

EDOARDO CARUSO
Ricercatore in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università
degli Studi di Ferrara
edoardo.caruso@unife.it

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA CONDIVISA: TERZO SETTORE, CONTRATTI, SERVIZI

“SHARED” PUBLIC ADMINISTRATION: THIRD SECTOR, PUBLIC PROCUREMENT AND SERVICES

SINTESI

Il saggio si articola in due sezioni, corrispondenti a distinti, ma interconnessi, obiettivi di analisi.

Nella prima sezione, si esamina l'evoluzione degli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo Settore (co-programmazione, co-progettazione e convenzioni), e il loro rapporto con le logiche di mercato che informano il diritto dei contratti pubblici. Tale analisi si distanzia sia dagli approcci pan-concorrenziali – esemplarmente rappresentati dal parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato – sia dalle prospettive che, nel valorizzare il favor per il non profit, concepiscono un'alternatività assoluta e non graduata tra diritto del Terzo settore e diritto dei contratti pubblici. In questa prospettiva “mediana”, l'analisi degli istituti previsti dagli artt. 55 e ss. del Codice del Terzo settore è condotta attraverso un confronto con il diritto dell'Unione Europea e le sue categorie. In particolare, si esplora la relazione tra questi istituti e i modelli dell'in house providing e della cooperazione pubblico-pubblico (par. 1 e 1.1), evidenziandone il comune riferimento al principio di auto-organizzazione della pubblica amministrazione, inteso quale sviluppo del principio costituzionale di buon andamento e del principio del risultato.

Nei paragrafi successivi (2 e 2.1), si analizzano gli effetti dell'equilibrio, realizzato a livello europeo tra i valori della concorrenza e della solidarietà, e i riflessi di tale bilanciamento nell'ordinamento nazionale. Il paragrafo 3 è invece dedicato alla c.d. co-progettazione realizzativa, istituto di amministrazione condivisa in

cui si manifesta con maggiore intensità la tensione tra il diritto europeo dei contratti pubblici e il diritto del Terzo settore. L'analisi si propone di valorizzare la natura collaborativa e non sinallagmatica dell'istituto, ponendo in evidenza le oggettive differenze rispetto alle tradizionali modalità di esternalizzazione. A tale proposito, si critica l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che individua nella gratuità o non onerosità del rapporto un elemento distintivo: il paragrafo 4 è appunto dedicato alla dimostrazione dei limiti di tale impostazione e all'individuazione nella "genuinità" del rimborso spese dell'elemento costitutivo dei rapporti riservati tra p.a. e Terzo settore.

La seconda sezione del saggio elabora una ricostruzione teorica di questo nuovo modo di amministrare (l'amministrazione condivisa), con l'intento di approfondirne la funzione e le implicazioni sistematiche sul piano dell'azione amministrativa. Muovendo dall'inquadramento della co-progettazione realizzativa quale strumento organizzativo per l'erogazione di funzioni e servizi pubblici (par. 5), si analizzano le conseguenze di tale ricostruzione sul regime giuridico delle attività degli enti del Terzo settore. Nei successivi paragrafi (6 e 6.1), gli istituti oggetto di studio sono esaminati in relazione a determinate teorie sul rapporto tra Stato e società civile, cercando di rispondere ai seguenti quesiti: quali corollari della sussidiarietà orizzontale emergono nella co-programmazione e co-progettazione? Quali sono i punti di contatto con la tesi dell'amministrazione obbiettata?

Nel paragrafo conclusivo (7), si fornisce una sintesi del percorso svolto e si sviluppano alcune notazioni critiche nei confronti dell'impostazione, sostenuta anche dalla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, che considera l'amministrazione condivisa e i contratti pubblici come due universi distinti. Tale approccio, sebbene diffuso, non appare soddisfacente né dal punto di vista operativo né teorico: esso sembra suffragare il ritorno a una visione dicotomica dei rapporti tra concorrenza e solidarietà, nonché trascurare la comune finalità

della co-progettazione e delle soluzioni tradizionali di esternalizzazione, ossia quella di dare attuazione ai diritti sociali sanciti dalla Costituzione.

ABSTRACT

The essay is structured into two sections, corresponding to different objectives of analysis, interconnected.

The first section examines the evolution of the institutions governed by Title VII of the Third Sector Code (co-programming, co-planning, and conventions), and their relationship with the market-driven logic underpinning public procurement law. This analysis departs both from pan-competitive approaches – admirably represented by Opinion no. 2052/2018 of the Council of State — and from perspectives that, in emphasizing the preferential treatment for non-profit entities, see an absolute and non-graded dichotomy between third sector law and public procurement law. From this "middle ground" perspective, the analysis of the institutions established by articles 55 and subs. of the Third Sector Code is conducted through a comparison with European Union law and its categories. In particular, the essay explores the relationship between these institutions and the models of in-house providing and public-public partnerships (paragraphs 1 and 1.1), highlighting their shared reliance on the principle of self-organization of the public administration, as an extension of the constitutional principle of good governance and the principle of result.

In the subsequent paragraphs (2 and 2.1), this essay analyses the effects of the balance achieved at the European level between the values of competition and solidarity and its implications on the domestic legal system. Paragraph 3 focuses on “co-planning for implementation”, an form of shared administration that demonstrates more intensely the tension between European public procurement law and Third Sector law. The analysis seeks to emphasize the collaborative and non-synallagmatic nature of this institution, highlighting its objective differences from traditional outsourcing mechanisms. In this regard, the essay criticizes the administrative case law which identifies the gratuitous or non-

onerous nature of the relationship as a distinctive feature: paragraph 4 is precisely dedicated to demonstrating the limitations of this approach and to identifying the “authenticity” of expense reimbursement as the constitutive element of the privileged relationships between public administration and the Third Sector.

The second section of the essay develops a theoretical reconstruction of this new way of administration (shared administration), with the aim of deepening its function and its systematic implications on the administrative action plan. Starting from the framing of the co-planning for implementation as an organizational tool for the delivery of public functions and services (paragraph 5), the essay examines the consequences of this reconstruction for the legal regime governing the activities of Third Sector Entities. In the subsequent paragraphs (6 and 6.1), the institutions under study are analysed in relation to specific theories regarding the relationship between State and civil society, addressing questions such as: what corollaries of horizontal subsidiarity emerge in co-programming and co-planning? And what are the points of contact with the conception of “objective administration”?

In the concluding paragraph (7), a synthesis of the argumentative trajectory is provided, along with critical observations regarding the approach — endorsed by decision no. 131/2020 of the Constitutional Court — that considers shared administration and public procurement as two separate worlds. Although widespread, this approach appears unsatisfactory both operationally and theoretically, since it seems to support the return of a dichotomous vision of the relationship between competition and solidarity and it neglects the shared objective of co-planning and traditional outsourcing solutions: the implementation of social rights enshrined in the Constitution.

PAROLE CHIAVE: amministrazione condivisa, co-progettazione, Terzo settore, contratti pubblici, servizi pubblici

KEYWORDS: shared administration, co-planning, Third Sector, public procurement, public services

INDICE: Sezione I. Regole di mercato e Terzo settore: lo spazio per una “terza via”. 1. Una “questione di confine”: le indicazioni di metodo desumibili dall'*in house providing* e dalla cooperazione pubblico-pubblico. - 1.1. Il principio di autorganizzazione quale corollario del principio del risultato. - 2. Dal “sistema delle convenzioni” alla “dottrina Spezzino”: un nuovo paradigma nei rapporti tra p.a. e privato *non profit*. - 2.1. Le ritrosie a livello nazionale nel cogliere il rilievo del *case law* Ue sul Codice del Terzo settore. - 3. La “co-progettazione realizzativa” e la sua natura collaborativa alla luce degli artt. 6 d.lgs. n. 36/2023 e 18 d.lgs. n. 201/2022. - 4. La genuinità del rimborso quale elemento costitutivo dei rapporti tra p.a. e Terzo settore. Sezione II. Profili ricostruttivi dell'amministrazione condivisa. 5. Ruolo e funzioni della co-progettazione c.d. realizzativa. Il regime dell'attività del Terzo settore. - 6. Amministrazione condivisa e sussidiarietà orizzontale. - 6.1. Amministrazione condivisa, sussidiarietà sociale e amministrazione obiettivata. 7. Notazioni conclusive e ulteriori prospettive di indagine.

Sezione I

Regole di mercato e Terzo settore: lo spazio per una “terza via”

1. Una “questione di confine”: le indicazioni di metodo desumibili dall'*in house providing* e dalla cooperazione pubblico-pubblico

I principi del nuovo Codice si prestano a diverse classificazioni, tra cui quella desumibile dall'art. 4, tra principi-valore (artt. 1-3) e principi-regole (artt. 5-11)¹, che suggerisce di considerare in modo congiunto gli articoli 6 (*Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore*) e 7 (*Principio di auto-organizzazione amministrativa*), definiti in dottrina quali “principi recinto” per rimarcare la comune finalità di «segnare il perimetro entro il quale le norme del codice sono destinate a trovare applicazione»². Proprio questa *ratio* richiede di rivolgere lo sguardo all'ordinamento europeo, cui di norma spetta l'ultima parola sulla risoluzione delle “questioni di confine”³; e quindi di “rispettarne” – in nome della *primauté* comunitaria – approcci metodologici e categorie giuridiche.

Un percorso tra loro simile hanno avuto l'*in house providing* e la *cooperazione pubblico-pubblico* disciplinati all'art. 7 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito, Codice dei contratti pubblici o CCP): elaborati dal *case law* Ue (rispettivamente

¹ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 287 ss.

² M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023 2 ss.

³ Spetta infatti all'ordinamento Ue riempire di contenuti quelle nozioni, quali appalto pubblico e operatore economico, da cui dipende l'ambito applicativo delle direttive di settore.

nelle note cause *Teckal* e *Amburgo*), entrambi gli istituti sono poi stati positivizzati dalle direttive Ue del 2014 e dal Codice del 2016. A ben vedere, nel farli transitare dai “*Principi comuni in materia di esclusioni*” (cfr. art. 5 d.lgs. n. 50/2016) ai “*Principi generali della materia*”, l’art. 7 segue e implementa un’impostazione già rintracciabile nelle richiamate direttive che – seppur con alcuni limiti di sistematicità – hanno consacrato il *principio di libera amministrazione* delle autorità pubbliche, il cui “nucleo duro” consiste appunto nel riconoscere la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di individuare *il modo migliore* per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, scegliendo tra esternalizzazione, autoproduzione e collaborazione pubblico-pubblico⁴. In altri termini, si dà rilievo alla libertà (*rectius*, discrezionalità) delle amministrazioni nella scelta della soluzione organizzativa migliore, in quanto più adatta per soddisfare, nel caso concreto, i bisogni strumentali e/o finali della p.a. in conformità ai canoni di buon andamento e imparzialità⁵. Quanto appena osservato porta a ritenere per certi versi fisiologica l’affermazione del principio di auto-organizzazione in un testo normativo (il nuovo Codice) nel suo complesso incentrato – per rimarcare la discontinuità con il passato⁶ – sui principi del risultato e della fiducia e sul ruolo strumentale della concorrenza⁷.

4 Cfr. da ultimo G. URBANO, *L'autonomia organizzativa e negoziale delle amministrazioni*, M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

5 Il che trova riscontro già nel quadro regolatorio europeo; cfr. art. 2 direttiva 2014/23/UE: «Tali autorità sono libere di decidere il *modo migliore* per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la *promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici*» (corsivo per enfasi).

6 A. SANDULLI, *Il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit.

7 Sui principi del nuovo Codice, seppur con sfumature diverse, v. anche AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, Torino, Giappichelli, 2024; G. TROPEA, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Principio del risultato*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, Pacini Giuridica, 2024; S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, 669 ss.; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Urb. app.*, 2023, 1955; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir.*

Sulla correlazione tra il binomio risultato/fiducia e il principio di (auto)organizzazione si tornerà a breve, dovendosi prima evidenziare come *in house providing* e *cooperazione pubblico-pubblico* costituiscano entrambi espressione di operazioni di bilanciamento realizzate dalla CGUE tra obiettivi sovranazionali ed esigenze nazionali tra loro in potenziale conflitto. Nello specifico, viene in rilievo, da un lato, l'obiettivo di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza che ha portato la CGUE a elaborare nozioni ampie di amministrazione aggiudicatrice, operatore economico e appalto pubblico, come pure il principio di parità concorrenziale tra imprese pubbliche e imprese private (che sarebbe stato senz'altro pregiudicato da un'incondizionata libertà di affidare direttamente le commesse pubbliche alle prime)⁸. Dall'altro, il *principio di autonomia istituzionale* delle p.a. nazionali⁹ che rileva sotto una pluralità di profili: ad esso possono infatti ricondursi, oltre la (libertà di) scelta degli strumenti (privatistici e/o pubblici) da utilizzare per l'espletamento dei propri compiti, la scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione nonché la possibilità di non provvedere singolar-

ec., 1, 2023, 141 ss.; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 829 ss.; ID., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, 84 ss.; F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2023; G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI (a cura di), *Commento sub art. 1*, in *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, 39 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 287 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 5 ss.; ID., (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 2 gennaio 2023; M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (diretto da), *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 49 ss., spec. 66 ss.; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *Giustamm*, 11/2023. Sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 863 ss.

⁸ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2023, 1283 ss. che osserva come *in house providing* si collochi «all'incrocio di due tematiche importanti, distinte ma connesse: quella del rapporto tra pubblici poteri e attività d'impresa e quella della scelta dell'altro contraente nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione».

⁹ M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017; da ultimo, M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice*, cit. e F. ROTA, *Il principio di autorganizzazione*, R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 173 ss.

mente alle proprie funzioni ma di operare in cooperazione con altri soggetti pubblici. Il quadro degli interessi sottesi ai due modelli organizzativi di cui all'art. 7 presenta, quindi, una tendenziale omogeneità¹⁰, potendosi rintracciare nell'*in house pluri-partecipato o congiunto* – inquadrabile quale forma di “autoproduzione in collaborazione” – il “*traid d'union*” tra i due istituti.

Questi profili di comunanza non devono però far perdere di vista le differenze che ne rendono opportuna una trattazione disgiunta. Come ben noto, l'*in house providing* si sostanzia in un affidamento diretto a un soggetto sostanzialmente pubblico con cui l'amministrazione aggiudicatrice ha un peculiare legame che, ad avviso di chi scrive, può presentare natura (non strutturale ma) *funzionale*¹¹. Alla luce di tale inquadramento si ritiene di poter risolvere positivamente quei dubbi, rintracciabili già a livello Ue, circa la configurabilità di un vero rapporto contrattuale tra p.a. e soggetto *in house*: invero, le stesse ragioni che inducono a ritenere non più attuali letture del rapporto *in house* in termini di relazione gerarchica e/o interorganica e di assenza di alterità soggettiva dovrebbero – in combinato con alcune indicazioni ricavabili dal dato positivo¹² – consentire di ravvisare un vero e proprio contratto tra due soggetti distinti (socio pubblico e prestatore)¹³; con ciò senza negare le peculiarità di tale rapporto che si discosta sotto vari profili dai rapporti propriamente sinallagmatici, innanzitutto per l'assenza di una effettiva negoziazione e di una contrapposizione di interessi tra le parti¹⁴. Ed è proprio la peculiarità del rapporto a giustificare

10 Cfr. Tar Veneto, sez. III, 7 febbraio 2022, n. 235.

11 Sul punto sia consentito rinviare a E. CARUSO, *Per una rilettura funzionale del rapporto in house: riflessi sul controllo analogo*, in *Giur. comm.*, 1, 2024, p. 126 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., SU, 28 giugno 2022, n. 20632.

12 E invero le direttive le del 2014 non hanno qualificato il rapporto tra ente affidatario e soggetto *in house* «*outside the directive's concept of a "contract"*», ma, più coerentemente, hanno escluso queste fattispecie convenzionali dal loro ambito applicativo; il corsivo è di S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the Eu and UK*, vol. I, Londra, Sweet & Maxwell, 2014, 580.

13 *Ibidem*.

14 R. CAVALLO PERIN, *Il modulo derogatorio: in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA, G. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, Giappichelli, 2011, 123, ma v. pure R. CAVALLO PERIN, R. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss., spec. 69 e 97. Da ultimo v. B.G.

l'esclusione del contratto tra amministrazione e affidatario *in house* dall'ambito di applicazione delle direttive e, quindi, «a “confinare” l'affidamento del contratto dentro il perimetro dell'autonomia organizzativa dell'amministrazione aggiudicatrice, senza investire il mercato e le sue esigenze»¹⁵.

Un diverso ragionamento vale, invece, per la cooperazione pubblico-pubblico ove è invece il “contenuto dell'accordo” (ancora prima della natura sostanzialmente pubblica delle parti) a determinarne l'esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina sui *public procurement*. Esso, infatti, deve risultare tale da distinguere queste fattispecie dai tradizionali contratti di appalto e di concessione, attestandone la natura genuinamente cooperativa e non sinallagmatica del rapporto: in tal senso, si ritiene, vadano intese le principali condizioni “costitutive” dell'istituto, ora (meglio) enucleate dall'art. 6, co. 4 del nuovo Codice, su tutte la convergenza sinergica su attività di interesse comune e il “coinvolgimento attivo” di tutte le parti della cooperazione nello svolgimento delle attività oggetto di cooperazione¹⁶.

A ben vedere, tale differente ragione giustificativa dell'esclusione si riflette sul *range* di prestazioni materiali che possono formare oggetto dei due istituti.

MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 1289 secondo il quale «l'idea che l'organismo *in house* formuli una proposta contrattuale all'amministrazione controllante, come se godesse di un'effettiva autonomia da essa e avesse perfino una contrapposizione di interessi con essa, è un po' la negazione dei presupposti su cui si basa l'esenzione di questi affidamenti dall'obbligo di gara».

15 Così H. BONURA, *La cooperazione pubblico-pubblico*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit.

16 Gli elementi costitutivi della cooperazione pubblico-pubblico sono il raggiungimento di obiettivi comuni, la partecipazione di tutte le parti – seppur con ruoli diversi – allo svolgimento delle attività oggetto della cooperazione, l'assenza di rapporti sinallagmatici (e quindi la limitazione dei trasferimenti monetari al rimborso delle spese) e infine la convergenza sinergica su attività di interesse comune (pur potendo divergere le finalità perseguite dalle diverse parti, è necessario che la collaborazione non sia rivolta al perseguimento dell'interesse istituzionale di una sola delle parti). La diversa formulazione dell'art. 7, co. 4 rispetto all'art. 5, co. 6 del previgente Codice non comporta, ad avviso di chi scrive, novità sostanziali: la nuova disposizione è frutto di un recepimento più attento e completo del diritto Ue: mentre il Codice del 2016 si limitava a recepire meccanicamente il testo degli artt. 12 della direttiva appalti e 17 della direttiva concessioni, il legislatore del 2023 ha opportunamente considerato anche i contenuti dei considerando di tali direttive (in molti casi, riproduttivi delle posizioni della CGUE sul tema).

Quanto alla cooperazione pubblico-pubblico, l'elemento costitutivo e al tempo stesso discrezionale dell'istituto – la natura cooperativa del rapporto – sembra tale da circoscrivere la tipologia di *prestazioni materiali* che possono formare oggetto della cooperazione: queste dovrebbero invero concernere attività riguardanti direttamente l'espletamento di un pubblico servizio o, comunque, attività inerenti la missione istituzionale dell'amministrazione; la cooperazione potrebbe riguardare anche attività ausiliarie o di supporto, purché contribuiscano alla effettiva realizzazione del servizio o della missione¹⁷. Queste indicazioni, coerenti con la *ratio* dell'istituto, trovano conferma a livello europeo, mentre a livello nazionale il profilo in esame (cioè la tipologia di attività che possono essere svolte in cooperazione tra soggetti pubblici) presenta maggiori ambiguità. Per un verso, infatti, una parte della giurisprudenza amministrativa, anche di recente ripresa dall'ANAC, ha inteso in termini particolarmente restrittivi le attività sussumibili negli accordi e ciò, si ritiene, nell'ottica di estendere gli affidamenti competitivi (in coerenza con la logica pan-concorrenziale che a lungo ha pervaso il settore e che solo il Codice del 2023 ha provato ad arginare in modo deciso)¹⁸. Per altro verso, gli innegabili punti di contatto e di intersezio-

17 Cfr. considerando n. 33 direttiva appalti e Corte giust. 28 maggio 2020, C-796/18, *ISE mbH*, p. 59 ss. secondo cui non possono essere oggetto della cooperazione attività “meramente accessorie” al servizio o alla missione. *Amplius* sull'argomento, G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi.it*, 18/2015, 1 ss.-

18 Si fa riferimento alla massima secondo cui potrebbero essere oggetto degli accordi di cooperazione solamente quelle «attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva appalti 2004/18/CE; il contenuto e la funzione elettiva di tali accordi è quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti»: così Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849, poi ripreso dalla giurisprudenza successiva tra cui Con. Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130; 6 agosto 2019, n. 5581. V. pure, *ex multis*, ANAC parere del 17 gennaio 2024, n. 66; 27 luglio 2022, n. 40. Se ben si è inteso, tale massima ha avuto origine da Corte giust., 19 dicembre C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* e, nello specifico, da quei passaggi ove il giudice europeo ha dato rilievo al fatto che l'oggetto dell'accordo comprendeva una serie di «materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica» (p. 37). In realtà, con tale passaggio la CGUE ha inteso escludere – non rileva se a torto o a ragione – che l'attività oggetto dell'accordo fosse riconducibile alle competenze originarie dell'Università (individuata nella ricerca scientifica); e, alla luce di ciò, ha ritenuto insussistente nel caso di specie la condizione della finalizzazione dell'accordo all'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune ai due partecipanti. Questa lettura della sentenza in esame sembra trovar conferma nelle conclusioni dell'Avvocato generale relative alla medesima causa, p. 77 ma anche in Corte giust., 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH*,

ne, in combinato con la diffusa tendenza a letture «domestiche» o «addomesticate» delle categorie europee¹⁹, hanno indotto a una automatica e immediata assimilazione tra la cooperazione pubblico-pubblico di cui all'art. 7, co. 4 CCP e gli accordi tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990²⁰. Si tratta, tuttavia, di un'operazione di sistematizzazione non del tutto convincente poiché porta a «trascurare» le differenze tra i due istituti e le relative discipline, innanzitutto sotto il profilo dell'ambito applicativo, sia soggettivo che oggettivo²¹.

