsi del titolo di ETS.

Quanto alla prima questione, l'art. 4 del Codice, in attuazione delle previsioni di cui all'art. 1, comma 1, della Legge delega n. 106/2016, prevede che fanno parte del Terzo settore gli enti che: a) rientrano in specifiche forme organizzative già tipizzate dal Codice o da altro decreto attuativo della Legge delega (ossia organizzazioni di volontariato; associazioni di promozione sociale; gli enti filantropici; le imprese sociali, incluse le cooperative sociali; le reti associative e le società di mutuo soccorso), cc.dd. enti "tipici"; b) siano strutturati come "generiche" associazioni riconosciute o non riconosciute, fondazioni o altri enti di diritto privato diversi dalle società, cc.dd. enti "atipici" (4). L'art. 4 ha poi cura di precisare che non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 e neppure le

formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di categoria e le fondazioni bancarie ed anche gli enti sottoposti a loro direzione e coordinamento o controllo, fatti salvi gli enti di protezione civile. Un secondo passaggio importante è che tutti gli enti tipici o atipici sopra indicati, per essere ritenuti ETS, devono perseguire finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria e di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi. A differenza dell'impostazione del Codice civile che di questo non tratta, le attività di interesse generale sono tipizzate nel corposo elenco dell'art. 5 del Codice (5), il quale può essere periodicamente aggiornato tramite decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. La locuzione attività di interesse generale mutuata da quanto previsto all'art. 118 Cost., evoca per certi quella di servizi di interesse generale di matrice europea (6) ma per contenuto e caratteristiche in questa non si identifica, pur potendo essere delle sovrapposizioni e pur riguardando entrambe le locuzioni attività per così dire ad interesse collettivo.

Un terzo passaggio importante è che sono da ritenersi ETS solo gli enti che, oltre ad essere tipici o atipici e perseguire una o più delle attività d'interesse generale di cui all'art. 5 del Codice, siano anche iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore di cui agli artt. 45 e seguenti, valendo *medio tempore*, fino a che non sia operativo il nuovo sistema, l'iscrizione a uno dei registri al momento previsti dalle normative di settore (art. 101, comma 3).

Quanto alla seconda questione preliminarmente posta, ovvero se il Codice in esame si applichi a tutto il "mondo" del Terzo settore, il dato da cui partire è che il Governo ha ritenuto di non esercitare

(3) Così la Relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto legislativo, 17, in www.camera.it.

(4) La distinzione degli enti dell'art. 4 del Codice in tipici ed atipici è proposta dal Governo, nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, 2.

(5) Ossia interventi e servizi sociali; interventi e prestazioni sanitarie; prestazioni socio sanitarie; educazione e formazione professionale, nonché attività culturali di interesse sociale con finalità educativa; interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio; formazione universitaria e post-universitaria; ricerca scientifica di particolare interesse sociale; organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale; radiodiffusione sonora a carattere comunitario; organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale e religioso; formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e a successo scolastico e formativo, alla

prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa; servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al 70% da enti del Terzo settore; cooperazione allo sviluppo; attività svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale; servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato lavoro di persone svantaggiate; alloggio sociale (*recte housing* sociale); accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; agricoltura sociale; organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di prodotti alimentari e farmaceutici; promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della non violenza e della difesa non armata; promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici; cura di procedure di adozione internazionale; protezione civile; riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata.

(6) In argomento, da ultimo, si v. M. Calcagnile, *Monopoli e private nei servizi di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 634 ss.

la delega invece prevista dall'art. 1, comma 2, lett. a), L. n. 106/2016 di revisione generale del Libro I, Titolo II del Codice civile, ossia, come noto, della normativa base sulle associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute, normativa che rimane ad oggi ancora vigente. Da qui le previsioni di coordinamento un po' "oracolari" dell'art. 3 del D.Lgs. n. 117/2017, che prevedono un sistema flessibile di regolazione ad incastro, per cui le disposizioni del Codice civile e relative norme di attuazione, in quanto compatibili, si applicano agli ETS, per quanto non previsto dal Codice del Terzo settore (comma 2) e le previsioni del Codice del Terzo settore si applicano, ove non derogate e in quanto compatibili, anche agli ETS che hanno una disciplina normativa particolare (comma 1) (7).

