

**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
(Commento a
Corte di giustizia,
14 luglio 2022,
Asociación Estatal
de Entidades
de Servicios
de Atención a
Domicilio (ASADE),
C-436/20)**

Silvia Pellizzari

Con la decisione Asade del 14 luglio 2022 (C-436/20) la Corte di Giustizia ha chiarito ulteriormente l'ambito di applicazione degli artt. 74, 75, 76 e 77 della direttiva 2014/24/UE con riferimento all'aggiudicazione dei contratti pubblici di appalto relativi ai servizi sociali e ad altri servizi specifici. In particolare, seguendo l'orientamento già espresso nei casi Spezzino (C-113/13) e Casta (C-50/14) e riconoscendo l'ampia discrezionalità Stati membri nella organizzazione dei servizi di interesse generale, la Corte ha confermato la compatibilità con il diritto UE di quegli strumenti giuridici che, consentendo il coinvolgimento attivo del Terzo settore nella gestione di servizi sanitari e sociali attraverso procedure riservare, dimostrano la volontà degli Stati membri di perseguire finalità non strettamente concorrenziali, ma funzionale alla più ampia garanzia dei diritti sociali e l'uso efficiente delle risorse.

1. Il caso

Con la sentenza in commento, la Corte di giustizia si pronuncia su un rinvio pregiudiziale presentato dal giudice amministrativo spagnolo relativo alla portata e all'ambito di applicazione degli artt. 74, 75, 76 e 77 della direttiva 2014/24/UE che, come noto, hanno posto, per la prima

volta, norme specifiche per l'aggiudicazione dei contratti pubblici di appalto relativi ai «servizi sociali e altri servizi specifici».

Più nel dettaglio, il tema posto all'attenzione dei giudici del Lussemburgo ha riguardato il rapporto tra le disposizioni della direttiva appena richiamate e l'ampia discrezionalità¹ riconosciuta dai Trattati agli Stati membri nell'organizzazione dei servizi di interesse generale che, soprattutto in campo assistenziale e sociale, sono strettamente legati ai differenti contesti culturali e territoriali.

Il caso in esame muove da una vicenda relativa all'ordinamento spagnolo che, tuttavia, presenta molte analogie con istituti presenti anche nell'ordinamento italiano.

Sulla base di una riforma introdotta nel 2016, infatti, la Comunità Valenciana, dotata di competenze normative esclusive in materia di servizi sociali e di enti pubblici di protezione e assistenza di categorie vulnerabili e svantaggiate (i.e. minori, giovani, migranti, anziani e lavoratori disabili), ha riformulato la disciplina relativa alle modalità di fornitura delle prestazioni a loro favore prevedendo tre modelli distinti.

¹ Quello dei servizi di interesse economico generale e della discrezionalità organizzativa degli Stati membri è un tema centrale nel diritto pubblico dell'Unione europea a cui la dottrina si è dedicata sin dalla prima formulazione della norma nei Trattati CEE e CE. A tal fine si ricordano, senza pretesa di esaustività L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, pt. s., IV, p. 1791 ss.; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008; L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 97 ss.; F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, 2012; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 181 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011; F. GHELARDUCCI, *I diritti speciali e esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitivi e tendenze evolutive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 815 ss.; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Riv. dir. internazionale*, 1995, p. 379 ss.; M. MEROLA, *Il "pacchetto" normativo sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale alla luce della giurisprudenza recente*, in F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 117 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *I servizi d'interesse generale e di interesse economico generale*, *ibidem*, p. 27 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1329 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371 ss.; *Id.*, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del Trattato Ce*, in *Dir. dell'Unione europea*, 1996, p. 719 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1063 ss.

In primo luogo, e in via preferenziale, le amministrazioni avrebbero potuto optare per la gestione diretta o mediante mezzi organizzativi propri; in secondo luogo, veniva prevista la gestione indiretta secondo le procedure previste dalla normativa in materia di appalti pubblici. Infine, la legislazione introduceva gli accordi di azione concertata da concludere con enti di iniziativa sociale previamente accreditati.

La compatibilità di quest'ultimo modello con il diritto dell'Unione europea veniva contestata nell'ambito di un ricorso proposto da un'associazione di imprese *for profit* operanti nel settore delle cure a domicilio, sul presupposto che la preclusione per gli enti lucrativi di concludere accordi di concertazione avrebbe comportato una violazione dei principi di concorrenza e non discriminazione tra operatori economici ai sensi della disciplina di derivazione sovranazionale sui contratti pubblici.

Nel giudizio instaurato di fronte alla Corte di giustizia, il governo regionale spagnolo sottolineava, invece, la completa estraneità del modello convenzionale adottato rispetto a quello contrattuale puro in quanto fondato sui principi di sussidiarietà, solidarietà, uguaglianza ed efficienza di bilancio. Per un verso, infatti, l'azione concertata con enti privati senza scopo di lucro è subordinata all'impiego ottimale di risorse proprie e impone che i soggetti privati assicurino agli utenti un'attenzione identica a quella accordata dall'amministrazione. Per altro verso, le contropartite economiche che gli enti convenzionati possono percepire devono essere conformi alle tariffe massime predeterminate e devono limitarsi ai costi variabili, fissi e permanenti di erogazione del servizio senza includere utili commerciali. Si tratta di un impianto normativo molto simile a quello seguito dal legislatore italiano nel cd. Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) e, in particolare, negli articoli dedicati alla relazione tra pubblica amministrazione e enti del Terzo settore (artt. 55, 56 e 57).

Tale simmetria rende quindi particolarmente interessante il percorso argomentativo seguito dalla Corte di giustizia nel caso in esame per dirimere l'apparente contrasto tra la norma interna spagnola e quella sovranazionale anche in vista della riforma del Codice dei contratti pubblici in atto e tenuto conto di quanto previsto, da ultimo, nell'intervento di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economia (D. lgs. n. 201/2022) il cui art. 18 regola in maniera specifica i rapporti di partenariato tra enti pubblici e Terzo settore.

2. La rilevanza dell'economia sociale e degli enti del Terzo settore nei sistemi di erogazione dei servizi sociali negli ordinamenti nazionali e nel diritto dell'Unione europea

La nozione di economia sociale, a cui sono ricondotti anche gli enti del Terzo settore², nonostante le due categorie non sempre coincidano, nasce in Francia nel corso degli anni '70 del secolo scorso a seguito della costituzione del Comitato nazionale di coordinamento delle mutue, cooperative e associazioni che, nel 1980, pubblicava la *Charte de l'économie sociale*³. A quest'ultima categoria vennero ricondotte tutte le organizzazioni che, pur non rientrando nel sistema pubblico, operavano secondo logiche democratiche, paritarie e con il fine di impiegare gli avanzi di gestione per il perseguimento degli obiettivi dell'organizzazione e per il miglioramento dell'offerta di servizi di interesse comune a vantaggio dei soci e della società. Progressivamente queste caratteristiche si sono

² Il termine Terzo settore, tradizionalmente utilizzato dalla dottrina di lingua inglese, è stato per la prima volta richiamato nel saggio dell'economista Theodore Levitt dal titolo *The Third Sector – New Tactics for a Responsive Society*, New York, AMACOM, 1973 dove l'Autore sottolineava che questa espressione comprendeva un insieme di enti divergenti, ma uniti dall'intento di istituzionalizzare iniziative attive al fine di dare risposta a problemi ignorati dagli altri due settori, vale a dire il settore pubblico e il settore privato imprenditoriale. Nonostante in origine l'espressione si riferisse essenzialmente alle organizzazioni filantropiche e di attivismo sociale, a partire dagli anni '90 del secolo scorso essa iniziò ad indicare, più in generale, il settore non lucrativo e l'economia sociale comprensiva anche di forme organizzative più strutturate quali le mutue e cooperative. In questo senso si vedano J. DEFURNY, J.L. MONZÓN CAMPOS (eds.), *Économie sociale (entre économie capitaliste et économie publique) / The Third Sector (cooperative, mutual and nonprofit organizations)*, Brussels, De Boeck Université – CIRIEC, 1992 e L.M. SALAMON et al., *Global Society. Dimensions of the Nonprofit Sector*, Baltimore, The Johns Hopkins Comparative Nonprofit Project, 1999. Nella dottrina italiana di scienze economiche cfr. C. BORZAGA, J. DEFURNY, *The emergence of social enterprise*, 1 ed., 2001, London-New York, Routledge, 2001; C. BORZAGA, A. IANES, *L'economia della solidarietà: storie e prospettive della cooperazione sociale*, Roma, Donzelli editore, 2006; C. BORZAGA, LUCA FAZZI, *Le imprese sociali*, Roma, Carocci, 2001; C. BORZAGA, *Cooperative da riscoprire*, Roma, Donzelli editore, 2018; S. ZAMAGNI, *The Economics of Altruism*, Hunts (UK), E. Elgar, 1995; ID., *Non profit come economia civile*, Bologna, Il Mulino, 1998; ID., *Il terzo settore nel nuovo welfare*, Reggio Emilia, Diabasis, 2009; ID. *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, Il Mulino, 2011. Quanto agli studi giuridici in materia cfr. inizialmente G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, Milano, Giuffrè, 1985, ID. (a cura di), *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 3, 1992, p. 2348 ss. e, più di recente, ID., *Profili evolutivi della legislazione del Terzo settore*, in A. FICI, E. ROSSI, G. SEPIO, P. VENUTI, *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Bari, Laterza, 2019, pp. 65-93; G.P. BARBETTA, *Senza scopo di lucro. Dimensioni economiche, storiche, legislazione e politiche del settore non profit in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1996.