Per quanto qui di interesse, rileva il profilo oggettivo, e in particolare il fatto che mentre l'art. 15 della l. n. 241/1990 può riguardare tutte le «attività di interesse comune», incluso l'esercizio di funzioni amministrative in senso stretto, la cooperazione pubblico-pubblico può avere a oggetto solamente le attività potenzialmente sussumibili in un contratto di appalto o di concessione (le quali, tuttavia, in presenza di uno «spirito cooperativo» e delle altre condizioni di legge, sono escluse dall'ambito di applicazione delle direttive). Altrimenti detto, la non applicazione del diritto dei contratti pubblici alle fattispecie di cui l'art. 7, co. 4 CCP ha fondamento e ragioni differenti rispetto alla totale estraneità dalle direttive (e dal Codice) che invece caratterizza gli accordi tra amministra-

p. 39 secondo cui «il fatto che un'attività rientrante nella competenza di un'autorità pubblica costituisca un servizio previsto dalla suddetta direttiva (2014/18/Ce) non è sufficiente, di per sé, a rendere la stessa applicabile, in quanto le autorità pubbliche sono libere di decidere di ricorrere o meno al mercato per l'espletamento dei compiti di interesse pubblico ad esse incombenti». In dottrina, cfr. M.E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una «teoria unificata» delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2013, 298 ss. Pare quindi potersi concludere che oggetto di tali accordi di cooperazione, che in realtà nella logica europea sono dei veri e propri contratti (come testimonia il tenore letterale dell'art. 12 della direttiva appalti), potrebbero essere anche attività contendibili sul mercato in quanto deducibili in ordinari contratti di appalto; solo che, in presenza di determinate condizioni, questi vengono esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive alla luce della natura genuinamente cooperativa che li contraddistingue, fermo restando l'assenza di indebite posizioni di vantaggio riconosciute a imprese private.

19 Così R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 314.

20 Cfr. ANAC, del. 4 luglio 2018, n. 619; parere 7 ottobre 2015, AG 70/2015/AP e det. 21 ottobre 2010, n. 7. Nella giurisprudenza amministrativa, Tar Piemonte, sez. I 29 marzo 2019, n. 363; Cons. Stato, sez. III; 18 ottobre 2018, n. 5968; parere sez. II, 22 aprile 2015, n. 1178.

zioni aventi ad oggetto l'esercizio congiunto (e/o il trasferimento) di funzioni amministrative in senso stretto²².

Per sintetizzare, configurando nei termini suddetti il rapporto tra diritto dei contratti pubblici e accordi tra p.a. ex art. 15 l.n. 241/1990, possono averci:

- i. accordi tra p.a. ex art. 15 l.n. 241/1990 del tutto estranei dal CCP;
- ii. accordi tra p.a. esclusi dall'ambito di applicazione del CCP ai sensi dell'art. 7, co. 4;
- iii. accordi tra p.a. non compatibili con il diritto dei contratti pubblici in quanto non rispettosi delle condizioni di cui all'art. 7, co. 4 CCP.

Diverso invece il discorso con riguardo all'*in house providing*. Le condizioni del controllo analogo, dell'attività parvente e della partecipazione pubblica appaiono maggiormente "svincolate" rispetto alla natura e alla tipologia delle prestazioni oggetto dell'affidamento diretto, di guisa che l'istituto presenta un ambito oggettivo di applicazione potenzialmente più esteso; e ciò ancorché, come è stato condivisibilmente osservato, difficilmente gli affidamenti *in house* hanno a oggetto attività squisitamente amministrative ovvero quelle genuinamente imprenditoriali e/o concorrenziali, riguardando principalmente «l'ampia area grigia delle attività che le pubbliche amministrazioni a volte decidono di assumere come propria responsabilità e a volte decidono di lasciare a operatori privati, dai quali acquisiscono le prestazioni»²³.

Per concludere l'analisi "comparativa" dei due istituti, va osservato che un ulteriore aspetto comune consiste nella loro riconducibilità al criterio della

21 Il tema è stato da ultimo affrontato da H. BONURA, *op. loc. ult. cit.*

22 Cfr. art. 1, par. 6 direttiva appalti e Corte giust., 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH*, incluse le interessanti conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi.

23 Così B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 1295, Pare possibile osservare, in aggiunta, da un lato, che la lettura "funzionale" del controllo analogo e, quindi, del rapporto *in house*, dovrebbe portare a escludere che la società *in house* possa legittimamente svolgere attività imprenditoriale "pura" (cfr. *supra sub* nt. 11). Dall'altro, che un limite alle attività che possono essere oggetto di affidamento *in house* nel nostro ordinamento non è ricavabile dall'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016 e dal c.d. "vincolo di attività" ivi previsto: ciò dal momento che è possibile il ricorso a questa soluzione organizzativa anche attraverso strumenti diversi da quello societario (del resto, il fatto che l'art. 7 del d.lgs. n. 36/2023 prenda in considerazione solamente le società non pare sufficiente a escludere che l'autoproduzione possa realizzarsi mediante moduli organizzativi differenti).

“natura delle cose” in termini corrispondenti a quanto Fabio Merusi ha evidenziato con riguardo all’organismo di diritto pubblico: l’*in house providing* e la cooperazione pubblico-pubblico non costituiscono categorie giuridico-formali di matrice Ue, essendo espressione di un processo di armonizzazione incentrato sui fatti e sulla sostanza dei fenomeni²⁴; e invero la “disattivazione” delle regole di mercato è subordinata al rispetto di condizioni che, per quanto presentino inevitabilmente una dimensione giuridica, rilevano nella loro *dimensione materiale*. Peraltro, mentre la nozione di organismo di diritto pubblico ha avuto origine dalla *voluntas legis* di estendere l’ambito di applicazione del diritto Ue dei contratti pubblici, la matrice pretoria dei due istituti in esame riflette la propensione dell’ordinamento sovranazionale ad “aprirsi” a soluzioni organizzative affermatesi negli Stati membri, anche quando ciò richieda nuove operazioni di bilanciamento tra logiche di mercato ed esigenze di interesse generale. In questa prospettiva si può osservare che, seppur mediante soluzioni argomentative e giuridiche differenti, l’attività della CGUE rende “mobile” il confine tra legittimità e illegittimità eurounitaria, favorendo processi di *cross fertilization* frutto della combinazione tra approcci *top-down* e approcci *botton-up*.

1.1. Il principio di autorganizzazione quale corollario del principio del risultato

Si è già accennato al legame tra principio di autorganizzazione e principio del risultato. A ben vedere, esso è preso in considerazione anche a livello europeo (cfr. art. 2 direttiva concessioni), sebbene gli si dia rilievo più sul piano economico che su quello strettamente giuridico, dal momento che l’efficienza dell’attività contrattuale della p.a. (il c.d. *value for money*) non rientra tra le finalità su cui si fonda l’intervento Ue sul settore dei contratti pubblici²⁵. È quindi fi-

24 F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 1997, 39 ss.; v. pure G. TACCOGNA, *op. loc. cit.* con riguardo alla cooperazione pubblico-pubblico.

25 Cfr. A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali*, in *Merc. conc. Reg.*, 1, 2015, 181 ss. e C. BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot-Brookfield, Routledge, 1998, p. 5 ss. il quale distingue, in relazione all’intervento comunitario sul settore, tra un approccio giuridico e uno

siologico che a tale correlazione venga data maggiore evidenza e pregnanza a livello nazionale, come si evince dalla Relazione alla bozza del d.lgs. n. 36/2023²⁶ e, seppur con alcune ambiguità, anche dall'art. 7, co. 2 nella parte in cui richiede alle p.a. di rispettare il risultato nel ricorso all'affidamento *in house*²⁷. In ogni caso, la stretta correlazione tra principio del risultato (e della fiducia)²⁸ e principio di auto-organizzazione sembra presentare una dimensione quasi ontologica, trovando fondamento a prescindere dal dato positivo e dal suo riconoscimento da parte del legislatore.

Viene in tal senso alla mente il pensiero di Marco Cammelli il quale, a proposito dell'amministrazione di risultato, ha osservato che «(n)on si tratta solo di operare in base ai principi di efficienza, efficacia e economicità (...) ma di riconoscere all'amministrazione la responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque la possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate, espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali»²⁹. Posizione in evidente continuità con quanto in precedenza osservato da Mario Nigro secondo cui il criterio di efficienza, inteso quale sinonimo del buon andamento, sul piano giuridico si risolve «in un principio di elasticità o puntualità dell'azione amministrativa» di cui l'Autore individua due possibili linee di sviluppo: «(c)on riferimento al *contenuto* dell'attività amministrativa o con riferimento al suo *modo di farsi*. Sot-

economico. Sul tema sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *questa Rivista*, 1, 2022, 284 ss.; E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2021.

²⁶ Secondo cui «La disposizione si ricollega ai principi della fiducia e del risultato» (pg. 21).

²⁷ Si ritiene infatti foriero di possibili confusioni il richiamo, oltre ai principi del risultato e della fiducia, a quello di accesso al mercato che dovrebbe risultare (sempre) recessivo nei casi di ricorso legittimo all'*in house* (conforme quindi ai primi due principi).

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571.

²⁹ M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, 650 s. il quale aggiunge, che in tal modo, si incide «in profondità sul processo decisionale perché, rispetto all'assetto tradizionale, si traduce in una diversa dislocazione dei poteri normativi, di indirizzo e di organizzazione tale da permettere, in ordine crescente, la flessibilità o l'autonomia gestionale o la vera e propria capacità di autorganizzazione dell'amministrazione e degli apparati, e dunque da innovare il ruolo e lo statuto di questi ultimi».

to il primo profilo, dà vita alla *discrezionalità*, sotto il secondo al *potere di autorganizzazione*³⁰.

Queste posizioni dottrinali dovrebbero chiarire perché si è ritenuta quasi fisiologica l'affermazione del principio di autorganizzazione in un testo normativo che individua nel risultato amministrativo la sua «stella polare» e che ad esso funzionalizza tutti gli altri principi, incluso il super-principio dell'accesso al mercato³¹. Va comunque precisato che lo spostamento assiologico verso il risultato amministrativo e la conseguente valorizzazione del principio di autorganizzazione non sembrano porsi in disaccordo rispetto alla conferma in capo alla p.a. di un *surplus* motivazionale per il ricorso all'*in house* e, quindi, alla parità (solo) tendenziale tra autoproduzione ed esternalizzazione ricavabile dall'art. 7.

In tal senso rileva innanzitutto il fatto che il legislatore del 2023, nel delineare contenuti e struttura dell'onere motivazionale aggiuntivo per il ricorso all'autoproduzione, ha inteso discostarsi da quella parte della giurisprudenza che, dalla formulazione dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, aveva ricavato una “preferenza per il mercato”³²; e che, in tale prospettiva, aveva subordinato il ricorso all'*in house* a una specifica dimostrazione sul “fallimento del mercato” (inclusa l'impossibilità di poter conseguire tramite una adeguata costruzione degli atti di gara quei vantaggi – in termini di universalità socialità, economicità, qualità del servizio, etc. – che giustificano l'opzione per l'autoproduzione). E invero l'art. 7, co. 2 del nuovo Codice sembra recepire quel (diverso) filone giuri-

30 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 86 e 88. Sul principio di flessibilità quale criterio di organizzazione v. da ultimo A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2024, 155 ss. Su tali aspetti era già tornato D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 279 ss.

31 Il virgolettato è di F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 13.

32 Invero l'art. 192, co. 2 del codice del 2016 richiedeva alle stazioni appaltanti di dar conto, tra gli altri, «delle ragioni del mancato ricorso al mercato». Tra le principali pronunce riconducibili all'indirizzo richiamato nel testo, v. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 23 marzo 2021, n. 280; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 681. Sui “limiti” di tale lettura giurisprudenziale, v. da ultimo B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., 1303.

sprudenziiale, sviluppatosi sempre in vigenza del d.lgs. n. 50/2016, che ha inteso la specifica motivazione sull'*in house* quale “presidio” di trasparenza e di buona amministrazione, volto a impedire un ricorso poco soppesato e ponderato, o financo irragionevole se non proprio clientelare, alla soluzione interna (pur troppo per nulla estraneo alla prassi amministrativa nazionale)³³.

Nella stessa direzione rileva poi il fatto che tale motivazione sia richiesta solo per il ricorso all'*in house* e non anche per la cooperazione pubblico-pubblico. Certamente possono aver inciso in tal senso le differenze tra i due istituti, innanzitutto l'ambito oggettivo di applicazione più esteso nel caso dell'*in house* (*supra*, par. 1); tuttavia, se il *surplus* motivazionale fosse espressione di una preferenza per il mercato e per l'espansione delle regole concorrenziali, esso avrebbe dovuto essere previsto anche dall'art. 7, co. 4 CCP dal momento che anche questa disposizione legittima la “disattivazione” delle regole (e delle logiche) di mercato.

Da quanto osservato pare conseguire che, anche alla luce del quadro normativo vigente, la p.a. non possa prescindere da un confronto con il mercato e, quindi, da una comparazione tra vantaggi e svantaggi di esternalizzazione ed autoproduzione: solo così, infatti, la scelta per una soluzione organizzativa in luogo di un'altra può “depurarsi” da elementi di autorità risultando invece coerente col rapporto di necessaria funzionalizzazione dell'amministrazione alla soddisfazione degli obiettivi costituzionali e dei bisogni sociali. Altrimenti detto, il confronto con il mercato e l'onere motivazionale, nell'ambito della scelta sul modello organizzativo, possono essere intesi quali adempimenti che “tengo-

33 Oltre ad esser stato eliminato tale riferimento, nell'art. 7 del nuovo Codice si è opportunamente distinto l'onere motivazionale in base al carattere finale e strumentale della prestazione. In dottrina v. A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house “convenzionali”*, in *Federalismi.it*, 29/2023, 38 ss. Quanto alla giurisprudenza che aveva inteso l'art. 192, co. del Codice del 2016 quale presidio di trasparenza e buona amministrazione, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351; sez. II, 10 maggio 2021, n. 3682; sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596 (su cui v. il commento di E. CARUSO, *I servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di M. DE DONNO, G. GARDINI, M. MAGRI, Rimini, Maggioli, 2022 372 ss.); sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028; sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456.

no vivo” il legame tra amministrazione e società e che, quindi, contribuiscono all’obiettivizzazione della funzione amministrativa nei termini che saranno illustrati nel corso del lavoro (spec. par. 6.1)³⁴.

2. Dal “sistema delle convenzioni” alla “dottrina Spezzino”: un nuovo paradigma nei rapporti tra p.a. e privato *non profit*

In termini simili a quanto già osservato per il principio di autorganizzazione, anche il rapporto tra diritto dei contratti pubblici e diritto del terzo settore è stato diversamente configurato rispetto al passato: l’art. 6 del nuovo Codice, se per un verso ha confermato il regime di esclusione degli istituti di cui al Titolo VII del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (di seguito, Codice del terzo settore o CTS) già introdotto nel 2020, per altro verso ha “elevato” tra le disposizioni di principio quella che consente alle p.a. di far ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa, in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale³⁵.

L’effettiva portata di questa novità dipende da come verrà intesa la locuzione «modelli organizzativi di amministrazione condivisa» che può essere oggetto di letture differenti (su cui *infra*, par. 3). In ogni caso, non si può mettere in dubbio l’intenzione dei redattori del Codice di dar seguito alle indicazioni della Corte costituzionale (sent. n. 131/2020) nel senso della “stabilizzazione” degli strumenti di amministrazione condivisa, così da rendere il loro utilizzo una soluzione ordinaria e, di contro, da impedirne la “marginalizzazione” cui sembravano destinati dopo il noto parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato. In questo senso, d’altronde, depongono anche l’art. 18 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 in tema di “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di

34 Con ciò senza negare che sia fondato il rischio, paventato da B.G. MATTARELLA, *op. loc. ult. cit.*, che l’onere motivazionale si trasformi in un adempimento inutile (oppure utile solo per i consulenti).

35 Oltre all’art. 6, cfr. pure artt. 127, 173 del Codice del 2023. Il rapporto di esclusione tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore è stato introdotto tramite le modifiche apportate dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 (di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2010, n. 76) agli artt. 30 co. 8, 59 e 140 del d.lgs. n. 50/2016. Cfr. A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021, p. 113 ss.

rilevanza economica”, il quale, come si vedrà, presenta contenuti nella sostanza molto simili alla disposizione in esame³⁶; come pure le recenti normative settoriali in materia di assistenza sociale e/o sanitaria che hanno valorizzato il ricorso agli strumenti di cui al Titolo VII CTS per il raggiungimento dei relativi obiettivi di *welfare*³⁷.

In aggiunta alla suddetta *ratio* di “stabilizzazione”, all’art. 6 del Codice dei contratti pubblici e all’art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 sembra potersi attribuire una funzione ulteriore, fin qui non oggetto di particolare attenzione in letteratura: rafforzare la compatibilità con il diritto europeo del ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa³⁸, in linea con le indicazioni di quella parte della dottrina, minoritaria ma preferibile, che anche dopo la sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale ha evidenziato la necessità di approcci gradualistici (e non radicali) nel ritenere escluse dall’applicazione del diritto dei contratti pubblici le forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore di cui al d.lgs. n. 117/2017³⁹. Per giustificare e meglio chiarire questa affermazione è necessario

36 M. CROCE, *Rapporti di partenariato con Enti del Terzo Settore*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 317 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, A. SANTUARI, *Gli enti del terzo settore e i rapporti di partenariato con gli enti pubblici locali. Profili giuridici e possibili evoluzioni nell'organizzazione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce del d.lgs. n. 201/2022*, in *Ist. fed.*, 4, 2023, p. 983 ss.

37 Ad esempio, con riguardo agli interventi socio-assistenziali a favore delle persone anziane, si v. i commi 159-171 (spec. 162) dell’art. 1, l. 30 dicembre 2021, n. 234 (“finanziaria 2022”) e l’art. 25, d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29 (“Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane”). Anche la regolazione del settore sanitario, ove il ricorso agli ETS è tradizionalmente meno radicato, si sta muovendo in questa direzione, avendo preso atto il legislatore che il passaggio da un’impostazione marcatamente ospedalocentrica a un modello organizzativo di assistenza sanitaria incentrato sulla territorialità (cfr. Missione 6 del PNRR) difficilmente potrà prescindere dall’apporto degli ETS (cfr. d.m. n. 77/2022 recante «Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell’assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale» che opera espresso riferimento a soluzioni di co-progettazione).

38 Non distante appare la prospettiva di F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit. secondo cui il senso dell’art. 6 «pare essere quello di inserire una clausola generale che consente alle pubbliche amministrazioni di definire spazi di relazione con i terzi sottratti al Codice dei contratti, *seppure a precise condizioni*» (corsivo per enfasi).

39 Cfr. in particolare, i lavori di D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, Giappichelli, 2022, 380 e 422 ss.; A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del Terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 27/2022; A. MAGLIARI, *Servizi sociali di interesse generale e appalti pubblici: concordia*

uno sforzo ricostruttivo che, concernendo questioni ampiamente trattate in letteratura, può esser circoscritto agli aspetti e ai passaggi essenziali⁴⁰.

Le critiche al modello del *Welfare State*, di cui si è suggerito il superamento a favore di soluzioni di *Welfare Mix*⁴¹, hanno portato all'adozione, tra gli anni '90 e '00, di quello che può definirsi “sistema delle convenzioni”, ovvero di normative che consentivano alle p.a. la stipula di convenzioni con i soli soggetti del privato sociale, in molti casi sulla base dell'*intuitu personae* e in assenza di qualunque forma di concorsualità⁴². La deroga all'evidenza pubblica veniva ri-

discors?, in *Munus*, 2, 2019. Da ultimo, v. B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Note a margine della giurisprudenza e della normativa recenti in tema di rapporti fra primo e terzo settore (nella cornice del secondo)*, in 3° Rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del Terzo settore in Italia - Terzjus Report 2023, *Dalla regolazione alla promozione una riforma da completare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 91 ss. Sia infine consentito rinviare sul punto a E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario*, cit.

40 F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*; N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024 e ID., *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistemativi e profili innovativi*, in *P.A. – Pers. amm.*, 2, 2023, p. 813 ss.; B. GILIBERTI, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel terzo settore tra autonomia iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, in *Annuario 2023 AIPDA, Lo spazio della pubblica amministrazione vecchi territori e nuove frontiere*, Atti del convegno annuale Napoli, 29-30 settembre 2023, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 321 ss.; M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa per l'attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 105 ss.; L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, Giappichelli, 2022. Sull'art. 55 del CTS v. R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra stato, mercato e terzo settore*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 155 ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021; D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 139 ss.; L. GALLO, *Art. 55*, in A. FICI, E. ROSSI, G. SEPIO, P. VENTURI (a cura di), *Dalla parte del Terzo Settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Roma-Bari, Laterza, 2020, 280 ss.; S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del Terzo settore*, in *Munus*, 2019, 2, 545 ss. G. LEONARDI, *Riforma del Terzo settore e autonomie locali*, Torino, Giappichelli, p. 51 ss.

41 Cfr. L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: dal Welfare State alla Welfare Society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1999, p. 99 ss.; più di recente, v. M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 587 ss.

42 Senza alcuna pretesa di esaustività, v. art. 7, l. quadro sul volontariato 11 agosto 1991 n. 266; art. 5, l. 8 novembre 1991, n. 381 recante la disciplina delle cooperative sociali; d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 sulle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale; art. 30, l. 7 dicembre 2000, n. 383 sulle associazioni di promozione sociale. In dottrina, P. MICHARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, IERE, 2005; F. PELLIZZER, G. SANTI, *La convenzione con gli enti no profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in F. CARINCI (a cura di), *Enti no profit e volontariato*, Milano, Ipsoa, 1999; più di recente, M. TIBERII, *Il settore “no profit” nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2, 2019, 575 ss. Più in generale, sull'evoluzione della legislazione sul Terzo settore v. L.

condotta alle *peculiarità soggettive* del privato sociale il quale, secondo un'opinione diffusa, mal si adatterebbe «alla concorrenza e alla competizione tipica dei mercati»⁴³. Nello stesso senso rilevavano, inoltre, le *peculiarità oggettive* delle prestazioni sussunte in tali convenzioni, prevalentemente riconducibili ai *servizi sociali* (in senso lato), ovvero ad attività rispetto alle quali si registrava una forte ritrosia degli Stati membri a inquadrarle nei tradizionali schemi economico-contrattuali e a sottoporle alle dinamiche concorrenziali⁴⁴.