Volendo fissare dei punti intermedi, è dunque da ritenere che gli ETS non esauriscano le forme organizzative di enti che operano nell'ambito del Terzo settore e che il D.Lgs. n. 117/2017, strutturalmente, non rechi tutta (o buona parte) della normativa sul Terzo settore.

La co-programmazione

Il Codice del Terzo settore tratta della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento all'art. 55, nell'ambito del tema più ampio del "coinvolgimento degli enti del Terzo settore". È una norma succinta, che si occupa dei tre istituti richiamando per lo più solo principi (8), nello spazio complessivamente di tre commi di poche righe. La co-programmazione, a cui è dedicato il comma 2, è intesa come forma di coinvolgimento degli enti del Terzo settore in termini non co-decisori ma più

squisitamente partecipativi, al fine di aiutare le PP. AA. di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e le risorse (pubbliche e private) a tal fine disponibili. La co-programmazione rimanda quindi al tema della partecipazione ai procedimenti di formazione delle cd. misure generali limitata dall'art. 13 della L. 7 agosto 1990, n. 241 (9), ponendosi a un livello relativamente "lontano" dalla diretta prestazione dei servizi (comunque la si qualifichi *non profit* o esclusivamente *for profit*) e dunque dagli ambiti di concreta operatività del Terzo settore o del Mercato, nonché dalle forme di possibile sconfinamento e di loro ibridazione (10). Il Terzo settore, infatti, in parte dialoga con la P. A. instaurando rapporti collaborativi (in base al Codice del Terzo settore, gli istituti ora in esame) ma può parimenti confrontarsi con la P.A. tramite le regole del Mercato ed anche in concorrenza con operatori "disomogenei", rientrando gli enti del Terzo settore comunque nell'ampia categoria comunitaria di operatore economico (11). Sono anche possibili ibridazioni, ossia che determinati appalti siano riservati solo ad imprese sociali o strutture organizzative similari, come è il caso dell'art. 143 D.Lgs. n. 50/2016, o ancora che l'applicazione analitica delle regole di Mercato, normalmente operanti per i contratti pubblici, sia mitigata a fronte di un maggior riconoscimento di discrezionalità degli enti pubblici, quale è il caso del "regime alleggerito" operante per i servizi sociali e altri, ora regolamentato dall'art. 142 del Codice dei contratti pubblici (12). Quello che la co-programmazione deve rispettare, ai sensi dell'art. 55, comma 1 del decreto legislativo in esame, sono i principi della L. n. 241/1990, le norme relative a specifici procedimenti ed in particolare quelle

(7) Con un risultato di "multistrato normativo" che rischia di consolidare anziché risolvere lo scarso coordinamento delle diverse normative: così A. Mazzullo, cit., 152.

(8) Sull'insufficiente specificazione della norma, si v. Consiglio di Stato, Adunanza Commissione speciale, parere 31 maggio 2017, n. 925, sub art. 55, in www.giustizia-amministrativa.it.

(9) Ossia gli atti normativi e gli atti amministrativi generali: si v. M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, 4 ss. Per un'analisi generale su questa forma di partecipazione e la sua applicazione pratica, si v. da ultimo P. Pantalone, *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, in corso di pubblicazione in *Dir. economia*, 1/2018 e, per le prospettive della c.d. consultazione pubblica, quale forma di interazione agevolata tra cittadini e pubblica amministrativa, S. Salvi - F. Sarpi, *La nuova direttiva sulla consultazione pubblica: quello che resta da fare*, in questa *Rivista*, 2017, 743 ss.

(10) La suggestiva metafora dello sconfinamento e della ibridazione è nuovamente di A. Mazzullo, cit., 23. Di recente, con particolare attenzione ai servizi sanitari, il tema è stato

approfondito da M. Mattalia, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465 ss.

(11) Si v. R. Caranta, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in questa *Rivista*, 2015, 512 ss, nonché M. Cozzio, *Cambia la nozione di operatore economico: la corte di giustizia conferma la partecipazione alle gare pubbliche di università, enti no profit, imprese sociali, fondazioni ed altre organizzazioni*, estratto da *Informator*, 1, 2010, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

(12) Il complesso quadro, caratterizzato alcune volte dalle regole della concorrenza, altre volte dai principi di solidarietà e di sussidiarietà, altre volte da regimi "misti", è bene tratteggiato da L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in questa *Rivista*, 2016, 1001 ss. In argomento, si v. anche C. Polidori, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, relazione al Convegno organizzato da IGI in Roma il 14 febbraio 2017 "I primi 300 giorni del Codice nella giurisprudenza", in www.osservatorioappalti.unitn.it.

