

V
A
D
E
M
E
C
U
M



UNIONE EUROPEA
Fondo Sociale Europeo

PON
INCLUSIONE



MINISTERO del LAVORO
e delle POLITICHE SOCIALI

L'Affidamento dei servizi sociali nel dialogo fra Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore



CO-PROGETTA
UNA AMMINISTRAZIONE CONTEMPORANEA



CITTALIA
fondazione anci



iFEL

Fondazione ANCI

Direzione

Samantha Palombo (Anci), Luca Pacini (Cittalia), Pierciro Galeone (IFEL)

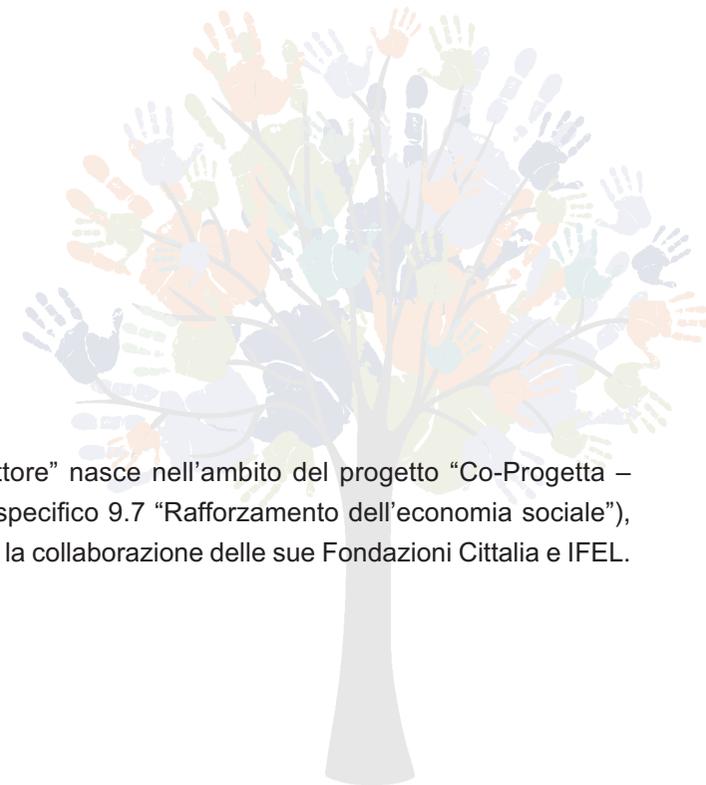
A cura di Alessandro Lombardi (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali), Luciano Gallo (Anci Emilia-Romagna)

Hanno collaborato alla realizzazione del presente volume:

Chiara Poli (Anci), Barbara Slamic (Cittalia), Annalisa Gramigna (IFEL)

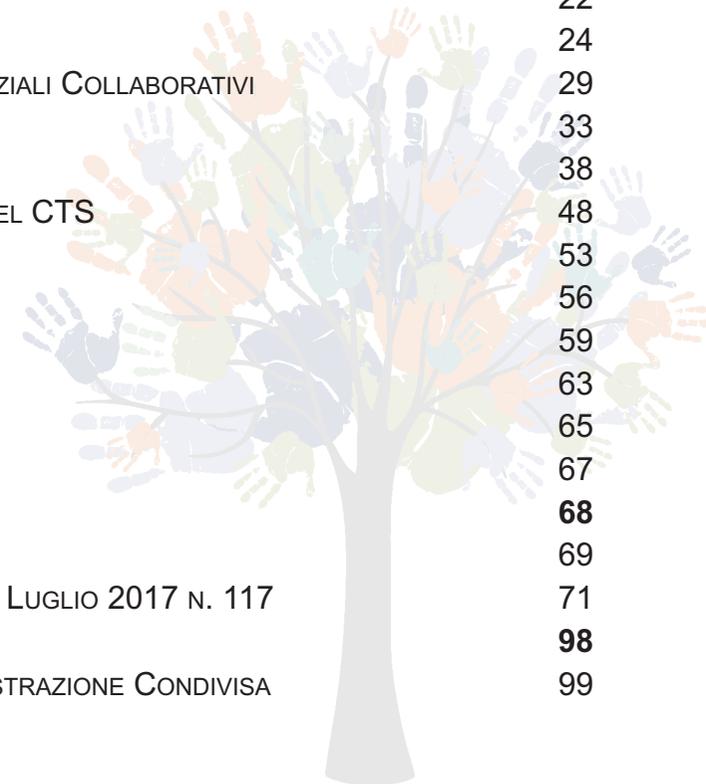
Il Vademecum “L’affidamento dei servizi sociali nel dialogo fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore” nasce nell’ambito del progetto “Co-Progetta – Un’amministrazione condivisa”, all’interno del Pon Inclusione 2014-2020 (Azioni di sistema a sostegno dell’obiettivo specifico 9.7 “Rafforzamento dell’economia sociale”), finanziato con risorse del Fondo Sociale Europeo e realizzato dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali e Anci, con la collaborazione delle sue Fondazioni Cittalia e IFEL.

Prima edizione. Chiuso alla data del 13/6/2022.



INDICE

Premessa	4
Glossario	5
Vademecum	6
1. L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIALI FRA CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (CCP) E CODICE DEL TERZO SETTORE (CTS)	7
2. L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIALI NEGLI ATTI A CONTENUTO GENERALE E NEGLI ATTI DI PROGRAMMAZIONE	10
3. PROGRAMMAZIONE E CO-PROGRAMMAZIONE	11
4. PROGETTAZIONE E CO-PROGETTAZIONE DEI SERVIZI	14
5. L’INSERIMENTO DELLE <i>CLAUSOLE SOCIALI</i> NEGLI ATTI DELLE PROCEDURE	18
6. IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO	19
7. IL CONFLITTO DI INTERESSE	22
8. LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO FRA CCP E CTS	24
9. I PRINCIPI COMUNI NELL’AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI E NELL’ATTIVAZIONE DI RAPPORTI NEGOZIALI COLLABORATIVI	29
10. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TRASPARENZA NEL CCP E NEL CTS	33
11. LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO NEL CCP E NEL CTS	38
12. I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE, LE CAUSE DI ESCLUSIONE ED IL SOCCORSO ISTRUTTORIO NEL CCP E NEL CTS	48
13. LA PARTECIPAZIONE IN FORMA ASSOCIATA NEL CCP E NEL CTS	53
14. AVVALIMENTO E SUBAPPALTO	56
15. I CRITERI DI VALUTAZIONE NEL CCP E NEL CTS	59
16. LA DISCIPLINA SPECIALE IN MATERIA DI SERVIZI SOCIALI NEL CCP E NELLA GIURISPRUDENZA	63
17. L’ANOMALIA DELLE OFFERTE NEL CCP	65
18. IL CONTENUTO MINIMO DEL CONTRATTO DI APPALTO E DELLA CONVENZIONE	67
ALLEGATO 1	68
DECRETO N. 72/2021	69
LINEE GUIDA SUL RAPPORTO FRA PA ED ETS, AI SENSI DEGLI ARTICOLI 55-57 DEL DECRETO LEGISLATIVO 3 LUGLIO 2017 N. 117	71
ALLEGATO 2	98
TABELLA RIEPILOGATIVA DELLA NORMATIVA REGIONALE E DELLE PROVINCE AUTONOME IN MATERIA DI AMMINISTRAZIONE CONDIVISA	99



PREMESSA

L'affidamento dei servizi sociali è un tema delicato e complesso, al tempo stesso, dal momento che riguarda elementi fra loro eterogenei (rapporto fra ordinamenti, europeo ed interno, riparto della competenza legislativa fra Stato e Regioni, protagonismo e responsabilità degli enti locali, fra l'altro organizzati su scala aggregata, sistema integrato degli interventi e dei servizi, anche sotto il profilo soggettivo, con il ruolo rilevante svolto dagli enti di Terzo settore).

I servizi sociali, inoltre, sono rivolti ad una platea di soggetti di norma interessati da una situazione di disagio, bisogno e comunque di necessità di superamento di una condizione di difficoltà e/o vulnerabilità, anche temporanea; assumono pertanto centrale importanza la qualità, la continuità e l'effettività dei servizi, quale che sia la modalità di affidamento.

Il nostro ordinamento giuridico conosce, al momento in cui si scrive, un sistema articolato ed eterogeneo di modalità di erogazione dei servizi, ai quali corrispondono varie procedure di affidamento, sostanzialmente riconducibili, da un lato, al vigente codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 50/2016 e ss. mm. (in avanti solo "CCP"), dall'altro al vigente codice del Terzo settore, di cui al d. lgs. n. 117/2017 e ss. mm. (in avanti anche solo "CTS").

Il presente lavoro è stato ideato, progettato e sviluppato come un "quaderno ad anelli", uno strumento di lavoro utile nella quotidianità dell'attività lavorativa, capace di seguire l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza, come tale sempre attuale, a disposizione sia degli operatori della pubblica amministrazione, che degli operatori privati, in particolare del c.d. privato sociale.

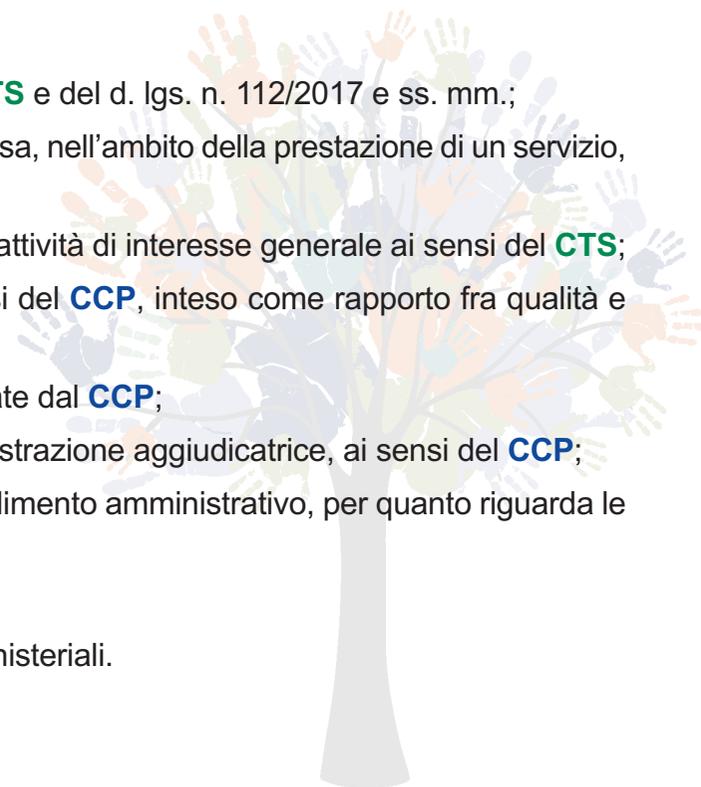
Da un punto di vista metodologico, inoltre, il *Vademecum* descrive gli istituti di riferimento del CCP e del CTS senza indicare possibili preferenze per l'uno o l'altro, ma anzi prova ad indicare – in modo originale – i possibili punti di contatto fra i due Codici, in una prospettiva non di "separatezza", quanto piuttosto di "integrazione". I due Codici, in altre parole, arricchiscono la "cassetta degli attrezzi" di cui dispongono le amministrazioni.

Infine, sarà prestata particolare attenzione a quegli istituti, indifferentemente previsti dal CCP e dal CTS, attivabili su proposta dei privati.

Luca Pacini

GLOSSARIO

- **Amministrazione aggiudicatrice:** l'amministrazione che affida il servizio ai sensi del **CCP**;
- **Amministrazione procedente:** l'amministrazione che avvia e conclude il procedimento ai sensi del **CTS**;
- **APS:** associazione di promozione sociale, ai sensi del **CTS**;
- **Attività di interesse generale:** le attività, elencate dal **CTS**, svolte dagli ETS per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale;
- **CCP:** codice dei contratti pubblici;
- **Convenzione:** l'accordo di collaborazione sottoscritto fra ETS e pubblica amministrazione;
- **CTS:** codice del Terzo settore;
- **ETS:** enti di Terzo settore, ai sensi del **CTS**;
- **ODV:** Organizzazione di volontariato, ai sensi del **CTS**;
- **Impresa sociale:** ETS che svolge attività di interesse generale in forma di impresa, ai sensi del **CTS** e del d. lgs. n. 112/2017 e ss. mm.;
- **Lucratività:** distribuzione, anche indiretta, degli utili conseguenti allo svolgimento dell'attività di impresa, nell'ambito della prestazione di un servizio, disciplinato dal **CCP**;
- **Non lucratività:** divieto di distribuzione, anche indiretta, di utili, nell'ambito dello svolgimento delle attività di interesse generale ai sensi del **CTS**;
- **OEPV:** offerta economicamente più vantaggiosa, quale criterio di valutazione delle offerte, ai sensi del **CCP**, inteso come rapporto fra qualità e prezzo;
- **Operatore economico:** il soggetto che partecipa alle procedure di affidamento di servizi, disciplinate dal **CCP**;
- **Progetto dei servizi:** l'elaborato progettuale, relativo ai servizi da affidare, predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del **CCP**;
- **Responsabile del procedimento:** il responsabile del procedimento, ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, per quanto riguarda le ipotesi di collaborazione disciplina dal **CTS**, o ai sensi del **CCP**;
- **RUNTS:** registro unico nazionale del Terzo settore, ai sensi del **CTS**;
- **VIS:** valutazione di impatto sociale, ai sensi della legge n. 106/2016 e delle relative Linee guida ministeriali.



Vademecum

Al fine di agevolare la lettura del Vademecum, saranno utilizzati tre colori di riferimento in relazione ai contenuti:

- a) Il **blu** in relazione agli istituti del **CCP**, con la tonalità più scura per quanto riguarda gli istituti ad iniziativa di parte;
- b) Il **verde** per quanto riguarda gli istituti del **CTS**, con tonalità più scura per le ipotesi dell'iniziativa di parte;
- c) infine, l'**arancione** relativamente alle ipotesi di possibile **contatto** fra **CCP** e **CTS**.

1. L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIALI FRA CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (CCP) E CODICE DEL TERZO SETTORE (CTS)

Un’opzione politica

Le *Linee guida sul rapporto fra PA ed ETS, ai sensi degli articoli 55-57 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117* (in avanti solo “*Linee Guida*” o “*LG*”), adottate, a seguito di Intesa in Conferenza Unificata, con DM n. 72 del 31 marzo 2021, dopo aver fornito un inquadramento giuridico del tema del rapporto fra **CCP** e **CTS**, dunque, dell’utilizzo degli istituti collaborativi fra PA ed ETS, previsti dal Titolo VII del medesimo Codice, hanno chiarito che il ricorso al **CTS** è, in primo luogo, un’*opzione politica*.

In altri termini, la scelta della modalità di organizzazione e di affidamento di un servizio sociale, ma il ragionamento vale per tutti i servizi riconducibili alle *attività di interesse generale*, elencate dall’art. 5 **CTS**, è in primo luogo la scelta fra le diverse tipologie di relazioni fra PA ed ETS; fatta la scelta, si tratta di individuare la disciplina applicabile e, quindi, la procedura ritenuta più funzionale.

Come noto, subito dopo l’approvazione del **CTS** è seguito un dibattito focalizzato non già sulla novità (*ratio* e portata) del diritto del Terzo settore, in applicazione del c.d. principio di *specialità*, ma della riconduzione di quel diritto al diritto dei contratti pubblici.

E’ noto che il Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 2018 aveva dato un’interpretazione restrittiva del **CTS** e, dunque, sostenuto la residualità degli istituti collaborativi del **CTS**, in conseguenza dell’affermata supremazia del diritto euro-unitario a tutela della concorrenza, costituito – a livello interno – dal **CCP**.

Seguivano vari “fatti giuridici”, da ultimo richiamati dalla **Sezione Consultiva** degli **Atti Normativi** del **Consiglio di Stato** nel **parere interlocutorio** n. **802/2022**, reso sulla bozza di linee guida dell’ANAC sull’affidamento dei servizi sociali, di cui appare utile riportarne alcuni stralci salienti per le finalità del presente lavoro.

Il primo evento, non in ordine cronologico, riguarda le modifiche al **CCP** apportate dalla legge n. 120/2020 di conversione con modificazioni del decreto-legge n. 76/2020 e, segnatamente, agli articoli 30, comma 8, 8, 59 e 142. “(...) per effetto di tali modifiche sono assoggettati alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, indicate all’art. 142, solo i servizi sociali rientranti nell’allegato IX, se non organizzati ai sensi degli artt. 55 e 56 del Codice del terzo settore o mediante forme di autorizzazione o accreditamento previste dalle disposizioni regionali in materia”.

La seconda circostanza sopravvenuta è rappresentata dalla *giurisprudenza costituzionale in materia di Enti del Terzo Settore*.



“6. La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020, intervenuta nelle more della revisione delle linee guida sottoposte all’esame del Consiglio di Stato, recita testualmente che l’art. 55 del Codice del terzo settore “realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria”, integrando “una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost.”

(...) 6.1. Sulla scorta dei predetti principi è conseguenziale per la Corte costituzionale delineare la natura della relazione tra ente pubblico e terzo settore sottolineandone la differenza rispetto alle relazioni basate sullo scambio di mercato.

(...) 6.2. La sentenza n. 131 del 2020 dissipa, inoltre, anche il dubbio sulla compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali, previste dal Codice del terzo settore, avanzato da questo Consiglio nel richiamato parere n. 2052 del 2018, evidenziando che “lo stesso diritto dell’Unione ... mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà”.

Per effetto di tali novità il Consiglio di Stato, rivedendo e superando il proprio precedente interpretativo del 2018, mette “in dialogo” i due Codici sulla base di una coerenza rispetto all’ordinamento europeo e alla nostra Costituzione. “9. Sotto il profilo contenutistico la Sezione è ben consapevole degli aspetti di complessità che caratterizzano il rapporto tra codice dei contratti pubblici e codice del terzo settore in materia di affidamenti dei servizi sociali, quale riflesso della dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà.

Esemplificativi di tale complessità sono, da un lato, le diverse opzioni ermeneutiche sposate da questa stessa Sezione nei richiamati pareri resi nella materia in questione, e, dall’altro, le pronunce della giurisprudenza unionale (cfr. Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14) e della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131 citata) per smorzare e comporre il conflitto tra la ratio che ispira la disciplina del codice dei contratti pubblici e quella che ispira il codice del terzo settore in materia di affidamenti dei servizi sociali”.

(...) 10.1. La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell’ambito di disciplina”.