Con riguardo a tale impostazione si può osservare che, per un verso, sono difficilmente negabili diverse problematicità che la classica gara pone quando viene utilizzata per l'affidamento a terzi delle prestazioni socio-assistenziali le quali, infatti, sono state a lungo qualificate come prive di rilevanza economica e, quindi, sottratte all'applicazione delle regole europee sul mercato interno e sulla concorrenza⁴⁵. Per altro verso, che tanto il ricorso ai regimi di riserva al privato sociale quanto la disattivazione di forme di evidenza pubblica non richiedevano all'amministrazione alcuna valutazione circa la loro positiva incidenza sulla qualità e sulla efficienza economica del servizio; in altre parole, dalle peculiarità soggettive e oggettive sopra richiamate si ricavava una sorta di presunzione (di fatto) assoluta sulla “inadeguatezza del mercato”, tale da giustificare il regime derogatorio. Il che consente di attribuire al “sistema delle convenzioni” una *ratio* ulteriore, di promozione e di sostegno del settore del privato privo di scopo lucrativo, di fatto avulsa da ogni forma di verifica concreta

VIOLINI, *Il Terzo settore nei suoi aspetti legislativi e giurisprudenziali*, in F. BASSASINI, T. TREU, G. VITTADINI (a cura di), *Comunità intermedie, occasione per la politica*, Bologna, Il Mulino, 2023, 171 ss.

43 M. MATTALIA, *Operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 468 ss.

44 A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 89 ss.

45 Cfr. P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 3, 2020, 531 ss.; P. MICHARA, *Le 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. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 224 ss., spec. 231. Per ulteriori notazioni in tal senso sia ancora consentito rinviare a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, p. 1115 ss., spec. 1169 s.

circa la maggiore adeguatezza del ricorso al terzo settore per l'erogazione delle prestazioni sociali dedotte in convenzione⁴⁶. A ben vedere, tale conclusione è confermata dal fatto che il ruolo dell'ente *non profit* nell'ambito del rapporto convenzionale di norma non presentava differenze qualitative e/o strutturali rispetto a un "ordinario" erogatore di servizi, venendo il contenuto delle prestazioni interamente predeterminato dalla p.a.⁴⁷.

La progressiva espansione dell'ambito di applicazione delle logiche e delle regole di mercato ha fatto sì che la suddetta impostazione abbia finito per risultare non più compatibile con l'ordinamento sovranazionale. Limitando l'attenzione al diritto dei contratti pubblici, è sufficiente richiamare, in primo luogo, la sentenza *Commissione c. Italia* del 2007 che ha definitivamente consacrato una nozione estesa di *operatore economico* (che comprende qualunque soggetto che svolge attività economica offrendo beni o servizi sul mercato, a prescindere dalla natura giuridica, pubblica o privata, e dal perseguimento o meno di un fine lucrativo), chiarendo, in tal modo, che anche i rapporti tra p.a. e associazioni di volontariato costituiscono appalti pubblici sottoposti al rispetto delle libertà di circolazione previste dal TFUE e del diritto derivato⁴⁸.

In secondo luogo, va richiamato il processo – avviato dalla giurisprudenza e portato a termine dalle direttive del 2014 – all'esito del quale i *servizi sociali*⁴⁹ sono "transitati" da servizi esclusi a servizi assoggetti al diritto dei contratti

46 Su vantaggi e inconvenienti del ricorso a enti non profit si sofferma D. SIMEOLI, *Teoria e definizione giuridica del "Terzo settore"*, in C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, LaTribuna, 2019, 8.

47 Con riguardo al profilo relativo al *quantum* del corrispettivo economico, se da un lato non vi erano differenze di regime giuridico rispetto agli appalti di servizi, non rintracciandosi specifiche disposizioni volte a garantire la non onerosità del rapporto (*i.e.* l'assenza di lucro oggettivo), dall'altro era diffusa la prassi delle p.a. di prevedere importi a base d'asta esigui, inidonei talvolta anche a coprire i costi della manodopera (cfr. P. MICHARA, *Le convenzioni*, cit., 60 e 333 ss.).

48 Corte giust., 20 novembre 2007, C-119/06, *Commissione c. Italia*.

49 Individuati mediante richiamo ai Codici CPV da 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 o 73430000-5 che corrispondono ai seguenti servizi: servizi di ricerca e sviluppo nonché servizi di consulenza affini; servizi di ricerca e sviluppo sperimentale; servizi di ricerca; servizi di laboratorio di ricerca; servizi di ricerca marina; servizi di sviluppo sperimentale; progettazione e realizzazione di ricerca e sviluppo; studi di prefattibilità e dimostrazione tecnologica; collaudo e valutazione

pubblici, ancorché sottoposti a un regime c.d. *alleggerito*, ben più snello di quello ordinario⁵⁰. A tal proposito preme sottolineare che tale regime differenziato di affidamento può considerarsi espressione del criterio della *natura delle cose* nei termini in precedenza individuati: esso riflette l'intenzione di tener in considerazione le *peculiarità oggettive* dei servizi alla persona di cui all'allegato XIV della direttiva appalti, da cui discende una «dimensione limitatamente transfrontaliera» (e quindi una rilevanza limitata nell'ottica del mercato unico) come pure una particolare rilevanza sociale, solidaristica e culturale, verso cui il legislatore Ue ha mostrato una particolare deferenza. Diversamente, come ha recentemente precisato la CGUE⁵¹, nessuna rilevanza l'ordinamento sovranazionale riconosce, sul punto, ad aspetti giuridico-formali, quali l'inquadramento del rapporto pubblico-privato in termini, ad esempio, di convenzione, accordo pubblicistico, accordo o patto collaborativo: tutte queste fattispecie sono infatti potenzialmente riconducibili nell'ampia nozione di “appalto pubblico” i cui confini non possono in alcun modo essere circoscritti a livello nazionale sulla base di approcci formali o comunque meramente nominalistici.

Per completezza, va precisato che anche le *peculiarità soggettive* del privato sociale sono state tenute in considerazione dal legislatore europeo del 2014 che ha implementato i regimi particolari – di esclusione e di riserva – destinati a operatori economici diversi da quelli *for profit*⁵². Il che, se per un verso costitui-

⁵⁰ Sul tema sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, cit.

⁵¹ Corte giust., 14 luglio 2022, C-436/20, *ASADE* e le relative conclusioni del 3 febbraio 2022.

⁵² Al riguardo vanno richiamati:

- il considerando n. 28 e l'art. 10, par. 1, lett. *b* della direttiva 2014/24/Ue che stabiliscono la non applicazione delle direttive per alcuni servizi di emergenza se forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro alla luce del «carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva»;

- il considerando n. 36 e l'art. 20 (“Appalti riservati”) che ampliano, rispetto alla disciplina previgente, i confini del regime di riserva (della procedura o dell'esecuzione) che gli Stati membri possono prevedere a favore di lavoratori protetti e operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione di persone con disabilità o svantaggiate;

- il considerando 118 e l'art. 77 che prevede una ipotesi di *procedura riservata* (e quindi di «competizione limitata» a determinati soggetti) applicabile ai soli servizi sanitari, sociali e

sce una delle plurime manifestazioni del rinnovato bilanciamento – all’insegna della coabitazione più che del conflitto – tra interessi di mercato e altre esigenze/valori alla base del processo di riforma del 2014, per altro verso conferma che nell’impostazione europea la *natura non lucrativa* del prestatore – così come la sua natura *pubblicistica* (*supra*, par. 1 sulla cooperazione pubblico-pubblico) – non costituisce ragione *ex sé* sufficiente per derogare alle regole sui *public procurement*. D’altronde, anche le *procedure* (comparative ma) *riservate* al privato sociale si pongono in potenziale contrasto con il principio cardine di equo trattamento: in tale ipotesi, infatti, agli operatori *for profit* viene negata la possibilità stessa di partecipare alla gara ancorché essi si trovino, rispetto alla possibilità di erogare prestazioni a favore o per conto della p.a., in una *comparable competitive position* con gli operatori *non profit*.

Un vero e proprio momento di svolta, anch’esso riconducibile al rinnovato equilibrio tra concorrenza e solidarietà espresso nelle direttive del 2014, si è avuto con la sentenza *Spezzino* dell’11 dicembre 2014, poi confermata dalla sentenza *Casta* del 21 marzo 2016⁵³. In entrambe le cause la CGUE si è confrontata con il “sistema delle convenzioni” venendole posta la questione della compatibilità con il diritto Ue di normative italiane che consentivano l’affidamento del servizio di trasporto sanitario in via prioritaria e diretta (*i.e.* in assenza di qualsiasi forma di pubblicità) ad associazioni di volontariato le quali ricevevano, quale corrispettivo, il mero rimborso delle spese sostenute.

A ben vedere, tali pronunce hanno per certi versi consolidato il processo di inclusione nei confini applicativi del diritto dei contratti pubblici degli affidamenti di servizi sociali nonché dei rapporti tra p.a. ed enti *non profit*, aderendo a una nozione molto estesa di “contratto oneroso”: e invero, superando alcune

culturali puntualmente individuati tramite richiami ai codici CPV si cui si tornerà nel prosieguo della ricerca.

⁵³ Corte giust. 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*; 28 gennaio 2016, C-50/15, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA)*.

incertezze derivanti dalla sentenza *Commissione c. Italia* del 2007⁵⁴, nelle pronunce in esame – sempre confermate dal successivo *case law* – la Corte ha chiarito che, ai fini della configurabilità di un appalto pubblico, è del tutto irrilevante il fatto che il corrispettivo sia limitato al rimborso delle spese⁵⁵. È di tutta evidenza come a una nozione così estesa di “appalto oneroso” e di “corrispettivo” faccia da contraltare una nozione particolarmente circoscritta di gratuità e di “appalto a carattere non oneroso”. Alla luce di ciò si può sostenere che la categoria del “servizio non economico di interesse generale” (cfr. considerando n. 6 direttiva 2014/24/Ue) nel settore dei contratti pubblici presenta confini piuttosto circoscritti, dovendosi riconoscere la rilevanza economica anche a servizi in cui il corrispettivo è limitato al rimborso delle spese o, financo, non risulta nemmeno sufficiente per coprire tutti i costi necessari per la sua erogazione (*amplius*, par. 4)⁵⁶.

Da quanto osservato emerge che, nel ritenere compatibili con il diritto Ue le misure contestate, le sentenze *Spezzino* e *Casta* non hanno in alcun modo circoscritto il perimetro applicativo del diritto dei contratti pubblici; altrimenti detto, a differenza di quanto talvolta sostenuto dalla dottrina italiana, tali pronunce non hanno elaborato nozioni più restrittive di appalto pubblico, di contratto oneroso e di operatore economico, né hanno ritenuto non rilevanti nel caso di specie le libertà di circolazione previste dal TFUE. Diversamente, la grande novità della c.d. “eccezione o dottrina *Spezzino*” consiste nell’aver dato rile-

54 In questa sentenza, in precedenza citata, la CGUE sembrava ritenere – seppur implicitamente – che la “genuinità” del rimborso spese (*i.e.* il suo *quantum* non superiore ai costi effettivamente sostenuti) fosse idonea a escludere il carattere oneroso del rapporto convenzionale.

55 Cfr. Corte giust. 28 gennaio 2016, C-50/14, *Casta*, p. 52 ove si afferma che «un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto». Si ricorda che, ai sensi della legislazione Ue, per “appalti pubblici” si intendono tutti i «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

56 D. PALAZZO, *Pubblico e privato*, cit., 419 ss. Si v. anche E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, cit.

vo alla funzionalità delle soluzioni organizzative contestate rispetto ai principi di universalità e solidarietà⁵⁷ e di efficienza economica⁵⁸, valorizzando l'importanza che a tali principi è riconosciuta anche dall'ordinamento Ue. Il tutto al fine di ritenere giustificabili, alla luce del “*sistema delle deroghe*”, e nello specifico dei *motivi imperativi di interesse generale*, misure nazionali che la CGUE ha inevitabilmente ritenuto restrittive delle libertà di circolazione e in contrasto con la disciplina sui *public procurement*.

Al riguardo va ricordato come la CGUE abbia nel tempo «procedimentalizzato» il ricorso a tale deroga così che le misure nazionali restrittive, per poter essere giustificate, devono per un canto soddisfare ragioni imperative di interesse generale (nel caso di specie, universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio); per altro canto, risultare rispettose del principio di proporzionalità e, nello specifico, risultare idonee rispetto allo scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento⁵⁹. È in quest'ultima prospettiva che vanno inquadrati quei passaggi in cui la CGUE, anche al fine di escludere la configurabilità di un “abuso del diritto”, ha dato rilievo al fatto che il rimborso spese sia effettivo (non forfettario), che le associazioni non traggano profitto dalle convenzioni né per loro né per i loro membri, non perseguano obiettivi diversi e che usino solo quei lavoratori necessari al loro regolare funzionamento.

Per completare l'analisi della “dottrina *Spezzino*”, occorre precisare che sulla decisione di legittimità hanno inciso specifici profili caratterizzanti il caso concreto. Quanto al piano soggettivo, la Corte di giustizia ha valorizzato la particolare connotazione solidaristica delle associazioni di volontariato, senz'altro più marcata rispetto ad altri soggetti parimenti operanti senza scopo di lucro (es. cooperative, imprese sociali)⁶⁰. Quanto al piano oggettivo, la Corte ha inve-

57 I.e. l'accesso sufficiente e permanente a una gamma equilibrata di cure sanitarie di qualità

58 Come pure di equilibrio economico e controllo dei costi.

59 G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. intern.*, 2015, 828 ss., spec. 836 ss.

60 A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 41.

ce dato rilievo alla tipologia delle prestazioni oggetto delle convenzioni: nel trasporto sanitario vengono in rilievo beni giuridici – la tutela della salute e della persona – che di norma la spingono ad «ammorbidire» il controllo sulla giustificabilità delle deroghe in ragione dell'importanza che tali beni rivestono a livello di trattati e dell'ampia libertà che le stesse fonti primarie Ue riconoscono agli Stati membri nel decidere il livello di tutela e le modalità per raggiungerlo⁶¹.

2.1. Le ritrosie a livello nazionale nel cogliere il rilievo del *case law* Ue sul Codice del Terzo settore

Quanto sopra osservato sulla “dottrina Spezzino”, così come formulata nelle sentenze *Spezzino* e *Casta*, costituisce un imprescindibile riferimento per comprendere il quadro normativo nazionale: si ritiene, infatti, che con gli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017 il legislatore nazionale abbia sfruttato gli spazi riconosciuti agli Stati membri da queste due sentenze⁶² e che diverse incertezze interpretative e applicative derivino proprio dalla non sempre adeguata attenzione al suddetto legame tra la dottrina Spezzino e gli artt. 56-57 CTS. Limitando l'attenzione all'art. 56 (che si pone in un rapporto di *genus a species* con l'art. 57), appare pertanto opportuno soffermarsi su tre profili meritevoli di ulteriori approfondimenti.

Da ultimo, B.L. BOSCHETTI, N. BERTI, G. MACDONALD, *L'amministrazione condivisa tra modelli normativi e operativi*, in B.L. BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 111 ss.

61 Nei settori in esame non solo si riscontra un minor rigore del sindacato di proporzionalità ma, a differenza di altri settori, ove la CGUE è ferma nell'escludere che tra motivi imperativi di interesse generale possano rientrare ragioni di natura puramente economica [cfr. J. SNELL, *Economic Aims as Justifications for Restrictions of Free Movement*, in A.A.M. SCHRAUWEN (a cura di), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, 37 ss.; M. LOTTINI, *Il mercato pubblico europeo*, Napoli, Jovene, 2010, 195 ss.], si ammette che «non solo un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale può costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, ma, inoltre, l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute» (CGUE, *Spezzino*, p. 57).

62 A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 1, 2019, 139 ss.

In primo luogo, sull'*ambito di applicazione* dell'art. 56, delimitato sul *piano soggettivo* alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale, mentre sul *piano oggettivo* alle «attività o servizi sociali di interesse generale». Evidenti sono le connessioni con la dottrina Spezzino di guisa che non convincono né le letture che, in termini critici, attribuiscono a tale limitazione soggettiva una compressione del principio pluralista⁶³, né tantomeno quelle letture che fanno nella sostanza coincidere l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 56 CTS con le attività di interesse generale di cui all'art. 5 CTS (molte attività richiamate in tale elenco, infatti, non presentano alcuna immediata connessione con le esigenze di tutela della persona)⁶⁴.

In secondo luogo, sono diffuse le posizioni che tendono ad assimilare l'art. 56 (e l'art. 57) all'art. 55, considerandoli entrambi strumenti di amministrazioni condivisa⁶⁵. In realtà, come ha chiarito autorevole dottrina⁶⁶, le convenzioni non si discostano significativamente dal tradizionale *paradigma bipolare*, distinguendosi dai tradizionali strumenti di esternalizzazione esclusivamente per la peculiare natura soggettiva del prestatore (che non opera per finalità di lucro ma per il perseguimento dell'interesse generale) e, talvolta, per l'assenza di lucro oggettivo nel singolo affidamento (che però non implica necessariamente assenza di sinallagmaticità); del resto, il “sistema delle convenzioni” non

63 D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018, 22.

64 Negli stessi termini F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, 2, 2019, 516 che richiama, in termini non adesivi, la posizione di A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non profit*, 2017, 4, 177. Va detto che, in alcune circostanze, anche la giurisprudenza amministrativa considera l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 56 CTS più ampio dei servizi sociali (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2024, n. 7020; Tar Toscana, sez. I, 1° giugno 2020, n. 666; diversa e più condivisibile sul punto è Cons. Stato, sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199).

65 Cfr., tra i tanti, N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, loc. cit.; A. FICI, *I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti*, cit., 78 ss. Lo stesso approccio si rintraccia nella legislazione regionale: cfr. l.r. Emilia Romagna, 13 aprile 2023, n. 3.

66 G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti*, cit., 26; nello stesso senso v. M. CROCE, *Rapporti di partenariato con Enti del Terzo Settore*, cit., 317 ss.

si fonda su rapporti genuinamente cooperativi e al privato non è richiesto quel ruolo attivo/co-ideativo che è invece elemento costitutivo dei rapporti di co-programmazione e co-progettazione (*infra*).

In terzo e ultimo luogo, si ha l'impressione che a livello nazionale si faccia fatica ad abbandonare assunti tradizionali, ancorché non in linea con le più recenti evoluzioni ordinamentali indotte dal processo di integrazione europea. Si fa riferimento alla convinzione che le relazioni tra p.a. ed enti del Terzo settore siano prive di rilevanza economica, risultando quindi del tutto estranee alle logiche e alle regole del mercato⁶⁷. E soprattutto all'idea che specifiche qualificazioni giuridico-formali (ad es. della convenzione quale accordo pubblicistico ex art. 11 oppure dell'erogazione economica quale contributo ex art. 12 l. 241/1990), come pure il ricorso ad approcci nominalistici (ad es. coniare, di norma muovendo legge n. 241/1990, espressioni differenti da quelle utilizzate dal d.lgs. n. 36/2023 per esprimere gli stessi concetti) possano in qualche modo incidere sull'ambito di applicazione del diritto Ue dei contratti pubblici e, quindi sulla risoluzione delle c.d. "questioni di confine". L'incompatibilità di tali approcci con l'impostazione funzionalista su cui si fonda il processo di integrazione europea, reso possibile proprio dalla svalutazione delle differenze definitorie rintracciabile nei singoli ordinamenti degli Stati membri, è talmente evidente da non richiedere ulteriori approfondimenti.

Ancora, non pare coerente con l'impostazione europea neppure la tesi secondo cui l'affidamento di un servizio a un ETS – in deroga al principio di parità di trattamento tra operatori economici lucrativi e non – possa trovare *esclusiva legittimazione* nella peculiare natura soggettiva del prestatore: dalla dottrina Spezzino, di recente confermata dalla sentenza *Asade* (su cui *infra* par. 3), emerge infatti che un regime di *favor* per il privato sociale dovrebbe sempre prevedere un momento di verifica "in concreto" (*i.e.* rimesso all'amministrazione)

⁶⁷ Questo profilo è ben evidenziato da D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., 379 e A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, cit., 31 ss. e 42 ss.

circa l'effettiva idoneità della soluzione organizzativa implicante il ricorso al settore *non profit* a contribuire al raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio. Detto altrimenti, il ricorso agli enti del Terzo settore deve produrre «valore aggiunto nella soluzione di problemi di interessi generale»⁶⁸, ovvero ricadute ed esternalità di natura obiettiva rilevanti in termini di interesse generale, ma comunque connesse all'erogazione dei servizi oggetto della convenzione e al relativo sistema di *welfare*⁶⁹. È proprio in questa prospettiva, d'altronde, che si ritiene di dover interpretare l'inciso dell'art. 56 CTS secondo cui il ricorso alle convenzioni è subordinato al fatto che esse risultino «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato»⁷⁰: seppur con una formulazione non felicissima, il legislatore nazionale sembra richiedere alle p.a. di verificare che dal ricorso al diritto del Terzo settore in luogo del diritto dei contratti pubblici discendono, nel caso concreto, “esternalità positive” in termini di universalità e accessibilità dei servizi, solidarietà ed efficienza di bilancio del settore di *welfare*. Il che, a ben vedere, trova conferma nelle prevalenti posizioni, istituzionali e dottrinali, secondo cui l'aspetto della riduzione dei costi del servizio è solo uno dei profili che l'amministrazione deve considerare nell'ambito di una valutazione omnicomprensiva, complessa e articolata, non appiattita sulla sola dimensione economico/finanziaria⁷¹.

Una notazione conclusiva appare opportuna.

68 L'espressione è di F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, cit.

69 Ciò, ovviamente, vale al di fuori dei casi tassativi in cui è normativamente ammessa una differenziazione esclusivamente sulla base della natura non lucrativa del prestatore (es. le procedure riserva di cui alle direttive del 2014).