affendenti alla programmazione sociale di zona. Il riferimento, in termini di principi, è il perseguimento dei fini determinati dalla legge, in base ai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità e di trasparenza, di matrice europea (art. 1, comma 1 L. n. 241/1990) nonché specifica, per i servizi sociali, L. 8 novembre 2000, n. 328 e normativa anche regionale di settore (13). Applicando i richiami normativi di cui sopra deve per l'effetto ritenersi che la P.A. possa praticare la co-programmazione nel rispetto del criterio di imparzialità e di trasparenza, solo all'esito di un avviso pubblico che permetta di "sedersi al tavolo" ai soggetti interessati, in possesso dei requisiti previsti dall'ente pubblico.

La vera novità non sono le scarse norme sopra richiamate ma il ruolo che viene attribuito alla co-programmazione ed anche alla co-progettazione. Con il Codice del Terzo settore, infatti, i suddetti istituti vengono sdoganati da ambiti specifici come tradizionalmente quello dei servizi sociali e si presentano ora come forme collaborative operanti per tutte le attività di rilevanza generale previste dall'art. 5 del Codice. È dall'altro dubbio che vi sia un vero e proprio obbligo delle pubbliche amministrazioni ad avviare procedimenti di co-programmazione per tutte le attività indicate, anche se questo parrebbe ragionevole ed auspicabile, atteso che la co-programmazione non è niente altro che il riconoscimento della possibilità di partecipazione procedimentale agli atti generali e programmatori e che questa forma di partecipazione è di per sé positiva, perché dovrebbe comportare una maggiore "qualità" istruttoria della decisione finale che è chiamata ad assumere l'ente pubblico.

Partendo dalla conclusione intermedia a cui si è giunti al paragrafo precedente, ossia che gli ETS non esauriscono le forme di organizzazioni che operano nel Terzo settore, un punto da ritenersi problematico è se la co-programmazione di cui si discute possa vedere il coinvolgimento anche di enti non ETS, ad esempio associazioni o fondazioni disciplinate solo in base al Libro I del Codice civile. Al momento si possono solo immaginare alcuni percorsi argomentativi, a favore dell'una o dell'altra tesi. La risposta positiva, *pro* partecipazione anche se non si è a tutti gli effetti ETS, che si ritiene più corretta, allontanerebbe ipotesi di discriminazioni a fronte di un Codice del Terzo settore che come si è visto volutamente non regola tutto il Terzo settore e

propone un concetto di ETS non omnicomprensivo, oltre al fatto che le normative specifiche (è il caso di quella sui servizi sociali) è da ritenersi che non pongano limitazioni specifiche alla partecipazione degli enti *non profit* "generici", cioè non ETS. La risposta negativa, dall'altro, avrebbe la forza di incentivare gli enti ad organizzarsi in ETS e potrebbe trovare giustificazione nel fatto che solo gli ETS sono enti *non profit* rispondenti ai principi ed ai propositi della normativa attuale, "patente" che opererebbe come una sorta di legittimazione necessaria dell'ente per co-programmare con la P.A.

La co-progettazione

A differenza della co-programmazione, la co-progettazione si propone di definire in concreto gli specifici progetti ed eventualmente di realizzarli, in tale ultima ipotesi configurando una sorta di "intervento integrato" (progettazione a cui si abbina l'esecuzione). Si può peraltro apprestare una co-progettazione solo se a monte vi sia stato un intervento di co-programmazione, data l'espressa previsione in tal senso dell'art. 55, comma 2. Seguendo le indicazioni del parere rilasciato dal Consiglio di Stato (14), il comma 3 dell'articolo in esame prevede che l'amministrazione procedente debba stabilire previamente gli obiettivi generali e specifici dell'intervento, la durata e le sue caratteristiche, nonché i criteri e modalità di individuazione degli enti *partner* (15), che può avvenire anche tramite forme di accreditamento.