(...) 10.3. Come evidenziato dalla stessa Autorità richiedente in sede di AIR, le linee guida in questione intervengono in una materia già ampiamente e dettagliatamente disciplinata da disposizioni di fonte primaria, dal codice dei contratti pubblici al codice del terzo settore, alla legge n. 328/2000, e di fonte secondaria, quali ad esempio le linee guida, adottate rispettivamente con i decreti del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali del 23 luglio 2019 e del 31 marzo 2021, più volte citate, nonché le normative di settore con previsioni rivolte ai livelli territoriali di volta in volta interessati. Peraltro, proprio le modifiche al codice dei contratti pubblici, introdotte dal D.L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, che costituiscono lo spunto per l’adozione delle linee guida oggetto di parere hanno introdotto disposizioni di coordinamento tra quest’ultimo e il codice del terzo settore, nel senso della riduzione dell’ambito di applicazione del D.lgs. n. 50/2016”.

Alla luce delle argomentazioni che precedono è, pertanto, chiaro il riferimento, contenuto nelle richiamate Linee guida del 2021, all’opzione politica

nella scelta fra **CTS** e **CCP**; non è la scelta fra appalto o concessione, da un lato, e co-progettazione, dall'altro, solo per fare un esempio, quanto piuttosto se affidare un servizio nella logica dell'esternalizzazione all'interno di un mercato competitivo, promuovendo il principio di tutela della concorrenza, o, al contrario, valorizzare il principio di sussidiarietà orizzontale, attivando rapporti di collaborazione previa evidenza pubblica.

Di seguito una possibile schematizzazione degli elementi costitutivi delle modalità di affidamento di servizi fra **CCP** e **CTS**.

- PA = Amministrazione *aggiudicatrice*;
- ETS = operatore economico;
- causa del contratto di appalto: scambio di prestazioni corrispettive (erogazione servizio vs. corrispettivo);
- causa del contratto di concessione: gestione funzionale del servizio con assunzione rischio operativo vs. trasferimento titolarità della gestione da parte del concedente;
- rapporto oneroso: diritto all'utile d'impresa (TAR Lombardia, Brescia, sentenza n. 577/2021, secondo cui l'offerta di una ONULS non può essere in perdita, anche se tale ente non è fondato sulla creazione del profitto);
- *governance* pubblica: RUP (art. 31 **CCP** e DM 48/2019) e DEC;
- riparto delle responsabilità fra amministrazione aggiudicatrice e gestore servizio;
- requisiti di partecipazione (di ordine generale [art. 80] e di capacità [art. 83]);
- obbligo di buona fede pre-contrattuale (artt. 30, 80 e 94) e contrattuale (art. 1175 e 1375 codice civile);
- disciplina ad hoc in materia di conflitto di interesse (artt. 42 e 80);
- obblighi di trasparenza (art. 29);
- procedura ha un proprio riferimento: CIG;

CCP

- PA = Amministrazione *procedente* ai sensi della legge 241/1990;
- ETS = partner;
- causa della convenzione (art. 11 legge 241/1990): realizzazione attività di interesse generale (art. 5 **CTS**);
- rapporto oneroso: non lucratività (gratuità nell'ipotesi di convenzioni con APS e ODV ai sensi dell'art. 56 **CTS**);
- co-responsabilità fra PA ed ETS;
- requisiti di partecipazione ai procedimenti previsti dagli Avvisi e rispettosi dei principi di cui alla legge n. 241/1990;
- condivisione di risorse (di varia natura) [le eventuali risorse pubbliche come contributi ai sensi dell'art. 12 legge 241/1990];
- rapporto fondato sulla fiducia reciproca;
- rinvio alla disciplina della legge 241/1990 sul conflitto di interesse;
- rinvio alla disciplina generale in materia di trasparenza (d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.);
- possibilità di inserire negli atti la VIS (valutazione di impatto sociale);
- procedura ha un proprio riferimento: CUP.

CTS

2. L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIALI NEGLI ATTI A CONTENUTO GENERALE E NEGLI ATTI DI PROGRAMMAZIONE

L’Amministrazione stabilisce i propri indirizzi e le scelte strategiche in ordine agli affidamenti di contratti pubblici, anche nella forma degli “appalti innovativi”, ai sensi del **CCP**, all’interno degli strumenti e degli atti a contenuto generale; a titolo meramente esemplificativo:

- 1) Statuto o atto equivalente;
- 2) Linee di mandato o atto equivalente;
- 3) Documento unico di programmazione (DUP) o atto equivalente;
- 4) Regolamento in materia di contratti pubblici.

CCP

L’Amministrazione stabilisce i propri indirizzi e le scelte strategiche in materia di affidamento di contratti pubblici, ai sensi del **CCP**, e di “Amministrazione condivisa”, ai sensi del **CTS**, all’interno degli strumenti e degli atti a contenuto generale evidenziandone le possibili sinergie; a titolo meramente esemplificativo:

- 1) Statuto o atto equivalente;
- 2) Linee di mandato o atto equivalente;
- 3) Documento unico di programmazione (DUP) o atto equivalente;
- 4) Regolamento in materia di rapporti fra PA ed ETS;
- 5) Protocollo, Accordo, Patto fra PA ed ETS e relative organizzazioni di rappresentanza.

CTS

L’Amministrazione stabilisce i propri indirizzi e le scelte strategiche in materia di “Amministrazione condivisa”, ai sensi del **CTS**, all’interno degli strumenti e degli atti a contenuto generale; a titolo meramente esemplificativo:

- 1) Statuto o atto equivalente;
- 2) Linee di mandato o atto equivalente;
- 3) Documento unico di programmazione (DUP) o atto equivalente;
- 4) Regolamento in materia di rapporti fra PA ed ETS;
- 5) Protocollo, Accordo, Patto fra PA ed ETS e relative organizzazioni di rappresentanza.

3. PROGRAMMAZIONE E CO-PROGRAMMAZIONE

3.1. La programmazione degli acquisti

L'affidamento dei contratti di importo superiore a 40.000 euro deve essere inserito all'interno degli strumenti di **programmazione** delle amministrazioni aggiudicatrici, nel rispetto della relativa disciplina di settore. In difetto, non si può procedere con l'indizione della relativa procedura.

Per gli enti locali lo strumento di programmazione è il **DUP** (documento unico di programmazione), disciplinato dall'art. 170 del d. lgs. n. 267/2000 e ss. mm. (in avanti solo "TUEL"), che è un allegato al bilancio di previsione.

Il **DM n. 14/2018** ha disciplinato le modalità ed i contenuti della programmazione pluriennale ("almeno biennale") per l'acquisizione dei lavori, delle forniture e dei servizi.

Per ogni servizio, oggetto di programmazione, devono essere indicati:

- a) il RUP;
- b) l'importo complessivo presunto;
- c) l'eventuale finanziamento con capitali privati;
- d) la tipologia di affidamento (mediante appalto o concessione).

L'art. 142, comma 5-quater (relativamente ai soli servizi sociali ed agli altri servizi di cui all'Allegato IX del codice), introdotto nel decreto legislativo c.d. correttivo n. 56/2017 tiene conto della specificità di tali servizi, per i quali la legislazione di settore (legge n. 328/2000 e normativa regionale) prevede gli strumenti dei piani regionali e del piano sociale di zona quale atto di programmazione degli enti locali.

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- Comunicato del Presidente dell'ANAC del 26 ottobre 2016 *"Indicazioni operative alle stazioni appaltanti in materia di pubblicazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e del programma triennale dei lavori pubblici sul sito informatico dell'Osservatorio, ai sensi dell'art. 21, comma 7, del d.lgs. 50/2016"*;
- **CdS**, sentenza n. **5561/2021** (sull'obbligo e sulle finalità della programmazione) e **TAR Lazio**, sentenza n. **11304/2020**.

3.2. La co-programmazione degli interventi e dei servizi

La **co-programmazione** è disciplinata a livello statale dall'art. 55, c. 2, CTS

«2. La co-programmazione e' finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalita' di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili».

La **co-programmazione** nelle **Linee guida ministeriali** adottate con **DM n. 72/2021**. *«La co-programmazione dovrebbe generare un arricchimento della lettura dei bisogni, anche in modo integrato, rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa degli enti, agevolando – in fase attuativa – la continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco (...).».*

La **co-programmazione** è un'**istruttoria partecipata** e **condivisa**. non è un procedimento «tipizzato», ma è una **modalità «procedimentalizzata» di co-costruzione delle politiche pubbliche**. La co-programmazione può avere ad oggetto tutte le **attività di interesse generale**, indicate dall'art. 5 del **CTS**, anche fra loro integrate.

Le **fasi** del procedimento di **co-programmazione** nelle **LG ministeriali**:

- 1) **Avvio** del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su impulso degli ETS;
- 2) pubblicazione dell'**avviso** e di eventuali allegati;
- 3) svolgimento dell'**istruttoria**;
- 4) **conclusione** della procedura ad evidenza pubblica.

Le **LG** indicano anche gli **elementi minimi** degli **Avvisi**. [segue infra]

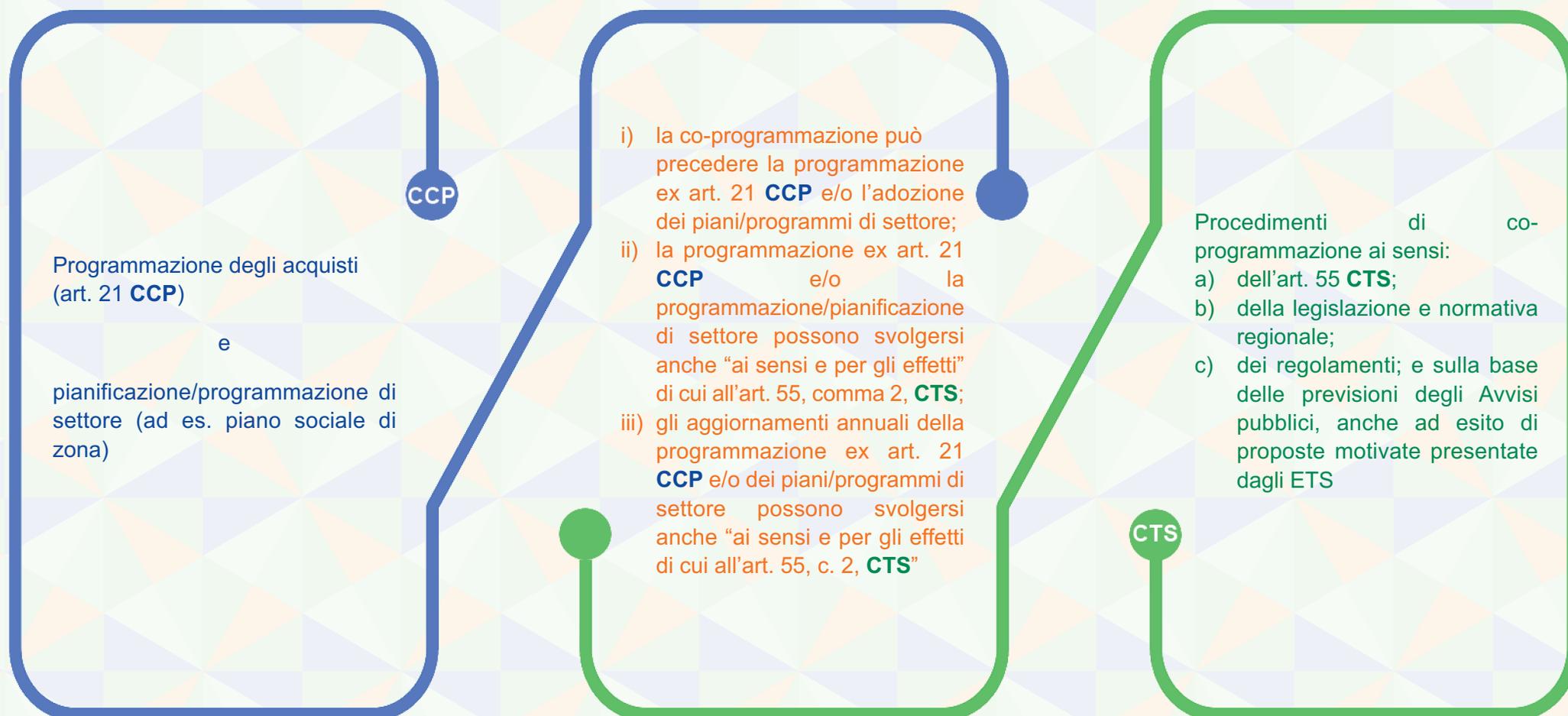
L'art. 55, primo comma, del **CTS** precisa che le forme di "(...) co-programmazione e co-progettazione e accreditamento [ndr sono], poste in essere nel rispetto dei **principi** della **legge 7 agosto 1990, n. 241**, nonche' delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona». N.B.: occorre tener conto dell'eventuale disciplina regionale e della disciplina di settore, ove esistente, in materia di piani e programmi.

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- **CdS** sentenza n. **6232/2021** (sul rapporto fra co-programmazione e co-progettazione).

CTS

3.3. PROGRAMMAZIONE e CO-PROGRAMMAZIONE in dialogo



4. PROGETTAZIONE E CO-PROGETTAZIONE DEI SERVIZI

L'art. 23, c. 15 CCP ha introdotto l'obbligo del **progetto dei servizi**. Il progetto deve contenere:

- i) la relazione tecnico - illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio;
- ii) le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza;
- iii) il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi;
- iv) il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi;
- v) il capitolato speciale descrittivo e prestazionale;
- vi) i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara;
- vii) l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità.

In relazione al capitolato speciale descrittivo e prestazionale, il progetto deve indicare:

- a) le specifiche tecniche;
- b) l'indicazione dei requisiti minimi per le offerte;
- c) gli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa

CCP

La **co-progettazione** è prevista dall'art. 55, c. 3, CTS.

Nella **Relazione illustrativa** dello schema di decreto delegato: «(...) **Anche la co-progettazione viene individuata dal legislatore come strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa, non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato (...)**».

La co-progettazione si sostanzia in una forma di partenariato pubblico-privato.

Il **CTS** ha chiarito gli elementi costitutivi dell'istituto:

- **principi comuni** (art. 55, comma 1);
- **ambito soggettivo** di applicazione (P.A.);
- **ambito oggettivo** di applicazione (**attività di interesse generale**, di cui all'art. 5 CTS);
- rispetto dei **principi** del procedimento **amministrativo**, di cui alla legge n. 241/1990.

CTS

Nel progetto, in particolare, le SA devono individuare:

- i) i servizi oggetto di sicuro affidamento;
- ii) le opzioni e la proroga.

CCP

Le **opzioni** sono le seguenti:

- 1) la ripetizione dei servizi analoghi;
- 2) i servizi c.d. “complementari” (art. 63 **CCP**), il cui affidamento è una facoltà per le SA;
- 3) la previsione della facoltà dell'affidamento dei servizi c.d. supplementari (art. 106, c. 1, lett. b), nel rispetto di quanto previsto dal medesimo l'art. 106 sulle “modifiche contrattuali”;
- 4) la c.d. “proroga tecnica” (art. 106, c. 11);
- 5) il c.d. “quinto d'obbligo” (art. 106, c. 12).

La **proroga** tecnica presuppone l'esistenza di un rapporto contrattuale in essere, con la conseguente illegittimità della proroga di un termine nelle more scaduto.

Le stazioni appaltanti, nel determinare l'importo a base di gara, devono stimare il **costo del personale** (art. 23, c. 16 **CCP**).

Nell'ambito delle procedure di co-progettazione (*v. infra*) le Amministrazioni *procedenti* pongono a base delle stesse un **documento progettuale**; in caso di iniziativa degli ETS, quest'ultimo coincide con la proposta progettuale presentata e valutata favorevolmente, eventualmente integrata dall'ente.

Il documento progettuale deve avere un contenuto tale da consentire un effettivo lavoro nei tavoli di co-progettazione. Di seguito alcuni possibili contenuti minimi:

- 1) breve descrizione del contesto di riferimento, anche alla luce dell'attività di co-programmazione, ove svolta;
- 2) eventuale richiamo agli atti generali e agli indirizzi dell'ente;
- 3) richiamo del piano sociale di zona, nelle parti di interesse;
- 4) rapporto con il Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali e degli altri piani di settore;
- 5) (in caso di servizio/intervento esistente) ragioni a base della scelta della co-progettazione;
- 6) eventuali esigenze sociali (*v. infra*);
- 7) eventuale previsione della VIS;
- 8) ogni ulteriore elemento ritenuto utile.

CTS

Il progetto tiene conto dell'obbligo di rispetto dei CCNL applicabili (art. 16 **CTS**).

Giurisprudenza e prassi rilevanti

La **proroga “tecnica”** ha carattere eccezionale, in quanto derogatoria del principio della determinazione della durata dell'affidamento a tutela della parità di trattamento e della concorrenza, essendo *“limitata al tempo strettamente necessario per la selezione del nuovo affidatario del servizio”* (CdS n. 6955/2021 e 3588/2019 e TAR Lazio, Roma, sentenza n. 9212/2018, in senso conforme, nonché delibere ANAC n. 591 e n. 576 del 2021, n. 882 del 2019. TAR Lazio, sentenza n. 10559/2020 sulla preferenza per la “gara ponte” rispetto alla proroga).

Sui possibili contenuti del **progetto** e del capitolato **tecnico**:

- indicazioni sulle certificazioni di qualità (CdS n. 701/2019 sulla ISO 14001 e sulla OHSAS 18001);
- specificazione esigenza utenti del servizio e punteggi premiali (CdS n. 343/2019);
- suddivisione fra prestazioni «principali» e «secondarie» anche ai fini dell'ammissibilità dell'RTI di tipo orizzontale e verticale (CdS n. 751/2019);
- possibilità di disincentivare il subappalto (TAR Piemonte, n. 578/2018);
- illegittimità degli atti di gara per la mancata considerazione del costo della manodopera e per il mancato inserimento della clausola sociale prevista dall'art. 50 del codice (TAR Campania, n. 1334/2018);
- illegittimità degli atti di gara per non congruità dell'importo a base di gara (TAR Lombardia, n. 403/2018; CdS n. 6355/2019).

CCP

Giurisprudenza e prassi rilevanti

La giurisprudenza in materia di co-progettazione si è concentrata allo stato su due temi:

- a) riconduzione o meno a forme di affidamento disciplinate dal **CCP**, risolvendosi in sostanza in forme di appalto, con conseguente irrilevanza del *nomen juris* utilizzato (TAR Basilicata, sentenza n. 44/2022 e CdS sentenza n. 6232/2021);
- b) gratuità del rapporto attivato dalla PA con gli ETS e conseguente limitazione delle voci di costo rendicontabili (TAR Toscana, sentenza n. 1260/2021, TAR Marche, sentenza n. 850/2021 e TAR Piemonte sentenza n. 173/2022).

