

Codice Terzo Settore e Nuovo Codice Appalti – commento a cura di Gianna Vignani

L'annosa questione del coordinamento normativo tra i due Codici, del Terzo settore, da un lato, e dei Contratti Pubblici, dall'altro, è ormai giunta ad una stagione nuova in cui pressoché unanimemente si considerano due corpi normativi distinti, alternativi e non sovrapponibili. La riforma del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 36/2023) è stata approvata dal Consiglio dei Ministri il 29 marzo 2023 scorso in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78 e vale la pena di ricordare che nell'ambito dell'attuazione del PNRR, essa rappresenta una delle scadenze di rilevanza europea del primo trimestre 2023, ossia vincolante per la ricezione dei fondi da parte dell'Europa.

Il punto di contatto esplicitato dalla norma tra i due sistemi normativi è costituito dall'art. 6, rubricato *“Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore”*, di cui riportiamo il testo rispettivamente contenuto nello schema preliminare al testo del Nuovo Codice Appalti ed il testo come approvato dal Consiglio dei Ministri nella sua versione definitiva.

Testo dello schema preliminare	Testo definitivo
In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Gli affidamenti di tali attività agli enti non lucrativi avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e non rientrano nel campo di applicazione del codice	In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017.

Un commento

L'interpretazione dell'espressione “attività a spiccata valenza sociale”. Alcuni autori¹ hanno avanzato ipotesi interpretative in ordine a tale clausola evidenziandone l'intrinseca elasticità che potrebbe portare a problematiche applicative di non poco conto. Quello che vogliamo però in più osservare è che stando ad una ricerca nelle banche dati della giurisprudenza nazionale, sembra

¹ GORI L., Codice dei Contratti Pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra PA e Terzo settore, in Cantiereterzosettore.it - <https://www.cantiereterzosettore.it/codice-dei-contratti-pubblici-alcune-osservazioni-sul-rapporto-con-il-terzo-settore/>; MAROCCHI G.- SANTUARI A., La Co-progettazione “interpretata” dal Codice degli Appalti non è utile, in Welforum.it - <https://www.welforum.it/la-co-progettazione-interpretata-dal-codice-degli-appalti-non-e-utile/>

emergere che la medesima espressione sia usata proprio dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 131/2020 e n. 255/2020, cioè proprio quelle che hanno segnato una svolta nel percorso di evoluzione interpretativa dell'art. 55 Codice Terzo settore. In particolare, è nell'evocare il diritto e la giurisprudenza dell'Unione Europea che la Consulta, a supporto delle affermazioni fatte, parla di *“attività a spiccata valenza sociale”* e di *“un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)”*. Come si evince chiaramente l'intera locuzione è ripresa esattamente dal legislatore, sia nel testo preparatorio che in quello definitivo. Eppure, a quello che risulta le criticità rilevate in ordine al significato di suddetta espressione non furono sollevate dagli interpreti al tempo in cui questa fu per la prima volta usata dalla Corte Costituzionale. Collocando l'espressione nel contesto argomentativo proposte dalla Corte, possiamo però provare ad avanzare l'ipotesi per cui l'espressione possa in via sistematica essere riferita all'intero catalogo di attività elencato all'art. 5 del Codice Terzo settore e non esclusivamente a quelle prettamente sociali di cui alla lettera a). A questa conclusione si potrebbe giungere mettendo al centro il perno della ricostruzione fatta dalla Consulta che consiste nel riconoscimento della qualifica di ETS solo a soggetti che, al di là della forma giuridica, esprimono nella sostanza, connaturata alla loro mission e alla loro attività, la suddetta valenza sociale. In questo senso, il riconoscimento della qualifica di ETS sarebbe a un tempo fondamento e base di legittimazione del ricorso al modello organizzativo alternativo alla concorrenza; non a caso, infatti, la Consulta afferma che *“esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica”*. Allora, se così è, poiché tutte le attività elencate all'art. 5 CTS sarebbero allo stesso modo rilevanti ai fini del conseguimento della qualifica di ETS, non ci sarebbe ragione per circoscrivere il riferimento delle attività a valenza sociale solo ad alcune di esse. In effetti, sembrerebbe andare in questa direzione anche la scelta di esplicitare nella nuova formulazione della disposizione il riferimento agli ETS di cui al Codice del Terzo settore, in luogo del più generico e indistinto rinvio ai soggetti “privati”, e di sottolineare, usando esattamente le stesse parole della Consulta, la condizione essenziale per cui tali soggetti perseguano effettivamente e in modo trasparente le finalità sociali essenziali ai fini del possesso della qualifica di ETS. Rispetto poi all'attributo “spiccata”, vista la ripetizione pedissequa dell'espressione usata dalla Consulta, non è da escludere che il legislatore si sia limitato a recepirla senza con ciò volervi ricollegare un ulteriore o diverso significato se non quello di confermare che tutte le attività di cui all'art. 5 CTS abbiano di per sé una “spiccata valenza sociale”.

