

## **La co-progettazione nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Un commento alla sentenza 6232 del 7-9-21**

Alceste Santuari – Università di Bologna

Gli istituti giuridici di cooperazione di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore sono stati oggetto in questi ultimi due anni di una serie di interpretazioni giurisprudenziali, che ne hanno, da un lato, valorizzato la funzione (si pensi, per tutte, alla nota sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale) e, dall'altro, precisato i "confini", in specie richiamando le pubbliche amministrazioni ad essere attente nella predisposizione degli atti amministrativi di avvio dei procedimenti.

Tra queste ultime interpretazioni può essere annoverata anche la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232, con la quale i giudici di Palazzo Spada, ribaltando la decisione di primo grado del Tar della Campania, sez. staccata di Salerno, sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158, hanno annullato i provvedimenti amministrativi adottati da un comune.

La sentenza de qua presenta alcuni profili di indubbio interesse che di seguito si intendono sintetizzare nel modo che segue:

1. I motivi del contendere
2. Le decisioni assunte dai giudici amministrativi
3. I contenuti dei provvedimenti amministrativi

Attraverso un avviso pubblico, un comune intendeva selezionare un soggetto del terzo settore, sia in forma singola sia associata anche con imprese lucrative, al quale affidare il servizio di gestione di una spiaggia attrezzata destinata alle persone con disabilità, alle quali il soggetto non lucrativo, tra l'altro, era obbligato ad assicurare l'assistenza sanitaria in acqua gratuita.

L'attività prestata – secondo le intenzioni del comune – prevedeva altresì l'ingresso gratuito per l'accompagnatore della persona disabile e il pagamento di 5 euro per ogni accompagnatore (fino ad un massimo di quattro), oltre alla possibilità che il punto di ristoro autorizzato sulla spiaggia possa generare delle entrate con cui finanziare l'intera attività da svolgere.

Come anche richiamato dal Tar, il comune ha dunque avviato una "gara limitata ad operatori del terzo settore", per la realizzazione di un'attività che, alla luce di quanto sopra brevemente descritto, non prevedeva alcun corrispettivo da parte dell'amministrazione civica.

Contro la decisione del comune ricorreva una ditta privata, che contestava, nell'ordine, a) l'assenza di motivazione adeguata della determina comunale nel punto in cui è stato deciso di ricorrere ad una gara riservata e non ad una procedura aperta a tutti gli operatori economici e b) il difetto del requisito di gratuità del servizio reso.

Il Tar Campania respingeva le doglianze della ditta ricorrente, evidenziando che l'oggetto della gara si riferisce all'agire non lucrativo e che l'attività deve considerarsi gratuita, in questo senso dovendosi ritenere gli eventuali introiti derivanti dalla gestione del punto ristoro, opzionale per i soli avventori, "funzional[i] solo alla copertura dei costi".

Sotto il profilo motivazionale, la sentenza del Tar sottolinea come la decisione del comune risulti chiara nei suoi intenti di perseguire una finalità di interesse generale: la scelta dei soggetti non

lucrativi corrisponde alla volontà di trovare la “migliore soluzione progettuale del servizio richiesto e le migliori condizioni tecniche per la successiva realizzazione”.

Il Tar, infine, ha legittimato la scelta del comune riconducendone la decisione nell'alveo dell'istituto giuridico della co-progettazione ex art. 55 del d. lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), che – a giudizio dei giudici amministrativi di primo grado – deve considerarsi quale conseguenza di atti programmatori approvati dal comune a monte della decisione contenuta nell'avviso pubblico di cui si discute.

Di tutt'altro tono la sentenza del Consiglio di Stato, che – come anticipato – ha censurato il reasoning del giudice di prime cure. Nello specifico, i giudici di Palazzo Spada, richiamando il parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in data 26 luglio 2018, hanno contestato che il servizio in oggetto potesse essere qualificato come “gratuito”. A giudizio del Consiglio di Stato, è questo specifico profilo che legittima gli affidamenti agli enti del terzo settore: laddove la gratuità non sia registrabile, la procedura non può che essere aperta a tutti gli operatori economici.