Si deve alla giurisprudenza della **Corte costituzionale** l'inquadramento dell'istituto nell'ambito della ratio e delle finalità della Riforma del Terzo settore:

- sentenza n. 131/2020 nella parte in cui viene affermata la conformità del **CTS** al diritto dell'UE;
- sentenza n. 255/2020 nella parte in cui prende atto delle modifiche apportate al **CCP** dalla legge n. 120/2020;
- sentenza n. 72/2022 nella parte in cui precisa il senso e la portata della non lucratività delle attività di interesse generale svolte dagli ETS in collaborazione con gli enti pubblici, ovvero sia reinvestimento degli utili per finalità sociali.

In apertura del presente Vademecum si è dato atto di una rieditazione del tema da parte del **Consiglio di Stato** attraverso il parere interlocutorio n. 802/2022.

CTS

PROGETTAZIONE e CO-PROGETTAZIONE in dialogo

Progettazione dei servizi
(art. 23, c. 15, **CCP**)

CCP

- i) la co-progettazione precede progettazione dei servizi da appaltare e/o da affidare in concessione ai sensi del **CCP**;
- ii) procedura di gara riservata ai sensi dell'art. 143 **CCP** prevede successiva co-progettazione dopo selezione OE;
- iii) co-progettazione con ETS come conseguenza di criteri premiali per la valutazione delle offerte (v. *infra*)

Co-progettazione ai sensi:

- a) dell'art. 55 **CTS**;
- b) della legislazione e normativa regionale;
- c) dei regolamenti;
- d) e sulla base delle previsioni degli Avvisi pubblici, anche ad esito di proposte motivate presentate dagli ETS.

CTS

5. L'INSERIMENTO DELLE *CLAUSOLE SOCIALI* NEGLI ATTI DELLE PROCEDURE

L'art. 50 del **CCP** ha introdotto la c.d. clausola sociale di tutela occupazionale, facoltativa per gli affidamenti "sotto-soglia" e obbligatoria per quelli "sopra-soglia".

L'**ANAC** ha emanato le **Linee Guida n. 13** «*La disciplina delle clausole sociali*», approvate con Delibera n. 114 del 13 febbraio 2019 (nelle quali, fra l'altro, viene consigliato di inserire negli atti di gara la previsione del c.d. progetto di assorbimento, da richiedere ai concorrenti). Da qui collegamento fra importo a base di gara, progetto dei servizi, criteri di valutazione (*v. infra*) e offerte degli OE (il progetto di assorbimento diventa parte dell'offerta tecnica).

CCP

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- sulla **non automatica applicazione della clausola** al nuovo aggiudicatario, al quale deve essere assicurata la libera organizzazione di impresa (**CdS sentenze nn. 4539/2022, 2947/2022, 7922/2021, 276/2019**, in senso conforme, **TAR Toscana n. 18/2018, CdS n. 3471/2018**);
- sulla correlazione fra clausola sociale e scelta dell'OE di utilizzare il personale uscente in full e part-time (**CdS sentenza n. 6957/2021**);
- sull'insussistenza dell'obbligo di riconoscimento automatico del medesimo trattamento economico e dell'anzianità pregressa (**CdS sentenza n. 6761/2021**);
- sulla portata dell'impegno assunto dall'OE al riassorbimento del personale sulla base del progetto di assorbimento (**TAR Umbria, sentenza n. 62/2021**).

Il **CTS** non prevede un obbligo o un principio generale di tutela occupazionale, analogo a quello dell'art. 50 CCP, sebbene negli atti delle procedure sia sempre possibile tener conto di esigenze sociali, intese in senso lato.

L'art. 1 della **legge delega** per la Riforma del TS (n. **106/2016**) indica le finalità della Riforma "*1. Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione (...)*".

E' stato già richiamato l'art. **16** che stabilisce l'obbligo del riconoscimento dei trattamenti economici previsti dal CCNL applicabile.

In ragione di quanto precede, ferma restando la possibilità di inserire criteri premiali nella valutazione delle proposte progettuali (*v. infra*) e la previsione dell'utilizzo della VIS, gli atti delle procedure possono introdurre meccanismi di tutela occupazione; dal momento che si applica la legge n. 241/1990 tali clausole dovranno essere ragionevoli e proporzionate.

CTS

6. IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

6.1. Il RUP nel CCP

Il **CCP** prevede la centralità della figura del **RUP** (Responsabile unico del procedimento); i **compiti** principali del **RUP** sono i seguenti:

- a) ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti;
- b) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- c) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
- d) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- e) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- f) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- g) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;
- h) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- i) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;
- l) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

Il RUP, laddove l'importo del contratto non superi i 500.000 euro, svolge anche la funzione di **direttore dell'esecuzione contrattuale (DEC)**.

Riferimenti normativi

- artt. 31, 101 e 111 CCP;
- Linee Guida n. 3 dell'ANAC (*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*);
- DM 7.03.2018 n. 49, Regolamento recante "Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione".

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- Sui compiti del RUP (**CdS sentenza n. 4203/2021**);
- la competenza del RUP si estende anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara, secondo un orientamento pacifico (**CdS, sentenza n. 2983/2017**).
- la volontà del legislatore è quella di identificare nel **RUP** il **dominus** della **procedura di gara**, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze ad altri soggetti (**TAR Veneto, Venezia, sentenza n. 695/2018**).
- sulla **compatibilità** del ruolo di RUP con quello di membro della commissione giudicatrice (**CdS sentenze n. 7419/2021 e n. 283/2018**);
- sulla compatibilità tra membro della commissione e direttore dell'esecuzione (**CdS sentenza n. 819/2019**).
- sulla competenza del RUP a svolgere il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e sulla possibilità che questo, laddove previsto negli atti di gara, possa essere coadiuvato dalla commissione aggiudicatrice (**CdS sentenza n. 294/2021 e n. 268/2018**);
- sui limiti all'addebitabilità dell'ipotesi di reato di abuso d'ufficio al RUP, dopo le modifiche al c.p. (**Cassazione, Sezione penale, sentenza n. 18592/2021**).

6.2. Il RUP nel CTS

Il **RUP** delle procedure attivate ai sensi del **CTS**, in primo luogo quelle di cui al Titolo VII, ma anche quelle finalizzate all'affidamento dei beni pubblici (artt. 71, 81 e 89) è nominato e svolge le proprie funzioni in applicazione della disciplina sul procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990.

L'Amministrazione procedente, pertanto, anche sulla base della regolamentazione esistente in materia, nomina il RUP ai sensi dell'art. 5 della legge n. **241/1990**.

I **compiti** del RUP, in termini generali, sono quelli elencati dall'art. 6 della richiamata legge sul procedimento amministrativo. Al RUP si applicano le ipotesi di **conflitto di interesse**, ai sensi del successivo art. **6-bis**.

Il RUP:

- cura la comunicazione dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7, con atto avente i contenuti di cui all'art. 8; assicura la partecipazione al procedimento, ai sensi degli articoli **9 e 10**;
- attiva, in primo luogo, il c.d. soccorso istruttorio, finalizzato alla regolarizzazione delle domande incomplete;
- favorisce l'uso della telematica (art. **3-bis**).

Il RUP svolge i propri compiti nell'ambito della peculiarità dei rapporti collaborativi previsti dal **CTS** e nel rispetto dei **principi** dell'art. 55, c. 1, **CTS**; in primo luogo, i principi del giusto procedimento e, dunque, trasparenza, pubblicità, parità di trattamento, ragionevolezza e proporzionalità. Anticipando considerazioni relative al tema dei *requisiti di partecipazione*, l'esistenza del RUNTS comporta – fra l'altro – l'applicazione del principio di semplificazione degli adempimenti amministrativi e, dunque, il divieto di chiedere dati e informazioni ricavabili dal predetto Registro.

Giurisprudenza e prassi rilevante.

- sui **compiti** del RUP (**TAR Campania**, sentenza n. **3733/2020**);
- sul rapporto fra **soccorso istruttorio** e dovere di reciproca **correttezza e diligenza** (**CdS** sentenza n. **1180/2019**).
- sul dovere di **imparzialità**, quale corollario del divieto di conflitto di interesse (**CdS** sentenza n. **1654/2020**).

CTS

7. IL CONFLITTO DI INTERESSE

7.1. Il conflitto di interesse nel CCP

L'art. 42 del CCP introduce per la prima volta una disciplina in materia di **conflitto di interesse**, richiamata nell'ambito della disciplina sulle **cause di esclusione** (art. 80, c. 5, lett. d), che ha generato un rilevante contenzioso, chiamato a precisare la portata della disposizione.

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- **Conflitto di interesse:** sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante (**CdS**, sentenza n. **6150/2019**).
- **Conflitto di interesse:** l'art. 42 del D. Lgs. 50/2016 va inteso come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, ma bensì per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può generare. L'indebito vantaggio competitivo può essere quindi solo potenziale. La norma è da intendersi *lato sensu* "di pericolo" (**CdS** sentenza n. **5151/2020**).
- Nozione di **conflitto di interesse**. Si riferisce a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi (**TAR Lazio, Roma**, sentenza n. **10186/2019**).
- Sulla configurazione di una situazione di conflitto di interesse in caso di partecipazione simultanea ad una procedura da parte di un consorzio e delle consorziate indicate dal consorzio come esecutrici (**TAR Emilia-Romagna**, sentenza n. **851/2019**).
- Sulla necessità che la situazione di conflitto di interesse debba essere, in ogni caso, "attuale" (fattispecie esaminata dal TAR riguardava il coinvolgimento di un professionista che aveva supportato la SA nell'elaborazione di alcuni atti della procedura) (**TAR Puglia**, sentenza n. **570/2018**).
- Sulla configurazione di una situazione di conflitto di interesse a fronte di partecipazioni societarie, relative ad operatori partecipanti alla gara, detenute, fra l'altro, dalla stessa SA. (**TAR Campania, Salerno**, sentenza n. **524/2018**).

L'**ANAC** con Delibera n. **494/2019** ha adottato le **Linee Guida** n. **15** recanti "*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*".

Il **Consiglio di Stato** ha emanato il proprio **parere** n. **667/2019** sulle predette Linee guida, contenente ampi riferimenti normativi e giurisprudenziali, anche in ordine alle ipotesi di conflitti di interesse, di cui all'art. 6-bis della legge n. 241/1990.

7.2. Il conflitto di interesse nel **CTS**.

Il **CTS** rinvia alla disciplina sul procedimento amministrativo, di cui alla **legge n. 241/1990** e, pertanto, all'art. **6-bis**, per quanto attiene alle ipotesi di conflitto di interesse.

Orbene, occorre fare riferimento alla lettura data dalla giurisprudenza amministrativa in relazione alle ipotesi di conflitto di interesse, previste dalla disciplina generale.

Il **CdS** nel **parere n. 667/2019**, reso sullo schema di Linee guida ANAC in materia di conflitto di interesse, ha in primo luogo messo in correlazione la norma speciale dell'art. 42 del CCP con le disposizioni generali previste dall'ordinamento (art. 6-bis legge n. 241/1990, legge n. 190/2012, d. lgs. n. 39/2013, DPR n. 62/2013, art. 78 d. lgs. n. 267/2000 e art. 53, c. 14, d. lgs. n. 165/2001).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- **TAR Sardegna**, sentenza n. **345/2021**;
- **CdS** sentenza n. **1654/2020**;
- delibera **ANAC** n. **209/2017**;
- parere **CdS** n. **667/2019**.

CTS

8. LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO FRA CCP E CTS

Quadro d'insieme

Le principali procedure che la **stazione appaltante (SA)** può porre in essere nell'affidamento di appalti di servizi sono le seguenti:

CCP

- 1) l'**affidamento diretto** (art. 36);
- 2) la **procedura aperta** (art. 60);
- 3) la **procedura ristretta** (art. 61);
- 4) la **procedura competitiva con negoziazione** (art. 62);
- 5) la **procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara** (art. 63);
- 6) il **dialogo competitivo** (art. 64);
- 7) il **partenariato per l'innovazione** (art. 65).

Le amministrazioni possono inoltre contare su due ulteriori strumenti, predisposti per consentire la continuità degli approvvigionamenti e la semplificazione delle procedure:

- i) l'**accordo quadro** (art. 54);
- ii) e il **sistema dinamico di acquisizione (SDA)** (art. 55).

Le SA possono attivare – prima della pubblicazione degli atti della procedura – una **consultazione preliminare di mercato** (art. 66) [v. *infra*]

Le procedure previste dal **CTS**, attivabili dalle **amministrazioni procedenti (AP)** - anche su impulso degli ETS - sono le seguenti:

- 1) **co-programmazione** (art. 55, c. 2);
- 2) **co-progettazione** (art. 55, c. 3);
- 3) **co-progettazione** nella forma dell'**accreditamento** (art. 55, c. 4);
- 4) **convenzioni con APS e ODV** (art. 56);
- 5) affidamento servizi di **trasporto sanitario di emergenza e urgenza** (art. 57);
- 6) affidamento di beni immobili pubblici in **comodato** (art. 71, cc. 1 e 2);
- 7) affidamento di beni culturali pubblici in **concessione di valorizzazione per finalità sociali** (art. 71, c. 3);
- 8) affidamento di beni culturali pubblici per finalità di valorizzazione culturale (art. 89, c. 17);
- 9) affidamento di beni pubblici a valere sulla disciplina in materia di **social-bonus** (art. 81).

A ciò deve aggiungersi, l'eventuale gara c.d. "a doppio oggetto", ai sensi del CCP e del d. lgs. n. 175/2016 (TUSP), per la selezione da parte di una o più amministrazioni aggiudicatrici di un socio di una costituenda società nella forma dell'**Impresa sociale**, ai sensi del d. lgs. n. 112/2017, per il successivo affidamento di servizi degli enti.

CTS

8.1 La scelta fra le procedure di affidamento del **CCP** e del **CTS**

**PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI SERVIZI
(APPALTI O CONCESSIONI, ANCHE
RISERVATI, AI SENSI DEGLI ARTT. 112 E
143 DEL CCP)**

CCP

La disposizione chiave, che agisce da “ponte” fra i due Codici, ai fini della concreta scelta fra le varie procedure di affidamento, è costituita dall'art. 59 del **CCP**, come modificato nel 2020:

“Art. 59 (Scelta delle procedure e oggetto del contratto) Fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, nell'aggiudicazione di appalti pubblici, I stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristretta, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara (...).”

Da qui:

- a) opzione politica fra l'uso degli strumenti;
- b) le scelte di indirizzo e di programmazione

**PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI SERVIZI
ED INTERVENTI PREVISTI DAL **CTS****

CTS

8.2 Le procedure di affidamento fra **CCP** e **CTS**

La determina di avvio del procedimento

L'atto che dà formale avvio ad una procedura di affidamento di servizi ai sensi del **CCP** è la **determina a contrarre** (art. 32) "Art. 32 (Fasi delle procedure di affidamento)

CCP

1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.
2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".

La determina a contrarre - o atto equivalente - è assunta dall'ente che svolge la procedura (come stazione appaltante o come centrale di committenza, ai sensi del CCP) [nell'ambito dell'affidamento dei servizi sociali il soggetto, variamente denominato, previsto dalla legislazione, statale e regionale, di settore].

Ciò non toglie che l'ente "beneficiario" del servizio, a sua volta, abbia adottato un proprio atto, finalizzato ad avviare il procedimento nell'ambito del quale è compresa la procedura in senso stretto).

Le procedure previste dal **CTS** richiamano i principi di cui alla legge n. 241/1990 in materia di procedimento amministrativo; pertanto l'atto con cui viene attivata una delle varie forme di rapporto collaborativo con gli ETS - anche su impulso di questi ultimi - è la **determina** (o altro atto variamente denominato sulla base della regolamentazione interna) di **avvio del procedimento**.

Ferme restando le disposizioni contenute nelle eventuali disposizioni, legislative e regolamentari, regionali e delle amministrazioni, il riferimento è, pertanto, agli articoli 2, c. 6, e 7, in quanto compatibile, della predetta **legge n. 241/1990**.

Si ritiene che tale determina debba contenere almeno i seguenti elementi minimi:

- ragioni a fondamento dell'attivazione del procedimento, con particolare riferimento ad eventuali indirizzi o previsioni degli atti a contenuto generale, nonché ad eventuali accordi/protocolli/patti con il TS;
- coerenza nel e/o previsione del ricorso al procedimento nell'ambito degli strumenti di programmazione e di pianificazione di settore;
- eventuale correlazione con procedura di finanziamento, variamente denominata, indetta da altro ente, pubblico e/o privato, anche filantropico;
- finalità ed oggetto del procedimento;
- eventuali atti approvati;
- nomina del RUP;
- termini e modalità per esercitare il diritto di accesso;
- ogni altra informazione ritenuta utile.

CTS

N.B.: procedura ad iniziativa di parte (v. *oltre*)

8.3 La scelta fra le procedure di affidamento del **CCP** e del **CTS**

La determina a contrarre/determina di avvio del procedimento nel dialogo fra **CCP** e **CTS**

**PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI SERVIZI
PREVISTE DAL CCP**

**(APPALTI O CONCESSIONI, ANCHE
RISERVATI, AI SENSI DEGLI ARTT. 112 E
143 CCP)**

CCP

La determina esplicita il “dialogo” fra **CCP** e **CTS** (alcune ipotesi):

- 1) co-programmazione indica modalità di affidamento servizi secondo **CCP** (in particolare gare riservate ai sensi degli artt. 112 e 143 **CCP**);
- 2) co-programmazione indica inserimento di clausole sociali e di criteri di premialità riconducibili al **CTS** (ad es. art. 100 **CCP**, attivazione co-progettazione o convenzioni) [v. oltre];
- 3) esiti co-progettazione conducono ad appalto/concessione, eventualmente anche riservati, ai sensi del **CCP**;
- 4) esito precedente appalto e concessione, anche di gestione e/o di valorizzazione di beni, conduce a co-progettazione, convenzione con APS e ODV, comodato o PPPS in ambito culturale, secondo il **CTS**;
- 5) gara a “doppio oggetto” per costituzione di Impresa sociale

**PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI SERVIZI
ED INTERVENTI PREVISTI DEL CTS**

CTS

8.4 La scelta fra le procedure di affidamento del **CCP** e del **CTS**.

La determina a contrarre/determina di avvio del procedimento in accoglimento di una proposta presentata dagli ETS

Le procedure previste dal **CTS** possono essere attivate anche su **impulso di parte**, ovverosia da uno o più ETS.