³ Il testo venne pubblicato nella *Revue des études coopératives*, n. 9, 1983, p. 114 ss.

consolidate fino a ricomprendere tutte quelle forme aggregative in cui: i) l'individuo e gli obiettivi sociali prevalgano sul capitale; ii) vi sia la possibilità di aderire all'organizzazione in forma volontaria e aperta; iii) si realizzi un controllo democratico da parte dei soci; iv) l'interesse di questi ultimi e degli utenti si colleghi all'interesse generale e al rispetto di principi di solidarietà e responsabilità; v) sia garantita l'autonomia di gestione e l'indipendenza dalle pubbliche autorità; vi) sussista la destinazione dell'avanzo di gestione al perseguimento degli obiettivi comuni e generali dell'organizzazione⁴.

Una definizione così ampia ha consentito di includere nella dottrina dell'economia sociale le tesi che, negli ordinamenti di derivazione anglosassone, avevano coniato il termine *terzo settore* per identificare enti privati senza scopo di lucro ispirati, originariamente, al modello delle *charities* britanniche e delle *philanthropic foundations* statunitensi.

A fronte della possibilità per gli enti dell'economia sociale di impegnarsi sia in settori economici che in attività non di mercato, il loro operato è divenuto essenziale nel settore dei servizi sociali e nella produzione dei cd. beni meritori, vale a dire quei beni che si ritiene debbano essere distribuiti in modo equo e indipendentemente dal reddito o dal potere di acquisto dei destinatari in quanto ritenuti imprescindibili per garantire una vita dignitosa ai membri di una comunità nazionale⁵.

Ciò si è verificato soprattutto a seguito della crisi dei sistemi nazionali di *welfare* pubblico dovuta alla scarsità di risorse e all'emersione di nuovi bisogni, spesso colti prima dal settore privato che da quello pubblico⁶.

⁴ In tema si veda J.L. MONZÓN, R. CHAVES, *L'economia sociale nell'Unione europea*, Bruxelles, Comitato economico e sociale europeo, 2012.

⁵ Con riferimento alla distribuzione dei cd. beni meritori si è parlato talvolta anche di *economia solidale*. Sul punto cfr. K. POLANYI, *La Grande Transformation*, Paris, Gallimard, 1983; J.L. LAVILLE, *L'Économie solidaire. Une perspective internationale*, Paris, Hachette Littératures, 1994. Sul ruolo degli enti del Terzo settore nella gestione di beni sociali e/o meritori sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *New commons e servizi sociali: il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, terzo settore e società civile organizzata*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 249 ss.

⁶ Quanto alle ricadute delle crisi anche più recente sui sistemi sociali si veda M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018 p. 587 ss.

I paesi europei vantano, quindi, una lunga tradizione di valorizzazione degli enti del Terzo settore che compongono l'economia sociale.

Molto significativa al riguardo rimane l'esperienza francese dove l'economia sociale si è sviluppata rapidamente a partire dagli anni '60 del secolo scorso e si è concentrata sull'organizzazione di interventi in settori di interesse generale, quali i servizi sociali, l'istruzione e la sanità anche attraverso l'attivazione di *partnership* con il governo centrale finanziate da risorse pubbliche. In questa direzione anche le leggi in materia di decentramento amministrativo del 1983 e del 2003 hanno contribuito allo sviluppo del Terzo settore attraverso l'ampliamento delle competenze dei governi locali nell'organizzazione degli interventi assistenziali e formativi. Queste nuove funzioni sono state infatti sin da principio affidate a organizzazioni non lucrative operanti a livello locale a fronte del riconoscimento di sussidi o corrispettivi. Tuttavia, a seguito della crisi finanziaria del 2008, le risorse pubbliche destinate agli enti del Terzo settore hanno subito una contrazione che ha portato gli enti dell'economia sociale a diversificare le loro fonti di finanziamento e a rivolgersi maggiormente all'utenza per la remunerazione della loro attività attraverso l'applicazione di tariffe predeterminate. Allo stesso tempo il mutamento del contesto tradizionale ha spinto gli enti non profit a consolidare le loro relazioni reciproche e a promuovere l'adozione delle l. n. 2014/856 sull'economia sociale e solidale dove, tra le diverse misure premiali, si prevedono interventi per facilitare l'accesso degli enti non lucrativi a fondi e finanziamenti pubblici e l'impegno delle amministrazioni di agevolare la loro partecipazione alle gare pubbliche⁷.

In Germania alla categoria del Terzo settore, cui non è dedicata una disciplina unitaria, vengono ricondotte diverse forme organizzative, ovvero le associazioni o organizzazioni con scopi ideali (*Verein*), le fondazioni (*Stiftung*) e le imprese cooperative (*Genossenschaften*). Nel corso del tempo il legislatore federale ha previsto una serie di misure di sostegno a favore di tali enti tanto di carattere generale, quanto articolate per settore

⁷ Sul diritto del Terzo settore in Francia cfr. E. ARCHMBAULT, *The Evolution of Public Service Provision by the Third Sector in France*, in *Political Quarterly*, 2017, 88 (3), p. 465 ss. e il Capitolo VII (*The Law on Social and Solidarity Economy (SSE)*, France) del documento pubblicato dall'OCSE e dall'Unione europea dal titolo *Boosting Social Enterprise Development. Good Practice Compendium*, 21 aprile 2017, pp. 101-109.

di intervento. Sul piano generale può ricordarsi la disciplina in materia di sovvenzioni contenuta nel *Zuwendungsrecht* quale parte della legge sul bilancio dello Stato regolata dai §§ 23 e 44 del *Bundeshaushaltsordnung* secondo cui possono essere concessi contributi statali sotto diversa forma a organizzazioni diverse dall'amministrazione per il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico statale. Con questa modalità si possono promuovere le istituzioni private nel loro complesso o la realizzazione di singoli progetti.

Con riferimento ai settori in cui gli enti del Terzo settore operano con maggior frequenza (es. sanità, assistenza sociale, cultura, educazione, tempo libero, ambiente etc.), gli interventi normativi sono molteplici e presentano contenuti tra loro differenti. Ai fini del presente contributo può essere interessante concentrare l'attenzione sui servizi sociali. In virtù di quanto previsto dalla legge federale in materia di sollievo sociale (*Bundessozialhilfegesetz*) del 1962 il sistema assistenziale si basa su tre principi fondamentali: il principio di sussidiarietà, introdotto nel 1996, per cui le organizzazioni di volontariato vanno promosse e valorizzate dalle istituzioni pubbliche; il principio di cooperazione tra organizzazioni statali e organizzazioni di volontariato; il principio di priorità dell'assistenza domiciliare rispetto a quella residenziale.