70 Nello stesso senso v. F. GIGLIONI, *op. ult. loc. cit.*

71 Cfr. “Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (Codice del Terzo settore)”, approvate con d.m. n. 72/2021 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali secondo cui non si tratta «di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle PP.AA.» richiedendosi invece una verifica sintetica e complessiva sulla «effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina»; v. pure art. 15, co. 2, l.r. Toscana, 22 luglio 2020, n. 65. In giurisprudenza v. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 30 dicembre 2019, n. 2049; Tar Piemonte, sez. I, 29 dicembre 2021, n. 1226; 20 agosto 2022, n. 719; Tar Napoli, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 123; 31 maggio 2023, n. 3327. *Contra*, Tar Marche, sez. I, 7 dicembre 2021, n. 850. In dottrina v., per tutti, A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore*, cit., 160 ss.

L'impostazione suggerita, nel condizionare il ricorso alle convenzioni *ex art. 56 CTS* a una valutazione sull'idoneità a produrre esternalità positive "obiettive", dovrebbe rafforzare il ricorso a tale strumento quale soluzione organizzativa *ordinaria* nella misura in cui finisce per ricondurre tali strumenti nel prisma del binomio *autonomia organizzativa/risultato amministrativo*⁷². Il che porta a ritenere a tal riguardo irrilevante l'interessante dibattito dottrinale sui caratteri identificativi del Terzo settore a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 117/2017 e, nello specifico, sul "ruolo" dell'assenza del fine di lucro. Com'è noto, alcuni ritengono tale condizione sufficiente per ottenere la qualifica di ente del Terzo settore; altri, invece, a partire dal tenore letterale dell'art. 4 CTS [secondo cui gli ETS sono «costituiti per il perseguimento (...) di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale»], ritengono necessario anche l'elemento teleologico inteso quale meritevolezza del fine perseguito, da considerare alla luce dei valori e dei principi costituzionali⁷³. In ogni caso, le indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo e la logica del risultato amministrativo non dovrebbero consentire di omettere la verifica sulle esternalità obiettive derivanti dal ricorso al diritto del Terzo settore; altrimenti detto, questa verifica non può ritenersi assorbita nella funzionalizzazione quasi ontologica degli ETS al perseguimento dell'interesse generale che discende dalla seconda delle due tesi succintamente esposte.

3. La "co-progettazione realizzativa" e la sua natura collaborativa alla luce degli artt. 6 d.lgs. n. 36/2023 e 18 d.lgs. n. 201/2022

Nei precedenti paragrafi è emerso che il rapporto di esclusione tra le convenzioni di cui all'art. 56 CTS e il diritto dei contratti pubblici non va inteso in termini di estraneità *incondizionata* ed *assoluta* (per assenza di rilevanza economica del rapporto, per inconfigurabilità di un appalto pubblico e di un operatore economico, etc.). Diversamente, la compatibilità di queste convenzioni con il

⁷² Cfr. L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. app.*, 1, 2018 che evidenzia le somiglianze tra l'art. 56, co. 2 CTS e l'art. 192, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016 sulla motivazione per il ricorso all'*in house*.

⁷³ D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 150 ss. spec. 153.

diritto Ue è conseguenza di un'operazione di bilanciamento tra concorrenza e solidarietà realizzata dalla CGUE che, tramite la deroga basata sui motivi imperativi di interesse generale, ha riconosciuto uno spazio agli Stati membri per soluzioni organizzative incentrate sul principio di solidarietà, preoccupandosi però di definire le condizioni che possono giustificare tale deroga⁷⁴.

Il discorso è in parte diverso per l'art. 55 che, fino ad ora, non ha trovato "copertura" né nel diritto derivato né nel *case law* europeo. La compatibilità con il diritto Ue va quindi "costruita" proattivamente tramite approcci "gradualisti", "caso per caso" che devono "rispettare" le categorie giuridiche europee e risultare coerenti con le indicazioni metodologiche della CGUE, a partire dal criterio della natura delle cose; occorre sfruttare, in altri termini, l'attitudine dell'ordinamento sovranazionale ad "aprirsi" a soluzioni organizzative che richiedono nuove operazioni di bilanciamento tra concorrenza e solidarietà. In questa prospettiva non appare certo irrilevante l'attenzione che, da ultimo, le Istituzioni Ue hanno riservato alla promozione dell'economia sociale, come pure il fatto che i *public procurement* siano stati annoverati tra gli strumenti per raggiungere questo obiettivo di *policy*⁷⁵. In ogni caso, si tratta di tendenze che saranno presumibilmente prese in considerazione durante il processo di riforma delle direttive del 2014 che rientra tra gli Orientamenti politici della prossima Commissione europea 2024-2029⁷⁶.

Va poi precisato che questa esigenza di compatibilizzazione riguarda in particolare la co-progettazione c.d. realizzativa (quella cioè estesa alla *eventuale*

⁷⁴ Sul punto, in modo puntuale, D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 378-380.

⁷⁵ Cfr. Raccomandazione del Consiglio del 27 novembre 2023 sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale, C/2023/1344; v. pure la Comunicazione della Commissione "Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale", Bruxelles, 9 dicembre 2021 COM(2021) 778 final. In dottrina, G. GOTTI, *La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 8/2024, 51 ss.; M. LANOTTI, *La prospettiva europea e nazionale sul Terzo settore, quale modello alternativo al mercato*, *ivi*, 9/2024, 135 ss. V. pure A. FICI, MARIO RENNA, *La legislazione sul Terzo settore in Europa: il quadro attuale e le prospettive future*, in Fondazione Terzjus ETS (a cura di), *Verso un diritto europeo del terzo settore. 1° rapporto sul quadro giuridico dell'economia sociale in Europa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 15 ss.

⁷⁶ U. VON DER LEYEN, *Political guidelines for the next european commission 2024–2029* del 18 luglio 2024.

fase di «realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento»⁷⁷ dal momento che, tra gli strumenti di amministrazione condivisa di cui all'art. 55 CTS, è quello che maggiormente si presta a indebite sovrapposizioni con il diritto dei contratti pubblici; di contro, quando la co-progettazione ha una funzione “meramente progettuale”, il tema del rapporto con il diritto dei contratti pubblici assume contorni molto meno problematici.

Come anticipato, è in questa prospettiva “armonizzante” che si ritiene di dover considerare sia l'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica sia l'art. 6 del nuovo Codice.

Prima di procedere all'analisi di queste disposizioni occorre dar brevemente conto di un'ulteriore evoluzione nel bilanciamento tra concorrenza e solidarietà rintracciabile a livello Ue. Si fa riferimento alla sentenza *Asade* del luglio 2022 ove la CGUE ha chiarito che quelle previste dal diritto derivato non sono le uniche ipotesi in cui gli affidamenti di servizi sociali di cui all'allegato XIV della direttiva appalti possono essere riservati a talune categorie di operatori economici⁷⁸. La Corte ha in aggiunta illustrato le condizioni che, in assenza di un espresso riconoscimento a livello normativo, un regime di riserva per il privato sociale (non solo quindi per le associazioni di volontariato) deve rispettare per risultare conforme al diritto Ue: per un verso, deve riguardare i soli servizi sociali soggetti al regime di affidamento c.d. alleggerito e deve contemplare una selezione comparativa tra gli operatori economici *non profit* caratterizzata da

⁷⁷ Cfr. L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione*, cit., 98-99.

⁷⁸ La questione riguardava una procedura comparativa riservata ad enti privati senza scopo di lucro, non rispettosi delle condizioni di cui all'art. 77 della direttiva appalti, avente a oggetto l'affidamento di servizi alla persona mediante *accordi di azione concertata* (espressamente qualificati quali «strumenti organizzativi di natura extracontrattuale») a fronte del rimborso dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio. Ricondotti tali accordi alla nozione di appalto pubblico, e quindi nei confini operativi delle direttive, la Corte ha dapprima evidenziato l'ampia discrezionalità rimessa agli Stati membri nell'organizzazione dei propri sistemi assistenziali e nella scelta dei prestatori dei servizi oggetto del regime alleggerito, per poi procedere ad analizzare gli accordi controversi alla luce dei principi di *parità di trattamento e trasparenza*, richiamati dall'art. 76. Cfr. il commento di S. PELLIZZARI, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza*, *Ist. fed.*, 4, 2022, p. 1038 ss.

forme di pubblicità e trasparenza di livello europeo; per altro verso, il trattamento differenziato tra operatori economici *profit* e *non profit*, per non comportare una lesione del principio di parità di trattamento, deve contribuire al raggiungimento degli obiettivi del sistema di assistenza sociale, nello specifico dei principi di universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio. Come è evidente, non tutte le condizioni alla base della “dottrina Asade” trovano riscontro nell’art. 55 CTS di guisa che, al momento del riordino della disciplina dei servizi pubblici locali e dell’adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, permaneva l’esigenza di quello “sforzo di armonizzazione” che si intende attribuire agli artt. 18 d.lgs. n. 201/2022 e 6 CCP⁷⁹.

a. Ambito oggettivo di applicazione (tipologia delle prestazioni)

Il primo profilo affrontato dalle disposizioni in esame concerne la tipologia di prestazioni oggetto del rapporto tra p.a. e ETS. L’art. 18 d.lgs. n. 201/2022 si limita a richiedere che si tratti di «progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al SPL di rilevanza economica»: il *range* di attività oggetto dei rapporti di partenariato è pertanto rappresentato dalle attività di interesse generale di cui all’art. 5 CTS, ferma restando la necessità di una connessione funzionale con un atto istitutivo di un servizio pubblico⁸⁰. Diver-

79 Invero l’art. 55 del CTS non prevede forme di pubblicità di livello europeo e ha un ambito oggettivo di applicazione più esteso rispetto al regime alleggerito previsto dall’art. 76 della direttiva appalti (ciò in quanto l’elenco di attività di interesse generale di cui all’art. 5 del CTS è più ampio di quello di cui all’allegato XIV della direttiva).

80 Dalla formulazione del primo periodo dell’art. 18 («progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al SPL») e, soprattutto, dal mancato inserimento del partenariato con gli ETS tra le modalità di gestione del servizio pubblico locale di cui all’art. 14 d.lgs. n. 201/2022, si potrebbe ricavare che la co-progettazione non costituisca un modello organizzativo e gestionale del tutto alternativo a quelli tradizionali, bensì uno strumento cui è possibile far ricorso per attività accessorie al servizio pubblico locale. Si tratta di una soluzione interpretativa possibile ma non obbligata, considerato anche che non trova alcun riscontro nella “Scheda di lettura” della previsione contenuta nel Dossier parlamentare del 22 novembre 2022. In ogni caso, anche a volerla ritenere ostativa alla considerazione della co-progettazione quale modello gestionale ordinario dei SPL, la tipicità (e tassatività) delle forme di gestione di cui all’art. 14 riguarda solamente i servizi di livello locale (non quindi la maggior parte dei servizi sanitari) e, ad avviso di scrive, non dovrebbe interessare i servizi dalla rilevanza economica “incerta” quali quelli socio-assistenziali per i quali il legislatore statale e regionale ha tradizionalmente previsto soluzioni organizzative ulteriori e differenti rispetto a quelle di cui all’art. 14.

samente, l'art. 6 CCP si focalizza sulle attività materiali oggetto del rapporto, ma tramite una locuzione così generica («attività a spiccata valenza sociale») che non appare idonea né a circoscrivere né ad ampliare l'elenco di attività di cui all'art. 5 CTS il quale, pertanto, finisce per delimitare i confini applicativi di ambedue le disposizioni⁸¹.

b. Ambito oggettivo di applicazione (tipologia del rapporto pubblico-privato)

Mentre l'art. 18 d.lgs. n. 201/2021 prende in considerazione, in modo “chirurgico”, la sola co-progettazione realizzativa⁸² (cioè il “punto” di possibile frizione con il diritto Ue), il primo periodo dell'art. 6 CCP presenta una portata più generale. Ciò ha portato attenta dottrina a considerarlo riferibile a «istituti ulteriori a quelli previsti dagli artt. 55-57 del CTS» (ad esempio i patti di collaborazione), come pure ad attribuirgli la funzione di «consacrare l'amministrazione condivisa come un vero e proprio modello organizzativo», esprimendo «un contenuto che va anche ben oltre il Codice dei contratti pubblici e afferma un principio che può valere per l'intero ordinamento»⁸³.

Per quanto coerenti con il tenore letterale della disposizione, queste letture non convincono del tutto. Come si ricava anche dalla Relazione alla bozza di Codice dei contratti pubblici⁸⁴ e soprattutto dall'ambito soggettivo di applicazione limitato agli enti del Terzo settore iscritti al RUNTS⁸⁵, i «modelli organiz-

81 Alla medesima conclusione è giunta la prevalente dottrina: F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*; M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa*, cit.

82 «In attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, gli enti locali possono attivare con enti del Terzo settore rapporti di partenariato, regolati dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica».

83 V. rispettivamente N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice*, cit., 833 e F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, cit. Simile la lettura di G. GOTTI, *La co-programmazione*, cit., 69. Sul ruolo dell'amministrazione condivisa nella gestione dei beni comuni, v. da ultimo D. DONATI (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi. Un'analisi interdisciplinare*, Milano, FrancoAngeli, 2024.

84 Ove a pg. 18 ss. si osserva che tramite l'art. 6 «si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore».

85 Profilo disciplinare che la Corte cost., nella sentenza n. 131/2020, p. 2.2. e 2.3 *Considerato in diritto*, ha inteso in termini stringenti, osservando che in tale specificità soggettiva risiederebbe «la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e la effettiva

zativi di amministrazione condivisa» cui fa riferimento il primo periodo dell'art. 6 CCP dovrebbero essere i soli istituti di cui al Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017; d'altronde, è rispetto a questi istituti che trovano giustificazione le due *rationes* che si sono attribuite alla disposizione in esame: *i.* conferma del rango di soluzioni organizzative ordinarie (*i.e.* non sussidiarie rispetto alle tradizionali forme di esternalizzazione) loro riconosciuto da Corte cost. n. 131/2020 e, al tempo stesso, *ii.* volontà di precisarne i requisiti costitutivi rispetto alla loro disciplina contenuta nel CTS, nell'ottica di rafforzare la compatibilità con il diritto Ue. Se si considera poi che solo l'art. 55 CTS disciplina istituti effettivamente riconducibili all'amministrazione condivisa (*supra*, par. 2.1), non pare azzardato affermare che l'art. 6 CTS, primo periodo, e l'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 sono assimilabili per ciò che concerne la tipologia di strumenti di amministrazione condivisa presi in considerazione⁸⁶.

c. Natura collaborativa del rapporto quale elemento discreitivo rispetto al diritto dei contratti pubblici

L'art. 6 CCP precisa che i modelli organizzativi di amministrazione condivisa, attuativi dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, devono essere «privi di rapporti sinallagmatici» e «fondati sulla condivisione della funzione amministrativa», riprendendo in tal modo alcuni passaggi di Corte cost. n. 131/2020 certamente rilevanti nell'ottica della presente analisi⁸⁷.

“terzietà” (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano», e troverebbe giustificazione, quindi, la stretta connessione con «i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica». Alla luce di tale posizione, i legislatori regionali intervenuti sulla materia hanno altrimenti valorizzato il ruolo del privato sociale non iscritto a RUNTS, ad esempio riconoscendogli un ruolo “accessorio” e “di supporto”.

86 Né pare potersi attribuire particolare rilievo alla mancata considerazione della co-programmazione da parte dell'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022, venendo in rilievo la previsione generale di cui all'art. 55 CTS.

87 Corte cost. n. 131/2020: «Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la “co-programmazione”, la “co-progettazione” e il “partenariato” (...) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di

Prendendo le mosse dalla nozione civilistica di “sinallagmaticità” (che, come noto, implica un rapporto di corrispettività tra le prestazioni convenute dalle parti, ovvero un particolare legame di interdipendenza tra le stesse), è possibile ravvisare l’elemento discreitivo di tali rapporti nella non rispondenza alla logica del *do ut des* o *do ut facies*; tuttavia, rispetto alla nozione civilista, la non sinallagmaticità nel contesto in esame implica un *quis pluris* che, tradotto in positivo, può dirsi costituito dalla natura genuinamente cooperativa o collaborativa del rapporto, il quale deve sempre essere rivolto al soddisfacimento di interessi comuni delle parti⁸⁸.

Questa conclusione trova conferma nell’art. 18, co. 2, d.lgs. n. 201/2022, ove si richiede una motivazione in ordine alla «sussistenza delle circostanze che, nel caso concreto, determinano la *natura effettivamente collaborativa del rapporto*» la quale rappresenta, pertanto, l’elemento costitutivo dei partenariati inerenti alla co-progettazione. Nella medesima prospettiva si può poi richiamare l’art. 7, co. 4 CCP che, tra le condizioni costitutive della cooperazione pubblico-pubblico, richiama la «effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all’attività di interesse comune, *in un’ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni*»⁸⁹. Va precisato come tale accostamento tra amministrazione condivisa e cooperazione pubblico-pubblico, che trova riscontro anche nella Relazione al Codice⁹⁰, sia tutt’altro che avventato: e invero la natura privata degli ETS e dell’interesse generale da loro perseguito⁹¹

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».

88 Interessante, e certamente meritevole di ulteriori approfondimenti, la prospettiva che riconduce tali rapporti di partenariato ai contratti con comunione di scopo; cfr. A. FICI, *I “presupposti negoziali”*, cit., 62 ss. N. VETTORI, *L’amministrazione condivisa nel nuovo Codice*, cit., 837 ss.

89 Corsivo per enfasi.

90 Relazione alla bozza di Codice, p. 20: «Il modello in questione è coerente, infine, con il modello del partenariato pubblico-pubblico (...) fondato sulla collaborazione tra amministrazioni per la realizzazione di attività di interesse comune in mancanza di un rapporto sinallagmatico che preveda uno scambio di prestazioni».

91 Nella prospettiva europea difficilmente possono trovar spazio impostazioni «organicistiche» che ravvisano una sorta di commistione tra Terzo settore e settore pubblico:

(che rimane comunque distinto dall'interesse pubblico⁹²), come pure il differente sostrato assiologico e valoriale sotteso agli artt. 7, co. 4 e 6 del Codice, non impediscono di ravvisare un significativo grado di coerenza tra i due strumenti, derivante appunto dalla comune natura cooperativa di rapporti volti alla miglior cura di un interesse generale condiviso tra le parti dell'accordo⁹³.

A ben vedere, tale accostamento rafforza la convinzione che l'assenza di sinallagmaticità di cui all'art. 6 CCP non possa essere intesa in termini assoluti dal momento che con la stipula della convenzione sorgono tra le parti obbligazioni reciproche che trovano ragion d'essere l'una nell'altra: diversamente opinando, infatti, il ricorso ai modelli organizzativi di amministrazione condivisa precluderebbe all'amministrazione di vincolare i soggetti coinvolti all'adempimento degli impegni assunti in convenzione, con il rischio di pregiudicare il buon andamento dell'azione amministrativa e, nello specifico, il risultato cui è funzionalizzata la scelta organizzativa della p.a.⁹⁴.

come chiarito dall'Avvocato generale Mengozzi e dalla Corte nella causa C-574/12, *SUCH*, gli interessi perseguiti dagli ETS hanno di norma natura diversa rispetto agli obiettivi di interesse pubblico di titolarità delle p.a., presentando «elementi propri dell'interesse privato», con conseguente necessità di tenere ferma la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata. In dottrina, cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato*, cit., 21 ss. e 352 ss.

92 Sul punto si rinvia alle convincenti considerazioni di C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 5 ss. secondo cui il privato sociale persegue un interesse generale, ma pur sempre general-privato.

93 Va segnalata al riguardo la tesi – diversa da quella proposta nel testo seppur con alcuni punti di contatto – di N. BERTI (in B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Note a margine*, cit., 135 ss.) che ravvisa negli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990 il paradigma di riferimento dei rapporti convenzionali instaurati, ex Titolo VII CTS, tra p.a. e ETS. Tale posizione si basa, nello specifico, su una nozione “oggettivata” di pubblica amministrazione, nonché sulla convinzione che i tratti distintivi dell'art. 15 (spec. lo «svolgimento in collaborazione di attività» e l'aspetto causale del perseguimento di «un interesse comune») sarebbero in effetti maggiormente in grado, rispetto agli accordi pubblico-privato di cui all'art. 11, di tener conto della «reale natura del rapporto collaborativo fra enti pubblici ed ETS, come fondato non già su un avvicinamento “incidentale” volto a dirimere un conflitto di interessi nell'esercizio di un potere discrezionale, bensì su un movimento congiunto e parallelo rivolto alla miglior cura dell'interesse condiviso». Altra dottrina considera invece la co-progettazione quale procedura di affidamento *sui generis* di un contratto di partenariato pubblico-privato (cfr. A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, cit., 30, *passim*).

94 Così M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa*, cit., 121-122; nello stesso senso pure N. VETTORI, *op. ult. cit.*, 840 che osserva come nella sent. n. 131/2020 la Corte cost. non esclude del tutto l'esistenza di profili sinallagmatici.

Inoltre, il confronto con la cooperazione pubblico-pubblico rafforza l'idea che *l'assenza di lucro oggettivo* costituisce elemento costitutivo dei rapporti di amministrazione condivisa in esame, ancorché tale assenza di remuneratività non sia espressamente prevista dall'art. 6 CCP (ma solo dall'art. 18, co. 3 del d.lgs. n. 201/2022). E invero, ancorché sinallagmaticità e onerosità siano due categorie non coincidenti, nella prospettiva della CGUE – con cui occorre confrontarsi quando si tratta di definire i confini del diritto dei contratti pubblici – emerge una stretta connessione tra la natura genuinamente collaborativa del rapporto e l'assenza di remuneratività (che non significa gratuità, come si chiarirà nel successivo paragrafo).

Quanto sostenuto circa l'affinità “operativa” tra strumenti di amministrazione condivisa e cooperazione pubblico non trova smentita nel riferimento di cui all'art. 6 alla «*condivisione della funzione amministrativa*» da cui, in tesi, si potrebbe ricavare una netta divergenza tra i due strumenti (ciò in quanto, come sopra ricordato, la cooperazione pubblico-pubblico non può avere ad oggetto l'esercizio congiunto o il trasferimento di funzioni amministrative in senso stretto). Tale conclusione trova fondamento nella convinzione che la formulazione dell'art. 6 CCP sul punto sia equivoca e impropria: come ben chiarito da chi ha teorizzato questo modello, nell'amministrazione condivisa ad essere oggetto di condivisione è la *modalità di svolgimento della funzione* (e le relative risorse e responsabilità), non invece la funzione in sé o il potere, che rimangono di esclusiva titolarità del soggetto pubblico⁹⁵.