Fermo restando quanto chiarito nelle **LG ministeriali**, allegate al presente Vademecum [**Allegato n. 1**], e fermo restando quanto stabilito dalle leggi regionali e dai regolamenti delle *amministrazioni procedenti* [vedi scheda riepilogativa della normativa regionale e provinciale], di seguito le FASI del PROCEDIMENTO:

- a) presentazione istanza/proposta motivata all'ente pubblico;
- b) eventuale sub-procedimento di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 6 della **legge n. 241/1990**;
- c) eventuale provvedimento motivato di diniego, preceduto da comunicazione ai sensi dell'art. 10 bis della **legge n. 241/1990** (nelle ipotesi in cui precedenti atti o comportamenti degli enti hanno rinviavano a presentazione di istanza di parte) [N.B.: vedi oltre giurisprudenza];
- d) (*in caso di interesse da parte degli enti*) istruttoria della istanza/proposta, con eventuale richiesta di integrazione/modifica;
- e) (*in caso di accoglimento*) provvedimento di accoglimento dell'istanza/proposta motivata e conseguente avvio di procedura ad evidenza pubblica per l'eventuale ricevimento di istanza/proposta alternativa e/o migliorativa;
- f) (*nell'ipotesi sub e*) pubblicazione di un Avviso, ai sensi della disciplina in materia di trasparenza [v. paragrafo 6 delle LG ministeriali], contenente almeno il termine di presentazione delle istanze/proposte da parte di soggetti terzi, i criteri di valutazione comparativa e la descrizione della fase di conclusione del procedimento;
- g) conclusione del procedimento, con emanazione del provvedimento finale e avvio dell'attività collaborativa.

N.B.: gli atti del procedimento sono assoggettati al regime di **trasparenza**, meglio descritto ed esaminato nelle richiamate **LG ministeriali** (paragrafo 6).

Giurisprudenza rilevante

La PA ha l'**obbligo di concludere il procedimento** con un provvedimento espresso, non necessariamente positivo (da ultimo **CdS** sentenza n. **3355/2019**, in senso conforme, **CdS** sentenza n. **3234/2017**) o sulla base dei **progressi rapporti fra amministrazione e amministrati** (**TAR Calabria, Reggio Calabria**, sentenza n. **379/2017**).

9. I PRINCIPI COMUNI NELL’AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI E NELL’ATTIVAZIONE DI RAPPORTI NEGOZIALI COLLABORATIVI

9.1. I principi comuni previsti dal CCP

Art. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni)

1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.

Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

(...)

7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.

CCP

9.2. I principi comuni previsti dal **CTS** e dalla disciplina in materia di **IMPRESA SOCIALE**

Il **CTS** indica vari principi, comuni a tutte le forme di rapporti negoziali collaborativi, attivati fra PA ed ETS. Sono stabilite dalle seguenti disposizioni:

- art. **2** (*Principi generali*);
- artt. **4 e 5** sui caratteri delle c.d. *attività di interesse generale*;
- art. **6** sulle c.d. *attività diverse*;
- art. **8** sulla *non lucratività*;
- art. **16** in materia di *lavoro nel Terzo settore*;
- art. **17** sull'*attività di volontariato* e sulla qualifica di *volontario*;
- art. **19** sulla *promozione della cultura del volontariato*;
- art. **23** sul *carattere aperto delle associazioni*;
- art. **28** sul principio di *responsabilità* degli *amministratori nelle associazioni*;
- art. **33** sulle *risorse delle OdV*.

Per quanto riguarda la disciplina in materia di **impresa sociale (d. lgs. n. 112/2017)**, facciamo riferimento ai seguenti:

- art. **2** sui caratteri delle *attività di interesse generale* svolta in forma di *impresa*;
- art. **3** sull'*assenza dello scopo di lucro*;
- art. **4** sulla *governance*;
- art. **11** sul *coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati* alle attività.

La disposizione di riferimento, analoga all'art. 30 del CCP, è rappresentata dall'art. **55**, c. **1**.

“1. In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicita' dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona”.

9.3 Il dialogo fra i principi del **CCP** e quelli del **CTS**

PRINCIPI COMUNI PER L’AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO E DI CONCESSIONI AI SENSI DEL CCP

CCP

La disposizione “ponte” è rappresentata dall’art. 30, c. 8, del **CCP**, modificata nel 2020

“8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”.

Inoltre, “integrando” le diverse procedure del **CCP** con quelle del **CTS**, nei termini indicati in precedenza, ne deriva anche l’integrazione dei relativi principi, in quanto fra loro compatibili.

PRINCIPI COMUNI PER L’AFFIDAMENTO DI SERVIZI ED INTERVENTI, NONCHÈ PER L’ATTIVAZIONE DI FORME DI GESTIONE E VALORIZZAZIONE DEI BENI PUBBLICI, AI SENSI DEL CTS

CTS

9.4. I principi comuni dell'art. 55, c. 1, del CTS

L'art. 55, c. 1, del CTS indica i **principi "comuni"** da rispettare nell'attivazione di rapporti negoziali collaborativi:

- sussidiarietà;
- cooperazione;
- efficacia, efficienza ed economicità;
- omogeneità;
- copertura finanziaria e patrimoniale;
- responsabilità ed unicità dell'amministrazione;
- autonomia organizzativa e regolamentare;
- i principi del procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990;
- i principi previsti nelle discipline, statali e regionali, di settore, riferite al procedimento.

I principi dell'attività e dei procedimenti amministrativi e la giurisprudenza rilevante

- di **buona amministrazione** (art. 1 legge n. 241/1990) [CdS, sentenza n. 5311/2016];
- del c.d. **tempus regit actum** (TAR Sardegna, sentenza n. 1242/2015);
- di **trasparenza, pubblicità e parità di trattamento** (art. 1 legge n. 241/1990) [CdS, Adunanza Plenaria, sentenza n. 10/2020, v. oltre];
- di **buona fede e collaborazione** (art. 1, c. 2-bis, legge n. 241/1990);
- di **ragionevolezza, proporzionalità, speditezza e semplificazione amministrativa** [TAR Sicilia, sentenza n. 1487/2013, CdS sentenza n. 5938/2013 e TAR Campania, sentenza n. 2357/2013];
- del **giusto procedimento** (diritto alla partecipazione procedimentale, di cui agli artt. 7 e ss., istruttoria e motivazione del provvedimento finale, di conclusione nel termine del procedimento) [CdS sentenza n. 4122/2018, TAR Emilia-Romagna, sentenza n. 127/2017, CdS sentenza n. 1180/2020, CdS sentenza n. 2011/2015];
- di **accesso** agli atti (artt. 22 e ss.) [CdS Adunanza Plenaria sentenza n. 10/2020, v. oltre];
- **autotutela amministrativa** (artt. 21-*quinquies*) [CdS sentenza n. 2945/2021, CdS sentenza n. 5907/2021, CdS sentenza n. 6120/2017, CdS sentenza n. 1001/2020].

10. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TRASPARENZA NEL CCP E NEL CTS

Il rapporto fra obbligo di **trasparenza** e diritto alla **riservatezza** è da sempre stato uno dei temi più dibattuti nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Il **CCP** esplicita il richiamo ai principi di trasparenza e di pubblicità (art. 30), dedicando una norma specifica al tema della trasparenza (art. 53). Si tratta di una disposizione che prevale - in virtù del noto principio di *specialità* - sulla relativa disciplina generale (d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.). Lo prevede l'art. 37 del richiamato d. lgs. n. 33/2013, che rinvia al **CCP**.

Nella fase che segue l'aggiudicazione il principio di trasparenza si condensa nel **diritto di accesso agli atti** della procedura da parte degli interessati, intesi quali soggetti privati che vantino un **interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata** e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso. Nella peculiare disciplina degli appalti, il diritto di accesso non è libero ed incondizionato, ma è controbilanciato dal **principio di riservatezza**, che può esplicarsi in differenti modalità.

Per espressa previsione del codice, l'accesso agli atti è **differito**:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito, che hanno manifestato interesse, o che sono stati invitati, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte;
- c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
- d) in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione.

Il **CTS**, nel richiamare il rispetto dei principi in materia di procedimento amministrativo, assoggetta tutte le procedure attivate dagli enti al regime di **trasparenza totale**, di cui al d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm., oltre agli ordinari rimedi del diritto di **accesso agli atti**, previsto e disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990.

Questo rende i procedimenti collaborativi massimamente trasparenti, dal momento che si prescinde dal dover dimostrare un interesse qualificato nel richiedere copia degli atti di un procedimento amministrativo, essendo piuttosto la posizione dei cittadini espressione di un diritto pieno di cittadinanza attiva, oltretutto alla trasparenza piena.

Le **LG ministeriali [Allegato n. 1]**, come in precedenza rilevato, dedicano un apposito paragrafo agli adempimenti in materia di trasparenza, ma anche di pubblicità – si pensi alla verifica da parte degli enti pubblici che hanno concesso contributi ad ETS della pubblicazione da parte di questi ultimi nei dati relativi ai contributi, di importo superiore a 10.000 annui, riferiti allo stesso ente concedente

L'**accesso** agli atti è **escluso** in relazione ai seguenti atti e documenti:

- a) informazioni fornite nell'offerta tecnica, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
- b) pareri legali acquisiti dalle amministrazioni aggiudicatrici;
- c) relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) soluzioni tecniche e programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante (o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale).

Principio di riservatezza:

- Sussiste in relazione ai momenti/fasi iniziali della procedura e fino a determinati momenti che fanno venire meno l'esigenza di segretezza (es. l'aggiudicazione)
- Sussiste in relazione a particolari caratteristiche dei documenti cui si richiede l'accesso

L'accesso civico generalizzato

Si configura come il **diritto di chiunque**, senza che vi sia uno specifico interesse connesso, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

10.1. La disciplina in materia di trasparenza tra **CCP** e **CTS**

L'accesso civico generalizzato

L'avvicinamento dei due codici avviene ad opera dell'**accesso civico generalizzato**. (art. 5 d. lgs. n. 33/2013)

Si configura come il **diritto di chiunque**, senza che vi sia uno specifico interesse connesso, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

La sentenza dell'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020**

CCP

REGIME DI TRASPARENZA E DI PUBBLICITÀ IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO E DI CONCESSIONI AI SENSI DEL CCP

CTS

REGIME DI TRASPARENZA E DI PUBBLICITÀ IN MATERIA DI RAPPORTI NEGOZIALI COLLABORATIVI AI SENSI DEL CTS

10.2. La disciplina in materia di trasparenza nella giurisprudenza

- **Accesso ad informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali.** È essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (**CdS** sentenza n. **64/2020**, da ultimo **CdS** sentenza n. **4220/2020**);
- ai sensi dell'art. 53, c. 6, del codice, la segretezza delle offerte è recessiva laddove l'accesso sia strumentale alla **difesa in giudizio** degli interessi originati dalla procedura di affidamento (**TAR Toscana** sentenza n. **759/2019**);
- sulla possibilità di accesso agli atti da parte di un **consigliere provinciale** (**TAR Veneto**, sentenza n. **768/2022**);
- sul rapporto fra accesso e **segreti industriali** (**TAR Lazio**, sentenza n. **5391/2022**);
- sulla legittimazione delle **associazioni di rappresentanza** degli interessi diffusi e collettivi (**CGUE** **28/4/22, C-319/20**);
- accesso e **pregressa conoscenza dei fatti** (**TAR Lazio**, sentenza n. **3394/2022**);
- accesso alle **offerte tecniche** (**TAR Lazio**, sentenza n. **1872/2022**);
- accesso agli atti e **fatture** (**TAR Lazio**, sentenza n. **1490/2022**);
- accesso agli atti su profili relativi al **know-how** (**CdS** sentenza n. **369/2022**).

CCP

La sentenza dell'**Adunanza Plenaria del CdS n. 10/2020**.

“l'accesso civico generalizzato introdotto nel corpus normativo del d. lgs. n. 33 del 2013 dal d. lgs. n. 97 del 2016, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7 della l. n. 124 del 2015, come diritto di “chiunque”, non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, viene riconosciuto e tutelato «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013).

(...) L'esplicita precisazione del legislatore evidenzia proprio la volontà di superare quello che era e resta il limite connotato all'accesso documentale che, come si è detto, non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 3, della l. n. 241 del 1990).

(...) Nell'accesso documentale ordinario, “classico”, si è dunque al cospetto di un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale è l'interesse pubblico alla trasparenza ad essere, come taluno ha osservato, “occasionalmente protetto” per il c.d. need to know, per il bisogno di conoscere, in capo al richiedente, strumentale ad una situazione giuridica pregressa. Per converso, nell'accesso civico generalizzato

CTS

si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. right to know, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013 (...).

La sentenza dell'**Adunanza Plenaria del CdS n. 10/2020**.

“(...) Anche nel nostro ordinamento l'evoluzione della visibilità del potere, con la conseguente accessibilità generalizzata dei suoi atti sul modello del FOIA, è la storia del lento cammino verso la democrazia e, con il progressivo superamento degli arcana imperii di tacitiana memoria, garantisce la necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica (Corte cost., 7 maggio 2002, n. 155).

(...) Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale “casa di vetro” improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione (...).

(...) la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, «destinata sempre più ad assumere i contorni di una “casa di vetro”, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri».

(...) La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall'altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona (...).”

11. LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO NEL CCP E NEL CTS

L'affidamento diretto

È la procedura mediante la quale la stazione appaltante seleziona il contraente direttamente, individuandolo sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MePA) o su appositi elenchi detenuti dalla p.a., o a mediante avviso pubblico per la ricezione di eventuali manifestazioni di interesse.

Il codice, a seguito del c.d. decreto *sblocca cantieri*, ha introdotto un duplice regime per gli **affidamenti diretti**.

Il primo continua ad essere rappresentato dalla possibilità - disciplinata dall'art. 36, comma 2, lett. a), relativamente ad affidamenti di importo fino ad euro 40.000 euro (fatte salve le maggiori soglie previste dalla vigente disciplina emergenziale sanitaria COVID-19) - di procedere con l'affidamento diretto ad un prestatore di servizi, senza comparare più preventivi di altri operatori economici.

A tal riguardo, occorre precisare che la stazione appaltante nella determina a contrarre specifica le ragioni e le modalità della scelta dell'operatore economico. Allo stesso tempo, si ritiene che – quale che sia la modalità di individuazione dell'operatore economico – il rispetto dell'evidenza pubblica dovrebbe costituire la *via maestra*.

La seconda forma di affidamento diretto, introdotta dal decreto *sblocca cantieri*, avviene *“previa valutazione dei preventivi di almeno cinque operatori economici individuati mediante indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”* (art. 36, comma 2, lett. b).

CCP

La **co-progettazione** è la procedura prevista dall'art. 55, c. 1 del **CTS** per la realizzazione di *“specifici progetti di servizio o di intervento”*, anche alla luce di quanto emerso dalla co-programmazione, di cui all'art. 55, c. 2.

Nel rinviare alle allegate **LG ministeriali** sulle procedure e fermo restando quanto stabilito dalle leggi, regolamenti e atti regionali e delle Province Autonome, nonché degli atti e dei regolamenti delle amministrazioni precedenti, appare utile richiamare gli elementi caratterizzanti dell'istituto, tenendo altresì presente quanto esposto nella parte introduttiva del Vademecum:

- a) realizzazione di interventi o gestione di servizi;
- b) utilizzo dell'istituto in tutte le attività di interesse generale, elencate dall'art. 5 del **CTS**;
- c) procedimento ad iniziativa pubblica o di parte; svolto nel rispetto dei principi della legge n. 241/1990;
- d) facoltà per le amministrazioni precedenti di inserire negli atti della procedura il ricorso alla VIS;
- e) attivazione di un rapporto di collaborazione fra enti pubblici ed ETS finalizzata a soddisfare un bisogno - estensivamente inteso - della comunità di riferimento;
- f) il rapporto di collaborazione viene disciplinato mediante apposito atto negoziale (convenzione), sottoscritta ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 [v. *oltre*].

CTS

La **co-progettazione**, ai sensi del c. 4, del più volte indicato art. 55 **CTS** può avere la declinazione dell'**accreditamento**.

Al riguardo, si ribadisce che l'attivazione dell'evidenza pubblica da parte delle stazioni appaltanti costituisce la *via maestra*, essendo stata esperita o "a monte", allorquando la P.A. si sia dotata di un elenco di operatori economici, oppure nell'attivazione della specifica indagine di mercato, preliminarmente all'invito agli operatori economici che abbiano manifestato il loro interesse.

CCP

La **procedura aperta** (art. 60)

È la procedura di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta ad un bando/avviso. È quella che garantisce la massima apertura al mercato ed esplicitazione dei principi cardine dell'evidenza pubblica.

La **procedura ristretta** (art. 61)

È la procedura di affidamento, alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante.

La **procedura competitiva con negoziazione** (art. 62)

È la procedura nella quale ogni operatore può presentare una domanda di partecipazione, ma solo gli operatori invitati dall'amministrazione aggiudicatrice, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per la successiva negoziazione, svolta tra amministrazione e offerenti in condizioni di parità di trattamento.

L'**accreditamento** - da non confondersi con altro istituto previsto e disciplinato dalla disciplina, statale e regionale, di settore nell'ambito sanitario, socio-sanitario, socio-assistenziale e sociale - si risolve in una procedura di semplificazione dell'attivazione dei rapporti collaborativi con ETS. Si rinvia alle richiamate LG ministeriali.

La **co-progettazione** viene estesa a tutte le ipotesi di realizzazione di "specifici progetti di servizio o di intervento", nell'ambito delle attività di interesse generale, di cui all'art. 5 del **CTS**, così superando l'impostazione contenuta nel DPCM 30 marzo 2001, limitata agli "interventi innovativi e sperimentali".

Come chiarito nelle LG ministeriali allegate, alle quali si rinvia, una delle innovazioni più rilevanti è il pieno riconoscimento della possibilità per gli ETS di manifestare il proprio impulso. Non si tratta, tuttavia, di una mera istanza generica, ma deve tradursi in una proposta progettuale motivata ed esaustiva.

Si ritiene che essa debba contenere almeno i seguenti elementi:

- a) presentazione degli ETS proponenti, con particolare riferimento all'esperienza specifica in relazione all'intervento/servizio proposto;
- b) conformità e/o coerenza con gli atti di programmazione e/o di pianificazione, generale e di settore, e degli altri atti a contenuto generale dell'ente ricevente;

CTS

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (art. 63)

È la procedura con cui l'amministrazione interpella direttamente gli operatori economici al fine dell'affidamento, previa negoziazione, nelle ipotesi - elencate dall'art. 63 - in cui il mercato di riferimento non consentirebbe di valorizzare i principi di evidenza pubblica volti al favor *participationis*.

CCP

Il Dialogo competitivo (art. 64)

È la procedura utilizzata dall'amministrazione nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora non sia in grado di definire previamente i mezzi atti a soddisfare le sue esigenze o valutare le adeguate soluzioni tecniche, giuridiche o finanziarie offerte dal mercato. Qualsiasi operatore può chiedere di partecipare. La stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le anzidette necessità, sulla base delle quali i candidati vengono poi invitati a presentare le offerte.

Il Partenariato per l'innovazione (art. 65)

È la procedura mediante la quale l'amministrazione, previa individuazione dell'ambito di acquisizione, individua dei contraenti con cui collaborare e negoziare nello sviluppo di un prodotto (al fine del successivo acquisto del servizio, lavoro o fornitura che ne risulta), soddisfacendo un'esigenza per la quale non è possibile ricorrere a soluzioni già disponibili sul mercato.