Dato questo contesto, gli enti pubblici e gli enti del Terzo settore sono tenuti a collaborare in modo complementare considerato che gli enti privati in parola sono investiti di obiettivi sociali in particolare nelle materie dei lavori socialmente utili, dell'assistenza anziani, dei servizi all'infanzia, dell'inclusione dei disabili e del sostegno alla genitorialità⁸. Venendo agli ordinamenti giuridici su cui il presente contributo intende soffermarsi maggiormente, occorre ricordare che in Spagna⁹ la promozione del settore a livello di legislazione nazionale risale al 1990 quando, con la ley n. 31/1990, è stato istituito l'INFES (*Instituto Nacional de Fomento*

⁸ Sul sistema tedesco si veda il Working paper dal titolo *The Third Sector in Europe: Review of Present Policies*, marzo 1998, pubblicato nell'ambito della ricerca finanziata dalla Commissione europea "New Employment Opportunities in the Third Sector", pp. 50-90 e I. BODE, A. EVERS, *The German third sector and its contemporary challenges*, in A. EVERS, J.L. LAVILLE (eds.), *The Third Sector in Europe*, Cheltenham – Northampton, E. Elgar, 2004, p. 101 ss.

⁹ In tema J.L. MONZÓN, *La Economía Social en España*, in *CIRIEC- España, revista de economía pública, social y cooperativa*, 1987, p. 19 ss.

de la Economía Social) tra i cui obiettivi rientrava la promozione delle organizzazioni non lucrative. Tale intervento è stato seguito dalla nascita nel 1992 del CEPES (*Confederación Empresarial Española de Economía Social*) intesa come piattaforma di dialogo istituzionale tra poteri pubblici e organizzazioni dell'economia sociale oggetto, infine, di riforma con la *ley* n. 5/2011. In base all'art. 2 di quest'ultimo intervento normativo, l'economia sociale comprende l'insieme delle attività economiche ed imprenditoriali portate avanti, nell'ambito privato, da quelle entità che perseguono sia l'interesse collettivo dei propri membri, sia l'interesse economico e sociale generale. Esse realizzano la preminenza dell'individuo sul capitale che si concretizza in forme di gestione autonoma, trasparente, democratica e partecipativa, oltre che nella distribuzione degli utili o dell'avanzo di gestione all'interno dell'organizzazione. Obiettivi principali degli enti sono, dunque, la promozione della solidarietà a favore dello sviluppo locale, le pari opportunità, la coesione sociale, la conciliazione della vita personale con il lavoro e la sostenibilità.

Alle Comunità autonome è riconosciuta la competenza di prevedere forme di sostegno pubblico all'economia sociale¹⁰ tra cui può rientrare anche la previsione di azioni concertate come nel caso in esame che, come anticipato, presenta molte analogie con i sistemi di convenzionamento e collaborazione in vigore nell'ordinamento italiano.

Nel nostro sistema giuridico, infatti, sin dal riconoscimento legislativo delle principali organizzazioni non lucrative – quali, in particolare, le organizzazioni di volontariato e le cooperative sociali avvenute, rispettivamente, con la l. n. 266/1991 e con la l. n. 381/1991 – il rapporto con le pubbliche amministrazioni, dedotto in atti consensuali denominati convenzioni, ha rivestito un ruolo centrale per la definizione condivisa e integrata delle politiche e degli interventi in materia sociale¹¹.

¹⁰ G. FAJARDO GARCÍA, *El fomento de la "Economía social" en la legislación española*, in *Revista de Estudios Cooperativos*, n. 107, 2012, p. 58 ss.

¹¹ Sul sistema di convenzionamento tra enti pubblici e enti non lucrativi in Italia si veda P. MIGHIARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, Ist. Editoriale Regioni Ital., 2005 e già V. TONDI DELLA MURA, *Rapporti tra volontariato ed enti pubblici nell'evoluzione della forma di stato sociale*, in L. BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, p. 117 ss.; P. VERRUCOLI, *Associazionismo economico e cooperativismo: considerazioni generali*, in *Riv. coop.*, 1978, 3, p. 13 ss. e F. PELLIZZER, G. SANTI, *La convenzione con gli enti no profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazio-*

Tale impostazione ha trovato conferma anche nella legge quadro di riforma dei servizi sociali¹² n. 328/2000, cui si sono ispirati successivamente molti legislatori regionali per giungere, da ultimo, alle previsioni contenute negli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017 (cd. Codice del Terzo settore)¹³. Come è stato sostenuto, il legislatore italiano «non si limita a riconoscere la possibilità di servizi gestiti “per conto” del soggetto pubblico, ma ribadisce la necessità che si tratti di una realizzazione “concertata”»¹⁴ attraverso il riconoscimento degli enti del Terzo settore come interlocutori privilegiati in fase di programmazione e pianificazione degli interventi, di realizzazione, con proprie risorse, della rete di servizi e di gestione delle prestazioni mediante sistemi di accreditamento o comunque di affidamento ristretti o negoziati, tali da consentire ai soggetti operanti nel Terzo settore la piena espressione della propria progettualità. Le scelte dell’ordinamento sono storicamente fondate sulla consapevolezza che «soggetti pubblici e soggetti privati concorrono complementariamente alla costruzione del sistema: ed è una complementarità in certo modo obbligata, necessaria¹⁵». Tuttavia, la pluralità degli strumenti previsti per il coinvolgimento degli enti privati non lucrativi e, soprattutto, il richiamo a procedure di aggiudicazione ha lasciato sin da subito intravedere profili opinabili e contraddittori con la disciplina generale in materia di

nali ed intervento attuativo regionale, in F. CARINCI (a cura di), *Enti no profit e volontariato*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 147 ss.

¹² In merito si vedano G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 2007, II ed., p. 75 ss. e E. BARONI, *Commento al DPCM 30 marzo 2001*, *ibidem*, p. 708 ss.

¹³ In merito all’insieme degli istituti introdotti dal Titolo VII del Codice del Terzo settore si vedano, senza pretesa di esaustività, M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?*, in *Jus-online*, 2018, p. 28 ss.; M.V. FERRONI, *L’affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2, 2018, p. 1 ss.; L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. app.*, 2018, p. 1 ss.; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 2019, p. 139 ss.; G. LEONDI, *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019, p. 51 ss.; F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore (Articoli 55-57)*, in F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019, p. 249 ss.; L. GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale. la tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzi settore e P.A.*, in *Federalismi.it*, 2020.

¹⁴ Così G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, cit., p. 76.

¹⁵ *Ibidem*.

contratti pubblici di derivazione unionale, nonostante l'iniziale esclusione dei servizi sociali dall'ambito di applicazione delle direttive europee di armonizzazione allora applicabili.

Tale conflitto è divenuto piuttosto evidente al momento del recepimento della direttiva 2014/24/UE, che ha incluso nel proprio campo di applicazione anche i servizi sociali¹⁶.

Nonostante l'ordinamento sovranazionale sostenga il settore dell'economia sociale – cui è stato peraltro dedicato anche il recente Piano d'azione europeo pubblicato il 9 dicembre 2021 – come elemento fondamentale per la realizzazione degli obiettivi di coesione sociale ed economica, nel settore dei contratti pubblici di appalto e di concessione vige il principio dell'irrelevanza della forma giuridica degli operatori economici o delle finalità, lucrative o meno, da questi perseguite per esercitare il diritto di partecipazione alle procedure selettive di aggiudicazione.

In altre parole, l'assenza di finalità di lucro non esclude che le organizzazioni esercitino attività economiche e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative al mercato interno e alla concorrenza¹⁷. Si determina quindi l'impossibilità di riservare gare o contratti a particolari tipologie di soggetti, salvo i casi espressamente previsti dal diritto europeo stesso.

Nel settore sociale la direttiva prevede due ipotesi di questo tenore.

¹⁶ Sulla progressiva rilevanza dei servizi sociali nel diritto europeo della concorrenza, G.F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 627 ss.; E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 1115 ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi sociosanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011; E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli 2008; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003; Id., *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, p. 75 ss.; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 89 ss.; F. MONCERI, *Servizi pubblici e tutela dei diritti sociali in ambito nazionale e comunitario*, Pisa, 2006; S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato, concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2007.

¹⁷ In questo senso si vedano le sentenze della Corte di Giustizia UE, 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, Racc. pag. I-4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Paulov e a.*, Racc. pag. I-6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, Racc. pag. I-2493, punto 49.

La prima è disciplina all'art. 20 a favore di laboratori protetti o operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate quando almeno il trenta per cento dei lavoratori impiegati nell'esecuzioni dell'appalto sia affetto da condizioni di inabilità o svantaggio.