Nel caso di specie, l'attività non può configurarsi come gratuita atteso che:

1. al soggetto di terzo settore è concesso produrre introiti di natura commerciale dalla gestione del punto ristoro;
2. la lex specialis consentiva la partecipazione all'Associazione temporanea di impresa anche ad imprese lucrative.

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha censurato l'istituto giuridico della co-progettazione, in quanto quest'ultima non sarebbe stata conseguente ad una precedente fase co-programmatoria.

In sintesi, dunque, la presenza di una remunerazione dei fattori produttivi, ancorché indiretta, ha indotto i giudici di Palazzo Spada a ritenere illegittima la procedura adottata (co-progettazione), che, al contrario, avrebbe dovuto seguire i canoni competitivi di cui al Codice dei contratti pubblici.

Elencati i fatti in causa, rimangono da svolgere alcune considerazioni di carattere generale, in specie allo scopo di comprendere la “collocazione” della sentenza de qua nell'iter argomentativo e interpretativo che ha caratterizzato, fino ad oggi, gli istituti giuridici collaborativi di cui al Codice del Terzo settore.

In primis, non si può non rilevare una certa confusione nell'identificazione della procedura adottata dal comune. Infatti, mentre l'amministrazione comunale ha dichiarato espressamente di voler procedere con una “gara” riservata ai soli enti del terzo settore, ancorché definendo tale percorso alla stregua di una “co-progettazione”, il Tar Campania ha identificato l'intera procedura alla stregua di quest'ultimo istituto giuridico cooperativo. Per vero, è necessario ribadire che, nel caso di specie, il comune aveva individuato l'oggetto del servizio, l'area in cui svolgere lo stesso e le “regole di ingaggio”. Elementi questi che non depongono a favore della scelta della co-progettazione quale procedura cui ricorrere, atteso che essa sottende la condivisione e la convergenza delle parti sulle modalità di realizzazione dei progetti finalizzati a rispondere a determinate istanze di intervento.

In secondo luogo, viene in considerazione il concetto di gratuità, il quale, proprio nel parere del Consiglio di Stato del 2018, veniva fatto coincidere con l'assenza di qualsivoglia corrispettivo da parte della pubblica amministrazione per l'erogazione di una attività ovvero di un servizio. Nel caso di specie, la gratuità non è stata rilevata in quanto all'ente del terzo settore “aggiudicatario” della gara riservata era lasciata la libertà di recuperare risorse aggiuntive con le quali finanziare l'attività di interesse generale. La censura di questo specifico profilo suscita qualche perplessità, in quanto non soltanto stridente con la possibilità per le organizzazioni non profit di recuperare risorse economiche

dalla loro attività (cfr, d.lgs. n. 117/2017), ma anche quale impedimento per le medesime organizzazioni di esprimere il loro potenziale di iniziativa economica ex art. 41 Cost. Non dimentichiamo peraltro come il decreto 107 del 19 maggio 2021 sulle attività diverse permesse agli ETS, confermi che queste possano avere ad oggetto qualsiasi attività, evidentemente anche a carattere commerciale. La dimensione imprenditoriale e, quindi, come tale ritenuta antitetica alla gratuità che deve caratterizzare i rapporti con gli enti del terzo settore a giudizio del Consiglio di Stato, è fatta dipendere anche dalla possibilità riconosciuta agli enti medesimi di potersi presentare in “cordata” con soggetti lucrativi. La presenza di soggetti non lucrativi non esclude per se la gratuità del servizio, intesa come assenza di corrispettivo da parte della pubblica amministrazione, in quanto l’ente lucrativo potrebbe ben partecipare all’associazione temporanea di impresa in quanto condivide la finalità di utilità sociale del progetto/servizio oggetto dell’affidamento.