- c) descrizione della proposta progettuale;
- d) quadro economico dell'intervento ed eventuale richiesta di risorse pubbliche;
- e) eventuale ricorso alla VIS e relativa descrizione della metodologia prescelta, unitamente agli obiettivi durevoli di cambiamento attesi ed agli indicatori per la successiva valutazione e misurazione;
- f) eventuale descrizione del modello di monitoraggio, auto-valutazione e auto-controllo;
- g) schema di convenzione proposto o, comunque, elementi minimi della stessa;
- h) ogni ulteriore elemento ritenuto funzionale ed utile all'istruttoria ed alla valutazione dell'ente.

In caso di accoglimento della proposta di co-progettazione, segue l'attivazione di un procedimento ad iniziativa pubblica, indetto dall'amministrazione procedente sulla base di quanto eventualmente previsto nel proprio regolamento e nel rispetto delle misure procedurali in precedenza richiamate.

Da un punto di vista soggettivo, va ribadito che la proposta deve provenire da ETS, singoli o associati, iscritti nel RUNTS, in possesso della necessaria esperienza.

CTS

In ragione delle finalità dell'istituto, anche in quanto applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (art. 118, c. 4), ad avviso di chi scrive si ritiene

L'accordo quadro (art. 54)

Le amministrazioni possono avvalersi di accordi quadro, ossia accordi conclusi tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e le quantità previste.

Gli affidamenti dei servizi avvengono in concreto solo a seguito dell'attivazione dei singoli contratti specifici fra gli enti beneficiari del servizio ed il prestatore selezionato nell'ambito della procedura di sottoscrizione dell'accordo-quadro.

Per espressa previsione normativa, la durata massima (dunque, l'efficacia) di un accordo-quadro è di quattro (4) anni, con la conseguenza che in tale periodo operano i contratti specifici, che possono avere durata inferiore e comunque non superiore alla durata dell'accordo-quadro.

Il sistema dinamico di acquisizione (art. 55)

Le amministrazioni possono procedere mediante sistema **dinamico di acquisizione (SDA)**, ossia un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, generalmente disponibili sul mercato, soddisfano le esigenze di una stazione appaltante.

Lo SDA è aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione.

CCP

che la proposta progettuale possa prevedere il coinvolgimento di soggetti ulteriori non ETS, nei termini e nei limiti di seguito precisati.

Solo per fare alcuni esempi, il riferimento è a cittadini singoli, volontari individuali, beneficiari della misura del reddito di cittadinanza, impiegati nei PUC (progetti utili alla collettività), associazioni non riconosciute, autonomie funzionali, enti ed istituti di ricerca, società benefit ed altri ancora, a condizione che i proponenti restino sempre gli ETS, dai quali siano stati coinvolti.

In secondo luogo, si ritiene che il coinvolgimento di soggetti diversi dagli ETS debba essere comunque limitato alla realizzazione di attività ed interventi secondari, anche in termini quantitativi, rispetto agli interventi ed ai servizi oggetto di co-progettazione in senso stretto, rispetto ai quali si pongano in termini di complementarità.

Infine, dovrà comunque trattarsi di attività non lucrativa, perché funzionale alla realizzazione di attività di interesse generale.

CTS

La **suddivisione in lotti** (art. 51)

Le amministrazioni possono suddividere gli appalti in **lotti funzionali** o **lotti prestazionali**.

Il **lotto funzionale** può consistere in uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne la funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti.

Il **lotto prestazionale** consiste in uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

La suddivisione in lotti è espressione del principio di libera concorrenza e accesso degli operatori (specie piccole e medie imprese) alle procedure di gara. Le amministrazioni possono, a tal proposito, limitare il numero di lotti aggiudicabili ad un solo offerente.

Proprio al fine di sostenere la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento, specie da parte delle MPMI, il codice ha stabilito l'obbligo per le SA di motivare all'interno dei propri atti, in ordine alle ragioni della mancata suddivisione in lotti dell'affidamento di cui si tratta.

CCP

Le **convenzioni** con le **APS** e le **ODV** sono previste e disciplinate dall'art. 56 del **CTS**.

La legge limita la possibilità della P.A. di concludere convenzioni alle sole **ODV** ed **APS** che hanno una impronta di **tipo solidaristico** più marcata rispetto agli altri enti del Terzo settore

Si tratta di enti del Terzo settore che si avvalgono **prevalentemente dell'attività dei propri associati-volontari** e nei quali il ricorso a **lavoratori dipendenti, autonomi o di altro tipo è ammesso solo entro limiti specifici** (art. 33 per le **ODV**; art. 36 per le **APS**).

ODV e APS debbono essere iscritte da almeno **sei mesi** nel RUNTS.

E' ammissibile richiedere **altri requisiti**, ma tali requisiti debbono essere connessi alla tipologia di attività o servizi sociali di interesse generale da svolgere (ad es., un minimo di esperienza o di qualificazione nel settore interessato). Non è ammissibile, quindi, che siano introdotti requisiti privi di tale connessione, al solo scopo di escludere taluni enti o di favorirne altri (ad es., il possesso del riconoscimento della personalità giuridica).

CTS

Centralità dell'apporto **dell'attività dei propri associati-volontari**.

Consultazione preliminare di mercato (art. 66)

L'istituto risponde alle **esigenze conoscitive** della stazione appaltante circa la procedura in via di indizione. Si tratta di una pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione del contratto, di cui l'amministrazione si serve per acquisire necessarie informazioni mediante un dialogo informale con gli operatori economici del settore di riferimento.

CCP

I caratteri delle consultazioni preliminari di mercato

- Scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati;
- Fase successiva alla programmazione ma anteriore all'avvio del procedimento di selezione del contraente;
- Da prediligere quando l'appalto presenta carattere di novità;
- Possono essere svolte indipendentemente dal valore della commessa;
- Si distinguono dal dialogo competitivo (autonomia procedura di scelta del contraente) e dalle indagini di mercato (mera procedura volta alla selezione degli operatori da invitare alla gara);
- Possono riguardare ogni aspetto tecnico utile o prodromico al procedimento selettivo;
- Possono parteciparvi tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste.

Art. 33 "1. Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari".

Continuando con l'analisi della disciplina in materia di **convenzioni** con APS e ODV, di cui al più volte richiamato art. 56 CTS, occorre richiamare l'art. 36 del CTS, a mente del quale "1. Le associazioni di promozione sociale possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura, anche dei propri associati, fatto comunque salvo quanto disposto dall'articolo 17, comma 5, solo quando cio' sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità'. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari o al cinque per cento del numero degli associati".

L'art. 56, c.1 precisa inoltre che i servizi o le attività debbono essere svolti **«in favore di terzi»**. Una interpretazione ragionevole è ritenere che debbano essere escluse le convenzioni che riservano, in via esclusiva, lo svolgimento dell'attività o del servizio ai soli

CTS

associati dell'ODV e dell'APS o che contemplano l'instaurazione di un rapporto associativo come condizione di accesso alle medesime attività o servizi. Si tratta di un ambito più ristretto rispetto a quanto previsto dall'art. 5 **CTS**.

Il Codice afferma che deve essere assicurato il rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante **procedure comparative "riservate"** a ODV e APS.:

- la **comparazione** è volta ad accertare l'idoneità di un soggetto (ODV e APS) a svolgere una determinata attività di interesse pubblico;
- applicazione di quanto previsto dalla **legge n. 241 del 1990**, individuando requisiti e modalità di partecipazione in grado di valorizzare il contributo che ODV e APS possono offrire per la realizzazione delle attività e dei servizi sociali di interesse generale;
- **standard di trasparenza**, quali la pubblicazione sui siti di ciascuna P.A. procedente degli atti di indizione dei procedimenti e dei relativi provvedimenti finali, in aggiunta alla pubblicazione nelle rispettive sezioni *web* «*amministrazione trasparente*».

CTS

11.1 Le procedure di affidamento nella giurisprudenza e nella prassi rilevanti

- Sull'applicazione del principio di **rotazione** nelle procedure di tipo ristretto o "chiuso" (**CdS**, sentenza n. **3943/2019**).
- Procedure negoziate. Inammissibile la partecipazione alla gara del **soggetto non invitato** (**CdS**, sentenza n. **6160/2019**).
- Sui caratteri della procedura negoziata (**CdS**, sentenza n. **6160/2019**).
- Sull'utilizzo della procedura negoziata senza bando nei casi di **infungibilità** del **bene** da acquisire (**TAR Lombardia**, sentenza n. **500/2018**).
- Sull'ammissibilità del **dialogo competitivo** in caso di un solo partecipante (**TAR Sicilia**, sentenza n. **2502/2017**).
- Il principio di **suddivisione in lotti** è derogabile in quanto espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità (**CdS**, sentenza n. **25/2020**).
- **Suddivisione in lotti**. Rappresenta uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, ma non può comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara. Principio generale da adattare alle peculiarità del caso di specie (**CdS**, sentenza n. **2819/2022** e in senso conforme **CdS** sentenza n. **2881/2020**).
- **Vincolo di aggiudicazione**. La scelta di escludere che

CCP

Oltre alla giurisprudenza richiamata nella parte introduttiva, si segnalano le seguenti pronunce:

- sulla co-progettazione quale modalità ordinaria di relazione fra PA ed ETS e richiamo alle LG ministeriali in relazione alle concrete modalità di attivazione della procedura (**TAR Toscana**, sentenza n. **661/2022**);
- sulla interpretazione della locuzione "ove più favorevole al mercato", contenuta nell'art. 56 del **CTS** (**TAR Marche**, sentenza n. **850/2021**);
- sul rapporto fra la disciplina speciale dell'art. 56 del **CTS** e la disciplina generale in materia di affidamento di contratti pubblici (**TAR Campania, Salerno**, sentenza n. **2116/2021**).

CTS

un operatore possa aggiudicarsi tutti i lotti costituisce facoltà discrezionale della p.a., il cui mancato esercizio non costituisce ex se sintomo di illegittimità, ma va comunque verificata caso per caso (**CdS**, sentenza n. **3684/2020**).

- **Consultazioni preliminari di mercato.** Hanno lo scopo di avviare un dialogo informale con gli operatori di settore onde acquisire quelle informazioni di cui la stazione appaltante è carente, nonché una migliore consapevolezza relativamente a disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni e servizi (**CdS**, sentenza n. **6302/2019**).
- **Organismi di diritto pubblico.** Ricorre il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto appartenente al perimetro allargato della p.a., per dare esecuzione ad un servizio necessario in quanto strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (**CdS**, sentenza n. **965/2020**).
- **Proroga tecnica e affidamenti diretti.** La proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara. La proroga costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (**TAR Campania**, sentenza n. **1392/2020**).
- **Concessioni e appalti: distinzione.** Una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio (v. CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14). In altri termini, la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta. Si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione aggiudicatrice (**CdS**, sentenza n. **2810/2020**).
- **Gare su piattaforme telematiche.** In presenza di un malfunzionamento del sistema telematico, il principio di correttezza esige un comportamento alternativo volto al superamento del bug del sistema, purché il comportamento richiesto non superi il limite della diligenza esigibile dall'operatore e non risulti violata la par condicio, e il concorrente non sia esposto al rischio di essere escluso dalla gara (**TAR Lazio**, sentenza n. **9044/2020**) strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (**TAR Campania**, sentenza n. **1392/2020**);
- sul **vincolo di aggiudicazione** nell'ambito della suddivisione in **lotti** (**CdS**, sentenza n. **6402/2021**);
- sulla frazionabilità dei **lotti** per **aree geografiche** (**CdS**, sentenza n. **6831/2021**);
- sull'illegittimità degli atti di gara per **importo** a base di **gara incongruo** (**CdS**, sentenza n. **319/2022**);

- sulla distinzione fra **proroga** e **rinnovo** (CdS, sentenza n. **2157/2022**);
- sulle modalità e sui limiti di qualificazione della **gestione** di un **impianto sportivo** come **servizio pubblico** di rilevanza economica (CdS, sentenza n. **1784/2022**);
- sui presupposti e sui limiti dell'applicazione del principio di **rotazione** negli affidamenti **sotto-soglia** (TAR Campania, sentenza n. **1425/2022**, CdS, sentenza n. **1421/2022**);
- sulla legittimità della **“gara ponte”** (TAR Toscana, sentenza n. **1667/2021**);
- sulle ipotesi di falso ideologico e di **abuso d'ufficio** nell'ambito delle procedure di **affidamento diretto** (Cassazione Penale, sentenze n. **17876** e **26556/2022**);
- sul rapporto fra **affidamento diretto** “puro” e obbligo di **motivazione** (CdS, sentenza n. **1108/2022**).

12. I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE, LE CAUSE DI ESCLUSIONE ED IL SOCCORSO ISTRUTTORIO NEL CCP E NEL CTS

I requisiti di partecipazione sono prescritti dalla legge (**requisiti di ordine generale**) o richiesti dalla stazione appaltante (**requisiti di ordine speciale**) nel singolo avviso/bando di gara.

CCP

I requisiti di ordine generale identificano l'integrità professionale e morale dell'operatore economico, i requisiti di ordine speciale individuano invece elementi tecnici e finanziari necessari per far fronte allo specifico appalto.

La disposizione di riferimento è rappresentata dall'art. 80 del codice, che - nella sostanza - ha introdotto un doppio regime di **cause di esclusione**, legate al mancato possesso dei predetti **requisiti di ordine generale**:

- i) esclusione automatica, quale atto dovuto per la SA, nelle ipotesi di cui ai commi 1) - 4) della suindicata norma;
- ii) esclusione disposta con atto motivato della SA a seguito di istruttoria e contraddittorio, nelle ipotesi di cui ai commi 5) e 12).

Con riferimento alle ipotesi di esclusione previste dalla lettera **c**) del **quinto** comma del più volte indicato art. 80 del codice (*gravi illeciti professionali e significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto*) il codice ha rinvio ad apposita Linee guida dell'ANAC per la specificazione dei **mezzi di prova** ritenuti idonei (Linee guida n. 6).

Anche nell'ambito dei procedimenti disciplinati dal **CTS** le Amministrazioni procedenti, al fine di tutelare l'interesse pubblico loro affidato, di norma prevedono nei relativi atti i requisiti di partecipazione da parte degli ETS.

Dal momento che trovano applicazione i principi del procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990, in primo luogo i requisiti di partecipazione dovranno essere proporzionati e ragionevoli, in rapporto all'oggetto ed alle finalità del procedimento, fermo restando le ipotesi di annullabilità degli atti per violazione di legge, per incompetenza e per eccesso di potere (nelle note ipotesi sintomatiche del difetto di istruttoria, di motivazione, di manifesta irragionevolezza e contraddittorietà).

Inoltre, in ragione della peculiare natura dei rapporti collaborativi previsti dal **CTS**, in quanto incentrati sulla figura degli ETS, dovranno essere osservati anche i principi di semplificazione e non aggravamento del procedimento, per le ragioni di seguito indicate.

Anche per i procedimenti disciplinati dal **CTS**, gli atti delle amministrazioni procedenti - tenuto altresì conto dell'oggetto della procedura, della durata del rapporto collaborativo, dell'entità delle risorse pubbliche eventualmente messe a disposizione in favore degli ETS, nonché dell'affidamento di beni pubblici - possono prevedere i seguenti **requisiti di partecipazione**:

- a) di **moralità** e di **capacità a contrarre** con la PA;
- b) di **esperienza tecnico-professionale**;
- c) di **solidità economico-finanziaria**.

CTS

A ciò si aggiunge il requisito di **ordine speciale**.

Requisiti di ordine speciale

Per quanto concerne i **requisiti di ordine speciale**, previsti dalla stazione appaltante in sede di singola procedura, questi devono essere attinenti e **proporzionati** all'oggetto dell'appalto, nonché **ragionevoli**, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, secondo i principi di massima concorrenza.

Il CCP, a tal riguardo, indica i diversi requisiti che la SA può concretamente scegliere nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa e tecnica.

CCP

REQUISITI DI ORDINE SPECIALE

- **Requisiti di idoneità professionale:** comportano l'iscrizione in albi professionali e registri (secondo i c.d. codici ATECO relativi all'iscrizione nel Registro della CCIAA), ovvero, laddove richiesta, licenza prefettizia, iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, accreditamento e/o autorizzazione;
- **Requisiti di capacità economica e finanziaria:** fatturato minimo annuo (anche quale ulteriore fatturato specifico, riferito all'oggetto dell'appalto o ad oggetto c.d. "analogo"), referenze bancarie, livello di copertura assicurativa, comprova dell'avvalimento di garanzia;
- **Requisiti di capacità tecnico-professionale:** certificazioni di qualità, possesso di risorse umane e tecniche, esperienza.

L'essere ETS iscritti nel RUNTS costituisce un requisito di ordine speciale non "avvalibile", in quanto è vincolante proprio per costituire il fondamento dell'utilizzo di strumenti previsti da una disciplina speciale, loro dedicata.

In taluni casi – come ad esempio per le convenzioni ai sensi dell'art. 56 del CTS – è lo stesso Legislatore a delimitare l'ambito soggettivo degli ETS, che possono partecipare alla procedura ad evidenza pubblica (APS e ODV).

Questo comporta correlativamente che l'amministrazione procedente, in adozione ai principi sopra richiamati della semplificazione procedimentale e del non aggravamento, non possa richiedere dati, informazioni e documenti ricavabili *ob relationem* dal RUNTS.

Per altro verso, giova ricordare che molti enti pubblici usualmente fanno ricorso ad elenchi di ETS, con i quali attivare rapporti negoziali collaborativi. In tali ipotesi, l'essere inseriti negli elenchi costituisce requisito di partecipazione.

Tuttavia, al fine di garantire sempre il rispetto dei principi - tipici delle procedure ad evidenza pubblica - di trasparenza, parità di trattamento e pubblicità, le amministrazioni procedenti devono garantire che gli elenchi abbiano natura "aperta", nel senso che devono comunque poter consentire agli ETS interessati (anche perché solo neo-costituiti) - avendone i presupposti - di richiedere l'inserimento.

Dalla presentazione delle istanze di inserimento negli elenchi scatta l'obbligo per l'amministrazione procedente di avviare e concludere il procedimento nel rispetto dei principi della legge n. 241/1990, oltre a quanto eventualmente

CTS

Con riferimento ai requisiti di **idoneità professionale**, il codice (ai sensi del combinato disposto di cui all'art. **83**, c. **6**, e dell'**Allegato XVII**, lett. **f**) del codice) consente alle SA di individuare in una data qualificazione del personale (*titoli di studio e professionali*) o come requisito di partecipazione (per così dire *soggettiva*) o quale, in alternativa, criterio di valutazione delle offerte. A tal proposito, il Bando/avviso di gara precisa tale scelta.