La ragione di questa previsione risiede nella constatazione che il lavoro e l'occupazione sono i primi fattori di integrazione nella società e consentono di garantire pari opportunità a tutti gli individui, indipendentemente dalle loro condizioni.

La seconda ipotesi di riserva connessa a ragioni di inclusione sociale è contenuta all'art. 77 e riguarda l'aggiudicazione di particolare servizi sanitari, sociali e culturali, specificati mediante i codici CVP, che può essere riservata a organizzazioni: i) il cui obiettivo consista nel perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alle prestazioni da erogare; ii) i cui profitti siano reinvestiti per il raggiungimento del fine sociale o, comunque, distribuiti o redistribuiti secondo criteri partecipativi e iii) le cui strutture gestionali o proprietarie siano basate su principi di azionariato dei dipendenti o di partecipazione attiva dei dipendenti, degli utenti o dei soggetti interessati. In questo caso la riserva è mitigata però da due condizioni, vale a dire la durata del contratto che non può superare i tre anni e la preclusione per il gestore uscente di partecipare nuovamente alla gara successiva, se indetta con le stesse modalità riservate.

Accanto a queste due previsioni espresse, vi è, poi, un'altra disposizione che finisce indirettamente per permettere regimi derogatori a livello nazionale. Si tratta dell'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva ex art. 10, co. 1, lett. h) dei servizi di trasporto sanitario di emergenza qualora le amministrazioni nazionali decidano di affidarli a organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro con l'intento di preservare il carattere peculiare di tali enti rispetto agli operatori economici di mercato.

Dato questo quadro di insieme, appare evidente che eventuali previsioni nazionali di sostegno a particolari tipologie di soggetti privati appartenenti al Terzo settore possono porre problemi di compatibilità con la normativa sovranazionale. Tali questioni impongono in ultima analisi di ragionare sulla natura delle relazioni tra pubblico e privato per la gestione di servizi a rilevanza sociale, oltre che sui margini di attenuazione dei principi concorrenziali contenuti negli atti di armonizzazione

in vista della valorizzazione di obiettivi diversi, quali la solidarietà e la partecipazione attiva di enti non ispirati da logiche speculative e di massimizzazione del profitto.

3. La natura del contratto pubblico di appalto: il concetto di onerosità

Uno dei profili maggiormente rilevanti della decisione in commento, richiamato dalla difesa regionale spagnola per escludere l'applicazione della direttiva, riguarda la nozione eurounitaria di contratto pubblico di appalto. Come è noto, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, n. 5 della direttiva 2014/24/UE, per appalti pubblici si intendono 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».

Come anticipato, uno degli argomenti addotti per giustificare l'estraneità del modello di azione concertata rispetto a quello contrattuale si è concentrato sui limiti imposti dalla normativa spagnola agli aspetti economici deducibili negli accordi. Questi ultimi avrebbero, infatti, potuto prevedere il mero rimborso dei costi necessari per il servizio prestato, senza poter includere alcun margine di utile.

Il rapporto tra onerosità del contratto di appalto¹⁸ e rimborso dei costi o delle spese necessarie allo svolgimento dell'attività ha interessato in più occasioni la giurisprudenza sovranazionale.

Nel caso *Commissione c. Repubblica italiana*¹⁹ (C-119/06), relativo a una serie di contratti quadro conclusi da enti regionali italiani direttamente con organizzazioni rappresentative di associazioni di volontariato per il trasporto sanitario senza il rispetto delle procedure previste dalla disciplina europea sugli appalti allora applicabile (direttiva 92/50/CEE), la Corte di Giustizia ha ritenuto che l'onerosità del contratto sussiste

¹⁸ Sul tema dell'onerosità del contratto di appalto in prospettiva eurounitaria sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *La coprogettazione come forma di collaborazione tra PA e enti del terzo settore*, in *Munus*, 2, 2019, p. 545 ss.

¹⁹ Per un commento alla decisione si vedano M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitaria*, in *Foro amm.*, 2008, p. 1984 ss. e A. BROWN, *Application of the Directives to Contracts with Not-for-profit Organisations and Transparency under the EC Treaty: A Note on Case C-119/06 Commission v Italy*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, p. 96 ss.

anche se le prestazioni sono fornite da operatori che percepiscono solo i rimborsi delle loro spese, soprattutto se questi sono fissati *ex ante* e a titolo forfettario. Infatti «il carattere oneroso di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata dall'autorità pubblica interessata a motivo dell'esecuzione delle prestazioni dei servizi che costituiscono oggetto del contratto e delle quali tale autorità sarà la beneficiaria²⁰».

Ancora, nella sentenza *Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce*²¹ (C-159/11) la copertura integrale dei costi attraverso il corrispettivo ricevuto è stata considerata uno degli elementi essenziali per qualificare un accordo, ancorché tra amministrazioni pubbliche, come contratto pubblico di appalto.

Emerge quindi una nozione piuttosto ampia di onerosità che appare funzionale a garantire l'effetto utile del diritto sovranazionale e che finisce essenzialmente per coincidere con la natura sinallagmatica del rapporto. A tal proposito emblematico era stato già il caso *Ordine degli architetti delle Province di Milano* (C-399/98)²² in cui si è ritenuta contraria alle previsioni della direttiva 93/37/CEE sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici l'operazione economica data dalla realizzazione diretta di un'opera pubblica (di valore superiore alle soglie comunitarie) dedotta in una convenzione di lottizzazione a scomputo del contributo per gli oneri di urbanizzazione. Nel caso di specie, la controprestazione legata alla costruzione dell'opera è stata

²⁰ Punto 47 della motivazione.

²¹ A commento della decisione si vedano P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 381 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1415 ss.; A.L. DURVIAUX, *Notion de marché public – interprétation finaliste du caractère onéreux*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 339 ss.

²² M.A. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 842 ss.; G. MARCHEGIANI, *La normativa italiana in materia di urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitaria*, ivi, p. 852 ss.; I. NASTI, *Opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica: il caso Bicocca davanti alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 185 ss.; L.G. RADICATI DI BROZIOLO, *La Corte di giustizia va alla Scala: normativa comunitaria sugli appalti ed effetti delle sentenze interpretative*, ivi, p. 247 ss.; S. GIRIMONTE, *La Corte di giustizia si pronuncia in materia di appalti e opere di urbanizzazione: nuove riflessioni anche alla luce delle recenti modifiche alla legge Merloni*, in *Giur. it.*, 2001, p. 2025 ss.; E.M. BARBIERI, *L'urbanizzazione a scomputo e la giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 165 ss.

rinvenuta nella rinuncia dell'amministrazione comunale a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo per le opere di urbanizzazione²³. Ai fini della qualificazione sinallagmatica, e quindi onerosa, del rapporto giuridico fondato sulla convenzione di lottizzazione, la Corte ha ritenuto sufficiente la previsione dell'impegno del soggetto convenzionato a compiere l'opera commissionata dall'amministrazione a fronte della controprestazione rappresentata dalla detrazione accettata da quest'ultima in merito agli oneri di urbanizzazioni altrimenti dovuti. La decisione in commento conferma, in parte, questo orientamento precisando che «la natura onerosa di un appalto pubblico presuppone che ciascuna delle parti si impegni a eseguire una prestazione in cambio di un'altra, senza tuttavia escludere che la controprestazione dell'amministrazione aggiudicatrice consista unicamente nel rimborso dei costi sostenuti per la fornitura del servizio concordato». In altre parole, «un contratto non può esulare dalla nozione di "appalto pubblico di servizi" per il solo fatto che (...) il corrispettivo previsto è limitato al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto²⁴.

Date queste premesse, gli accordi di azione concertata previsti dalla legislazione spagnola sono stati intesi in astratto quali contratti pubblici di appalto considerato, peraltro, che i modelli diversi dall'appalto consentiti dalla direttiva 24/2014/UE sono essenzialmente quelli richiamati dai Considerando 4 e 114, vale a dire l'ipotesi di finanziamento da parte dell'amministrazione di attività private dirette al raggiungimento di obiettivi sociali e la previsione di procedure in cui si rinuncia a confrontare e classificare le offerte ammissibili e a designare uno o più operatori economici cui viene concesso il diritto esclusivo di gestire l'appalto²⁵. Si tratta, in questo secondo caso, della previsione di «licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione» (Considerando 114).