La definizione dei modelli alternativi. Essa è cambiata dal testo preparatorio, dove si parlava di “modelli organizzativi di co-amministrazione”, a quello definitivo, in cui è usata l'espressione “modelli organizzativi di amministrazione condivisa”. Questa modifica testuale ha una qualche rilevanza di carattere sostanziale? Per rispondere alla domanda, può essere d'aiuto tenere altresì presente che poco dopo viene confermata la precisazione per cui tali modelli sono “fondati sulla condivisione della funzione amministrativa”. Si potrebbe azzardare la seguente lettura, tutta da verificare: la differenza tra co-amministrazione e amministrazione condivisa potrebbe stare nella distinzione tra titolarità della funzione e coinvolgimento nell'esercizio della funzione da parte di chi ne è titolare di un altro soggetto, che non ne è istituzionalmente investito. Mentre infatti il prefisso “co” tende a collocare tutti i soggetti in posizione paritaria, cosa che effettivamente si dovrebbe verificare in un fisiologico rapporto di partenariato, l'espressione amministrazione condivisa potrebbe esprimere la condizione di chi, dotato di un certo potere amministrativo, decide di condividere con un altro soggetto il suo esercizio affinché questo possa esserne in qualche modo meglio orientato. Come anticipato, si tratta di una ricostruzione tutta da verificare, e che è figlia della preoccupazione di non cadere nel “tranello” di pensare che gli istituti della co-programmazione e co-

progettazione alterino in qualche modo il ruolo della PA quale titolare unico della funzione amministrativa.

Il riferimento alla necessità che il perseguimento delle finalità di utilità sociale da parte degli ETS sia conformato, oltre che ad effettività, trasparenza e parità di trattamento, anche al principio del risultato. A ben vedere tale principio è il primo tra quelli annoverati all'art. 1 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici e precisamente recita: "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza". Il fatto che tale principio si applichi anche alle procedure di co-programmazione e co-progettazione può essere anche in astratto condivisibile e comprensibile per richiamare l'attenzione delle PPAA ad un'attenta ponderazione delle opzioni astrattamente disponibili (in termini di tempo, risorse, rischi, vantaggi e svantaggi connessi) in relazione al risultato da raggiungere. Il problema sorge però "a valle" della scelta fatta, quando si tratta di comprendere come bilanciare concretamente questo principio con gli altri che devono conformare l'operato della PA. Invero le procedure di co-progettazione e co-programmazione hanno come elemento distintivo proprio quello di richiedere un particolare sforzo ideativo e di riflessione a tutti gli attori coinvolti, e in particolare quando più operatori economici sono radunati attorno ad un tavolo o comunque coinvolti nella procedura; tutto ciò sembra creare un'entropia e un livello di complessità incompatibili con l'obiettivo del miglior risultato, in poco tempo e con poche risorse. Anche su questo fronte è molto difficile fare proiezioni, ma sarà utile mantenere costante e capillare il monitoraggio sull'esistente, per vedere come le esperienze concrete modulino questo concetto nella pratica.