CCP

stabilito in occasione dell'istituzione degli elenchi.

Le amministrazioni precedenti godono di ampia discrezionalità nella scelta dei requisiti di partecipazione, relativi all'esperienza tecnico-professionale. Ciò posto il primo riferimento è alla concreta esperienza nell'ambito delle attività di interesse generale, oggetto del procedimento.

In secondo luogo, appare maggiormente coerente e funzionale con il procedimento di co-programmazione favorire la massima partecipazione in conseguenza dell'attività di "istruttoria condivisa".

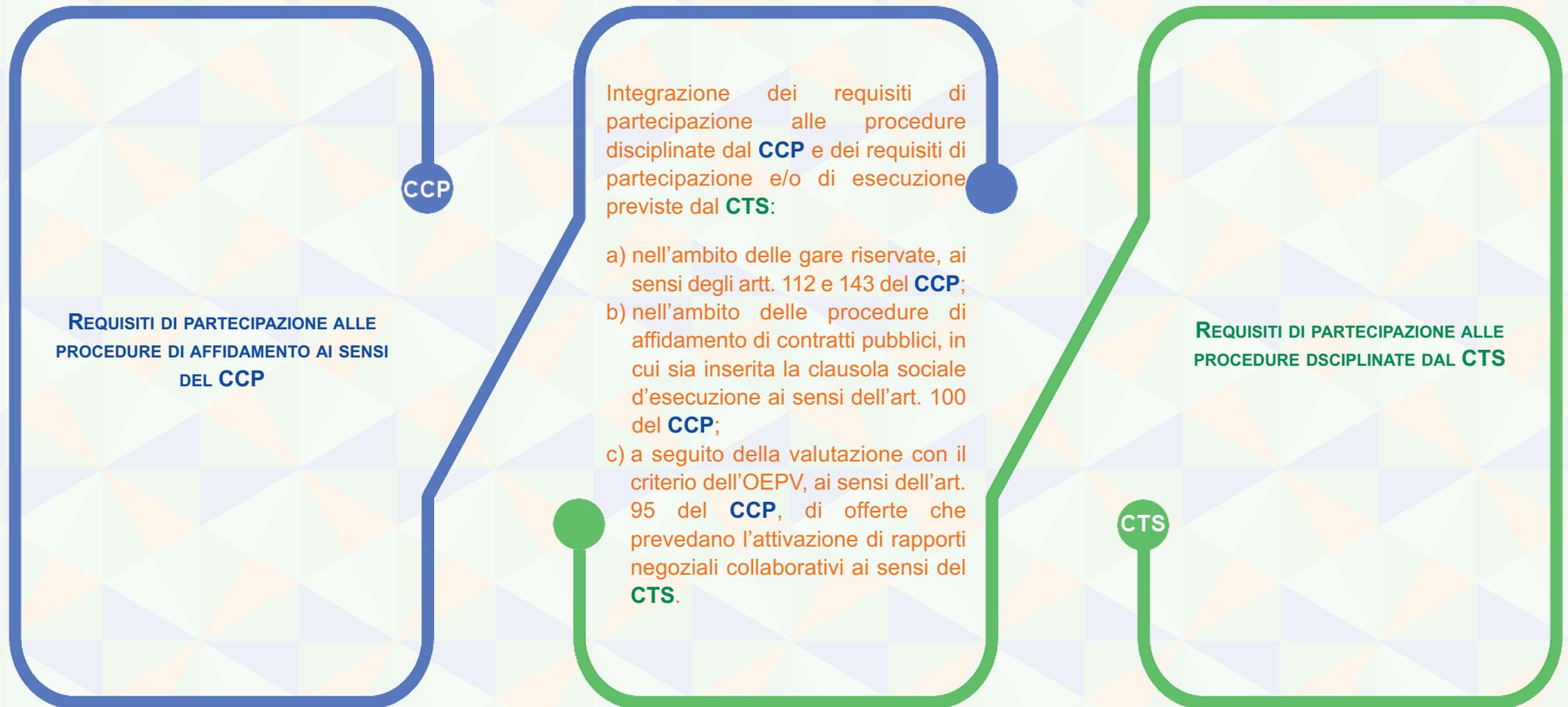
Viceversa, appare ragionevole - fermi restando i richiamati limiti di legittimità - richiedere requisiti di esperienza in ragione degli interventi e dei servizi da co-progettare e poi co-gestire.

Infine, i requisiti di solidità economico-finanziaria, anche questi rimessi alla valutazione discrezionale dell'amministrazione precedente, potranno risultare particolarmente opportuni, se non necessari, a fronte di rapporti negoziale di lunga durata e/o che prevedano il riconoscimento di rilevanti contributi pubblici e/o la messa a disposizione di beni pubblici.

I requisiti di partecipazione - analogamente a quanto avviene nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici - devono essere posseduti per tutta la durata del rapporto negoziale, con l'ulteriore precisazione che la perdita di qualifica di ETS, così come la cancellazione dal RUNTS determinano l'automatica risoluzione dell'atto negoziale.

CTS

12.1. I requisiti di partecipazione nel dialogo fra **CCP** e **CTS**



12.2. I requisiti di partecipazione, le cause di esclusione ed il soccorso istruttorio nella giurisprudenza.

- sul principio del ***favor participationis*** (CdS sentenza n. **4731/2022**);
- sull'autonomia dei **consorzi stabili** (CdS, sentenza n. **4708/2022**);
- **illeciti professionali del legale rappresentante dell'OE** (CdS, sentenza n. **4442/2022**);
- sull'**iscrizione alla CCIAA** (CdS, sentenza n. **4474/2022**);
- differenza fra requisiti di **partecipazione** e di **esecuzione** (TAR Marche, sentenza n. **308/2022**);
- **perdita dei requisiti** in fase di gara e **self-cleaning** (TAR Lazio, sentenza n. **3942/2022**);
- richiesta di ammissione a "**concordato in bianco**" (CdS, sentenza n. **2078/2022**);
- **precedenti carenze in esecuzione** - provvedimento non definitivo - obbligo di **motivazione** della PA (CdS, sentenza n. **1153/2022**);
- esclusione per **gravi illeciti professionali** e obbligo di **contraddittorio** con OE (CdS, sentenza n. **489/2022**);
- **false dichiarazioni** dell'OE e **verifica** della SA (CdS, sentenza n. **591/2022**);
- **regolarità contributiva** per tutta la durata del rapporto (CdS, sentenza n. **368/2022**);
- rilevanza **procedimento penale** in corso (TAR Lazio, sentenza n. **318/2022**);
- rilevanza del **self-cleaning** (CdS, sentenza n. **164/2022**);
- inammissibilità di **soccorso istruttorio** da cui consegua una "**nuova offerta**" (CdS, sentenza n. **1663/2022**);
- **limiti al soccorso istruttorio** (CdS, sentenza n. **1308/2022**).

CCP

- sulla centralità dell'obbligo di **motivazione** del provvedimento (CdS, sentenza n. **4887/2021**);
- sul **contrasto** fra **motivazione** e **dispositivo** (CdS, sentenza n. **2935/2016**);
- sui **limiti del soccorso istruttorio** (CdS, sentenza n. **4930/2015**);
- sul **soccorso istruttorio** di una domanda contenente un errore evidente (CdS, sentenza n. **1291/2022**).

CTS

13. LA PARTECIPAZIONE IN FORMA ASSOCIATA NEL CCP E NEL CTS

In ossequio al principio di massima partecipazione alle gare, il Codice dei contratti pubblici consente l'accesso in forma associata alle procedure di affidamento.

Tra gli operatori economici ammessi alla partecipazione, si individuano i raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) e di professionisti e i consorzi. La forma associata consente, ad operatori che normalmente non ne avrebbero i requisiti, di partecipare alla gara, al contempo garantendo la realizzazione dell'appalto secondo interesse della stazione appaltante.

I RTI

Possono essere di tipo verticale, orizzontale o misto. Nel primo caso le imprese raggruppate hanno ognuna una loro competenza nell'esecuzione dell'appalto, denotandosi una sorta di "infungibilità" nell'esecuzione delle prestazioni. Si deve, a tal fine, distinguere tra prestazioni principali e prestazioni secondarie o "scorporabili".

Nel secondo caso, le imprese raggruppate sono tutte portatrici delle medesime competenze, di modo che la prestazione possa essere indistintamente eseguita dall'una o dall'altra associata.

Dirette conseguenze si riverberano sul **possesso di taluni requisiti**, che nel caso delle ATI di tipo orizzontale dovranno essere posseduti da tutte le raggruppate, proprio in quanto la prestazione potrà/dovrà essere svolta da loro tutte.

CCP

La partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, disciplinate dal **CTS**, in adesione al principio di massima partecipazione, stabilito dalla legge n. 241/1990, è aperta anche ad ET, fra loro aggregati in **ATS, costituende o costituite**.

Gli Avvisi pubblici possono disciplinare forme, modalità e limiti alla partecipazione degli ETS in composizione plurisoggettiva, fermo restando che dovrà trattarsi di clausole ragionevoli e proporzionate e comunque funzionali alla cura dell'interesse pubblico dell'amministrazione procedente.

In ragione, poi, delle attività di interesse generale da mettere concretamente in essere, gli Avvisi possono richiedere che tutti i membri dell'ATS siano in possesso dei requisiti di partecipazione, anche fra loro cumulati, oppure - in alternativa - che i requisiti di partecipazione siano posseduti in misura maggioritaria dall'ETS capofila dell'ATS.

Infine, i Consorzi, laddove siano qualificati come ETS (ad esempio consorzio di cooperative sociali), possono partecipare in nome proprio e per conto anche delle consorziate.

CTS

13.1 La partecipazione in forma associata nel **CCP** e nel **CTS**

I consorzi

Il consorzio è la forma associativa che realizza un legame stabile tra singoli operatori economici (siano essi imprenditori individuali, società commerciali, società di produzione e lavoro), ossia un legame non destinato ad esaurirsi con precipuo riferimento ad una singola procedura di gara.

Sussiste il divieto, per un operatore economico, di partecipare alla medesima gara con più offerte, ovvero in diverse composizioni soggettive. A tal proposito, occorre dare atto dei limiti in tal senso esplicitati dal Codice dei contratti pubblici (art. 48), e della previsione – per i consorzi – di specificare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre.

Il raggio di tale disposizione è stato da ultimo ampliato con il Decreto Semplificazioni, che ha inserito la previsione (art. 8, comma 5, lett. a-ter) che, laddove il consorziato designato per la partecipazione alla procedura sia a sua volta un consorzio, questo dovrà a sua volta specificare quali siano i consorziati interessati alla procedura.

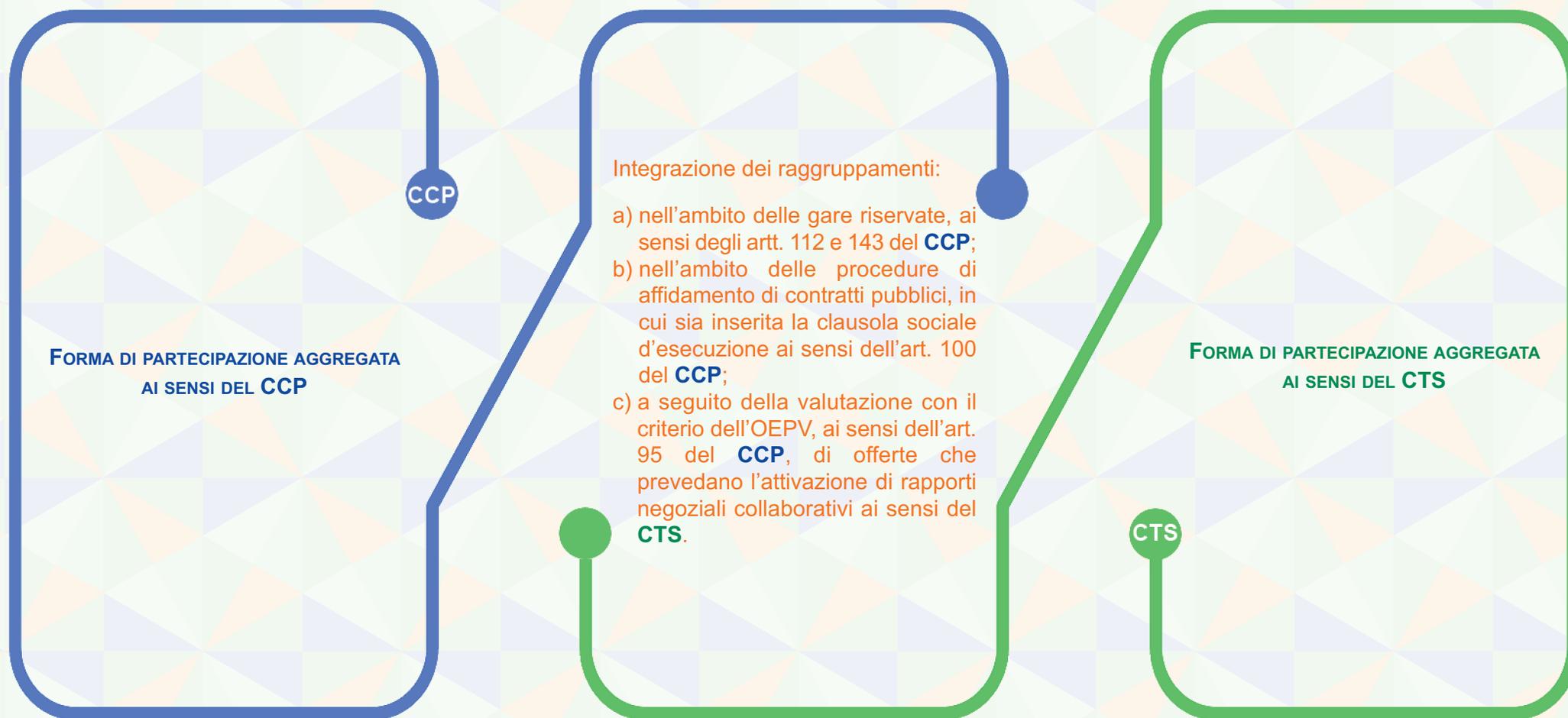
La disposizione ha il fine di evitare che i consorzi possano tramutarsi in uno strumento per eludere il limite di partecipazione singola alle procedure, consentendo ad un operatore economico partecipazioni plurime.

Giurisprudenza rilevante

- **ATI miste e requisiti** di partecipazione (CdS, sentenza n. **4425/2022**);
- **ATI**, corrispondenza fra **quote di partecipazione** e di **esecuzione** (CdS, sentenza n. **4123/2022**);
- **RTI e modifica soggettiva** in corso di gara (CdS, **Adunanza Plenaria**, sentenza n. **2/2022**);
- sulla differenza fra **ATI verticale** e **orizzontale** (CdS, sentenza n. **1319/2020**).

CCP

13.2. Le partecipazioni aggregate nel dialogo fra **CCP** e **CTS**



14. AVVALIMENTO E SUBAPPALTO

L'operatore economico, singolo o in RTI, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale (requisiti di ordine speciale), **avvalendosi** delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento. Il codice, recependo le direttive europee, ha disciplinato l'istituto dell'avvalimento. L'**avvalimento** è stipulato con l'ausiliaria mediante contratto.

CCP

Resta esclusa la possibilità di avvalersi dei requisiti di ordine generale (previsti e disciplinati dall'art. 80 del codice), che devono essere posseduti personalmente sia dalla singola partecipante che, in caso di avvalimento, dal soggetto che offre i requisiti di ordine speciale. Se la stazione appaltante constata l'esistenza di motivi di esclusione, oppure il mancato soddisfacimento di pertinenti criteri di selezione, impone all'operatore di sostituire le ausiliarie.

L'esecuzione è in ogni caso a carico dell'impresa partecipante alla gara. L'ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

L'amministrazione svolge le relative verifiche tramite il R.U.P., accertando che in corso d'opera le prestazioni oggetto del contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'ausiliaria, a pena di risoluzione del contratto di appalto.

Alle procedure ad evidenza pubblica, finalizzate ad attivare rapporti negoziali collaborative ai sensi del **CTS**, non si applicano le disposizioni del **CCP**, fatte salve le ipotesi di possibile "dialogo" nei termini e nei limiti indicati nel presente Vademecum.

Pertanto, non trovano applicazione gli istituti dell'**avvalimento** e del **subappalto**.

CTS

L'**avvalimento** può assumere tre configurazioni:

- i) c.d. di *garanzia*, con il quale l'impresa ausiliaria supplisce alla mancanza di un requisito dell'impresa ausiliata (ad esempio, in ordine al requisito del fatturato);
- ii) c.d. operativo, con il quale l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata beni e mezzi, i quali vengono utilizzati nell'esecuzione del servizio;
- iii) c.d. *misto*, nel quale coesistono l'avvalimento di garanzia e quello operativo.

L'avvalimento non è ammesso con riferimento requisito di iscrizione all'Albo dei Gestori ambientali, oppure nella distinta ipotesi nella quale nell'appalto o concessione rientrano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o rilevante complessità tecnica.

Il subappalto

Con il contratto di **subappalto** l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, ai sensi dell'art. 105 CCP..

14.1. Avvalimento e subappalto in giurisprudenza

- sull'**effettività** del rapporto di **avvalimento** (CdS, sentenza n. **2243/2019**);
- sulla distinzione tra **avvalimento** di **garanzia** e avvalimento tecnico od **operativo** (CdS, sentenza n. **257/2022**, in senso conforme CdS sentenza n. **2018**, n. **1216/2018**);
- onere di **determinatezza** del **contratto** di **avvalimento** (CdS, sentenza n. **7187/2019**);
- sulla **distinzione** tra **avvalimento** e **subappalto** (CdS, sentenza n. **1330/2020**);
- sul contrasto con il diritto dell'UE di una normativa interna in materia di **limitazione** di **subappalto** (CGUE, sentenza 26 settembre 2019, causa **C-63/189**);
- sulla legittimità del **divieto** di **subappalto** nelle gare di affidamento dei **servizi sociali**, ai sensi dell'art. 142 del CCP (**TAR Toscana**, sentenza n. **371/2020**)

15. I CRITERI DI VALUTAZIONE NEL CCP E NEL CTS

La SA procede alla **valutazione** delle **offerte** che:

- a) sono conformi ai requisiti, condizioni e criteri indicati nel bando e nella documentazione di gara;
- b) provengono da offerente in possesso dei requisiti generali (art. 80) e speciali (art. 83).

CCP

Negli appalti affidati mediante il criterio dell'**offerta economica più vantaggiosa (OEPV)**, ai sensi dell'art. 95 CCP; di regola l'offerta viene valutata in base a tre criteri:

- **Elementi di natura quantitativa**, quali il **prezzo**, il tempo di esecuzione (per i lavori), il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe;
- **Elementi riferiti all'assenza o presenza di una determinata caratteristica**, come una certificazione di qualità, del rating di legalità, etc.
- **Elementi di natura qualitativa**, come descritti negli atti di gara, sui quali la commissione di gara deve esprimere il proprio giudizio.