²³ Punto 81 della motivazione.

²⁴ Punto 67 della motivazione.

²⁵ Punto 68 della motivazione.

4. La discrezionalità degli Stati membri nel bilanciamento tra solidarietà, efficienza di bilancio e concorrenza

Nonostante l'astratta riconduzione degli accordi di azione concertata nell'ambito di applicazione dei contratti pubblici di appalto, il profilo di maggior interesse della decisione in commento risiede nella valorizzazione della discrezionalità degli Stati membri, ai quali non sarebbe precluso di prevedere ipotesi di gare e strumenti negoziali riservati a enti del Terzo settore anche diversi da quelli regolati dalle Direttive, se giustificati da esigenze di solidarietà, universalità ed efficienza di bilancio. Per arrivare a questa conclusione il percorso argomentativo della Corte si concentra sulle previsioni speciali dettate dalla direttiva per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi di cui all'allegato XIV, con particolare riferimento all'art. 76 della direttiva.

Nel rispetto di quanto previsto dal Protocollo n. 26 del TFUE, per cui va garantito l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali di organizzare e finanziare i servizi di interesse economico generale il più vicino possibile alle esigenze degli utenti, l'art. 76, per un verso, vincola gli ordinamenti nazionali a prevedere disposizioni per l'aggiudicazione degli appalti in materia sociale tali da garantire i principi di trasparenza e parità di trattamento degli operatori economici. Per altro verso, consente però che tali norme rispecchino le specificità delle prestazioni permettendo alle amministrazioni aggiudicatrici nazionali di prendere in adeguata considerazione la necessità di garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità anche economica, la disponibilità e la completezza di tali servizi, oltre che il riscontro delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, il loro coinvolgimento e la loro responsabilizzazione. In questo quadro, quindi, la possibilità per gli Stati di prevedere procedure riservate a enti non lucrativi incontrerebbe il limite dato dalla necessità di rispettare il principio di parità di trattamento quale declinazione dei valori concorrenziali. Tuttavia, proprio su tale punto specifico, nella sentenza in commento, i giudici del Lussemburgo precisano che la disparità di trattamento conseguente all'esclusione di soggetti a scopo di lucro risulta ammissibile se giustificata da condizioni oggettive.

A tal fine vengono richiamate due precedenti e fondamentali decisioni, ovvero le note sentenze *Spezzino* e *Casta* assunte rispettivamente nel 2014 e nel 2016, dove i giudici del Lussemburgo hanno per la prima

volta espresso l'indirizzo per cui la centralità del principio di concorrenza può essere riconsiderata a fronte di modelli organizzativi dei servizi che intendano massimizzare valori maggiormente rilevanti ai fini della coesione sociale, vale a dire la solidarietà e la copertura universale delle prestazioni²⁶.

Le fattispecie oggetto delle sentenze *Spezzino* e *Casta* riguardavano previsioni regionali italiane che consentivano l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario d'urgenza ad associazioni di volontariato. Pur nell'ambito di pronunce rese prima dell'entrata in vigore delle nuove Direttive, la Corte ha richiamato la logica argomentativa secondo cui regimi di affidamento riservati a enti del Terzo settore sono del tutto compatibili con l'ordinamento sovranazionale se funzionali a realizzare i principi di universalità e solidarietà propri di un sistema assistenziale sociale nel cui ambito i servizi vengono offerti tendenzialmente a tutti e in via gratuita o a prezzo di favore per l'utenza, secondo criteri di efficienza economica e di equilibrio finanziario complessivo.

Tale assetto è chiaramente realizzato dal coinvolgimento di organizzazioni di volontariato in un contesto regolatorio e convenzionale che preveda i) il mero rimborso dei costi variabili, fissi e permanenti, ii) l'assenza di lucro, anche solo oggettivo, per il prestatore e iii) il prevalente coinvolgimento di volontari non retribuiti per l'attività prestata che confermano ulteriormente lo svolgimento del servizio secondo logiche essenzialmente redistributive e solidaristiche. Per queste ragioni la giurisprudenza sovranazionale ha ammesso in tali ipotesi l'affidamento diretto, limitando non solo il principio di concorrenza, ma anche quello di previa pubblicità in

²⁶ Per una analisi approfondita delle decisioni *Spezzino* (C-113/13) e *Casta* (C-50/14) cfr. R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. app.*, 2015, p. 508 ss.; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 4 maggio 2016. Sul punto già A. ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 1, 2012, p. 115 ss. che ha sviluppato ulteriormente il tema in *Id.*, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio): nota a Corte giust. 11 dicembre 2014 causa C-113/13*, in *Foro it.*, 3, 2015, p. 151 ss. e *Id.*, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *questa rivista*, p. 635 ss. e, in particolare, p. 641.

quanto la garanzia di trasparenza e buona amministrazione si realizza *ex post* nella motivazione dell'atto.

L'adozione delle decisioni *Spezzino* e *Casta* ha rappresentato, dunque, un punto di svolta altamente significativo per il diritto del Terzo settore. Si può ritenere, infatti, che la Corte di Giustizia abbia riconosciuto la natura peculiare di quegli strumenti giuridici che, consentendo il coinvolgimento attivo di organismi non lucrativi per eccellenza nella gestione di servizi sanitari e sociali, dimostrano la volontà degli Stati membri di perseguire finalità non strettamente concorrenziali²⁷, ma funzionale alla più ampia garanzia dei diritti di un'utenza vulnerabile a fronte di esigenze di bilancio sempre più stringenti²⁸.

Il caso spagnolo in commento ha fornito al giudice sovranazionale l'occasione per meglio precisare ed estendere la portata di questa giurisprudenza. Il regime previsto a livello nazionale intendeva, infatti, coinvolgere nelle relazioni concertate con le pubbliche amministrazioni anche enti non lucrativi diversi dalle organizzazioni di volontariato e dotati di una maggior struttura organizzativa e imprenditoriale.

²⁷ Dalle argomentazioni contenute nelle decisioni in parola si potrebbe essere indotti a trarre la conseguenza per cui le convenzioni con le organizzazioni di volontariato sarebbero da considerarsi gratuite a fronte del mero rimborso dei costi legati alla fornitura del servizio, stante l'impossibilità degli enti convenzionati di trarre alcun profitto dalle prestazioni svolte. Di qui la possibilità di non applicare la normativa sovranazionale in materia di contratti pubblici di appalto. Tuttavia, ad avviso di chi scrive e alla luce della decisione oggetto del presente contributo, si tratta di una conclusione non del tutto condivisibile. Secondo quanto previsto al punto 37 della motivazione a sostegno della sentenza *Spezzino*, infatti, «il fatto che il menzionato accordo quadro e le specifiche convenzioni da esso derivanti non prevedano trasferimenti finanziari a favore delle associazioni di volontariato diversi dal rimborso di costi non è un elemento decisivo. Un contratto, difatti, 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 (...). Di conseguenza, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 27 delle sue conclusioni, ha scarsa rilevanza accertare se i costi che devono essere rimborsati dalle pubbliche amministrazioni alle associazioni in parola coprono unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali». Le convenzioni sono quindi ritenute contratti onerosi, ma la deroga alle procedure ordinarie per la loro conclusione viene giustificata sulla base dei particolari interessi perseguiti dall'ordinamento nazionale e dalla discrezionalità che a questo è garantita dai Trattati. In questo senso anche D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, Giappichelli, 2022, in particolare p. 459.

²⁸ In tal senso si veda A. FICI, *Le principali novità di un anno di riforma*, in AA. Vv., *Dal non profit al Terzo settore. Una riforma in cammino*, 2° rapporto Terzjus sullo stato e le prospettive del diritto del Terzo settore in Italia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 21 ss. e, in particolare, pp. 45-46.

Anche in questo caso la Corte ammette la riserva prevista dal legislatore nazionale, ma precisa che, a differenza delle ipotesi oggetto delle precedenti sentenze del 2014 e 2016, occorre rispettare un livello di pubblicità tale da permettere *ex ante* un confronto concorrenziale, pur attenuato sul piano soggettivo, tra gli enti del Terzo settore e da consentire il controllo dell'imparzialità amministrativa al fine di evitare comportamenti arbitrari e favoritismi.