La co-progettazione, specialmente quella integrata, si avvicina maggiormente al Mercato ed alle sue ibridazioni con il Terzo settore e può dare adito a perplessità qualificatorie. Ne è testimonianza la giurisprudenza che, occupatasi della co-progettazione dei servizi sociali in base alle previsioni della L. n. 328/2000 e normativa regionale di riferimento, ha qualificato l'istituto nei termini di un contratto di appalto ed ha applicato il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a. (16) Le scelte di qualificare la co-progettazione come un contratto pubblico e di applicare il rito appalti (conseguente applicazione del contributo unificato *monstre*), invero non paiono condivisibili ancor più alla luce delle recenti previsioni del Codice del Terzo settore. L'ANAC, con le

(13) In tema, di riferimento è E. Balboni - B. Baroni - A. Mattioni - G. Pastori, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2002 e più recentemente, R. Morzenti Pellegrini - V. Molaschi, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2012.

(14) Cons. Stato, parere 31 maggio 2017, n. 927, *subart.* 55, cit.

(15) Sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 12 della L. n. 241/1990, afferente ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

(16) Si v. in particolare Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727 in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 28 giugno 2016, n. 890, *idem*.

Linee guida del 2016, già prospettava la qualificazione della co-progettazione non in termini di contratto pubblico ma di “accordo procedimentale di collaborazione” (17), ossia una sorta di partenariato pubblico privato collaborativo, che secondo un’opinione si distinguerebbe da un appalto o da una concessione di servizi a fronte del fatto che il *partner* privato partecipa attivamente alla co-progettazione, mettendo a disposizione risorse aggiuntive, come beni immobili, attrezzature, risorse umane, capacità del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici (18).

A prescindere dal tema qualificatorio, la P.A. anche con la co-progettazione è tenuta a rispettare i principi di trasparenza e di imparzialità, attivando un’indagine pubblica e selezionando i soggetti interessati in base a requisiti ed a criteri proporzionati e non discriminatori, tenendo anche conto che l’applicazione della co-progettazione a tutte le attività di interesse generale previste dal Codice del Terzo settore porterà ad una maggiore diffusione di questo istituto, rendendo oltremodo importante a che le PP.AA. prestino la massima attenzione a che non vi siano letture distorte o abusi silenti di questa forma particolare di collaborazione.

Le convenzioni (con le ODV e le APS)

L’art. 56, pur se genericamente rubricato “Convenzioni”, riguarda solo quelle che l’ente pubblico intenda sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato “ODV” (art. 32) o le associazioni di promozione sociale “APS” (art. 35), iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore. L’articolo in esame non propone dunque un modello generale di convenzione valida per il settore (19) e trova i suoi precedenti nel modello di convenzione previsto per le organizzazioni di volontariato all’art. 7, L. n. 226/1991 (20) e, per le associazioni di promozione sociale, all’art. 30, L. n. 383/2000.

A fronte di queste convenzioni, la pubblica amministrazione può esclusivamente rimborsare le spese sostenute e documentate (comma 2), ricadendo l’atto pattizio nell’alveo applicativo dell’art. 12, L.

n. 241/1990, mentre se vengono riconosciuti importi ulteriori rispetto ai costi effettivamente sostenuti si entrerebbe nel campo applicativo del Codice dei contratti pubblici (21). Sempre in termini di *actio finium regundorum*, va segnalato che il Governo, accogliendo la proposta pervenuta dal Consiglio di Stato in sede consultiva, ha inserito nel testo finale del comma 1 l’inciso “se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”, che pare doversi intendere in senso ampio, cioè verifica della convenzione, tanto in termini di minore esborso per l’amministrazione quanto di maggiore qualità dei servizi forniti agli utenti. In ogni caso la P.A., prima di addivenire alla stipula della convenzione, dovrà svolgere detta verifica e darne atto con succinta motivazione, in termini di principio sulla falsariga di quando previsto in caso di scelta del modello dell’*house providing* rispetto al ricorso al mercato (art. 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016).

Altra limitazione del modello convenzionale proposto dall’art. 56 del Codice si registra nell’oggetto, dato che esso non può riguardare tutte le attività di interesse generale ma, a fronte del recepimento di altra modifica proposta dal Consiglio di Stato (22), solo le “attività o servizi sociali di interesse generale” (comma 1). Pena l’ingiustificato svuotamento di significato del concetto di “sociale”, impropriamente abbinato ad ogni attività a favore (diretta o indiretta) della persona (23), tale limite pare comportare che le convenzioni dell’art. 56 non possano riguardare tutte le attività di interesse generale siccome previste dall’art. 5 del Codice e così, ad esempio, gli interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento dell’ambiente (lett. c).