La generale regola di utilizzo dei criteri di valutazione è quella della **ponderazione**, attribuita a ciascuno di essi nel calcolo dei punteggi. Ove la ponderazione non sia possibile per ragioni oggettive, le SA. indicano negli atti di gara l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

La SA, al fine di individuare il miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un **effettivo confronto concorrenziale** tra gli operatori sui profili tecnici.

Le amministrazioni procedenti nei propri atti delle procedure ad evidenza pubblica stabiliscono i criteri di valutazione per la comparazione delle eventuali proposte progettuali, presentate dagli ETS

A tale proposito, le amministrazioni procedenti godono di ampia discrezionalità, sindacabile innanzi al Giudice amministrativo in presenza dei vizi tipici dell'annullamento degli atti amministrativi, in precedenza richiamati.

In ogni caso, i criteri di valutazione sono pertinenti e congruenti con l'oggetto e le finalità del procedimento, nonché ragionevoli e proporzionati.

CTS

Al fine di valorizzare gli elementi tecnici, il **punteggio economico** massimo conseguibile è sancito dalla legge nel limite del **30 %**.

Gli atti di gara stabiliscono i **criteri di aggiudicazione** delle offerte, **pertinenti** alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del **contratto**.

L'art. **95** indica, al **sesto** comma, alcuni **pubblici criteri**, che in concreto possono essere inseriti dalle SA negli atti di gara:

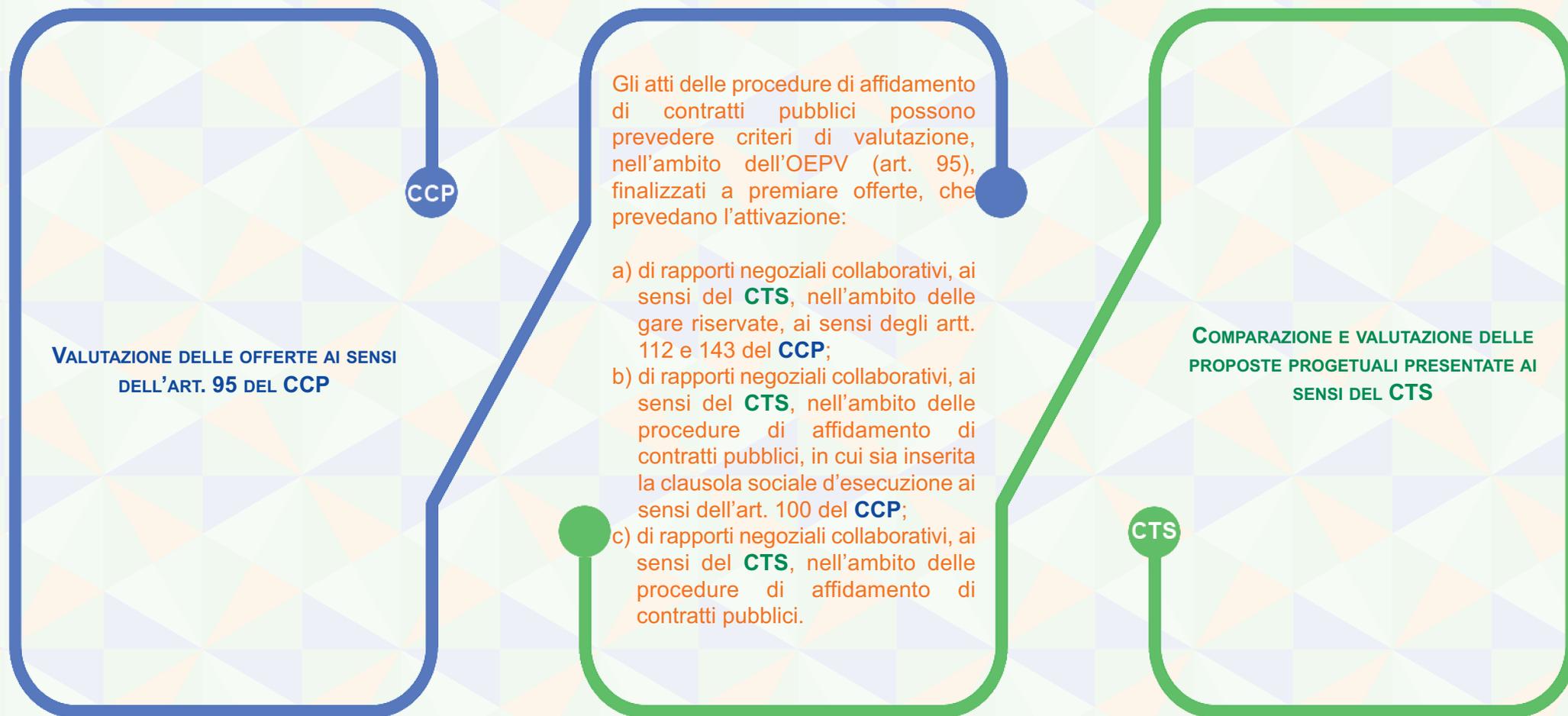
- a) la **qualità**, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;
- b) **possesso di un marchio di qualità ecologica** dell'Unione europea, in misura pari o superiore al 30% del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto;
- c) **costo di utilizzazione e manutenzione** riferiti all'intero ciclo vita dell'opera, bene o servizio;
- d) **compensazione** delle emissioni di gas serra;
- e) **organizzazione**, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto;
- f) **servizio successivo alla vendita** e assistenza tecnica;
- g) **condizioni e tempistiche** di consegna.

Il codice ha introdotto una significativa novità rispetto alla previgente disciplina, consentendo alle SA di valutare le offerte, mediante il criterio dell'OEPV, ma bloccando il prezzo, ai sensi del comma settimo (**7**) del citato art. **95**, con la conseguenza che il confronto fra le offerte avviene solo con riferimento alle componenti qualitative e quantitative dell'offerta tecnica (OT) e non già rispetto all'offerta economica (OE).

15.1. I criteri di valutazione nella giurisprudenza

- sulla **discrezionalità** della stazione appaltante nella determinazione delle formule di valutazione delle offerte (**CdS**, sentenza n. **7389/2019**);
- principio di **separazione tra offerta tecnica e offerta economica**. (**CdS**, sentenza n. **167/2020**);
- sulla **discrezionalità** nella scelta dei **criteri** di valutazione (**TAR Lombardia**, sentenza n. **2576/2019**);
- sull'**autovincolo** (**TAR Lombardia**, sentenza n. **1215/2020**);

15.2. I criteri di valutazione nel dialogo fra CCP e CTS.



16. LA DISCIPLINA SPECIALE IN MATERIA DI SERVIZI SOCIALI NEL CCP E NELLA GIURISPRUDENZA.

La disposizione di riferimento è rappresentata dall'art. 142.

Il "regime alleggerito" previsto dai primi cinque commi della disposizione da ultimo citata prevede l'obbligo di pubblicare un bando di gara o un avviso, con i contenuti meglio specificati nell'Allegato XIV del codice, oltre all'obbligo di pubblicazione degli esiti delle procedure.

In sede di correttivo al codice, sono stati inseriti i commi 5-bis e seguenti.

Le principali innovazioni del (riformulato) art. 142 sono le seguenti:

- a) il rinvio espresso all'Allegato IX del Codice (**5-bis**);
- b) l'espresso recepimento dell'art. 76 della Direttiva 24 (**5-ter**);
- c) il raccordo con l'obbligo della programmazione degli acquisti (**5-quater**);
- d) il raccordo con la disciplina in materia di centralizzazione e qualificazione delle SA (**5-quinquies**);
- e) l'indicazione delle norme applicabili (**5-sexies e septies**);
- f) la procedura per appalti sotto soglia (**5-octies**);
- g) il raccordo con disciplina in materia di affidamento dei servizi di ristorazione (**5-nonies**).

Il **comma 5-ter** "Gli appalti devono garantire:

- a) qualità;
- b) continuità;
- c) accessibilità;
- d) disponibilità;
- e) completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti".

Con il **comma 5-quater** il codice ha chiarito che le SA approvano gli atti di programmazione per l'acquisizione dei contratti, di cui all'art. 21 del codice, in precedenza esaminato, "nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore".

Giurisprudenza rilevante

- sull'applicabilità del **CCP** agli affidamenti di servizi sociali di importo inferiore alla soglia europea (**TAR Calabria**, sentenza n. **1460/2018**);
- sulla **compartecipazione degli utenti al costo** dei **servizi socio-assistenziali** (**CdS**, sentenza n. **2372/2018**);
- sull'applicazione dell'**art. 57 del Codice del Terzo settore** e non del codice dei contratti pubblici (nella specie artt. 142 e 143) ai fini dell'affidamento del **servizio di soccorso sanitario di emergenza** (fra le tante, **TAR Lazio**, sentenza **1277/2018**; **TAR Marche**, sentenza n. **656/2018**);
- sul **regime fiscale dell'associazioni** (**TAR Campania**, sentenza n. **702/2018**).

CCP

La nuova Direttiva appalti e, a livello interno, il Codice – il cui art. **143** è sostanzialmente riproduttivo dell'art. 77 della Direttiva – aprono in modo generalizzato alla possibilità per la stazioni appaltanti di indire procedure riservate, a condizione che esse rispettino i presupposti e le condizioni, tassative, previste dalle norme.

Vediamo da vicino gli elementi costitutivi della disposizione contenuta nel Codice:

- a) l'ambito oggettivo di applicazione;
- b) l'ambito soggettivo;
- c) la durata dell'affidamento;
- d) il regime di pubblicità.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina di favore, ai sensi dell'art. 143, comma 1, esso opera "(...) *esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX, identificati con i codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8*".

L'art. 143 precisa - in modo chiaro - l'ambito soggettivo della disposizione, senza tuttavia richiamare altre disposizioni, relative a particolari regimi giuridici di operatori economici, quanto piuttosto indicando gli elementi differenziali:

- a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi;
- b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
- c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;
- d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.

I bandi di gara, infine, devono fare espressa menzione dell'art. **143** del Codice, oltre a contenere le indicazioni previste dalla stessa disposizione.

Giurisprudenza rilevante

- sull'inoperatività del divieto di partecipazione alla procedura da parte del gestore del servizio, laddove l'originaria procedura sia stata espletata in modo aperto e non riservato ai sensi dell'art. 143 del codice (**TAR Lombardia**, sentenza n. **2277/2019**);

17. L'ANOMALIA DELLE OFFERTE NEL CCP

Il procedimento di **verifica dell'anomalia** (art. 97 del **CCP**) prende avvio su **base discrezionale** della stazione appaltante, è svolto in **contraddittorio** con l'operatore economico la cui offerta risulti essere la migliore ed è finalizzato a giustificare i prezzi ed i costi proposti nelle offerte se queste appaiono **anormalmente basse**.

Il giudizio tecnico all'uopo svolto è basato su criteri di congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta nel **suo complesso**.

Il procedimento di verifica è avulso da vincoli formalistici, essendo improntato alla **massima collaborazione** tra SA e offerente, essendo ammissibili anche chiarimenti orali alle note giustificative rese per iscritto.

Oggetto del procedimento di verifica

Le spiegazioni potranno riferirsi all'economia dei processi e metodi di fabbricazione, alle soluzioni tecniche prescelte, alle condizioni agevolate di cui può godere l'offerente, consistendo nell'illustrazione dei motivi economici e tecnici che hanno consentito all'operatore di praticare un tale ribasso.

Giustificazioni

Il corretto procedimento presuppone l'immodificabilità dell'offerta, ma la modificabilità delle giustificazioni rese, nonché l'ammissibilità di quelle sopravvenute, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione.

Esclusione dell'offerta

Avviene solo laddove la prova fornita **non giustifichi** sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti **o se accerti** una delle seguenti ipotesi, che costituiscono in via tassativa casi di esclusione:

- Mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali
- Mancato rispetto degli obblighi in materia di subappalto
- Incongruità degli oneri aziendali per la sicurezza rispetto all'entità e alle caratteristiche specifiche dell'appalto
- Costo del personale inferiore ai minimi retributivi salariali di cui alle apposite tabelle ministeriali

17.1. L'anomalia delle offerte del CCP nella giurisprudenza

Sulla **remuneratività dell'offerta** e **margin**e di **utile**. Costituisce principio consolidato quello per cui gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione (**CdS**, sentenza n. **8110/2019**);

- sul **giudizio di anomalia**: è espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di errore fattuale, che non può essere esteso ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (**CdS**, sentenza n. **7927/2019**; **CdS**, sentenza n. **5259/2019**);
- principio di **invarianza** della **soglia di anomalia**: riguarda gli specifici profili inerenti la soglia di anomalia e il calcolo delle medie della procedura. Non vale a rendere l'aggiudicazione di per sé insensibile ad ogni circostanza sopravvenuta (**CdS**, sentenza n. **5358/2019**);
- nel **contraddittorio** nel sub procedimento di anomalia, sono consentite all'aggiudicataria ulteriori compensazioni tra sottostime e sovrastime (**CdS**, sentenza n. **5674/2019**).
- il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza della Stazione appaltante, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto (**ANAC, parere di precontenzioso del 19 dicembre 2018 n. 1184**; **CdS, Sez. sentenza n. 6161/2019**; **CdS, sentenza n. 3602/2020**; **CdS, sentenza n. 4973/2020**).
- giudizio di verifica dell'anomalia e giustificazioni sopravvenute. Ammissibilità delle compensazioni purché l'offerta risulti affidabile al momento dell'aggiudicazione (**CdS**, sentenza n. **389/2020**);
- **costo del lavoro e verifica anomalia**. I trattamenti retributivi salariali definiti dalle tabelle ministeriali non costituiscono dati inderogabili, ma assolvono ad una funzione di parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa in ordine alle ragioni che giustificano il disallineamento (**TAR Campania, sentenza n. 802/2020**; **CdS, sentenza n. 414/2020**);
- **offerte anomale e ricorso a contratti di co.co.co nei servizi sociali**. Legittima l'esclusione dell'offerta del concorrente che, in relazione a determinate figure professionali richieste e descritte dalla legge di gara, abbia fatto ricorso a contratti di co.co.co. per le medesime, anziché inquadrarle nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dal cd. Jobs Act (**CdS, sentenza n. 2382/2020**).
- **anomalia dell'offerta**. Al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (**CdS, sentenza n. 4090/2020**).

18. IL CONTENUTO MINIMO DEL CONTRATTO DI APPALTO E DELLA CONVENZIONE

Il contratto di **appalto** deve avere il seguente contenuto minimo:

- a) oggetto dell'appalto;
- b) durata dell'appalto;
- c) servizi affidati e opzioni/facoltà della SA;
- d) importo dell'appalto;
- e) revisione prezzi;
- f) modifiche contrattuali in corso di esecuzione;
- g) monitoraggio e controlli esecuzione;
- h) obbligazioni delle parti;
- i) eventuale assorbimento lavorativo del personale del gestore uscente;
- l) disciplina dell'avvalimento e del subappalto;
- m) penali e sanzioni;
- n) termini e modalità di pagamento;
- o) tracciabilità dei flussi finanziari;
- p) elezione di domicilio;
- q) ricorsi.

CCP

La convenzione, che viene sottoscritta ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 fra ente pubblico ed ETS, contiene i seguenti elementi minimi:

- a) oggetto e finalità dell'accordo di collaborazione;
- b) durata del rapporto di collaborazione;
- c) servizi ed interventi oggetto di affidamento;
- d) quadro economico complessivo;
- e) impegni delle Parti;
- f) modifiche contrattuali;
- g) monitoraggio, controllo e rendicontazione;
- h) eventuali clausole sociali;
- i) eventuale disciplina in materia di VIS;
- l) tracciabilità dei flussi finanziari;
- m) regime di trasparenza e di pubblicità;
- n) elezione di domicilio;
- o) altre clausole ritenute utili.

La convenzione ai sensi dell'art. 56 del **CTS**, relativa all'affidamento di servizi ed interventi a soli APS e ODV, oltre a quanto sopra indicato, contiene gli elementi espressamente stabiliti dalla medesima disposizione del **CTS** con particolare riguardo alle voci di costo rimborsabili ed ai limiti e modalità di rimborso.

CTS

Allegato 1

**Linee Guida sul rapporto fra PA ed ETS,
ai sensi degli articoli 55-57
del decreto legislativo 3 luglio 2017. n. 117**



Al Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali

DECRETO n. 72/2021

VISTO il decreto legislativo 3 luglio 2017, n.117, recante il “*Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n.106*”;

RICHIAMATO in particolare il titolo VII del sopra citato decreto legislativo n. 117 del 2017, dedicato ai rapporti con gli enti pubblici;

VISTO il resoconto della seduta del 23 gennaio 2020 del Consiglio nazionale del Terzo settore, nel corso della quale l’organismo collegiale ha richiesto al Ministero del lavoro e delle politiche sociali di avviare un’interlocuzione, attraverso la costituzione di un apposito gruppo di lavoro, con i livelli di governance regionale e locale, nonché con il Forum nazionale del Terzo settore, quale associazione maggiormente rappresentativa a livello nazionale degli enti del Terzo settore, finalizzata all’elaborazione di una posizione comune sugli istituti previsti negli articoli 55 e seguenti del già citato decreto legislativo n. 117 del 2017;

VISTO il D.D. del 25 marzo 2020 con il quale è stato costituito il gruppo di lavoro incaricato dell’elaborazione di una proposta di linee guida in tema di rapporti collaborativi tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, finalizzato a supportare le prime nella concreta applicazione degli istituti previsti nel titolo VII del decreto legislativo n. 117 del 2017;

VISTO il documento finale recante “*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55-57 del decreto legislativo n. 117 del 2017*”, elaborato e condiviso dal gruppo di lavoro di cui al capoverso precedente;

ACQUISITA l’intesa della Conferenza Unificata, ai sensi dell’articolo 9, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 nella seduta del 25 marzo 2021 (repertorio atto n. 15/CU);



Al Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali

DECRETA:

Articolo unico

(Adozione delle linee guida)

1. Sono adottate le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55 -57 del decreto legislativo n. 117 del 2017 di cui al documento allegato, che forma parte integrante e sostanziale del presente decreto.

Al presente atto sarà data pubblicità nelle forme previste dall'art. 32 della legge 18 giugno 2009, n. 69, mediante pubblicazione sul sito istituzionale www.lavoro.gov.it.

Roma, 31 marzo 2021

f.to Andrea Orlando

LINEE GUIDA SUL RAPPORTO TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ED ENTI DEL TERZO SETTORE NEGLI ARTT. 55-57 DEL D.LGS. N.117/2017 (CODICE DEL TERZO SETTORE).