Per questa ragione è quindi necessario rispettare almeno quanto previsto dall'art. 75 della direttiva, ovvero la pubblicazione di un bando di gara o di un avviso di pre-informazione periodico che renda noti gli appalti che saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e inviti gli operatori economici interessati a manifestare per iscritto il proprio interesse. L'importanza della decisione in commento è quindi di tutta evidenza in quanto si è ritenuta compatibile con il diritto unionale la previsione a livello nazionale di strumenti giuridici peculiari che, seppur onerosi, non sono del tutto coincidenti con gli ordinari contratti pubblici di appalto in quanto possono riservare agli enti privati senza scopo di lucro la facoltà di fornire servizi di natura sociale.

Ciò vale indipendentemente dal valore stimato di detti servizi e anche nel caso in cui tali enti non soddisfino i requisiti previsti dall'articolo 77. Le uniche condizioni a cui tali modelli sono sottoposti riguardano la necessità di prevedere l'esclusivo rimborso dei costi sostenuti e la dimostrazione che il contesto normativo e convenzionale nel cui ambito si svolge l'attività di tali enti, per come regolato dal diritto interno, intenda contribuire effettivamente a fini sociali e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà, universalità ed efficienza di bilancio.

5. La rilevanza della decisione ASADE per l'ordinamento italiano

La sentenza resa dalla Corte di Giustizia sul caso spagnolo risulta particolarmente significativa anche per l'ordinamento italiano dove, negli ultimi anni, si è acuito il tema del rapporto tra la disciplina generale dei contratti pubblici di appalto e quella specifica sugli accordi collaborativi conclusi tra amministrazioni pubbliche ed enti del Terzo settore.

Come è noto, il problema si è posto soprattutto a seguito della entrata in vigore del cd. Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) il cui titolo VII (artt. 55, 56 e 57) è dedicato ai rapporti con gli enti pubblici.

Mentre l'art. 55 disciplina gli istituti della co-programmazione e co-progettazione che possono portare a forme di partenariato pubblico – privato, gli artt. 56 e 57 richiamano l'istituto del convenzionamento con particolari enti non lucrativi. L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo dei tre articoli è, infatti, parzialmente diverso.

L'art. 55 presenta la formulazione più ampia nella misura in cui contempla il potenziale coinvolgimento attivo²⁹ di tutte le tipologie di enti del Terzo settore per l'esercizio delle funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di cui all'art. 5 del Codice del Terzo settore, vale a dire tutte le attività di interesse generale che gli enti possono esercitare.

Sul piano operativo e gestionale, la dinamica collaborativa può portare all'individuazione di enti del Terzo settore con cui attivare un partenariato a patto che si rispettino i principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento previa definizione da parte delle pubbliche amministrazioni degli obiettivi generali e specifici degli interventi, della durata e caratteristiche essenziali degli stessi e dei criteri e modalità per individuare gli enti partner.

L'art. 56, invece, si riferisce allo svolgimento a favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale per cui le amministrazioni pubbliche

²⁹ Sugli istituti di co-programmazione e co-progettazione introdotti dall'art. 55 del Codice del Terzo settore i contributi dottrinali sono ormai piuttosto numerosi. Si richiamano qui, senza pretesa di esaustività, L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. app.*, 2018, p. 15 ss.; Id., *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urb. app.*, 2022, p. 25 ss.; L. GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi.it*; F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 239; A. GUALDANI, *Programmazione e pianificazione dei servizi sociali. il ruolo dei soggetti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, p. 525 ss.; M. TIBERII, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2019, p. 575 ss.; G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giut. cost.*, 2020, p. 1449D ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2021; S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. econ.*, 2021, p. 83 ss.; L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, Giappichelli, 2022; A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, in *Federalismi.it*, 27/2022, p. 1 ss. Sia, infine, consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, 2, p. 545 ss.

possono sottoscrivere convenzioni³⁰ con le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale, se più favorevoli rispetto al mercato, sempre osservando i principi di selezione sopra richiamati. Sul piano economico le convenzioni devono limitarsi a prevedere il rimborso delle spese effettivamente sostenute, comprensive degli oneri relativi alla copertura assicurativa, mentre sul piano sostanziale vanno declinate le condizioni necessarie affinché le attività dedotte nell'accordo siano svolte con continuità, nel rispetto dei diritti e della dignità degli utenti e con il coinvolgimento dei volontari.

Infine, l'art. 57 si concentra sull'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza con l'intento di attuare la deroga di cui all'art. 10 co. 1 lett. h) della direttiva 24/2014/UE.

Per questa ragione si prevede che i servizi richiamati possano essere affidati, in via prioritaria³¹, alle organizzazioni di volontariato iscritte da

³⁰ A. SANTUARI, *Ma l'art. 56 del CTS necessita ancora di interpretazioni?*, in *Welforum.it*, 8 giugno 2020; S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore tra gratuità del rapporto e regime dei rimborsi* (Nota a Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666), in *Impresa sociale*, 4, 2020, p. 94 ss.

³¹ La previsione contenuta nell'art. 57 del Codice del Terzo settore ha invero generato un significativo contenzioso a livello interno in quanto altre tipologie di enti del Terzo settore hanno sollevato la questione della portata eccessivamente restrittiva della disposizione sul piano soggettivo. Sul punto si è espressa prima la Corte costituzionale e da ultimo la Corte di giustizia dell'Unione europea. Nella sentenza n. 255/2020 la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 57, ma ha sottolineato che quanto in esso previsto non esaurisce del tutto la deroga prevista dalla normativa europea che, anzi, permette un sistema articolato di organizzazione dei servizi sociali e sanitari (in particolare, di emergenza e urgenza), in grado di valorizzare il ruolo delle Regioni e l'apporto degli enti senza scopo di lucro. A tali modelli organizzativi solidaristici possono essere ricondotti sia i regimi alleggeriti previsti per i servizi sociali, sia le modalità di affidamento alternative all'appalto tra cui, secondo la Corte, «rientra senz'altro la convenzione». Sul punto la sentenza ricorda non solo le convenzioni con le organizzazioni di volontariato (*ex art.* 7 della l. n. 266/91) e con le associazioni di promozione sociale (art. 30 della l. n. 383/00), ora disciplinate dall'art. 56 del Codice dei Terzo settore, ma anche quelle previste dall'art. 9 della l. n. 381/91 in materia di cooperazione sociale, in virtù del quale le Regioni sono chiamate a determinare le modalità di raccordo con le cooperative sociali per lo svolgimento dei servizi socio-sanitari mediante la redazione di convenzioni-tipo. Si tratterebbe dunque di strumenti a disposizione dell'amministrazione per organizzare la gestione del servizio in parola. Su rinvio del Consiglio di Stato analoga questione è stata più di recente posta all'esame dei giudici del Lussemburgo con particolare riferimento all'interpretazione dell'art. 10 co. 1 lett. h) della direttiva 2014/24/UE che giustifica il regime contrattuale derogatorio se il servizio è affidato a «organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario per preservare il carattere particolare di tali organizzazioni». L'oggetto principale del rinvio è stato riassunto nel quesito se osti o meno al diritto dell'Unione europea una disposizione come quella adottata dall'ordinamento italiano che declini l'esclusione consentita dall'art. 10 lett. h) della direttiva 2014/24/UE in modo così restrittivo da renderla appli-

almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore e aderenti a una rete associativa nazionale a condizione che l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale, di perseguimento della solidarietà, di condizioni economiche efficienti e adeguate, oltre che nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Come si evince dal dato testuale, dunque, mentre gli artt. 56 e 57 sembrano riferirsi a forme di affidamento peculiari di servizi sociali o sanitari ispirate alla dimensione solidaristica e giustificate sulla base della giurisprudenza espressa nelle sentenze *Spezzino* (C-113/13) e *Casta* (C-50/14), in quanto riservate a organizzazioni che si avvalgono prevalentemente di volontari³², l'art. 55 ha presentato sin da subito una portata potenzialmente più ampia e sollevato per questo maggiori interrogativi circa la compatibilità dello strumento collaborativo³³ con la normativa di derivazione eurounitaria in materia di appalti.