Come per la co-progettazione, viene previsto che la pubblica amministrazione debba scegliere i soggetti con cui sottoscrivere convenzioni nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento mediante l’espletamento di procedure comparative (comma 3). A differenza della co-progettazione, il legislatore ha espressamente previsto in capo alle ODV e APS il possesso dei requisiti di moralità professionale e di adeguate

(17) ANAC, delibera 20 gennaio 2016, n. 32, cit.

(18) Così dalla scheda di approfondimento ANCI, A. Fabiano (a cura di), *La coprogettazione e il Codice degli appalti nell’affidamento dei servizi sociali*, in www.anci.it.

(19) A. Mazzullo, cit., 205, rileva detta criticità e che sarebbe stato più efficace l’estensione applicativa a tutti gli ETS.

(20) Ne tratta nuovamente l’ANAC, nella delibera 20 gennaio 2016, n. 32, cit., 13-15.

(21) Così la Relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto legislativo, 19, in www.camera.it.

(22) Cons. Stato, parere 31 maggio 2017, n. 927, par., *sub* art. 56, cit.

(23) Ricorda l’ANAC, nella richiamata delibera 20 gennaio 2016, n. 32, che ai sensi dell’art. 128 D.Lgs. n. 112/1998, per servizi sociali si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita esclude soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale, e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

capacità a svolgere l'attività soggetta a rimborso, evincibile da indicatori come la struttura dell'ente, l'attività concretamente svolta, le finalità perseguite, il numero aderenti, le risorse ed in genere la capacità tecnica e professionale. Sempre l'articolo in esame traccia inoltre i contenuti obbligatori della convenzione, fra cui le condizioni necessarie per svolgere le attività, il rispetto dei diritti degli utenti, il rispetto degli *standard* strutturali ed organizzativi richiesti dalla normativa di settore, il numero e le modalità di coinvolgimento delle persone coinvolte, tra lavoratori dotati di adeguate capacità professionali e volontari, le forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità.

Le convenzioni per il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza

L'art. 57 del Codice propone una regolamentazione specifica per le convenzioni afferenti ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Da un punto di vista soggettivo, anche la convenzione in esame non è aperta a tutti gli ETS ma solo alle ODV iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale, aderenti ad una rete associativa ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia. Le convenzioni per il servizio di trasporto sanitario, già previste dall'ordinamento e già oggetto di esame da parte della giurisprudenza e della dottrina (24), devono rispondere allo stesso requisito base delle convenzioni dell'art. 56, ossia devono comportare solo il rimborso delle spese sostenute e documentate. Questa tipologia di convenzione, a differenza della precedente, non richiede una valutazione preliminare di maggior favore rispetto al ricorso al mercato, anzi cambiano i rapporti, atteso che per questi servizi il legislatore prevede che la P.A. possa optare per la convenzione "in via prioritaria" (art. 57, comma 1), qualora l'affidamento garantisca l'espletamento di un sistema di effettiva partecipazione a finalità sociali e solidaristiche, in condizioni di efficienza economica ed adeguatezza. Emerge dall'altro un dubbio interpretativo, peraltro nella sostanza non nuovo per queste tipologie di convenzione (25), perché l'art.

57, comma 1 prevede che operi per queste associazioni l'"affidamento diretto", mentre il comma 2 richiama e rimanda anche alle previsioni del precedente art. 56, comma 3, il quale dispone che la scelta dell'ETS debba avvenire tramite "procedure comparative", il che fa ritenere operante la regola dell'affidamento (*recte* scelta) tramite procedura comparativa e come eccezione (motivata) quella dell'affidamento diretto, non essendo dall'altro escluso che l'ente pubblico, per lo più a fronte di una normativa regionale di settore, opti per il sistema dell'accreditamento.

L'utilizzo di beni di proprietà pubblica

Il sostegno della P.A. alle attività del Terzo settore può anche esprimersi tramite la messa a disposizione non onerosa di beni pubblici, mobili ed immobili in occasione di manifestazioni temporanee (art. 70, comma 1), nel rispetto del principio di trasparenza, pluralismo ed uguaglianza. Il beneficio, in precedenza previsto per le ODV e le APS, è ora esteso a tutti gli ETS.

Di maggiore portata risultano le ipotesi di collaborazione previste all'art. 71 del D.Lgs. n. 117/2017.