Alla luce di quanto osservato si può affermare che l'elemento costitutivo dei rapporti di amministrazione condivisa di cui agli artt. 6 CCP e 18 d.lgs. n. 201/2022 (e quindi il fondamento giustificativo dell'esclusione dal diritto dei contratti pubblici e di soluzioni organizzative riservate agli ETS) va rintracciato

⁹⁵ G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, cit., 28; ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 50; ID., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlam. pol. cost.*, 3-4, 1997, 45; v. pure F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 78.

nel contenuto dell'accordo che deve riflettere una relazione caratterizzata *ab origine* da uno spirito cooperativo e dalla convergenza di obiettivi per il perseguimento di interessi comuni; di contro, la riconduzione delle convenzioni sottoscritte all'esito della co-progettazione agli accordi pubblicistici *ex art.* 11 l. n. 241/1990, sostenuta da una parte dottrina, non è in alcun modo idonea a incidere sul confine tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore, potendo al più costituire una "conseguenza" della collocazione del rapporto pubblico-privato nell'ambito dell'uno o dell'altro contesto disciplinare⁹⁶.

Seguendo questa prospettiva, e prendendo spunto dalle Linee guida del Ministero del lavoro di cui al d.m. n. 72/2021⁹⁷, sembra possibile enucleare alcuni "fattori" la cui presenza attesta la natura collaborativa (e quindi non sinallagmatica) del rapporto.

i. Il ruolo attivo e co-ideativo degli enti del Terzo settore quali soggetti che mettono a disposizione della p.a., oltre alla propria capacità organizzativa e di intervento, dati informativi sui bisogni del contesto sociale di un determinato territorio, soluzioni innovative, etc.; altrimenti detto, il ruolo del privato nel rapporto sussidiario non può limitarsi a quello di passivo esecutore e/o erogatore di servizi definiti a monte dall'amministrazione, dovendo sempre esservi spazio per qualcosa da co-progettare⁹⁸. D'altronde, nelle "forme" più pure e genuine di co-progettazione, la logica prestazionale dovrebbe rimanere in secondo piano rispetto alla primaria funzione di dare risposta a un bisogno complesso.

⁹⁶ Si tratta di posizione diffusa in dottrina (e non solo) che ha trovato una compiuta trattazione in F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in P. PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, ESI, 236 ss.; *contra*, V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo italiano*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 29.

⁹⁷ «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (Codice del Terzo settore)» adottate con d.m. del Lavoro e delle Politiche Sociali del 31 marzo 2021, n. 72.

⁹⁸ Cfr. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit., *passim*, spec. 67 ss. In questa prospettiva, si dovrebbe escludere che un servizio "affidato" mediante co-progettazione possa, al termine della convenzione, essere "ri-affidato" tramite lo stesso strumento qualora la p.a. intenda confermare i "contenuti" di quel servizio e non avverta l'esigenza di una nuova fase progettuale; cfr. A. DONATO (a cura di), *L'affidamento dei servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 104 ss.

A bene vedere, quella in esame costituisce una condizione necessitata per evitare che il ricorso all'amministrazione condivisa non si trasformi in un "appalto camuffato"⁹⁹. In questa prospettiva, ancorché non vi sia attualmente un preciso obbligo normativo in tal senso, si dovrebbero preferire esperienze di co-progettazione precedute dall'espletamento dell'attività di co-programmazione: il coinvolgimento *ab origine* degli ETS, a partire dal momento della lettura e individuazione dei bisogni, agevola l'effettivo inverarsi della suddetta logica co-ideativa e fa sì che la convergenza di obiettivi tra amministrazione ed ETS non resti un dato meramente formale.

i. La partecipazione ai costi da parte del privato che contribuisce alla co-progettazione mediante l'apporto di risorse. Al riguardo occorre chiarire, per un verso, che le risorse non sono solo quelle finanziarie, ma anche quelle umane, strumentali, la messa a disposizione di beni, etc.; per altro verso, che questo elemento non deve esser inteso quale requisito di partecipazione, traducendosi cioè in una sorta di barriera d'accesso: in quest'ottica, è anche possibile che l'impegno dell'ETS (o degli ETS) sia quello di attivarsi per la ricerca, insieme alla parte pubblica, di ulteriori risorse da mettere a disposizione della co-progettazione.

ii. La natura circolare della co-progettazione che può essere riattivata nei casi in cui la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico concreto oggetto della convenzione richieda di modificare oggetto e condizioni del rapporto.

iii. La logica collaborativa risulta senz'altro accentuata, ancorché dinamiche simili caratterizzino anche il settore dei contratti pubblici, nei casi di proposte presentate da più ETS aggregati in un'associazione temporanea di scopo (la c.d. "rete di ETS"), con l'eventuale coinvolgimento di ulteriori soggetti profit o

⁹⁹ Sul punto v. F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, cit. secondo cui «l'ideazione originale di progetti che costituiscono l'oggetto di co-progettazione deve essere reale e apprezzabile e non confusa con modalità tipiche del contratto di appalto, come sarebbe il caso in cui la selezione dell'ente del terzo settore è concepita sulla base di allegati molto puntuali predisposti dall'amministrazione».

non profit (il c.d. partner di progetto)¹⁰⁰; come pure allorquando la co-progettazione abbia a oggetto più attività di cui all'art. 5 CTS, essendo quindi rivolta a dare risposta a una pluralità di bisogni.

iv La responsabilizzazione della p.a. anche rispetto alla fase esecutiva, così da marcare le differenze rispetto alle soluzioni di mera esternalizzazione, in linea con la considerazione dell'amministrazione condivisa quale “via di mezzo” tra il *make* e il *buy*.

v. La valorizzazione del rapporto di fiducia tra p.a. e ETS nella “costruzione” della convenzione, ad es. evitando quelle condizioni contrattuali (clausole risolutive, penali, etc.) che maggiormente riflettono la natura sinallagmatica e corrispettiva del rapporto¹⁰¹.

Ad eccezione del primo, gli altri fattori elencati possono essere intesi quali elementi sintomatici o, financo, veri e propri “*indici*” della natura collaborativa del rapporto, cui dar rilievo per distinguere una co-progettazione realizzata da un tradizionale contratto pubblico, soprattutto nelle ipotesi di co-progettazione in cui è più marcata la logica prestazionale di erogazione di servizi. Essi perdono invece rilevanza quando tale logica assume un ruolo più marginale e, ancor più, nei casi in cui il tema del rapporto tra diritto del Terzo settore e dei contratti pubblici nemmeno si pone, ad esempio allorquando l'ente pubblico, accentuando al massimo la dimensione collaborativa dell'amministrazione condivisa, opta per una “co-progettazione con progetto unitario”, così da rendere la procedura priva di carattere selettivo (o, meglio, caratterizzata da assenza di selezione comparativa¹⁰²).

100 Cfr. art. 4, co. 3, Delib. 29 dicembre 2023, n. 987 della Regione Lazio con cui sono approvate le “Linee guida della Regione Lazio in materia di co-programmazione e co-progettazione”.

101 Cfr. S. PELLIZZARI, *Forme di collaborazione*, cit., 1038 ss.; A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A.*, cit., 45 ss.

102 Sulla non applicazione del diritto dei contratti pubblici per “assenza di una selezione di carattere comparativo”, sia consentito rinviare a E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, cit.

d. Logica del risultato e ricorso ai modelli organizzativi di amministrazione condivisa

Quanto fin qui osservato porta a ritenere quasi “fisiologico” l’inserimento dell’inciso di cui all’art. 6 CCP secondo cui il ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa deve avvenire «sulla base del principio del risultato», se con questo richiamo si intende che l’amministrazione, nello scegliere tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore, deve farsi guidare dalla logica del risultato amministrativo, optando cioè per la soluzione che meglio consenta di soddisfare gli interessi dei cittadini cui l’attività è rivolta¹⁰³. Depongono in tal senso, da un lato, l’inquadramento dell’art. 6 quale norma volta a mettere a disposizione delle amministrazioni pubbliche modelli organizzativi, ulteriori a quelli tradizionali, per il perseguimento dei loro compiti (sul punto si tornerà nella seconda parte del lavoro), pienamente riconducibile quindi nel prisma del binomio “principio di autorganizzazione/principio del risultato”¹⁰⁴. Dall’altro, depone in tal senso anche quanto osservato al par. 2.1. con riguardo al punto di vista dell’ordinamento Ue nel senso che, al di fuori delle eccezioni positivizzate, l’arretramento del diritto dei contratti pubblici può trovare giustificazione solo

103 Non distante la posizione di N. VETTORI, *L’amministrazione condivisa*, cit., 848 e F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*, il quale osserva che il «modello della collaborazione con gli enti del terzo settore è prioritariamente scelto in ragione del risultato più efficace, efficiente ed economico che esso è in grado di produrre». Per la riconduzione della co-progettazione all’amministrazione di risultato v. pure A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, cit., 30. Quanto sostenuto nel testo trova riscontro in Tar Liguria, 2 maggio 2024, n. 310 secondo cui la p.a. non avrebbe «fatto buon governo delle regole che presiedono alla scelta ed all’utilizzo delle procedure del codice del terzo settore», non avendo adeguatamente motivato le ragioni che, nel caso concreto, giustificavano il ricorso a tale strumento e la limitazione della *par condicio*, tanto più che nel caso di specie non appariva «immediatamente percepibile il valore aggiunto del privato sociale». Su tale pronuncia si veda il commento di E. FREDIANI, *Il buon governo della co-progettazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, spec. 705.

104 Pare possibile ravvisare una *duplice implicazione del principio di autorganizzazione* in relazione al ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa: una “esterna” che rileva rispetto alla scelta tra i diversi modelli organizzativi a disposizione della p.a. (e quindi in alternativa all’autoproduzione, all’esternalizzazione e alle varie forme di partenariato pubblico-pubblico o pubblico-privato convenzionale o istituzionalizzato); una “interna” cui si riferisce l’incipit dell’art. 55 CTS [«In attuazione dei principi di (...) autonomia organizzativa e regolamentare»] che, come chiarito dalle Linee guida n. 72/2021, consente all’ente pubblico di «dare attuazione alle disposizioni del Titolo VII tenendo conto del proprio assetto organizzativo, ma più in generale delle scelte statutarie, nonché utilizzare i regolamenti esistenti (...) o approvarne di nuovi».

se il ricorso a soluzioni organizzative attuative del principio di solidarietà (e di sussidiarietà orizzontale) produca esternalità positive e valore aggiunto nell'erogazione dei servizi ai cittadini. Al richiamo al principio del risultato nell'art. 6 CPP può pertanto riconoscersi, nella sostanza, lo stesso significato dell'art. 18, co. 2 d.lgs. n. 201/2022 che richiede agli enti locali di motivare con specifico riferimento «agli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio». A ben vedere, entrambe le previsioni suggeriscono di valorizzare la predisposizione di sistemi di *valutazione di impatto sociale* delle attività svolte dagli ETS, ovvero meccanismi di valutazione qualitativa e quantitativa degli effetti – sul breve, medio e lungo periodo – delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato¹⁰⁵.

La prospettiva seguita si basa, ovviamente, su una concezione dinamica e adattativa (non statica) del risultato amministrativo¹⁰⁶, che riconosce e tutela lo spazio della pubblica amministrazione nel “conformarlo” e “adattarlo” in base al settore di intervento e agli obiettivi in concreto perseguiti. Essa, inoltre, porta a ritenere ineludibile una comparazione tra il ricorso all'amministrazione condivisa e le tradizionali soluzioni di esternalizzazione: la p.a. è infatti sempre tenuta a verificare se, alla luce dei bisogni da soddisfare, delle attività da porre in essere e delle circostanze del caso concreto, i benefici dell'amministrazione condivisa¹⁰⁷ permettano di meglio soddisfare le esigenze dei destinatari delle prestazioni, in conformità ai canoni di qualità e universalità delle prestazioni, efficienza, efficacia, economicità¹⁰⁸. Nell'ambito di questa valutazione di ade-

105 In tal senso le Linee guida n. 72/2021, ma v. pure le Linee guida n. 17 recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali» adottate da ANAC con delibera n. 382 del 27 luglio 2022, p. 7.5.

106 Cfr. E. GUARNIERI, *Il principio di risultato*, cit., 829 ss. e E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori*, cit., 863 ss. e 893 ss. In giurisprudenza questa prospettiva ha da ultimo trovato riscontro in Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

107 In termini di maggior conoscenza dei problemi e delle esigenze prive di risposta, di capacità tecnico-organizzative e di intervento, di apportare risorse, di individuare soluzioni innovative.

108 Contra, L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, in *Cantiere Terzo Settore*, 12 gennaio 2023.

guatezza obiettivi ulteriori – quali il *favor* per il privato sociale, la valorizzazione della sua «vocazione politica»¹⁰⁹ o anche quel *quid pluris* in termini di partecipazione democratica che consegue al ruolo attivo degli ETS (*infra*) – assumono carattere strumentale (o al più succedaneo) rispetto all'interesse primario di erogare il miglior servizio agli amministrati¹¹⁰.

e. Rispetto dei principi dell'evidenza pubblica

Sia l'art. 6 CCP che l'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 richiedono che il ricorso ai modelli organizzativi di amministrazione condivisa e ai partenariati con gli ETS avvenga in conformità ai principi dell'evidenza pubblica¹¹¹ il cui rispetto, in ogni caso, è già imposto dalle disposizioni di cui al Titolo VII del CTS¹¹². Il tema verrà ripreso al paragrafo conclusivo, ove ci si soffermerà in termini critici sulla distinzione, da più parti condivisa, tra un'evidenza pubblica volta a garantire il principio di concorrenzialità e un'evidenza pubblica incentrata sul principio interno di concorsualità.

f. *La co-progettazione quale strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa*

La Relazione illustrativa del Governo sullo schema di CTS, ripresa sul punto dalle Linee guida n. 72/2021, sottolinea come, con l'adozione del Codice nel 2017, la co-progettazione sia diventata un *modello organizzativo ordinario*, «non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato». Con la sent. n. 131/2020, la

¹⁰⁹ Vocazione politica che, secondo parte della dottrina sociologica, sarebbe stata inaridita dalle politiche pubbliche che hanno spinto il Terzo settore sul piano della competizione per la produzione e offerta di servizi; così G. MAROCCHI, *La coprogrammazione: punti di forza, criticità, dibattito*, in U. DE AMBROGIO, G. MAROCCHI (a cura di), *Coprogrammare e coprogettare. Amministrazione condivisa e buone pratiche*, Bari, Carocci Editore, 2023, 69; v. pure L. FAZZI, *La co-progettazione tra management amministrativo e politica sociale: un vademecum operativo*, in *Impresa sociale*, 4/2023, 9 ss.

¹¹⁰ In tal senso pure N. VETTORI, *op. ult. cit.*, 848

¹¹¹ L'art. 6 CCP richiede che il ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa contribuisca «al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente», mentre l'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 richiede il rispetto «dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento».

¹¹² Anche grazie alle precisazioni contenute, soprattutto con riguardo alla co-programmazione, nelle Linee guida ministeriali n. 72/2021.

Corte costituzionale ha confermato e per certi versi rafforzato tale qualificazione, nella misura in cui ha chiarito che si tratta di strumenti di amministrazione non residuali rispetto alle tradizionali forme di esternalizzazione disciplinate dal diritto dei contratti pubblici.

Quanto fin qui osservato suffraga tali conclusioni ma, al tempo stesso, suggerisce una precisazione: la qualificazione della co-progettazione quale strumento ordinario di amministrazione non significa che ad esso le amministrazioni possa sempre far ricorso in luogo dei modelli organizzativi tradizionali, dovendo sempre trovare effettivo riscontro in quelle condizioni sopra esaminate (limiti soggettivi, limiti oggettivi, natura collaborativa, etc.) che rendono legittimo il ricorso a tale strumento.

4. La genuinità del rimborso quale elemento costitutivo dei rapporti tra p.a. e Terzo settore

Nel precedente paragrafo si è richiamata, tra gli elementi costitutivi della co-progettazione realizzativa, la natura genuinamente collaborativa dei rapporti tra p.a. e ETS e si è inoltre osservato come siffatta natura implichi l'assenza di lucro oggettivo e, quindi, che l'erogazione economica corrisposta all'ETS non vada oltre il rimborso dei costi sostenuti per erogare il servizio. Detto altrimenti, la genuinità del rimborso spese costituisce condizione necessaria per il legittimo ricorso allo strumento in esame, in quanto corollario della natura collaborativa che deve contraddistinguere i rapporti di amministrazione condivisa. Questa conclusione poteva già essere desunta, in via interpretativa, dalla giurisprudenza Ue sui rapporti di cooperazione pubblico-pubblico che, come si è detto, presentano caratteristiche simili ai rapporti pubblico-privato oggetto di analisi; e, forse, anche dalla matrice teorica di questi strumenti, rintracciabile nei principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale¹¹³. Tuttavia, data l'incer-

¹¹³ Con riguardo al principio di sussidiarietà orizzontale tale conclusione è però tutt'altro che pacifica; nel senso indicato nel testo cfr. D. DONATI, *Il paradigma sussidiario, Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013, 206.

tezza generata dall'assenza di una previsione in tal senso nell'art. 55 CTS¹¹⁴, ben ha fatto il legislatore, in sede di riordino della normativa sui servizi pubblici locali, a esplicitare tale aspetto: l'art. 18, co. 3 d.lgs. n. 201/2022 esclude infatti il ricorso ai partenariati con gli ETS «nelle ipotesi in cui 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».

Va in aggiunta osservato che la genuinità del rimborso spese è uno degli elementi cui ha dato rilievo la CGUE per ritenere giustificabili regimi nazionali di *favor* per il settore *non profit* che, di norma, rappresentano restrizioni alle libertà di circolazione. In particolare, all'assenza di lucro oggettivo, anche indiretto, si è dato rilievo: nelle sentenze *Spezzino* e *Casta* per ritenere giustificabile, sulla base dei motivi imperativi di interesse generale, l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato; nella sentenza *Asade* per ritenere sussistenti quelle ragioni obiettive che giustificano il trattamento differente di situazioni analoghe e, dunque, per ritenere compatibile con il principio di parità di trattamento (nella sua accezione sostanziale) la riserva per il privato non lucrativo¹¹⁵. Dal punto di vista del giudice europeo, l'assenza

114 Tra i tanti, sembra ritenere ammissibile un'erogazione economica superiore al rimborso spese, v. S. FREGO LUPPI, *L'affidamento e la gestione dei servizi di interesse generale*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 9 ss. Si ritiene di poter richiamare in tale direzione anche A. SANTUARI, *Co-progettazione e il sistema giuridico amministrativo impermeabile al cambiamento*, in *welfareforum.it*, 21 maggio 2024. Nello specifico, non è ben chiaro se nell'affermare che «in alcuni specifici ambiti di intervento, quali, per esempio, i servizi e le prestazioni socio-assistenziali e socio-sanitarie, l'impegno degli Enti del Terzo settore non può limitarsi a prevedere un "mero" rimborso delle spese», l'A. intenda affermare che il quantum dell'erogazione economica debba andar oltre il rimborso delle spese oppure semplicemente intenda criticare la posizione della giurisprudenza amministrativa ripresa nel successivo paragrafo.

115 Al p. 95 della sentenza *Asade* si osserva che «il principio della parità di trattamento (...), autorizza gli Stati membri a riservare il diritto di partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi sociali di assistenza alla persona agli enti privati senza scopo di lucro, compresi quelli che non sono enti di volontariato in senso stretto, purché, da un lato, gli eventuali benefici derivanti dall'esecuzione di tali appalti siano reinvestiti da tali enti al fine di raggiungere l'obiettivo sociale di interesse generale da essi perseguito (...)». Tale passaggio, nel far riferimento al reinvestimento di eventuali benefici, sembra ammettere la possibilità di un

di lucro oggettivo è necessaria innanzitutto per evitare situazioni di “abuso del diritto” dal momento che l’arretramento della logica concorrenziale e la giustificabilità di un regime di *favor* per il privato sociale trovano giustificazione nel principio di solidarietà; tale arretramento, inoltre, è ammesso per ragioni di efficienza di bilancio e di garanzia di un *welfare* equilibrato e accessibile a tutti che, difficilmente, troverebbero effettivo invero qualora l’ente pubblico si facesse carico di garantire agli ETS anche un utile (oggettivo) per la prestazione svolta.

E infatti nelle tre sentenze esaminate la CGUE si è focalizzata sul *quantum* del rimborso spese, che deve essere limitato al rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli/permanenti (potendo quindi ricomprendere anche i costi generali/indiretti e, si ritiene, le spese di investimento), nonché sulle *modalità* del rimborso, escludendo soluzioni forfettarie che potrebbero celare un “utile mascherato”¹¹⁶.

Per riassumere, l’arretramento del diritto Ue dei contratti pubblici presuppone la *genuinità* del rimborso spese che dipende da aspetti sostanziali e riconducibili alla natura delle cose, quali il *quantum* dell’erogazione economica e le modalità del rimborso che non devono “occultare” un utile. Se così è, perde di significato – quantomeno nella prospettiva di delineare i confini tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore – un’altra qualificazione diffusa in dottrina e ripresa dalla Linee guida n. 72/2021: al pari di quanto osservato rispetto alla riconduzione dei partenariati tra p.a. e ETS agli accordi pubblicistici, anche la riconduzione dell’erogazione economica corrisposta dalle p.a. alle ETS

lucro, quantomeno oggettivo; in realtà, non è questa la posizione della CGUE, come si può ricavare dai pp. 89 e 90 della medesima sentenza dove sono richiamati quei passaggi delle pronunce *Spezzino* e *Casta* che condizionano l’ammissibilità della deroga al fatto che il corrispettivo sia limitato al rimborso dei costi variabili, fissi e permanenti. In tal senso cfr. B.L. BOSCHETTI, N. BERTI, G. MACDONALD, *L’amministrazione condivisa*, cit., 102-103.

¹¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217 e 5218; Tar Campania, Napoli, sez. V, 2 maggio 2023, n. 2621; Tar Campania, Napoli, sez. V, 1° aprile 2021, n. 2227.

alla categoria del “contributo” ex art. 12 l. n. 241/1990¹¹⁷ appare inidonea a giustificare, *ex se*, un arretramento delle regole di mercato di matrice Ue.