In terzo e ultimo luogo, occorre soffermarsi sul “nesso di causalità” indicato dal Consiglio di Stato nel collegamento tra co-programmazione e co-progettazione. I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto l’avviso pubblico del comune mancante di una legittimazione “a monte” e, conseguentemente, privo di efficacia. Al riguardo, preme evidenziare che l’art. 55, comma 3 del Codice del terzo settore indica indubbiamente nella co-programmazione una fase prodromica utile e funzionale alla definizione (eventuale) delle modalità di realizzazione degli interventi. Tuttavia, si ritiene che non possano essere accolte ricostruzioni volte ad interpretare la disposizione de qua quale obbligo per le pubbliche amministrazioni di individuare nella fase di co-programmazione la puntuale elencazione dei progetti e degli interventi realizzativi. Per vero, la co-programmazione ha lo scopo di individuare e “selezionare” i bisogni intorno ai quali gli enti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni convengono di affrontare di concerto. La co-progettazione, successivamente, ha il compito di definire, organizzare e gestire i modelli di risposta e di intervento ritenuti più adeguati e confacenti per affrontare quei bisogni individuati nella fase precedente. Sostenere che la co-programmazione deve per se individuare già “a monte” le attività e i servizi che dovranno essere realizzati “a valle” attraverso la co-progettazione equivarrebbe, da un lato, ad irrigidire in modo irragionevole la fase programmatica e, dall’altro, a influenzare, o forse addirittura soffocare, la dimensione creativa e potenzialmente innovativa che deve caratterizzare la co-progettazione.

In termini conclusivi, si può ritenere che il comune avrebbe dovuto qualificare meglio la procedura da attivarsi, espungendo dalla medesima i riferimenti concettuali e lessicali relativi alla co-progettazione. A questo scopo bene avrebbe fatto ad attuare le previsioni introdotte dal DM 72 del 31 marzo 2021 visto che le linee guida in esso contenute sono state pensate proprio per consegnare alle Amministrazioni precedenti il “libretto di istruzioni” con cui applicare il Titolo VII del Codice.

Considerando l’assenza di corrispettivo e, conseguentemente, l’estraneità della fattispecie dalle procedure di natura concorrenziale di cui al Codice dei contratti pubblici, si sarebbe forse potuto preferire, nel caso specifico, il ricorso all’art. 56 in materia di convenzioni, individuando in una organizzazione di volontariato ovvero di promozione sociale il soggetto “gestore” dell’attività. Le convenzioni ex art. 56 infatti possono invero prevedere un rimborso delle spese e allo stesso tempo individuare risorse aggiuntive (di qualunque tipo) apportate dalle associazioni medesime in forma compartecipativa.

Rimane il fatto che i giudici di Palazzo Spada sembrano non aver considerato, da un lato, la legittimità di autofinanziamento delle organizzazioni non profit e, dall’altro, l’importanza delle finalità sociali perseguite, alla cui sola realizzazione le attività (anche quelle di natura imprenditoriale) devono essere funzionali e strumentali.

In capo alle pubbliche amministrazioni rimane, infine, l'onere di individuare con precisione la procedura da attivare, fornirne le motivazioni adeguate e individuare la platea dei soggetti con i quali si intendono realizzare gli obiettivi condivisi. In questi giorni, l'Anac ha pubblicato le linee guida recanti "Indicazioni in materia di affidamento dei servizi sociali", che evidenziano che tra le fattispecie estranee al codice dei contratti pubblici rientrano le forme di co-programmazione, di co-progettazione e le convenzioni, anche se affidate a titolo oneroso.

Alla luce di questo pur noto elemento, occorre superare una concezione eccessivamente ristretta di gratuità, affinché, come peraltro ribadito nel Codice del Terzo settore, alle organizzazioni non profit gli enti pubblici possano rivolgersi per co-programmare, co-progettare ovvero affidare per convenzione le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 117/2017