cabile esclusivamente nei confronti delle organizzazioni di volontariato, peraltro aderenti a reti nazionali. La questione viene completata da un ulteriore profilo, ovvero se l'art. 10 lett. h) della direttiva possa essere interpretato nel senso di includere anche altri enti del Terzo settore e, nello specifico, le cooperative sociali per come regolate dal diritto italiano. Richiamando una precedente decisione in materia (*Falck Rettungsdienste e Falck* del 21 marzo 2019 (C-465/17)), i giudici europei hanno statuito che la peculiare finalità perseguita dalla disposizione in questione porta a concludere che la nozione di organizzazioni o di associazioni senza scopo di lucro non debba essere estesa oltre lo stesso necessario e debba comprendere esclusivamente quegli organismi *non profit* «che presentano un carattere particolare, vale a dire che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri». Tuttavia, a prescindere dall'articolo dedicato al trasporto sanitario di urgenza, la nozione di *organizzazioni e di associazioni senza scopo di lucro* va «definita in opposizione ad un raggruppamento a scopo di lucro che è costituito al fine di realizzare un profitto». Di conseguenza, la nozione di ente *non profit* è «sufficientemente ampia da ricomprendere organizzazioni basate sull'azionariato dei lavoratori o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative sociali, purché esse non perseguano scopi di lucro». Queste organizzazioni possono beneficiare quindi di altre procedure riservate, prima fra tutte quella disciplinata dall'art. 77 della direttiva stessa. Così, *Italy Emergenza Cooperativa Sociale*, cause riunite C-213/21 e C-214/21. Per un commento all'ordinanza di rinvio, sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *Affidamenti dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato: la parola torna nuovamente alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Gior. dir. amm.*, 5, 2021, p. 621 ss.

³² Per una approfondita analisi su tutte le norme contenute nel Titolo VII del Codice del Terzo settore si rinvia a A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., in particolare, pp. 652-662.

³³ Come è stato autorevolmente sostenuto, gli istituti di co-programmazione e co-progettazione, se collegati tra loro, realizzerebbero una forma efficace di «democrazia associativa». Così D. PALAZZO, cit., p. 448.

Come è noto, una prima risposta in merito è stata fornita dal parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018 che, su istanza dell'Autorità nazionale anticorruzione, ha dato un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'articolo introdotto nel 2017, per cui ogni affidamento di servizi sociali di interesse generale, se oneroso, avrebbe dovuto necessariamente avvenire secondo le procedure di cui al Codice dei contratti pubblici. L'onerosità dell'accordo sarebbe stata esclusa solo se gli enti del Terzo settore coinvolti nel partenariato avessero accettato di svolgere l'intervento a titolo gratuito, realizzando la prestazione a favore del pubblico in perdita, senza la remunerazione dei fattori produttivi e, in particolare, del costo del lavoro.

La posizione dei giudici di Palazzo Spada è stata oggetto di critiche piuttosto nette in quanto ispirata a una lettura esclusivamente proconcorrenziale dei rapporti tra sfera pubblica e sfera privata senza considerare che i principi di solidarietà e sussidiarietà riconosciuti dalla Costituzione possono fondare relazioni giuridiche di amministrazione condivisa dei servizi e degli interventi alternativi agli appalti e non per questo incompatibili con il diritto dell'Unione europea³⁴. Sul piano tecnico, inoltre, il parere non teneva in debita considerazione la possibilità da parte dell'amministrazione di riconoscere ai privati vantaggi economici e forme di sostegno diversi dai corrispettivi, i quali possono rendere l'operazione complessiva rilevante economicamente senza costituire, però, necessariamente rapporti di natura sinallagmatica³⁵.

Sull'importanza degli accordi collaborativi introdotti dal Codice del Terzo settore si è quindi espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 131/2020, sottolineando che questi seguono una logica non competitiva e che permettono di instaurare tra soggetti pubblici e enti privati non lucrativi, quali espressione della società solidale, canali di amministrazione condivisa e ispirati alla comunanza di scopi e di obiettivi alternativi rispetto a quelli del profitto e del mercato. Per questa ragione, gli istituti di co-programmazione e co-progettazione realizzano il principio costitu-

³⁴ G. ARENA, *Il diritto del terzo settore preso sul serio*, in *Welforum.it*, 2, 2019; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 2019, p. 139 ss.

³⁵ Sul punto, da ultimo, anche D. PALAZZO, cit., p. 459 ss.

zionale di sussidiarietà orizzontale e non si basano sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi, ma sulla messa in comune di risorse umane, materiali e monetarie, pubbliche e private, che danno vita a rapporti non fondati su relazioni sinallagmatiche³⁶.

L'impostazione proposta dalla Consulta ha sottolineato, quindi, la sostanziale differenza e alterità tra le due dinamiche procedurali e convenzionali, cosicché gli istituti regolati dal Codice del Terzo settore non dovevano essere interpretati come derogatori rispetto ai contratti pubblici di appalto, ma come fondanti rapporti giuridici del tutto differenti.

La direzione tracciata nella sentenza n. 131/2020 è stata seguita dal legislatore nazionale e dall'amministrazione centrale. Da un lato, infatti, con il Decreto semplificazioni del 2020 sono state apportate alcune significative modifiche agli artt. 30, 59 e 140 del Codice dei contratti pubblici³⁷ nel senso di precisare che la scelta delle procedure di affidamento da parte delle amministrazioni procedenti deve avvenire fermo restando quanto previsto dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017.

Dall'altro lato, nel 2021 il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha pubblicato il Decreto ministeriale n. 72 contenente le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni e enti del Terzo settore negli articoli 55-57 del d.lgs. n. 117/2017.

Si tratta di un atto non vincolante che intende supportare le amministrazioni pubbliche nella concreta applicazione degli articoli 55, 56 e 57 del

³⁶ A commento della decisione si vedano G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, cit.; A. FICI, *I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato*, in A. Fici, L. Gallo, F. Gigliani (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, p. 55 ss.; E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2020, p. 1184 ss. e, più in generale, i commenti contenuti in quest'ultimo volume. Ancora, si segnalano da ultimo i contributi di G. ARENA, *Un approccio sistematico all'amministrazione condivisa*; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*; D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa* e F. Gigliani, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, contenuti in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, rispettivamente p. 1 ss.; 22 ss.; 31 ss. e 65 ss.

³⁷ Sul punto cfr. L. GORI, *Il Codice dei contratti riconosce il rapporto tra Pa e terzo settore*, in *www.cantieredeterzosettore.it*, 16 settembre 2020 e G. MAROCCHI, *DL semplificazioni: Codice contratti e Codice Terzo settore hanno pari dignità*, in *Forum Rivista Impresa Sociale*, 12 settembre 2020.

Codice del Terzo settore confermando, in particolare, la differenza della relazione instaurata tra la parte pubblica e le parti private sulla base di queste disposizioni rispetto ai contratti sinallagmatici e onerosi³⁸.

Sul piano economico, i vantaggi eventualmente riconosciuti dall'amministrazione agli enti non lucrativi vengono ricondotti alla categoria dei contribuiti vale a dire di atti concessori rientranti nel *genus* delle cd. sovvenzioni in senso lato³⁹. Queste ultime hanno l'effetto di conferire una somma di denaro, o altro bene valutabile economicamente, senza obbligo di restituzione, ma salvo revoca.

La scelta del soggetto pubblico di sostenere un progetto condiviso determina la necessità di rispettare una procedura imparziale e trasparente, che trova il suo riferimento normativo principale nell'art. 12 della l. n. 241 del 1990.

Si tratta di una concezione in linea con gli istituti di collaborazione già contenuti nella l. n. 328/2000, ovvero la pianificazione partecipata e la co-progettazione per progetti innovativi e sperimentali a seguito di istruttoria pubblica.

Tuttavia, nella prassi si sono manifestate non poche difficoltà in merito al rispetto delle condizioni necessarie affinché le eventuali somme riconosciute ai soggetti privati siano effettivamente riconducibili alla categoria dei contribuiti e non a quella dei corrispettivi.

³⁸ A tali interventi si è conformata anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione nella redazione delle linee guida n. 17 del 27 luglio 2022 sull'affidamento dei servizi sociali a norma del Codice dei contratti pubblici. In tema si vedano E. FIDELBO, *Gli affidamenti in favore degli enti del Terzo settore. Un confronto tra gli indirizzi ministeriali e le linee guida ANAC*, in *Labsus.it*, 3, 2022 e A. SANTUARI, *Le nuove linee guida ANAC sull'affidamento dei servizi sociali. L'impatto sulla co-progettazione*, in *Welforum.it*, 22 settembre 2022.