A questo punto del discorso occorre ribadire che la nozione di *rimborso spese genuino* è distinta e non sovrapponibile ai concetti di *gratuità* o *non onerosità* del rapporto come pure al *carattere non economico dell'attività* svolta dal privato sociale. Tanto che, come già anticipato, in tutte e tre le sentenze esaminate la CGUE non ha negato la natura onerosa dei rapporti tra p.a. ed ente *non profit*, qualificati infatti quali appalti pubblici, e ha anzi affermato che «ha scarsa rilevanza accertare» se il rimborso copra «unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali»¹¹⁸. Questa impostazione è stata fedelmente recepita con l'art. 18, co. 3 del d.lgs. n. 201/2022 sopra riportato, ma ancora prima con l'art. 56 CTS che individua nella genuinità del rimborso spese una delle condizione legittimanti il ricorso alle convenzioni, prevedendo in modo espresso che tale rimborso possa andar oltre le c.d. “spese vive” e ricomprendere, quindi, anche i costi generali e/o indiretti¹¹⁹.

Si fa pertanto fatica a rintracciare il fondamento giuridico della differente posizione seguita dalla prevalente giurisprudenza amministrativa che, non prestando sufficiente attenzione alla distinzione tra la *gratuità del rapporto* e la diver-

117 Sull'istituto v., da ultimo, S. FRANCA, *Misure di sostegno pubblico e vantaggi economici per gli enti del Terzo settore nel Codice del Terzo settore*, in *Munus*, 2, 2019, 719 ss. e F. GIGLIONI, *art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017.

118 CGUE, *Spezzino*, p. 37.

119 Ai sensi del co. 2 dell'art. 56 «le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle *spese effettivamente sostenute e documentate*»; il co. 4, tra i contenuti delle convenzioni, include anche «i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso *fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa*, (...) nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e *con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione*» (corsivo per enfasi).

sa nozione di *genuinità del rimborso spese*, considera la prima elemento costitutivo per il legittimo ricorso agli strumenti previsti dal diritto del Terzo settore¹²⁰.

Questa discutibile posizione aveva trovato un primo riconoscimento nel noto parere n. 2052/2018 ove il Consiglio di Stato, enfatizzando la distinzione tra “spese vive” (o “correnti”) e “spese di investimento”, aveva nella sostanza negato la genuinità di un rimborso spese tale da remunerare tutti i fattori della produzione, finendo così per assimilare il rimborso dei costi indiretti/generali a una vera e propria remunerazione¹²¹. Ad avviso di chi scrive, ancor meno comprensibile è il fatto che questa posizione venga pedissequamente seguita dalla giurisprudenza successiva. Ciò vale, in particolare, per le pronunce posteriori alla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale e ai successivi interventi normativi che, come si è visto, hanno “stabilizzato” il ricorso al diritto del Terzo settore, riconoscendogli il carattere di soluzione organizzativa ordinaria, dando così avvio a una linea evolutiva antitetica rispetto a quella emersa nel parere del 2018¹²². Invero, in diverse pronunce – la maggior parte delle quali ri-

120 Tale notazione critica dipende dal fatto che, come già osservato, nella prospettiva europea queste due nozioni comportano conseguenze giuridiche differenti: la gratuità esclude a monte l'operatività del diritto dei *public procurement* (l'appalto pubblico è infatti un “contratto oneroso”); diversamente la genuinità del rimborso spese può consentire di “giustificare” una misura nazionale *latu sensu* restrittiva delle libertà di circolazione. Peraltro, il parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato e la giurisprudenza amministrativa che ad esso si rifa finiscono per dilatare il concetto di gratuità rispetto al *case law* Ue nella misura in cui considerano non onerosi (*i.e.* privi di rilevanza economica) affidamenti che prevedono un rimborso delle spese a piè di lista limitato alle spese vive/correnti. Diversamente, nell'impostazione UE la «semplice “non lucratività” (...) non esclude l'economicità del servizio», come ben rilevato da B.L. BOSCHETTI, N. BERTI, G. MACDONALD, *op. ult. cit.*, 101.

121 L. GALLI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 29 ss. Al riguardo si può osservare che se per un verso il rimborso dei costi indiretti e, più in generale, dei costi diversi dalle spese vive/correnti difficilmente si presta a forme di rendicontazione a piè di lista, è altrettanto vero che possono individuarsi ulteriori modalità di rendicontazione (quali quelle previste dall'art. 56 CTS) tali da assicurare la genuinità del rimborso spese ed evitare, quindi, una remunerazione mascherata e surrettizia.

122 Come del resto riconosciuto da Cons. St., sez. cons. att. norm., 3 maggio 2022, n. 802, secondo cui «sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione» del diritto del terzo settore».

guardanti rapporti di co-progettazione *ex art.* 55 CTS¹²³ – i giudici amministrativi hanno ritenuto che solamente se l'ente del Terzo settore gestisce in perdita il servizio può ritenersi rispettata la condizione della gratuità, (erroneamente) qualificata quale «element(o) costitutiv(o) della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici»¹²⁴.

Sulla base di quanto fin qui osservato, si può affermare, per un verso, come questa posizione sia sproporzionata poiché non necessaria per assicurare il rispetto del diritto Ue. Non lo è certamente in relazione agli artt. 56-57 CTS che trovano fondamento nella dottrina Spezzino, né in relazione ai rapporti di co-progettazione riguardanti i servizi sociali sottoposti al regime alleggerito, per i quali viene ora in rilievo la “dottrina Asade”. Ma si ritiene sproporzionata anche rispetto ai rapporti di amministrazione condivisa che non trovano diretta copertura nel diritto Ue (le procedure riservate di co-progettazione riguardanti attività di cui all'art. 5 CTS ma non riconducibili ai servizi sociali): se “presi sul serio”, gli elementi cui si è dato rilievo nel precedente paragrafo, a partire dalla natura genuinamente collaborativa del rapporto, appaiano infatti tali da attestare l'alternatività degli istituti in esame rispetto ai tradizionali strumenti dell'appalto e della concessione, come pure tali da favorire il perseguimento di

123 Con riguardo alla co-progettazione v. Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540; 26 maggio 2023, n. 5217 e 5218; 7 settembre 2021, n. 6232; Tar Sicilia, Catania, sez. V, 15 marzo 2024, n. 1047; Tar Liguria, sez. I, 3 maggio 2024, n. 310; Tar Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2022, n. 44; Tar Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260. Con riguardo alle convenzioni *ex art.* 56 CTS, v. Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2024, n. 7020. Sempre con riguardo alle convenzioni (*ex artt.* 56 o 57 CTS), diversa e più condivisibile è la posizione di Tar Molise, sez. I, 9 giugno 2023, n. 189; Tar Campania, Napoli, sez. V, 31 maggio 2023, n. 3327; 1° aprile 2021, n. 2227; Cons. Stato, sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199. Si può pertanto affermare che l'approccio più rigoroso ed “economicista” trova applicazione sistematica con riguardo all'art. 55, mentre è meno frequente nelle decisioni concernenti le convenzioni *ex art.* 56 e 57 CTS. Tale differenza può dipendere tanto dal fatto che mentre le convenzioni possono essere stipulate solo con le associazioni di volontariato e di promozione sociale, gli istituti di cui all'art. 55 possono riguardare anche ETS capaci di perseguire utile come le imprese sociali; quanto dal fatto che la qualificazione della gratuità quale “elemento costitutivo” contrasta con il tenore letterale dell'art. 56, co. 4 CTS.

124 Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217.

obiettivi di universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio, così da prestarsi a nuove operazioni di bilanciamento da parte dei giudici europei¹²⁵.

Per altro verso, l'approccio "più realista del re" dei giudici amministrativi sembra porsi in contrasto anche con la logica del risultato amministrativo che dovrebbe invece permeare tutte le scelte organizzative delle amministrazioni, incluso il ricorso agli strumenti in esame: pare invero innegabile che assumere la categoria della gratuità quale elemento costitutivo del ricorso al diritto del Terzo settore significa porre in secondo piano il tema della qualità del servizio e del continuo miglioramento delle prestazioni erogate ai cittadini. In aggiunta, tale posizione appare in contrasto con il dato normativo nazionale da un duplice punto di vista: uno "micro" che emerge dal confronto con gli artt. 56 co. 2 e 4 del CTS e 18, co. 3 del d.lgs. n. 201/2022, i quali danno rilievo alla genuinità del rimborso spese e non alla gratuità/non onerosità del rimborso; uno "macro" dal momento che questa giurisprudenza finisce inevitabilmente per marginalizzare il ricorso agli strumenti di cui al Titolo V CTS (in particolare alle soluzioni di amministrazione condivisa di cui all'art. 55 CTS¹²⁶) che, invece, il legislatore ha in più occasioni mostrato di voler valorizzare.

Per concludere, se, come sembra ricavarsi alle sentenze da ultimo citate, la giurisprudenza amministrativa considera in contrasto con il diritto europeo la scelta del legislatore statale di configurare la co-progettazione quale modello organizzativo ordinario, l'unica strada percorribile appare quella di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia; altre soluzioni, inclusa la margi-

125 Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2024, n. 7020 ha mostrato particolare attenzione a quest'ultimo profilo, ritenendo però che l'obiettivo di efficienza e sostenibilità finanziaria dei sistemi di assistenza non possa ritenersi effettivamente perseguito quando il ricorso agli ETS preveda la copertura totale dei costi da questi enti sostenuti per erogare il servizio. Oltre a non essere imposta dal *case law* Ue, questa posizione non appare coerente con quella giurisprudenza nazionale che, nel valutare la legittimità del ricorso all'autoproduzione in luogo dell'esternalizzazione, ha fatto rientrare il risparmio sull'utile del fornitore tra le ragioni che possono giustificare la scelta per l'affidamento *in house*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444; 23 febbraio 2021, n. 1596.

126 Si consideri che l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 55 ricomprende soggetti, quali le cooperative e soprattutto le imprese sociali, che difficilmente possono operare in perdita.

nalizzazione “di fatto” che si sta attualmente tentando di percorrere, non appaiono conformi ai limiti esterni e, più in generale, al ruolo istituzionale della giurisprudenza amministrativa.

Sezione II

Profili ricostruttivi dell'amministrazione condivisa

5. Ruolo e funzioni della co-progettazione c.d. realizzativa. Il regime dell'attività del Terzo settore

Nella prima sezione del lavoro sono state affrontate le principali questioni attinenti al rapporto tra diritto del Terzo settore e diritto dei contratti pubblici, ovvero uno degli aspetti che ha fin qui maggiormente frenato il ricorso agli strumenti di cui al Titolo VII del CTS. In linea con questa prospettiva di indagine, si è focalizzata l'attenzione su struttura e tratti caratterizzanti la co-progettazione, in particolare quella c.d. “realizzativa” che può rappresentare il punto di maggiore tensione tra i due sub-sistemi regolativi. In questa seconda sezione si procederà a un inquadramento teorico dell'istituto e delle ricadute sistematiche del suo utilizzo sull'agire amministrativo; nel far ciò si seguirà un approccio *induttivo*, che se per un verso tiene conto della predominante prospettiva datane a livello normativo e di diritto vivente (evitando quindi letture eccessivamente soggettivistiche), per l'altro si prefigge di rilevare eventuali incongruenze, tali da richiedere aggiustamenti discreti sul piano normativo e/o interpretativo.

Nella co-progettazione è senz'altro rinvenibile quel “tratto comune” a tutti gli strumenti di amministrazione condivisa, indicato in dottrina quale elemento discrezionale di questo nuovo modo di amministrare rispetto ai modelli tradizionali (in specie l'amministrazione consensuale e l'amministrazione secondo

il diritto privato)¹²⁷: si fa riferimento alla posizione del soggetto privato che, nell'esercizio della sua libertà solidale e in posizione paritaria con la p.a. (che non implica però identità dei ruoli¹²⁸), collabora e partecipa attivamente al perseguimento dell'interesse generale, apportando le proprie competenze, conoscenze, professionalità e risorse. Tuttavia, tra le plurime classificazioni cui si presta la co-progettazione (procedimento amministrativo, nuovo rapporto pubblico-privato, nuova forma di cittadinanza, etc.), l'analisi fin qui svolta consente di inquadrarla, pur con tutte le precisioni fatte, (anche) quale soluzione organizzativa di funzioni di prestazione e di servizi pubblici, alternativa rispetto alle soluzioni tradizionali, su tutte l'esternalizzazione e l'autoproduzione¹²⁹.

Questa conclusione non è scontata, ragione per cui nel prosieguo del lavoro si tenterà di suffragarla ulteriormente. Tuttavia, qualora la si condivida occorre confrontarsi con le conseguenze che da essa discendono. Invero, il fatto che nelle situazioni esaminate l'attività dell'ETS «s'iscriv(a) dentro a un modulo a responsabilità pubblica» suggerisce (e forse impone) di distinguere tale istituto da altri strumenti di amministrazione condivisa, quali ad esempio le forme di “cittadinanza attiva o praticata” (ad esempio i patti di collaborazione), di norma riguardanti attività sottese «a bisogni emersi nel tessuto sociale e che, tuttavia,

127 V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa*, cit., 21 ss., spec. 25 ove l'A. osserva come «la posizione del terzo non è più la posizione di colui che difende interessi propri, ma di colui che partecipa, collabora, nell'elaborazione, in concreto, dell'interesse generale (...) il suo interesse (non è più non è più) solo un interesse di natura economico-patrimoniale o comunque di difesa legittima di posizioni individuali (...) ma diventa un interesse che viene a coincidere con l'interesse la cui cura concreta sarebbe definizione di competenza dei pubblici poteri».

128 *Infra* par. successivo.

129 Tale inquadramento della co-progettazione, che trova già riscontri nel tenore letterale dell'art. 55 CTS («le amministrazioni pubbliche (...) 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 (...)») e nella prassi amministrativa, pare ora confermata sia dall'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 che, seppur con precisazioni svolte *supra*, *sub* nt. 80, sembra inquadrare la co-progettazione quale modalità di gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica; sia dal Codice dei contratti pubblici, tanto nel richiamare tali istituti tra i principi generali della materia, quanto nella misura in cui, nel delineare un rapporto di esclusione con il Codice del terzo settore, li configura quali strumenti alternativi per l'affidamento di servizi sociali. Una lettura differente, riferita all'art. 55 CTS, si rintraccia in E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico*, in *Amministrare*, 2, 2018, 254.

non risultano ancora considerati e tutelati dagli apparati pubblici nell'esercizio delle rispettive prerogative»¹³⁰.

Tale differenziazione funzionale tra co-progettazione e forme di “cittadinanza attiva o praticata” potrebbe innanzitutto fornire una giustificazione al più limitato ambito soggettivo di applicazione dell'art. 55 CTS (e quindi degli artt. 6 CCP e 18 d.lgs. n. 201/2022), che la stessa Corte costituzionale ha inteso in termini rigorosi¹³¹. Inoltre, e per quanto di maggior interesse ai nostri fini, essa appare foriera di ricadute in termini di regime giuridico cui è sottoposta l'attività del privato. Il tema, particolarmente complesso, si presta ad essere affrontato da prospettive diverse; una di queste suggerisce di prendere le mosse dall'art. 1 co. 1-ter, della l. n. 241/1990 e dai suoi confini applicativi, com'è noto oggetto di letture distinte.

Secondo alcuni Autori, che fanno propria una visione marcatamente obiettivata della funzione amministrativa, questa disposizione ricomprenderebbe anche le attività esercitate dai privati sulla base della loro autonoma iniziativa, indipendentemente da un momento di “preposizione” (sia esso costituito da un titolo legislativo, provvedimentale o convenzionale)¹³². A ben vedere, questa posizione priverebbe di rilevanza la distinzione, sopra suggerita, tra le differenti forme di amministrazione condivisa, finendo per equiparare i relativi regimi giuridici. Si tratta tuttavia di una tesi che non trova significativi riscontri in giurisprudenza, minoritaria in dottrina e che risulta, peraltro, poco convincente sia sul piano teorico sia per le conseguenze che ne derivano¹³³. In questa sede, nell'ottica di prenderne le distanze, è sufficiente dar rilievo agli esiti che

130 Il corsivo è rispettivamente di F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2, 2016, 325-326 e E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Questa Rivista*, 2, 2019, 352-353.

131 Cfr. *supra* sub nt. 85.

132 Così P. DURET, *La giustizia nell'«amministrare». Riflessioni preliminari nel solco della sussidiarietà*, in *Jus*, 3, 2009, 549.

133 Rimane peraltro sempre attuale l'insegnamento di C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, cit., 92 che osserva come il mantenimento della separazione tra pubblico e privato è «indispensabile condizione di garanzia (costituzionale) per entrambi i protagonisti».

possono derivare da una lettura così estensiva dei confini operativi dell'art. 1, co. 1-ter, l. n. 241/1990. E invero tale lettura conduce a esiti analoghi alla tesi – anch'essa non persuasiva – del regime amministrativo quale “paradigma o statuto unitario” dell'agire delle pubbliche amministrazioni¹³⁴: estendendo ai soggetti privati che autonomamente perseguono l'interesse generale «il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni» in forza della l. n. 241/1990, si finisce per individuare un “regime pubblicistico minimo” cui, per evidenti ragioni di coerenza, si deve conformare anche l'agire dei soggetti pubblici quando operano *iure privatorum*. Diversamente, chi scrive ritiene che, in assenza di un regime speciale imposto *ex lege*, il rispetto dell'art. 97 Cost. – immanente anche all'attività di diritto privato della p.a. – non debba necessariamente inverarsi tramite le medesime garanzie previste dalla legge sul procedimento. Ragionando diversamente, infatti, si legittima quell'estensione del regime pubblicistico in via interpretativa che ha caratterizzato diversi settori dell'agire amministrativo (società pubbliche, responsabilità erariale, pubblico impiego, etc.); altrimenti detto, si finisce per sottrarre al legislatore, al di fuori dei “canali” consentiti dall'ordinamento, la possibilità di scegliere tra diritto pubblico e diritto privato e, in ultima istanza, di bilanciare imparzialità e buon andamento¹³⁵.

Sussistendo quindi diversi elementi che consentono di discostarsi dalla lettura più estensiva dell'ambito operativo dell'art. 1, co. 1-ter, non è necessario domandarsi se la suddetta previsione riguardi solo le funzioni *strictu sensu* amministrative (*i.e.* quelle destinate a concludersi con l'adozione di un provvedimento), ovvero anche i servizi pubblici¹³⁶: se, come si ritiene, molte esperienze con-

¹³⁴ V., per tutti, F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002, 95 ss.

¹³⁵ Si veda, in proposito, quanto rappresentato in E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., 19 ss.; ID., *Per una rilettura funzionale del rapporto in house: riflessi sul controllo analogo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2024, 157.

¹³⁶ Ritengono applicabile ai servizi pubblici l'art. 1, co. 1-ter R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 231; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 104 ss. Sul tema v. pure E.

crete di co-progettazione possono essere ricondotte alla categoria del “pubblico servizio” (comprensiva anche dei servizi sanitari e sociali), trova applicazione il relativo regime giuridico che dovrebbe presentare, in ogni caso, un’intensità pubblicistica maggiore rispetto al regime cui è sottoposta l’attività privata autonoma, anche quando questa è favorita e/o sussidiata da un soggetto pubblico *ex art. 118, co. 4 Cost.*¹³⁷.

Nello specifico, il *quid pluris* della disciplina del pubblico servizio va ravvisato nella *continuità* della sua erogazione e, quindi, nella *doverosità* delle prestazioni, entrambi connotati essenziali della categoria in quanto riflettono quella «responsabilità di risultato» nei confronti dei cittadini che è inerente al ruolo del soggetto pubblico¹³⁸ e che trova espressione nella valutazione politica «sull’esistenza del bisogno sociale» e nella conseguente «determinazione della misura dell’attività»¹³⁹. Di guisa che dalla scelta volontaria dell’ETS di far parte

ZAMPETTI, *Riflessioni*, cit., 345 ss. Più restrittiva è la posizione di A. MALTONI, *Condizioni che consentono di ‘equiparare’ un’organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell’esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell’organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici ‘essenziali’*, in *questa Rivista*, 1, 2020, 167. Si tratta di considerazioni che si intrecciano con il più generale discorso sul perimetro dell’organizzazione amministrativa su cui si vedano le riflessioni, a partire dal pensiero di Domenico Sorace, di M. MONTEDURO, *L’organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *questa Rivista*, n. 1/2020, p. 545 ss. Per completezza, va precisato che nella nozione di attività di interesse generale *ex art. 5 CTS* (e *art. 118, co. 4 Cost.*) non dovrebbero rientrare le funzioni amministrative in senso tecnico; cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. XII, 2004, 1 ss.; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 272. Sulla distinzione tra funzioni e servizi pubblici, G. CAIA, *Servizi pubblici*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2005, 131.

137 E. ZAMPETTI, *op. ult. cit.*, 358. La questione è affrontata pure da A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 81.

138 Il virgolettato è di G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, II, 2005, 1762 il cui pensiero è ripreso e sviluppato da P. DURET, *L’«amministrazione della società» e l’emersione del principio di sussidiarietà sociale*, in *Amministrare*, 2, 2018, 228 il quale osserva come Pastori abbia ben presente il «lato oscuro» della sussidiarietà, «il problema dell’invadenza del sociale», ovvero (...) della “resa totale al corporativismo o allo spontaneismo sociale” della “fungaia dei corpi sociali”, ma rintraccia l’antidoto nella prospettiva costituzionale dei diritti e quindi nella prospettiva della responsabilità che è al cuore della dinamica sussidiaria. Al sistema istituzionale rimarrebbe, quindi, una responsabilità «ultima, di chiusura e di garanzia».

139 Il virgolettato è ripreso da R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, 1993, 62 ss. spec. 68, ma v. pure ID., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, *Dir. amm.*, 2000, 1, 56. Sulla centralità della doverosità, quale elemento che «differenzia il servizio pubblico, il vero servizio pubblico, da un’attività anche oggettivamente analoga, ma che tale non possa essere considerata», è

di un sistema di prestazioni di servizi pubblici consegue il suo assoggettamento al relativo regime giuridico che va garantito anche in caso di ricorso allo strumento della co-progettazione¹⁴⁰. A ben vedere, doverosità e continuità sono principi inconciliabili con l'autonoma iniziativa degli ETS che, pur quando sussidiata da soggetti pubblici, rimane espressione di libertà e non perde la connotazione prettamente privatistica e i caratteri della spontaneità e dell'autonomia, anche con riguardo alle modalità di svolgimento dell'attività e alla decisione di interromperla¹⁴¹.