La prima ipotesi (comma 2), che mostra assonanze con l'istituto del baratto amministrativo di cui all'art. 190, D.Lgs. n. 50/2016, è quella di messa a disposizione tramite contratto di comodato di beni pubblici non utilizzati a fini istituzionali, a favore di tutti gli ETS ad esclusione delle imprese sociali. Il comodato non può durare più di 30 anni, nel corso del quale il concessionario ha l'onere di effettuare, a propria cura e spese, gli interventi di manutenzione e gli altri interventi necessari a mantenere la funzionalità degli immobili. Il legislatore, a differenza di quanto previsto per le convenzioni, non ha avuto cura di richiamare i principi e le regole che vanno osservati per la scelta del concessionario. È comunque da ritenersi che anche in questo caso operino i principi generali di pubblicità, trasparenza e di imparzialità oltre che l'art. 12, L. n. 241/1990, sicché si potrà giungere a definire il comodato solo dopo un avviso pubblico ed una valutazione motivata sulla scelta

(24) Si v., tra i molti contributi, M. Mattalia, cit.; R. Caranta, cit.; A. Reggio d'Acì, *Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità della convenzione va valutata in termini comunitari*, *idem*, 2013, 682 ss.; P. Cerbo, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, *idem*, 335 ss.

(25) Corte di Giustizia UE, 11 dicembre 2014 (in causa C-113/13), in questa *Rivista*, 2015, 508 ss. con commento di R. Caranta, cit., la quale ha affermato che "gli artt. 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa

nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale [n.d.r. L.R. Liguria 7 dicembre 2006, n. 41], *prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato e convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata."*

effettuata. Inoltre è da ritenersi che il concessionario non possa effettuare interventi di manutenzione sull'immobile senza il previo consenso dell'ente pubblico, con le cautele e nel rispetto della normativa di settore, incluso il D.Lgs. n. 50/2016, e con l'effetto che il concessionario potrebbe essere tenuto anche a svolgere una pubblica procedura comparativa per la scelta del soggetto realizzatore dei servizi o dei lavori di manutenzione che non è in grado di svolgere direttamente.

La seconda ipotesi di collaborazione (art. 71, comma 3) riguarda i beni culturali immobili di proprietà degli enti pubblici, senza previsione di canone e richiedenti restauro, che possono essere dati in concessione per un periodo sino a 50 anni agli ETS che perseguono attività di interesse generale a rilevanza culturale (art. 5, comma 3, lett. f), i), k) o z) D.Lgs. n. 117/2017 – a un canone agevolato, con onere di riqualificazione e conversione degli stessi tramite interventi di recupero, restauro e ristrutturazione, nel rispetto delle previsioni del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio). Come chiarisce la norma, il fine del legislatore è quello di favorire ed incentivare l'avvio di progetti di gestione dei beni culturali pubblici che ne assicurino la corretta conservazione, nonché l'apertura alla pubblica fruizione e la migliore valorizzazione. Per questa tipologia di collaborazione, il legislatore ha previsto che l'individuazione del concessionario avvenga mediante le procedure semplificate di cui all'art. 151, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016. La novità è che questa procedura semplificata non è più appannaggio del solo Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, come previsto dal D.Lgs. n. 50/2016, ma strumento messo a disposizione agli altri organi dello Stato, nonché alle regioni, enti locali ed altri enti pubblici. Nel contempo è da registrare che né il Codice dei contratti pubblici, né il Codice del Terzo settore disciplinano detta procedura, sicché la sua concreta conformazione sarà rimessa ad ogni singola pubblica amministrazione, nel rispetto dei principi che

governano l'azione amministrativa e ferma l'applicazione dei principi e regole generali operanti per i contratti pubblici, a fronte del rimando in tal senso operato dall'art. 143, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 in tema di disciplina specifica degli appalti nel settore dei beni culturali (26).

La figura dell'accordo dell'art. 71, comma 3 del decreto legislativo in esame va integrata con quella del successivo art. 89, comma 17, il quale prevede che gli enti pubblici possano anche attivare forme speciali di partenariato con gli ETS che operano nell'ambito culturale, ora ai sensi dell'art. 115, D.Lgs. n. 42/2004. La particolarità di queste forme di partenariato, previste dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, è che possono operare solo ai fini della loro valorizzazione, mentre, come si è rilevato, l'accordo di cui all'art. 71, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017, pur se meno regolamentato, pare avere una portata più ampia riguardando la corretta conservazione del bene immobile culturale, nonché l'apertura alla pubblica fruizione e la migliore valorizzazione (27). Da segnalare infine che il Consiglio di Stato aveva sollevato perplessità sulla eccessiva durata degli accordi di cui al comma 2 e 3 dell'art. 71, proponendo rispettivamente una riduzione a tre anni per il comodato ed a cinque anni per le concessioni, indicazione che non è stata accolta da parte del Governo.