³⁹ Sul riconoscimento di sovvenzioni e vantaggi economici si vedano, nella dottrina classica, G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1967. Più di recente cfr. A. CIOFFI, *La predeterminazione dei criteri nelle concessioni di vantaggi economici*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 429 ss.; F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 669 ss.; S. LARICCIA, *I provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, Giuffrè, p. 572 ss.; ID., *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 2134 ss.; G.P. MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in S. CASSESE (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 3729 ss.; D. VAIANO, *Art. 12 Provvedimento attributivi di vantaggi economici*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa delle responsabilità*, Roma, Neldiritto, 2009, p. 324 ss.

Se da un lato si ritiene che il conferimento del contributo trovi la sua ragione d'essere sul presupposto che l'attività privata risponde all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, dall'altro lato può essere spesso problematico definire parametri, sulla base dei quali calcolare la forma di sostegno pubblico, diversi dalle spese e dai costi ammissibili legati al progetto e all'attività svolta, nonostante il riferimento alle sovvenzioni in senso ampio potrebbe condurre a scenari diversi e maggiormente innovativi premiando, per esempio, gli impatti sociali raggiunti con vantaggi economici di valore anche potenzialmente superiore a quello dei soli fattori produttivi impiegati.

Appare chiaro, invece, che il riferimento al rimborso, magari integrale, dei costi sostenuti per la realizzazione del progetto rischia in termini astratti di ricondurre il rapporto regolato dall'accordo di partenariato nel perimetro della sinallagmaticità, e quindi dell'onerosità, rilevante ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici di appalto.

Sino alla sentenza della Corte di Giustizia in commento, si sono individuate alcune vie per evitare tale esito e per garantire una corretta interpretazione degli istituti collaborativi disciplinati dal Codice del Terzo settore. In primo luogo si è sottolineato che, a fronte di contesti caratterizzati spesso da asimmetrie informative quanto ai bisogni sociali da affrontare, la co-progettazione permette al soggetto pubblico di sostenere l'autonoma iniziativa di enti privati senza che vi sia l'affidamento o l'esternalizzazione di un servizio secondo gli schemi contrattuali tradizionali. Il modello preferibile, in questi casi, sarebbe quello del rapporto di finanziamento pubblico di una attività o di un progetto almeno inizialmente privato⁴⁰.

⁴⁰ Questa l'opzione individuata per esempio da D. PALAZZO, cit., p. 463 e ss. nonostante l'Autore evidenzi opportunamente che, con riferimento all'art. 55 del Codice del Terzo settore, «la genericità della formulazione legislativa appare (...) idonea a ricondurre ad esso diverse forme di "collaborazione" tra enti pubblici e organizzazioni del Terzo settore, alle quali corrispondono differenti regimi giuridici» (p. 457). La valorizzazione dell'autonomia privata e il richiamo della procedura di cui all'art. 12 della l. n. 241/1990 è contenuta anche in interessanti esperienze regionali, tra cui in particolare va menzionata quella riconducibile alla recente legislazione regionale Toscana in materia di *Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano* (l.r. Toscana n. 65/2020). In tema cfr. A. ARCURI, *La dimensione territoriale dell'amministrazione condivisa: i casi del Comune di Bologna e della Regione Toscana*, in questa *Rivista*, 3, 2022, p. 601 ss. e L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2022, in particolare, p. 325 ss.

In secondo luogo, seguendo un indirizzo accolto in passato e ad altri fini dall'Agenzia dell'Entrate⁴¹ si può ritenere che, in questi casi, vadano previsti nell'accordo elementi sussidiari in grado di confermare l'assenza del sinallagma contrattuale, per cui le somme corrisposte non andrebbero intese come il prezzo pattuito a fronte della prestazione richiesta dall'ente pubblico. Tra questi va ricordato che il vincolo di effettiva corrispettività, tipico dei rapporti contrattuali, sussisterebbe a fronte di clausole risolutive o di penalità dovute per l'inadempimento e richiamate negli accordi o convenzioni anche tramite previsioni di rinvio. L'assenza di tali clausole potrebbe agevolare, al contrario, una qualificazione diversa del rapporto. Dato questo contesto di incertezze ricostruttive, che appaiono destinate a permanere anche dopo la conclusione del processo di riforma del Codice dei contratti pubblici in corso che, tra i diversi profili critici⁴², pare confermare l'assenza di un rapporto sinallagmatico, quale requisito necessario dei modelli organizzativi di co-amministrazione in attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale⁴³, la sentenza in commento può offrire alcuni spunti interessanti.

Seguendo il percorso argomentativo della Corte di Giustizia, infatti, i legislatori nazionali sono legittimati a prevedere, accanto a progetti col-

⁴¹ Agenzia delle Entrate, circolare n. 34/E del 21 novembre 2013, *Trattamento agli effetti dell'IVA dei contributi erogati da amministrazioni pubbliche – Criteri generali per la definizione giuridica e tributaria delle erogazioni, da parte delle pubbliche amministrazioni, come contributi o corrispettivi*.

⁴² Ben evidenziati da L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra PA e Terzo settore*, in www.cantiereterzosettore.it, 12 gennaio 2023 e ripresi da A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., p. 675. Sul punto si vedano anche le osservazioni di C. GOLINO, A. SANTUARI, *Gli enti del terzo settore e la co-amministrazione: ruolo della giurisprudenza e proposte de jure condendo*, in questa *Rivista*, 3, 2022, p. 677 ss. e in, particolare, pp. 687-688.

⁴³ L'art. 6 dello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78 licenziato dal Governo il 9 gennaio 2023, rubricato «Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore», dispone che «1. 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».

laborativi e condivisi innovativi⁴⁴ e caratterizzati da differenti modelli di regolazione economica e premiale, forme riservate e concertate di affidamento agli enti del Terzo settore più in linea con quelle tradizionali e in grado di consentire la piena copertura dei costi diretti e indiretti realizzando, al contempo, un pieno bilanciamento tra efficienza di spesa, imparzialità dell'amministrazione, logiche erogative universalistiche e soddisfazione dell'utenza.

In quest'ottica potrebbe, per esempio, già leggersi l'introduzione nell'ordinamento italiano del recente art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 che, per l'organizzazione dei servizi locali di rilevanza economica, consente agli enti locali l'attivazione su singoli progetti di rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore regolati dal d.lgs. n. 117/2017 nei quali le risorse pubbliche messe a disposizione non possono superare il rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli previsti per l'esecuzione dell'attività pattuita. Come per le altre modalità di organizzazione dei servizi previsti dalla disciplina di riordino dei servizi pubblici locali, tali rapporti dovranno essere preceduti da una relazione che dia conto delle circostanze per cui, nel caso concreto, si determinano la natura effettivamente collaborativa del rapporto e gli effettivi benefici di tale assetto rispetto agli obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio.

Nonostante la posizione espressa dalla Corte di Giustizia si fondi sull'ampia discrezionalità che il Trattato e le direttive riconoscono agli Stati membri in particolare nel settore dei servizi sociali di interesse generale, la portata della decisione in commento pare quindi destinata a espandersi. Del resto è bene ricordare che l'art. 76 della direttiva, centrale nell'argomentazione dei giudici del Lussemburgo, si applica a un insieme piuttosto ampio di prestazioni richiamate dall'art. 74 mediante il rinvio all'allegato XIV. Esse coincidono solo in parte con i servizi sociali alla persona strettamente intesi, comprendendo per esempio anche servizi in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura; servizi di ristorazione e refezione scolastica; servizi rivolti alla comunità; servizi penitenziari,

⁴⁴ Si tratta peraltro di modelli innovati anche sul piano organizzativo e che per questo richiedono tempi di adattamento delle strutture pubbliche responsabili come evidenziato da ultimo da M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in questa *Rivista*, 3, 2022, p. 573 ss.

di pubblica sicurezza e soccorso. Molte delle attività svolte dagli enti del Terzo settore *ex art. 5* del Codice del Terzo settore rientrerebbero a pieno titolo in questo elenco e per questa ragione si auspica che l'apertura desumibile dalla giurisprudenza sovranazionale qui in commento rappresenti un utile e ulteriore fattore di sviluppo per le attività rivolte al perseguimento dell'interesse generale.