Da quanto appena osservato potrebbero ricavarsi ulteriori profili di differenziazione tra le diverse forme (o estrinsecazioni) dell'amministrazione condivisa.

Se si concorda sul fatto che il ricorso alla co-progettazione avvenga, almeno di norma, per l'organizzazione e l'erogazione di funzioni (di prestazione) e/o di servizi pubblici¹⁴², non può negarsi che in questi casi l'amministrazione debba pretendere dagli ETS garanzie di adeguatezza e idoneità nella sostanza equivalenti a quelle richieste ai prestatori privati nell'ambito dei tradizionali modelli di esternalizzazione di tali funzioni/servizi¹⁴³. I profili che dovrebbero rendere peculiare i rapporti di amministrazione condivisa (es. comune vocazione di p.a. e ETS al perseguimento di finalità di interesse generale, relazione di carat-

d'obbligo richiamare A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 4, 1994, 472.

140 Così D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del Terzo Settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 529 ss. spec. 533.

141 D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 532; cfr. pure G. ARENA, *Amministrazione e società*, cit., 46.

142 Cfr. M. CLARICH, B. BOCHETTI, *Ai confini del terzo settore (e del suo diritto)*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti*, cit. 99 secondo cui in quanto concorrono alla co-programmazione e co-progettazione di attività proprie delle p.a., gli ETS «mettono un piede» in un ambito squisitamente pubblicistico». Inoltre, gli Autori osservano come il diritto del Terzo settore sia un diritto ambivalente, in parte confliggente con la natura privatista degli ETS e con il loro essere espressione più alta della società civile; ciò vale soprattutto per la disciplina sui controlli che trova giustificazione nel *favor* loro riconosciuto dagli art. 55 ss. nella relazione con gli enti pubblici che «ha molto di pubblicistico» (103).

143 In questa prospettiva si spiega, ad esempio, l'applicazione (anche parziale) alla co-progettazione realizzativa della disciplina sui requisiti di partecipazione, generali e speciali, di cui al Codice dei contratti pubblici; cfr. Linee guida n. 72/2021 nonché le leggi regionali intervenute in materia. Sul punto v. pure l'art. 56, co. 3 CTS sui requisiti di cui devono esser in possesso organizzazioni di volontariato e APS per poter stipulare le convenzioni.

tere fiduciari/collaborativo, etc.) non possono certo tradursi in un arretramento di tutela per i cittadini e/o in un decremento qualitativo delle prestazioni sociali loro garantite dai poteri pubblici in attuazione degli artt. 2 e 3, co. 2 Cost.

In parte diverso è il discorso per l'attività autonoma degli ETS che non si inserisce in un modulo a responsabilità pubblica. In realtà, anche in questi casi l'attività del privato sociale – specie se favorita *ex art.* 118, co. 4 Cost., in particolare mediante elargizione di risorse pubbliche – deve conformarsi al principio di adeguatezza, con conseguente dovere di verifica da parte dei soggetti pubblici tramite appositi strumenti di controllo¹⁴⁴. Tuttavia, in questa seconda ipotesi i principi di ragionevolezza e proporzionalità, e in particolare l'esigenza di evitare un'eccessiva pubblicizzazione del settore *non profit* e di un'attività che rimane di titolarità privata, dovrebbero limitare l'incidenza sull'autonoma iniziativa dei privati; detto altrimenti, la garanzia di adeguatezza del servizio va rapportata e adattata alla natura, agli effetti, alla portata e alla continuità dell'azione svolta dal privato sociale sussidiato¹⁴⁵. Per riassumere, il principio di adeguatezza dovrebbe giustificare un differente grado di conformazione dell'attività dei privati a seconda che questa si inserisca, o meno, in un ambito squisitamente pubblicistico¹⁴⁶.

Un ragionamento non dissimile sembra potersi svolgere con riguardo al principio di imparzialità, in relazione soprattutto alle prestazioni di *carattere relazionale*, rivolte “al volto della persona”¹⁴⁷. Nelle ipotesi di “cittadinanza attiva o praticata” o comunque di attività autonoma del privato sociale finanziata e/o favorita dai soggetti pubblici, questo principio dovrebbe concretarsi in un do-

144 Sull'adeguatezza dell'attività dei sussidiati cfr. E. ZAMPETTI, *op. ult. cit.*, 358; V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 6. Da ultimo sul tema v. L.R. PERFETTI, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *questa Rivista*, 1, 2021, 41.

145 Così D. DONATI, *op. ult. cit.*, 347.

146 In termini simili a quanto avviene, ad esempio, nel settore sanitario.

147 Cfr. F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici* e V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. econ.*, 1, 2004, rispet. 41 ss. e 95 ss.; V. BERLINGÒ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2012, 143 ss.

vere minimo di accessibilità e non discriminazione (per ragioni di genere, razza, orientamento sessuale, religione, età, etc.) che non dovrebbe ostare a una connotazione culturale, etica, ideologica, etc. dell'attività, risultando anzi tale connotazione coerente con istanze di libertà e di pluralismo. Diversamente, per i servizi alla persona erogati nell'ambito di moduli a responsabilità pubblica vengono in rilievo quelle criticità, ben rilevate in dottrina, del pluralismo realizzato mediante «mera giustapposizione» di «visioni» differenti: in queste situazioni, quindi, appare imprescindibile un più intenso grado di imparzialità, ovvero un servizio strutturalmente neutrale, non connotato da alcun orientamento¹⁴⁸.

Si ritiene opportuna una considerazione conclusiva.

Condivisibile o meno, l'inquadramento proposto della co-progettazione c.d. realizzativa quale soluzione organizzativa di funzioni e servizi pubblici è frutto dell'approccio induttivo seguito in questa ricerca, risultando perciò scevro da qualunque valenza assiologica o prescrittiva. Non si intende quindi porsi in contrapposizioni con quelle letture che, rifiutando il connubio *Welfare State*/garanzia dei diritti sociali, pongono l'attenzione sul fatto che questi ultimi possano trovare adeguata soddisfazione anche al di fuori di un sistema a responsabilità pubblica e, quindi, di un rapporto obbligato con i poteri pubblici¹⁴⁹. Si tratta di letture che non persuadono pienamente, specie se si conviene sul fatto che «la responsabilità di risultato» non può che rimanere in capo ai poteri pubblici: queste tesi, infatti, per un verso non sembrano chiarire fino in fondo come coordinare le iniziative autonome dei privati con il ruolo e attività comunque rimessi alle istituzioni pubbliche a garanzie della suddetta responsabi-

148 Come ben chiarito da A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007, 255 ss. da cui è ripreso il virgolettato. Sul punto si v. pure le considerazioni di F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 12 che mette in evidenza gli effetti limitativi sull'autonomia delle formazioni sociali derivanti dalle tesi della sussidiarietà sociale e dell'amministrazione obiettivata richiamate nei successivi paragrafi.

149 Per questa prospettiva v. G. PASTORI, *Diritti e servizi. Oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1081 ss. e G. BERTI, *Diritto e Stato: Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, 86 ss. e 122. V. pure L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, Cedam, 2001, *passim*, spec. 158 ss. e, da ultimo, E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali*, cit., *passim*.

tà¹⁵⁰; per altro verso rischiano di tradursi in un assiologico e generalizzato *favor* per soluzioni impicanti l'arretramento dell'intervento pubblico (nell'*an* o in relazione alle relative modalità), in termini non dissimili, nella sostanza, a quanto auspicato dai sostenitori dell'ideologia neoliberale. In ogni caso, non è obiettivo di questa ricerca prendere posizione in modo compiuto sull'argomento.

Né tantomeno si intende negare che lo stesso rapporto di co-progettazione possa svilupparsi al di là del servizio pubblico, svolgendo così ruoli/funzioni differenti¹⁵¹. Anzi, con riguardo a quest'ultimo profilo sembra possibile dar rilievo a un'ulteriore distinzione "interna" all'istituto della co-progettazione e alla sua disciplina, che porta a considerare l'art. 55 del CTS quale paradigma normativo *generale* di riferimento di uno strumento che può essere utilizzato sia all'esterno sia all'interno del servizio pubblico (in questa seconda ipotesi, nel rispetto delle indicazioni ricavabili dagli artt. 6 CCP e 18 d.lgs. n. 201/2022). All'obiezione secondo cui questa distinzione non trova (completo) riscontro nelle disposizioni esaminate¹⁵² si può rispondere che, in attesa della sua più nitida emersione sul piano normativo, anche regionale¹⁵³, essa potrebbe comunque essere presa in considerazione dalle amministrazioni pubbliche le quali, nell'esercizio sempre più frequente della loro l'autonomia organizzativa e regolamentare sul tema, ben potrebbero adeguare il quadro regolatorio alle differenti funzioni della co-progettazione¹⁵⁴.

150 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., 9.

151 V. E. CODINI, *op. ult. cit.*, 254 secondo cui «l'introduzione a livello legislativo del riferimento alla co-progettazione può essere un passo avanti lungo la via di un'adeguata regolazione del rapporto pubblico-privato nella tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico».

152 Cfr. art. 14 co. 2, l.r. Emilia Romagna n. 3/2023 che però sembra formulato nell'ottica di assicurare il rispetto della disciplina Ue in tema di aiuti di Stato.

153 Sul contributo delle Regioni nell'implementazione dell'amministrazione condivisa, cfr. G. CASILLI, *"Quello che resta da fare": l'apporto regionale nell'implementazione dell'amministrazione condivisa*, in M. BARONE, A. DE NICOLA, A. STEVANATO (a cura di), *Rivista Gruppo di Pisa, Atti della Undicesima Giornata annuale dei Dottorati del Gruppo di Pisa*, fasc. spec., n. 7, 2024, 101 ss.

154 Si condivide quanto sostenuto da G. MULLAZZANI, *L'attualità del principio di sussidiarietà da mero principio statico a modello dinamico alla luce della legislazione e della giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 28/2023, p. 140 secondo cui l'apparente genericità dell'art. 55 CTS «in realtà disvela una precisa scelta di politica legislativa (di) riconoscimento dell'autonomia e delle competenze a livello regionale in relazione alle attività e servizi».

6. Amministrazione condivisa e sussidiarietà orizzontale

Per espressa previsione legislativa, co-programmazione e co-progettazione costituiscono attuazione, tra gli altri, del principio di sussidiarietà orizzontale. Tra le tante variegate ricostruzioni teoriche di questo principio “polisenso”¹⁵⁵, molte non si adattano a quanto in precedenza osservato sull'amministrazione condivisa e, nello specifico, sulla co-progettazione realizzativa. Per valorizzare tale legame, in linea con il metodo induttivo fin qui seguito, si seguirà un approccio *bottom up*, sintetizzabile nella seguente domanda: di quale sussidiarietà orizzontale (o, meglio, di quali corollari di tale principio) sono attuazione gli istituti esaminati?¹⁵⁶

Questo approccio obbliga a prender le mosse dall'inquadramento teorico dell'amministrazione condivisa fornito dalla dottrina più attenta che l'ha descritta quale nuovo strumento per (o modo di) fare amministrazione, diverso da quelli tradizionali poiché caratterizzato dalla collaborazione attiva del privato in tutte le fasi dell'agire amministrativo, ma rivolto al medesimo obiettivo di fondo indicato dall'art. 3, co. 2 Cost.¹⁵⁷; nuovo modo di amministrare che non comporta un arretramento del pubblico, né limita e circoscrive ruolo, prerogative, funzioni, strumenti e risorse dei pubblici poteri ma, al contrario, finisce

155 Sul rischio che la sussidiarietà orizzontale si trasformi in uno «slogan *bon à tour faire*», una sorta di uno “slogan” dall’ “elevato tasso di equivocità, di imprecisione e di ambivalenza», v. R. BIN, *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti privati*, in *Ist. feder.*, 1, 1999, 5 ss.

156 Sul principio di sussidiarietà orizzontale la letteratura è sterminata; oltre agli Autori citati in nota, si v. anche, senza pretesa di esaustività, T.E. FROSINI, voce *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. Annali II*, Giuffrè, Milano, 2008; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002; G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, 381 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001; G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2001; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.; L. VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, in G. VITTADINI (a cura di), *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Milano, Etaslibri, 1998, 58 ss. Da ultimo, sul rapporto tra sussidiarietà orizzontale e libertà di iniziativa economica, B. CELATI, *Sussidiarietà orizzontale e attività di rilevanza economica. Beni comuni, servizi pubblici locali e impresa*, in D. DONATI (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi*, cit., 311 ss.

157 G. ARENA, *Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 286 ss.

per espanderli e arricchirli¹⁵⁸. Un rapido confronto con la *dinamica* di co-progettazione e co-programmazione è sufficiente per confermare la bontà di queste considerazioni.

Nei casi di ricorso a tali istituti, le funzioni rimangono in capo ai soggetti pubblici, venendo condiviso con gli ETS solamente il loro svolgimento (analisi dei bisogni, individuazione delle risorse attivabili, elaborazione ed eventuale esecuzione dei progetti e dei servizi, etc.); peraltro, a differenza delle principali soluzioni di esternalizzazione, la co-progettazione consente alla p.a. di mantenere, oltre alla titolarità della funzione o del servizio, anche un ruolo esecutivo/gestionale (v. *supra*, par. 3). Ancora: dal punto di vista del “nuovo cittadino”, questi strumenti rappresentano, rispetto alla mera partecipazione procedimentale, un passo successivo nella prospettiva del rafforzamento dell’amministrazione paritaria, della libertà attiva e della demarchia¹⁵⁹; ciò non implica, tuttavia, alcuna confusione e/o parificazione dei ruoli tra le parti, rimanendo in capo all’autorità amministrativa la competenza e la responsabilità – formale e sostanziale – ad adottare la determinazione conclusiva dei relativi procedimenti. Parimenti rilevante è il fatto che il ricorso alla co-programmazione e alla co-progettazione è sempre frutto di una “scelta” del soggetto pubblico alla cui valutazione politico-discrezionale è rimessa la decisione di quale modello di amministrazione utilizzare, anche in base al tipo di funzione e al conte-

158 Cfr. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti*, cit., 68 secondo cui con l’amministrazione condivisa le risorse dei cittadini (in termini di conoscenze, saperi, tempo, capacità) entrano nei sistemi pubblici in funzione servente e diventano una risorsa per amministrare; tutto ciò «non ha a che vedere con l’esternalizzazione di funzioni e servizi, ma presuppone modelli di governo co-gestiti della complessità sociale».

159 F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio Editori, 1994, *passim*. Ma v. pure ID., In re: *Stato del benessere V. benessere di Stato*, in *Dir. soc.*, 1, 1984, 11 ss. ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, V, 3825 ss. Le differenze tra amministrazione condivisa e partecipazione sono state *ab origine* delineate da G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, cit., 45. Diversa al riguardo è la posizione di S.S. SCOCA, *L’amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. ec.*, 3, 2021, 83 ss. secondo cui negli istituti di cui al Titolo VII CTS non ci sarebbe concreta co-gestione o co-esercizio della funzione, ma al più forme di partecipazione o comunque il contributo dei cittadini nella erogazione dei servizi.

sto in cui essa va esercitata¹⁶⁰; anzi, lungi dall'essere doveroso, il ricorso alla co-progettazione realizzativa richiede un *surplus* motivazionale circa l'idoneità della scelta alla produzione di esternalità obiettive e di valore sociale aggiunto (*supra*, par. 2.1. e 3).

È bene precisare che quanto osservato non trova alcuna deroga nei casi di co-programmazione o co-progettazione a istanza degli ETS¹⁶¹. In queste ipotesi, infatti, la p.a. non solo deve sottoporre le proposte programmatiche e/o progettuali dei privati alle medesime verifiche di opportunità e adeguatezza tecnica svolte nei casi di iniziativa d'ufficio; ma, in aggiunta, deve verificare la coerenza delle proposte con gli indirizzi politici e scelte programmatiche e, in caso di esito positivo di queste valutazioni, dovrebbe aggiornare strumenti e atti di pianificazione/programmazione, finendo così per estendere i confini dell'intervento pubblico.

Alla luce di questo breve *excursus* è possibile confrontarsi con alcune tassonomie sviluppate in dottrina sul principio di sussidiarietà orizzontale.

Prendendo le mosse dalla distinzione tra *dimensione costituzionale e amministrativa della sussidiarietà orizzontale*¹⁶², è indubbia la riconducibilità degli strumenti in esame alla seconda che, a differenza della prima, non pone pubblico e privato in posizione antinomica ma in un rapporto di integrazione: non si fa inve-

160 Sul punto G. Arena richiama gli studi di G. GUARINO, *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970, 6 ss. V. pure B. VIMERCATI, *Pubblica Amministrazione e Terzo Settore: un rapporto imprescindibile*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2, 2023, 15 secondo cui «(l)a PA, nella convivenza di molteplici moduli di interazione, viene lasciata libera di far agire la propria discrezionalità nella scelta di quale tipo di strumentario accogliere», venendo così «sollecitata a riflettere altresì su quale ruolo ritenga necessario di volta in volta assumere». Sembra invece ravvisare un dovere della p.a. di mettere a disposizione degli ETS le proprie strutture specializzate quando i cittadini scelgono autonomamente di attivarsi per contribuire a risolvere problemi di interesse generale M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 120; si tratta però di una notazione non specificatamente riferita agli istituti in esame.

161 Sull'ammissibilità di co-programmazione e co-progettazione ad iniziativa di parte, pur in assenza di riferimenti legislativi, v. L. GILLI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urb. app.*, 1, 2022, 25 ss.

162 I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003, 41 ss.

ro questione della titolarità delle funzioni e dei compiti amministrativi, ma delle modalità attraverso cui questi devono essere esercitati, richiedendo che siano «preferite tutte le forme di partecipazione degli amministrati nell'organizzazione e nell'esercizio delle funzioni amministrative» così da «allargare la dimensione comunitaria e la legittimazione democratica dei poteri pubblici al di fuori del circuito politico rappresentativo»¹⁶³.

Sempre nell'ottica di “affinare” il rapporto tra sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa, possono richiamarsi gli Autori che hanno distinto l'accezione *positiva* o *cooperativa* del principio, cui va ricondotta l'amministrazione condivisa, da differenti declinazioni teoriche dello stesso (*sussidiarietà negativa* o *economica* e *sussidiarietà sociale*), tra loro differenti per matrici culturali, esiti separati e interessi perseguiti, ma unite dalla comune aspirazione a un arretramento del pubblico (quantomeno soggettivamente inteso) a favore del paradigma dello Stato sussidiario¹⁶⁴.

La distanza con la sussidiarietà economica di matrice liberale emerge già da quanto sopra osservato, non essendovi traccia nell'amministrazione condivisa di quel “dovere di astensione” da parte dei pubblici poteri che rappresenta il “nucleo duro” di questa accezione di sussidiarietà orizzontale. Più nel dettaglio, l'affermarsi dell'amministrazione condivisa non subordina l'intervento pubblico a una previa verifica sul fallimento del mercato, anzi finisce per ampliarlo; allo stesso modo, non favorisce soluzioni di liberalizzazione economica e/o di esternalizzazione di funzioni e servizi pubblici ma, al contrario, offre alle p.a. una soluzione organizzativa aggiuntiva, per certi versi alternativa al ricorso al

163 Così I. MASSA PINTO. *op. utl. cit.*, 44, 51, 62 e 135 con riferimento alla c.d. “sussidiarietà orizzontale amministrativa”. L'Autrice richiama l'espressione di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze-Antella, Passigli Editore, 1997 dello «Stato osmotico», caratterizzato da un doppio circuito rappresentativo: «uno elettorale-partitico e uno non elettorale di parti sociali e gruppi di interesse».

164 F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà*, cit., *passim*, spec. 7, 13 e 33. Questa impostazione è stata da ultimo ripresa da N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice*, cit., 826-831. Sulle differenze tra la notazione di sussidiarietà orizzontale offerta dal pensiero cattolico e dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica, cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 57 ss.

mercato. A ben vedere, questa differenza trova concretizzazione nel d.lgs. n. 201/2022 in tema di riordino dei servizi pubblici locali, ove si rinvencono entrambe le accezioni della sussidiarietà orizzontale: quella *cooperativa* all'art. 18 sul partenariato con gli ETS e quella *economica* che trova espressione negli artt. 10 e 12 che, nel disciplinare il momento dell'istituzione del servizio pubblico, subordinano l'intervento pubblico diretto a una verifica sulla inadeguatezza del mercato a soddisfare i bisogni degli utenti, così come definiti dall'ente locale.

6.1. Amministrazione condivisa, sussidiarietà sociale e amministrazione obbiettivata

Più articolato è il rapporto tra gli strumenti di amministrazione condivisa in esame e l'accezione *sociale* della sussidiarietà orizzontale che trova il suo fondamento nella dottrina sociale della Chiesa e nei principi di solidarietà e pluralismo sociale e che si caratterizza per il sommarsi, alla componente *negativa* (la non ingerenza dei soggetti pubblici in attività che possono esser svolte dai privati), di una componente positiva consistente nel dovere di intervento dei pubblici poteri per sostenere e supportare l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati¹⁶⁵. Si tratta infatti di un rapporto non configurabile in termini di reciproca esclusione, alternandosi tratti comuni ed elementi di estraneità. Ciò vale, a maggior ragione, in virtù del fatto che questa accezione sociale della sussidiarietà orizzontale si è legata, nella dottrina italiana, alla nozione obbiettivata di amministrazione quale esito della transizione, a partire dalla Carta costituzionale, da una concezione soggettivo-istituzionale a una concezione oggettivo-funzionale.