Conclusioni

Il Codice del Terzo settore propone forme di collaborazione tra P.A. ed enti del Terzo settore, che possono agevolare il migliore perseguimento della finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, di per sé non escludendo altre tipologie di collaborazione, in una effettiva ottica di sussidiarietà (28).

La prima considerazione è che, come già accennato, Mercato e Terzo settore non si mostrano come compartimenti stagni ma ambiti che dialogano ed i cui elementi caratterizzanti si confondono (29). Si è già accennato alla vicinanza (ma non

(26) Tratta delle novità in materia di appalti e concessioni dei beni culturali F.G. Albinini, *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 510, ss.; P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali*, in questa *Rivista*, 2016, 1014 ss.

(27) Sui diversi concetti di tutela, fruizione e valorizzazione, aggiornati alla recente normativa nazionale, si v. G. Sciuillo, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon*, n. 3/2017.

(28) Si v. ad esempio la questione aperta se un ente pubblico possa o meno fruire di forme di volontariato a titolo individuale, senza l'interposizione di un ente del Terzo settore: a favore, Corte Conti Piemonte, Sez. contr., 29 giugno 2017, n. 126, in *www.corteconti.it*; da ultimo, *contra*, C. Conti Lombardia, Sez. contr., 25 ottobre 2017, n. 284, *idem*. Quanto a modelli di pattuizioni tra

pubblico e privato applicati in concreto, si v. M. Cozzio, *Partenariato, co-progettazione e innovazione sociale alla base dei distretti per la famiglia*, in corso di pubblicazione per i tipi di F. Angeli; C. Ferrari e P. Iamiceli, *Reti e strumenti privatistici per la collaborazione pubblico-privato. I modelli contrattuali per l'attuazione del Distretto famiglia Trento collina est*, *idem*.

(29) P. Michiara, *La attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i "regimi particolari" nel d.lgs. 50/2016* in C. Marzuoli - S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, 221 ss., il quale analizza le caratteristiche dei "quasi mercati" afferenti al settore dei servizi sociali e altri servizi specifici, in cui la lettura in termini solo concorrenziali è riduttiva.

corrispondenza) tra le attività di rilevanza generale tracciate dall'art. 5, D.Lgs. n. 117/2017 ed i servizi di interesse generale. Le imprese commerciali possono anche sostenere e sviluppare attività non prettamente lucrative, come ad esempio interventi di *welfare* aziendale, oppure aderire a scelte degli enti pubblici di promuovere - con l'occasione dei contratti pubblici ed il loro utilizzo strategico - politiche a favore del sociale e/o dell'ambiente. Oltre alle situazioni ibride, sull'altro fronte gli enti del Terzo settore in genere hanno pieno titolo di partecipare alle pubbliche procedure di gara, come si è detto in forza del concetto ampio di operatore economico accolto a livello europeo.

La seconda considerazione è che le forme di collaborazione sopra esaminate (co-programmazione, co-progettazione, convenzioni, comodato e concessione di beni pubblici), già in parte conosciute dall'ordinamento, hanno carature diverse. La co-programmazione è una forma di partecipazione, mentre la co-progettazione, forse la figura più ibrida ed innovativa, è espressione di

partecipazione ma anche concretamente di gestione di un servizio, quando il modello scelto è quello della co-progettazione integrata. Le convenzioni con le ODV e le OPS, come quelle per il trasporto sanitario di emergenza e d'urgenza, sono pattuizioni che rimangono fuori dal Mercato sino a che comportino solo il rimborso delle spese effettivamente sostenute. La fruizione a canone agevolato di un immobile a canone agevolato può generare un vantaggio concorrenziale e per questo presumibilmente è un rapporto collaborativo che non può intercorrere con l'impresa sociale, la quale rappresenta l'espressione più imprenditoriale degli ETS. Infine, le concessioni di cui all'art. 71, comma 3 ed anche quelle dell'art. 89, comma 17 del Codice del Terzo settore, possono avere una rilevanza economica e sono quelle (insieme alla co-progettazione integrata) che si avvicinano di più alle negoziazioni di mercato, tant'è che sono le ipotesi in cui il Codice del Terzo settore fa un puntuale rinvio al D.Lgs. n. 50/2016.