Secondo questa tesi l'amministrazione non è concentrata nelle sole strutture pubbliche, ma sarebbe diffusa nella società con la conseguenza che la qualità di pubblico non indicherebbe l'aspetto formale della titolarità di una determinazione funziona in capo a un soggetto pubblico, bensì il suo esser rivolto

165 A. ALBANESE, *op. ult. cit.*, 66.

ad obiettivi pubblici in quanto riferiti alla collettività e alla realtà sociale¹⁶⁶. L'oggettivizzazione si estende, quindi, al concetto di interesse pubblico che perderebbe ogni connotazione soggettivistica, sia nel senso che non può più essere inteso quale interesse delle istituzioni di governo («*ministerial interest*») dovendo essere necessariamente riferito alla collettività («*public interest*»)¹⁶⁷, sia nel senso che le «sue finalità sono indicate in Costituzione e non definite dall'autorità, di volta in volta, riempiendo di contenuto la clausola generale dell'interesse pubblico»¹⁶⁸. Inoltre, secondo questa visione l'integrazione dei soggetti privati nell'azione dei pubblici poteri presenterebbe tratti di doverosità che impediscano di considerare solo eventuale o sussidiario il concorso dei privati, dovendo il soggetto pubblico operare in funzione sussidiaria rispetto ai privati (e non il contrario)¹⁶⁹.

Già quest'ultimo aspetto denota la divergenza di queste tesi rispetto alla disciplina e agli istituti esaminati, nei quali il coinvolgimento attivo dei privati

166 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit.; ID., *Aspetti di diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrazione in cammino*, 2007. Per una completa ricognizione dei principali Autori che, con diverse declinazioni, hanno seguito un'impostazione volta alla tendenziale oggettivizzazione dell'amministrazione, si v. da ultimo A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, n. 17/2024, 39 ss. e ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, 243 ss. In questa sede ci si limita a segnalare i fondamentali lavori di F. BENVENUTI (tra cui *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, II, 1117, ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., 3467 ss.; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici*, XLIX 1978-1979, III, Milano, Giuffrè, 1980, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., 3583 ss.) e G. BERTI (tra cui *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968 e ID., *Amministrazione e Costituzione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti XXXIX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 16-18 settembre 1993, Milano, Giuffrè, 1995, 11 ss.). Come noto, l'impostazione oggettivistica è stata ripresa da un filone dottrinale che ha messo la persona umana al centro dell'organizzazione pubblica; cfr. L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa Rivista, 1, 2019, 8 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299 ss.

167 G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati tra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, 1305 ss.

168 Così L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, 15.

169 G. PASTORI, *op. ult. cit.*, 1760-62.

non presenta alcun tratto di doverosità, rimanendo sempre rimesso alla scelta del soggetto pubblico il ricorso a questo modello. E invero l'amministrazione condivisa non contende agli enti pubblici né la titolarità né l'esercizio dei compiti pubblici¹⁷⁰, ma si limita a offrire loro uno strumento ulteriore per la realizzazione di tali compiti¹⁷¹; né presuppone quella tendenziale parificazione tra strutture pubbliche e strutture private, e quindi tra amministrazione professionale e amministrazione a titolo volontario¹⁷², che, se ben si è inteso, è parte integrante dell'idea di un'amministrazione oggettivata, diffusa nella società.

Anche le caratteristiche e la natura della scelta in merito al ricorso all'amministrazione condivisa, che le Linee guida ministeriali n. 72/2021 definiscono «conseguenza di un'opzione politica della p.a.», non sembra allo stato attuale corrispondere a una visione del tutto obiettivata dell'amministrazione e, più in generale, del potere pubblico. Così come non c'è nulla di oggettivo nell'apprezzamento politico sull'esistenza di un bisogno nella collettività¹⁷³, allo stesso modo anche la scelta sullo strumento tramite cui soddisfare tali bisogni presenta una valenza politico-valoriale che non può essere disconosciuta. Si ritiene, per vero, che l'opzione tra amministrazione condivisa e altri modelli di amministrazione implichi, ancor più delle scelte tradizionali (es. tra esternalizzazione e autoproduzione, tra partenariato istituzionalizzato e contrattuale), significativi margini di soggettività: non solo la numerosità e la complessità degli elementi da considerare (dati fattuali e giuridici, interessi, etc.) è tale da rendere

170 Non si condivide, quindi, la posizione di B. GILIBERTI, *commento sub art. 6*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2023 che, nel commentare l'art. 6 CCP, osserva come a seguito dell'introduzione di tale previsione «potrebbe derivare la profonda limitazione dei compiti pubblici alla sola disciplina dell'attività dei privati e dovere di intervento nei casi in cui dall'autonoma organizzazione della società non consegua l'interesse generale».

171 Come osservato da A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, cit., 192, l'amministrazione condivisa costituisce una risorsa «che non si limita ad aggiungere qualcosa all'amministrazione dell'interesse collettivo, né può o deve sostituire l'istituzione (responsabile), ma può trasformarla, migliorarla, espanderla, arricchirla».

172 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 18-19.

173 Apprezzamento ovviamente propedeutico alla decisione sull'intervento pubblico e quindi sullo spazio da lasciare ai privati; quanto osservato nel testo è ben chiarito da F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., 24.

dilatati e tra loro difficilmente scindibili i margini di opinabilità e opportunità di tali valutazioni; ma, inoltre, non pare revocabile in dubbio come questa opzione risulti fisiologicamente condizionata dalle differenti scelte di indirizzo politico¹⁷⁴. Risulterebbe quindi artificioso neutralizzare l'apporto soggettivo dell'autorità decidente, negando completamente un ruolo "costruttivo" e proattivo al soggetto democraticamente legittimato nella scelta e nella ponderazione tra i valori e gli interessi in conflitto, asserendo invece l'esistenza di una scelta valoriale già compiutamente svolta che va semplicemente ricavata o estrapolata dall'ordinamento giuridico e/o dai valori costituzionali¹⁷⁵.

Come anticipato, tuttavia, la sussidiarietà sociale e la sussidiarietà cooperativa non costituiscono due rette parallele prive di punti di contatto, potendosi ravvisare nella co-programmazione e nella co-progettazione diversi elementi in comune con la visione obiettivata dell'amministrazione e del potere pubblico, a partire dal superamento del modello bipolare e dell'approccio dicotomico tra i soggetti pubblici, cui spetterebbe l'esclusiva nel perseguimento dell'interesse generale, e quelli privati mossi sempre da interessi lucrati o, comunque, da fini egoistici. Ancora, pur non presupponendo una completa perdita di rilevanza dei profili soggettivo-istituzionali e la conseguente parificazione tra enti pubblici e privati, l'amministrazione condivisa implica certamente la «diffusione della funzione nei nervi e nei gangli della società civile», come pure una tendenziale immedesimazione funzionale degli ETS nell'esercizio (non nella titolarità) di alcune funzioni¹⁷⁶, nonché quel passaggio da un sistema fondato sulle "competenze" a uno basato sui "compiti" richiamato tra i tratti caratterizzanti di un

174 Sul rapporto politica-amministrazione v., da ultimo, E. N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2020; F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in questa Rivista, 1, 2019, 109 ss.

175 Così A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, cit., 251 e ID., *Considerazioni generali*, cit., 42, in linea con le considerazioni di A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. Univ. Messina*, 1981, 435 ss. spec.

176 Così P. DURET, *L'amministrazione della società*, cit., 223, riprendendo il pensiero di G. Pastori.

modello obbiettivo di amministrazione, alla luce della parabola indotta dalla sussidiarietà sociale¹⁷⁷.

D'altronde, affini sono gli obiettivi di fondo e le criticità cui i principi, le nozioni e gli istituti in esame intendono dare risposta: l'insostenibilità del tradizionale modello di *Welfare State* (legata alle sue disfunzioni ma anche all'evoluzione dei bisogni, che le amministrazioni pubbliche non riescono più ad intercettare prima ancora che a soddisfare), la crisi della legalità-indirizzo (stante l'inidoneità della legge a individuare, ordinare e graduare obiettivi e mezzi) e, più in generale, della democrazia rappresentativa: al pari della concezione oggettivata di amministrazione, anche il modello dell'amministrazione condivisa contribuisce a compensare l'inidoneità delle procedure elettorali e della rappresentanza politica nel garantire una effettiva legittimazione democratica del potere pubblico¹⁷⁸.

Una precisazione conclusiva va infine riservata a quanto sopra osservato circa natura e caratteristiche delle scelte che il ricorso alla co-programmazione e alla co-progettazione pone ai soggetti pubblici. Per un verso, in quanto soluzione organizzativa ulteriore rispetto a quelle tradizionali, l'amministrazione condivisa finisce per accrescere il peso e l'effettività del loro potere di autorganizzazione e, quindi, per ampliare lo spazio per un apporto originale e soggettivo dell'autorità decidente nel confronto e nella scelta tra i diversi modelli. Per altro verso, questo potere di autorganizzazione e il suo esercizio sono stati interessati

177 P. DURET, *La giustizia nell'«amministrare»*, cit., 558 che svolge interessanti considerazioni sul legame tra sussidiarietà orizzontale e amministrazione di risultato (legame che emerge anche dalla sua natura di principio procedurale, non sostanziale, ben chiarita da G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 12 ss.). Sulle ricadute sull'organizzazione amministrativa del riconoscimento del ruolo attivo del privato, v. M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 3, 2022, 573.

178 Per tutti, G. BERTI, *Diritto e Stato*, cit., *passim*; ID., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992m 3 ss.; ID., *Principi del diritto e sussidiarietà*, cit., 381 ss. Da ultimo cfr. C. NAPOLITANO, *L'amministrazione condivisa: note sparse su co-progettazione ed enti del Terzo Settore* in E. ZAMPETTI, A. CARBONE, F. APERIO BELLA (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo*, Roma, RomaTre-Press, 2020, p. 282 secondo cui l'art. 118, co. 4 Cost. costituirebbe una «norma vivificatrice del sistema dei rapporti Stato-società che può rispondere alle insufficienze del sistema democratico».

da un progressivo processo di obiettivizzazione di cui sono espressione gli oneri motivazionali previsti dalle normative esaminate, inclusa la subordinazione del ricorso alla co-progettazione realizzativa, alla produzione di esternalità positive e di valore pubblico e più in generale, alla logica del risultato amministrativo nei termini sopra illustrati (cfr. par. 1.1, 2.1 e 3, lett. d). Per quanto ampie e flessibili restino le valutazioni e le ponderazioni inerenti all'esercizio di tale potere, e per quanto restino numerosi e variegati i criteri, i parametri e gli elementi da considerare¹⁷⁹, si è assistito a una loro progressiva precisazione e puntualizzazione (con conseguente gerarchizzazione), così da ancorarli in termini sempre più stringenti ai bisogni sociali e alle finalità indicate in Costituzione. Un percorso che, anche per le ricadute in termini di maggiore effettività e intensità del sindacato giurisdizionale, risulta del tutto coerente con le finalità dell'oggettivizzazione dell'amministrazione.

7. Notazioni conclusive e ulteriori prospettive di indagine

Le ultime considerazioni consentono pure di giustificare la struttura di questo lavoro, nello specifico l'aver dedicato all'*in house providing* e alla cooperazione pubblico-pubblico i primi paragrafi di una ricerca incentrata sull'amministrazione condivisa e sulla co-progettazione realizzativa. Si tratta di una soluzione coerente con la più volte richiamata necessità di seguire approcci gradualistici nell'inquadrare il rapporto tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore, considerando anche il Titolo VII del CTS alla luce delle categorie e delle nozioni di matrice europea. Vero è che co-programmazione e co-progettazione hanno una matrice domestica ma, come si è cercato di chiarire nella prima sezione del contributo, l'ordinamento sovranazionale finisce, seppur indirettamente, per conformarne contenuto e disciplina, nella misura in cui ha

179 Sulla natura discrezionale (non politica) di tali scelte v. E. FIDELBO, *L'affidamento dei servizi di interesse generale agli enti del Terzo settore*, in *Labsus.org*, 1 ottobre 2021, prendendo le mosse da TAR Campania, Salerno, 19 gennaio 2021, n. 158. Da ultimo v. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 1° ottobre 2024, n. 2533 che considera tale scelta connotata da una «amplissima discrezionalità».

l'ultima parola sulle “questioni di confine”. L'iniziale confronto con l'*in house providing* e la cooperazione pubblico-pubblico è risultato pertanto funzionale a introdurre un quadro metodologico, concettuale e nozionistico che si ritiene rilevante anche per gli istituti di cui all'art. 6 CCP.

In questa prospettiva si sono prese le distanze da quelle posizioni che intendono in termini netti ed assoluti il rapporto di esclusione tra diritto del Terzo settore e diritto dei contratti pubblici. Si può in aggiunta osservare come tali approcci appaiano poco rispettosi della “natura delle cose” nonché forieri di conseguenze sistemiche poco commendevoli.

Si ritiene invero a tratti artificiosa e non rispondente al vero la rigida separazione – “costruita” anche per il tramite di meticolose distinzioni nominalistiche (*supra*, par. 2.1 e 3) – tra l'universo dei contratti pubblici, incentrato su scambi utilitaristici e sinallagmatici e dominato dal principio di libera concorrenza; e un distinto universo, quello del Terzo settore, ove il principio di concorrenza lascia posto ai principi di imparzialità e parità di trattamento, che si reggerebbe esclusivamente sui principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale come pure su rapporti privi di sinallagmaticità, non riconducibili al paradigma bipolare¹⁸⁰.

A tal proposito, si è già osservato come le convenzioni di cui agli artt. 56 e 57 CTS rientrino pienamente nella nozione europea di appalto pubblico, pur caratterizzandosi per un “arretramento” delle regole Ue per ragioni di interesse generale e solidarietà sociale; il tutto, a ben vedere, in termini non dissimili da quanto avviene per diversi istituti che costituiscono parte integrante del diritto

180 Tale approccio trova riscontro anche nel d.m. n. 72/2021 ove si afferma che la scelta tra la amministrazione condivisa e i modelli tradizionali costituisce 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». Di questo passaggio non convince nemmeno il fatto che si attribuisce valenza finalistica, considerandoli come l'obiettivo della scelta politica, a un “strumento” (la concorrenza) nonché a un principio procedurale (cfr. *supra* sub nt. 177) quale è la sussidiarietà orizzontale. Sul superamento del paradigma bipolare v. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601 ss.

dei contratti pubblici (contratti riservati, appalti riservati, affidamenti di servizi sociali). Ma è soprattutto la raffigurazione di tale disciplina quale luogo caratterizzato dal dominio del principio di libera concorrenza a non convincere: a prescindere dalle più recenti indicazioni del legislatore nazionale (nel senso della «demitizzazione» della concorrenza e del suo ruolo strumentale al risultato amministrativo), rileva in tal senso la riconducibilità delle dinamiche concorrenziali promosse dalle direttive Ue sui *public procurement* alla garanzia delle libertà di circolazione e principi da queste derivanti di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. A ben vedere, si tratta nella sostanza degli stessi principi che vanno rispettati nei rapporti tra p.a. e ETS ai sensi del Titolo VII CTS¹⁸¹.

Con tale considerazione non si intende certo negare o sminuire le differenze tra una procedura di affidamento di un appalto di lavori o di servizi sopra soglia nei settori ordinari e una procedura aperta riguardante l'affidamento al volontariato o alle APS di una convenzione *ex art. 56 CTS*; tali differenze attengono non solo al piano delle regole dell'evidenza pubblica e della loro pregnanza e rigidità ma, prima ancora, a quello dei principi: si pensi, in via esemplificativa, al diverso peso rivestito dal principio di proporzionalità nella seconda situazione ove, peraltro, assume un ruolo marginale (se non irrilevante) l'obiettivo del *favor participationis*. Tutto ciò, tuttavia, non sembra giustificare la suddetta (rigida) separazione tra diritto dei contratti pubblici e del Terzo settore che trova riflesso nella distinzione – proposta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018 e poi ampiamente ripresa in dottrina e giurisprudenza – tra due differenti tipologie di evidenza pubblica: incentrata l'una sul principio di libera concorrenza di cui alle direttive Ue e al CCP, l'altra sul mero principio di parità di trattamento, o al più «sul principio interno di concorsualità», rintracciabile nelle procedure comparative previste dal CTS in conformità all'art. 12, l. n. 241/1990. Il tema, certamente delicato, merita analisi ulteriori e più approfondite, risultando qui solamente possibile riferirsi a un paradosso cui conduce tale

181 Si è avuto modo di soffermarsi su tali profili nei contributi citati *supra sub* nt. 25.

distinzione: essa finisce per ravvisare una differenza ontologica tra regimi di evidenza pubblica – ad esempio, quello “alleggerito” previsto dalle direttive Ue per l’affidamento di servizi sociali da un lato e quello di cui al Titolo VII del CTS dall’altro – che sembrano invece assimilabili tanto nei principi fondanti quanto nelle regole. Non vi è la possibilità di indugiare oltre sul punto, ma quanto osservato sembra sufficiente a mettere in discussione il carattere assoluto di tale distinzione e, più in generale, la possibilità di trarre dalla analiticità e dalla rigidità delle regole procedurali di affidamento differenze valoriali e assiologiche¹⁸².

Va poi evidenziato come tale distinzione (tra universo della concorrenza e universo della solidarietà, tra evidenza pubblica concorrenziale ed evidenza pubblica concorsuale) finisca per riproporre visioni fortemente dicotomiche e conflittuali del rapporto tra solidarietà e concorrenza, proprio in una fase storica in cui anche la regolazione europea dei *public procurement* ha ormai stabilmente intrapreso strade differenti, caratterizzate da visioni più armoniche incentrate sul concorso e la coesistenza di tali valori. Non pare casuale, del resto, che tali visioni dicotomiche abbiamo trovato diffusione *bipartisan* (sia tra i fautori della libera concorrenza sia tra “gli amici del terzo settore”), in un momento peculiare, caratterizzato da un aspro dibattito riguardante la compatibilità con il diritto Ue del Titolo VII del CTS e, quindi, la stessa “ammissibilità” dell’amministrazione condivisa.

Una volta che questo nuovo modello di amministrazione è in fase di stabilizzazione (pur con gli ostacoli e le reticenze esaminate nella prima sezione del lavoro) sembra giunto il momento per “deporre l’ascia di guerra” e seguire

182 Conferme di quanto si sostiene sembrano rintracciarsi in Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2024, n. 6826 e, da ultimo, in Tar Lombardia, n. 2533/2024, cit. Con riguardo alla seconda pronuncia, seppur il giudice lombardo non si discosti da una concezione rigida della separazione tra contratti pubblici e co-progettazione (e quindi tra procedure competitive e procedure collaborative), gli esiti della sentenza sembrano confermare la tesi sostenuta nel testo, facendo emergere come i punti di contatto tra le procedure ad evidenza pubblica relative ai due modelli siano inevitabili e significativi (sul punto v. il commento di A. CRISMANI, *Co-progettazione vs. appalti*, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2024, spec. par. 6).

visioni più concilianti che, ad avviso di scrive, dovrebbero portare a ridurre la distanza tra questi due settori regolativi, se non proprio a favorire soluzione di integrazione e ibridazione; anche in questa prospettiva va intesa la seconda sezione dello scritto che rappresenta un tentativo di ricostruzione dell'amministrazione condivisa coerente con la sua funzione di modalità ordinaria dell'agire pubblico.

D'altronde, sarebbe strano il contrario se si crede nell'amministrazione condivisa quale nuova modalità per rispondere ai bisogni sociali e inverare l'art. 3, co. 2 Cost., soprattutto in questa fase storica in cui ha trovato stabilizzazione la funzione "sociale" e "di governo" dei contratti pubblici, sempre più considerati quale strumento per la creazione di valore pubblico/sociale¹⁸³, incluso il sostegno all'economia sociale¹⁸⁴.

In questa prospettiva, non pare azzardato aggiungere che la concorrenza da un lato e la solidarietà e la sussidiarietà orizzontale dall'altro presentano una dimensione strumentale che, se oltremodo enfatizza, rischia di lasciare sullo sfondo la comune funzione dei contratti pubblici e dell'amministrazione condivisa. Certamente la peculiare posizione del privato e dell'interesse da lui perseguito¹⁸⁵ e la natura collaborativa dei rapporti di amministrazione condivisa non risultano neutri, incidendo sul modo in cui si perseguono gli interessi pubblici/generali e, quindi, sui risultati dell'agire amministrativo. Va tuttavia considerato che, per un verso, la lettura armonizzante che si propone non intende obliterare le differenze tra questi due modelli di amministrazione: si è invece precisato come essa vada considerata dalla pubblica amministrazione per scegliere, nell'esercizio del suo potere di autorganizzazione, lo strumento più adatto alla luce dei bisogni, dell'attività e delle caratteristiche rilevanti nel caso concreto. Per altro verso, non si può pensare a tale differenza come ad un ele-

183 Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

184 E invece dai documenti citati sub nt. 75 emerge come secondo le Istituzioni Ue la promozione dell'economia sociale debba avvenire "per il tramite" degli appalti pubblici.

185 Cfr. la dottrina citata sub nt. 127

mento dato, astratto e sempre immutabile: lo stesso paradigma collaborativo e le connesse istanze di flessibilità, d'altronde, lungi dall'essere prerogativa esclusiva dei rapporti tra p.a. e gli ETS, stanno trovando sempre maggiore spazio nell'ambito dell'attività contrattuale della p.a., come denotano l'importanza riconosciuta al principio della fiducia dal nuovo Codice dei contratti pubblici e, da ultimo, la possibile positivizzazione dell'accordo collaborativo da parte del decreto correttivo che modificherà il d.gs. n. 36/2023¹⁸⁶.

¹⁸⁶ E invero, nel testo approvato dal consiglio dei Ministri del “Correttivo 2025 - Codice dei contratti”, si prevede l'introduzione, tramite l'art. 82-bis, dell'istituto dell'«Accordo di collaborazione» che consente alle p.a. di inserire nei documenti di gara «lo schema di un accordo di collaborazione plurilaterale con il quale le parti (...) disciplinano le forme, le modalità e gli obiettivi della reciproca collaborazione al fine di perseguire il principio del risultato di cui all'articolo 1, mediante la definizione di meccanismi di esame contestuale degli interessi pubblici e privati coinvolti finalizzati alla prevenzione e riduzione dei rischi e alla risoluzione delle controversie». Sul punto va però segnalato il giudizio negativo del Consiglio di Stato che, nel parere del 2 dicembre 2024, n. 1463, ha suggerito di eliminare tale previsione. In dottrina sul tema cfr. S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi nel settore pubblici: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, in *Dir. ec.*, 2, 2019, 255 ss.; ID., *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019. Da ultimo sul principio di collaborazione tra p.a. e privati, v. M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, 651 ss., spec. 663 ss.