INTRODUZIONE

Scopo del presente documento è quello di offrire un quadro condiviso di analisi degli istituti introdotti dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e successive modificazioni e integrazioni, recante il Codice del Terzo settore (in avanti anche solo “CTS”), e, specificatamente, di quelli previsti dal Titolo VII (*Dei rapporti con gli enti pubblici*).

La predetta analisi è finalizzata a supportare gli enti pubblici nella concreta applicazione degli articoli 55, 56 e 57 del CTS.

A tale ultimo riguardo, va precisato che il presente documento è stato elaborato tenendo conto della disciplina vigente, delle Relazioni governative di illustrazione del CTS e del suo correttivo, adottato nel 2018, dei pareri resi dal Consiglio di Stato, nonché dei primi pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa e contabile, direttamente o indirettamente, inerenti il tema trattato, degli atti dell’ANAC e delle competenti Amministrazioni statali nonché, da ultimo, della sentenza n. 131 del 26 giugno 2020 della Corte costituzionale e della legge 11 settembre 2020, n.120 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2010, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitali» (cd. decreto “semplificazioni”).

Per tale ragione, il presente documento non ha la pretesa della definitività e dell’eshaustività, con la conseguenza che a fronte di eventuali sopravvenienze, normative e/o interpretative, se ne terrà debitamente conto ai fini del suo aggiornamento.

1.INQUADRAMENTO GENERALE DEGLI ISTITUTI

La riforma del Terzo settore ha introdotto, all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, la categoria normativa di «ente del Terzo settore» (ETS). L’art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 (CTS) definisce l’ente del Terzo settore quale ente privato che, senza scopo di lucro, persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale – fra quelle indicate all’art. 5 del Codice medesimo – in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi.

Alcuni ETS sono *tipici* e sono soggetti ad una disciplina speciale: essi sono le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso, le imprese sociali (incluse le cooperative sociali), le reti associative. Sono da considerarsi ETS *generici* tutti gli altri enti privati, diversi dalle società, in possesso dei requisiti sopra descritti.



Ai fini della qualificazione quale ETS è requisito essenziale l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (per le imprese sociali, il requisito dell'iscrizione del Registro unico nazionale del Terzo settore è soddisfatto mediante l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese (art. 11 CTS).

Il legislatore ha creato, pertanto, una «categoria normativa» - gli enti del Terzo settore – per i quali ha dettato una disciplina promozionale e configurato, per altro verso, una serie di obblighi ed oneri. L'acquisizione della qualifica di ETS è *facoltativa*: ciascun ente, infatti, nell'esercizio della propria autonomia, può scegliere di divenire ETS, così come di rimanere soggetto semplicemente alle norme di diritto comune.

La scelta del legislatore è da inquadrare alla luce del diritto costituzionale.

All'interno delle plurime manifestazioni del pluralismo sociale, si è individuata una particolare categoria di formazioni sociali (art. 2 Cost.) che sono espressione della libertà di associazione dei cittadini (art. 18 Cost.), o della libertà di impresa (art. 41 Cost., tenendo presente anche il riconoscimento della cooperazione ai sensi dell'art. 45 Cost.), le quali presentano alcune caratteristiche costituzionalmente rilevanti. La Corte costituzionale ha coniato, addirittura, la definizione di *libertà sociali* (ripresa, da ultimo, anche in C. cost., sentenza n. 185/2018), a sottolineare l'esercizio delle libertà costituzionali a fini di utilità collettiva e di solidarietà sociale. La recente sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 valorizza la qualificazione degli ETS «come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97)».

Il primo carattere che viene in rilievo è il perseguimento, in via esclusiva, di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale e la rinuncia al perseguimento di una finalità lucrativa, in senso soggettivo. Il secondo è lo svolgimento, in via principale o esclusiva, di una attività di interesse generale (mutuando significativamente l'espressione che la Costituzione utilizza all'art. 118, ultimo comma Cost.), che il legislatore elenca all'art. 5 del CTS.

L'uno e l'altro carattere conferiscono a tali enti una posizione ordinamentale specifica nella prospettiva dell'attuazione della Costituzione e, in particolare, dell'art. 3 Cost., comma primo e secondo. Assunta tale posizione, il legislatore è tenuto – ai sensi dell'art. 118, comma 4 Cost., che esprime il principio di c.d. *sussidiarietà orizzontale* – a «favorire» gli ETS, espressione qualificata dall'iniziativa autonoma dei cittadini associati, mediante la predisposizione di una serie di misure adeguate non solo a “sostegno” delle attività, bensì anche ad “integrazione” delle stesse con quelle della P.A.

In tale prospettiva, gli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore individuano una misura di sostegno ed integrazione fra ETS e PP.AA., declinando una serie di istituti specifici, plasmati sulla natura specifica del Terzo settore. Si tratta, pertanto, di un'applicazione dell'art. 118, ultimo comma Cost. che valorizza ed agevola la possibile convergenza su «attività di interesse generale» fra la pubblica amministrazione ed i soggetti espressione del Terzo settore. Secondo la Corte costituzionale, si tratta di «una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.», un originale canale di «amministrazione condivisa», *alternativo a quello del profitto e del mercato, scandito «per la prima volta in termini generali [come] una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria»*. Agli enti che fuoriescono dal perimetro legale non possono essere riferite le forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS: «esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica» (n. 131 del 2020).

Tali istituti richiedono a tutte le PP.AA. di «assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore» nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale (art. 55, c. 1 CTS).



Il *coinvolgimento attivo* significa, anzitutto, sviluppare sul piano giuridico forme di confronto, di condivisione e di co-realizzazione di interventi e servizi in cui tutte e due le parti – ETS e PP.AA. – siano messe effettivamente in grado di *collaborare* in tutte le attività di interesse generale.

Non si realizza, quindi, una semplice sottrazione rispetto alle norme di derivazione euro-unitaria che disciplinano il rapporto fra soggetti privati e PP.AA., bensì l'applicazione di altre norme che, nel rispetto del quadro normativo europeo, riescono a svolgere più efficacemente quella funzione di promozione richiesta dall'art. 118, comma 4 Cost.

Il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 24 aprile 2016, n. 50, (in avanti anche solo “CCP”) infatti, muove dal generale presupposto che i soggetti privati debbano concorrere, fra loro, per acquisire la qualità di controparte contrattuale della P.A. ai fini della conclusione di un contratto pubblico per l'affidamento o la concessione di un servizio. Al contrario, il CTS muove dalla considerazione che le finalità perseguite dagli ETS siano fra loro omogenee (finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) e distinte da quella lucrativa e che le loro attività siano convergenti con quelle svolte dalla P.A. (attività di interesse generale): ne discende, quindi, la non automatica applicabilità di schemi che prevedano la competizione e lo scambio sinallagmatico, e la necessità di prevederne altri che partano da tale carattere *genetico* degli ETS. In tal modo, l'amministrazione pubblica sarà posta in grado di scegliere, in base alle concrete situazioni, lo schema procedimentale preferibile, assumendo come criterio-guida la necessità di assicurare il “coinvolgimento attivo” degli ETS. La citata sentenza n. 131 del 2020 identifica nell'art. 55 CTS la definizione di «*un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico*».

Peraltro, ciò non significa assolutamente deflettere dalla necessità di una piena applicazione dei principi che governano il procedimento amministrativo ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di un *corpus* di principi posti a presidio dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.

La scelta del legislatore va a questo punto inquadrata anche alla luce del diritto euro-unitario.

Nel diritto dell'Unione europea i Trattati non impongono un alcun modello di welfare nazionale ed è riconosciuta una ampia libertà agli Stati membri di organizzare i propri servizi di interesse generale (SIG) nel modo che ritengano più opportuno, nel rispetto del loro contesto costituzionale.

A tale proposito, si richiama la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa “*ai servizi del mercato interno*”, il cui art. 1 (Oggetto) stabilisce, fra l'altro, che “(...) 3. *La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità con le regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti (...)*”⁽¹⁾

In termini essenziali, si è in presenza di un SIG quando le autorità pubbliche nazionali (a qualsiasi livello di governo) subordinano la prestazione di un'attività, ritenuta necessaria per garantire la soddisfazione dei bisogni essenziali delle persone e della comunità, a specifici obblighi (di servizio pubblico) e adempimenti, comunque volti ad assicurare diritti costituzionalmente garantiti: la soddisfazione di tali bisogni non potrebbe essere realizzata senza l'intervento pubblico o lo sarebbe a condizioni differenti e non accettabili. Rispetto a questa prima definizione generale si è in presenza di un SIEG (che è una sottocategoria dei SIG) qualora l'obbligo di servizio pubblico sia imposto rispetto a un'attività che abbia

¹ Sulla base delle motivazioni meglio espresse nei Considerando n. 27 e n. 28 della medesima Direttiva

anche rilevanza economica, in quanto quest'ultima è erogata dietro un corrispettivo, su un determinato mercato, secondo le logiche tipiche dell'autonomia imprenditoriale. Al riguardo, rileva la forza di attrazione della disciplina euro-unitaria in materia di concorrenza nel mercato interno e, più in particolare, nella disciplina d'evidenza pubblica per la conclusione di contratti pubblici di appalto o di concessione, fatto salvo che ciò non impedisca loro di realizzare i loro compiti di interesse generale.

La direttiva appalti 2014/24/UE introduce alcuni elementi di chiarificazione importante di questo rapporto fra categorie disomogenee. Nel *considerando n. 114* si afferma che *«certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. (...) Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione 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»*.

In tali ultimi casi, anche qualora si sia in presenza astrattamente di SIEG, in casi in cui gli Stati membri apprestino un modello organizzativo ispirato al principio di solidarietà (come, ad es., nel caso della co-progettazione o della convenzione), che preveda il coinvolgimento di soggetti privi dello scopo lucrativo, tenuto conto della salvaguardia degli equilibri di bilancio e della regia pubblica dell'intervento, dovrebbe essere prevista l'applicabilità della sola disciplina nazionale, quale espressione, in tal senso, delle diverse «tradizioni culturali» e, si potrebbe aggiungere, «costituzionali».

È il legislatore nazionale che contrassegna tali attività come «di interesse generale», assunte come oggetto degli enti del Terzo settore. Questi ultimi – come si è ricordato - perseguono in via esclusiva finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, senza fine di lucro, attraverso l'iscrizione in un pubblico registro.

Sulla base di questo criterio di lettura, da un lato il diritto dell'Unione europea trova nel Codice del Terzo settore una sua più compiuta attuazione; dall'altro, sul versante nazionale, si perviene ad una chiara ripartizione degli ambiti di competenza fra il CTS ed il CCP, i quali - armonicamente ed in forma complementare – disciplinano le procedure di affidamento dei servizi pubblici, in relazione all'ambito nel quale ricadono ed al fine perseguito.

Tale ricostruzione, già sostenuta in dottrina, ha trovato autorevole conferma nella sentenza n. 131 del 2020, nella quale il giudice costituzionale evidenzia come sia insito nel diritto euro-unitario il tentativo di *«smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà»*, riconoscendo *«in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, 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)»*. Tale orientamento giurisprudenziale, dunque, guida l'interpretazione delle norme del CTS e conferisce loro uno spazio autonomo, non conflittuale, nella disciplina del CCP.

Il Titolo VII del CTS ha, pertanto, in parte riempito uno spazio lasciato aperto dal CCP, definendo le condizioni che consentono di escludere dalla sfera di interesse del mercato servizi pur potenzialmente economicamente rilevanti.

Da ultimo, va segnalato che la legge di conversione (n. 120/2020) del decreto-legge n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) ha introdotto diverse modifiche al CPP, alcune delle quali sono finalizzate a coordinare l'applicazione dei due codici.



In particolare, l'intervento del legislatore ha interessato le seguenti disposizioni:

- i) art. 30, recante i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti e delle concessioni;
- ii) art. 59 relativo alle procedure di aggiudicazione;
- iii) art. 140 in ordine alla disciplina di settore per quanto riguarda l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi, indicati nell'Allegato XI al CCP.

Con gli interventi in commento, il legislatore ha precisato – all'interno della disciplina generale sugli affidamenti dei contratti pubblici, mediante procedure concorrenziali – che, in applicazione del c.d. principio di specialità, “*restano ferme*” le forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore, previste dal più volte richiamato Titolo VII del CTS.

BOX - Gli enti del Terzo settore

Le caratteristiche degli enti del Terzo settore:

- 1) Enti a carattere privato;
- 2) Finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociali;
- 3) Assenza dello scopo di lucro;
- 4) Svolgimento in via principale o esclusiva di attività di interesse generale (possibilità di svolgere attività diverse, secondarie e strumentali entro i limiti fissati con D.M.);
- 5) Azione volontaria; erogazione gratuita di beni, danaro e servizi; produzione o scambio di beni o servizi;

Iscrizione nel RUNTS.

Gli enti esclusi:

- a) amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165;
- b) le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro;
- c) gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dagli enti di cui alle lett. a) e b).

1.1) La distinzione fra l'attivazione di rapporti collaborativi con ETS e l'affidamento di appalti e concessioni di servizi.

Occorre affrontare, a questo punto, un primo elemento rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina contenuta nel CTS, ovvero il tratto distintivo fra l'attivazione di un rapporto collaborativo, ai sensi del richiamato CTS, e l'affidamento di un contratto pubblico, per l'esecuzione di servizio in appalto, su disposizione di un ente pubblico, come tale regolato dal CCP.

Si tratta di un'operazione necessaria sotto due profili.

Il primo attiene alla discrezionalità delle PP.AA., nel senso che, laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un'attività, la concreta scelta potrebbe essere la conseguenza di un'opzione politica propria della P.A., tesa a valorizzare il principio della tutela della concorrenza degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o, in alternativa, il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi.

Il secondo profilo attiene alla legittimità dell'azione amministrativa delle PP.AA., nel senso che il ricorso agli istituti previsti dal CTS non può, tuttavia, avvenire per eludere i principi e le disposizioni europee ed interne in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato.

Al fine di chiarire l'ambito di applicazione e gli eventuali limiti all'applicazione degli strumenti previsti dal Titolo VII del CTS, occorre muovere dalla vigente disciplina, europea ed interna di recepimento in materia di affidamento di contratti pubblici.

Come è noto, sono tali fonti normative a fornire, fra l'altro, la definizione di appalto; ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. ii) del CCP per «appalti pubblici» si intendono *“i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi”*.

Inoltre, l'art. 30 del CCP (*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*) al comma 8, come risultante modificato dalla legge n. 120/2020 precisa che *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici **nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117** si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”*.

Ne deriva che – laddove un ente pubblico agisce quale stazione appaltante, attivando una procedura concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico per lo svolgimento di un servizio, definito dall'ente stesso nel relativo bisogno e nelle obbligazioni e relative prestazioni, economiche e contrattuali, con il riconoscimento di un corrispettivo, idoneo ad assicurare un utile di impresa, determinato sulla base dell'importo a base d'asta – si applicherà il CCP, venendo ad esistenza un rapporto a prestazioni corrispettive.

A fronte, invece, dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica, ai sensi del Titolo VII del CTS, finalizzata alla selezione degli ETS con i quali formalizzare un rapporto di collaborazione per lo svolgimento di *“altre attività amministrative in materia di contratti pubblici”*, nelle quali PA ed ETS vengono in relazione, (come previsto dal richiamato art. 30, comma 8, CCP), anche a seguito dell'iniziativa degli stessi ETS, si applicheranno le disposizioni previste sul procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990 e ss. mm., oltre che quelle specifiche del CTS.

Nell'ambito di una procedura d'appalto è l'ente pubblico a definire sostanzialmente tutto, ad eccezione dello spazio, lasciato dagli atti della procedura, al contenuto dell'offerta dell'operatore economico concorrente. Il rapporto di collaborazione sussidiaria, che connota gli istituti del CTS, è – per tutta la durata del rapporto contrattuale/convenzionale – fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla conclusione delle attività di progetto ed alla rendicontazione delle spese.

Fatta questa necessaria premessa metodologica, è possibile passare all'esame della disciplina contenuta nel richiamato Titolo VII del CTS.

2.1) L'ambito soggettivo di applicazione ed i principi comuni nell'applicazione degli strumenti previsti dal Titolo VII del CTS.

Preliminarmente appare utile richiamare la Relazione illustrativa del Governo sullo schema di decreto legislativo (poi divenuto il d.lgs. n. 117



del 2017), nella parte in cui chiarisce che “*il coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle fasi sopra indicate deve rispondere alla duplice esigenza di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie dell'Amministrazione procedente in ordine a tali scelte. Il coinvolgimento degli enti del Terzo settore, in tale cornice, si pone come espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, di sussidiarietà e di autonomia*”.

In proposito, soccorrono i principi comuni stabiliti dal primo comma dell'art. 55 CTS, che si applicano, per espressa previsione normativa, a tutti gli istituti del Titolo VII.

In primo luogo, va evidenziato che la disciplina, oggetto del presente documento, riguarda tutti gli enti pubblici qualificabili come “amministrazioni pubbliche”, ai sensi del d. lgs. n. 165/2001 e segnatamente:

- tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative;
- le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo;
- le Regioni;
- le Province;
- i Comuni (e, dunque, le Unioni di Comuni);
- le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni;
- le istituzioni universitarie;
- gli Istituti autonomi case popolari (variamente denominati);
- le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni;
- tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali;
- le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale:
- l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN);
- le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

In secondo luogo, occorre tener conto che fra i principi comuni è compreso anche quello dell'*autonomia organizzativa e regolamentare*.

Ne deriva che ciascun ente pubblico, fra quelli appena richiamati, potrà dare attuazione alle disposizioni del Titolo VII tenendo conto del proprio assetto organizzativo, ma più in generale delle scelte statutarie, nonché utilizzare i regolamenti esistenti (a mero titolo esemplificativo, in materia di assegnazione di contributi e sovvenzioni, di affidamento dei contratti pubblici, di affidamento e valorizzazione di beni pubblici o di procedimento amministrativo) o approvarne di nuovi.

Nel primo comma del più volte menzionato art. 55 sono, inoltre, indicati i principi posti a presidio della corretta azione amministrativa e dello svolgimento dei giusti procedimenti.

L'utilizzo degli strumenti previsti, pertanto, dagli articoli 55, 56 e 57 deve avvenire anche al fine di dare attuazione ai seguenti principi:

- di sussidiarietà;
- di cooperazione;
- di efficacia, efficienza ed economicità;
- di omogeneità;

- 
- di copertura finanziaria e patrimoniale;
 - di responsabilità ed unicità dell'amministrazione;
 - della legge 7 agosto 1990, n. 241, per quanto attiene allo svolgimento dei procedimenti amministrativi, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento, nonché di prevenzione dei conflitti di interesse, di cui all'art. 6-bis della predetta legge;
 - infine, del rispetto delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

A tale ultimo proposito, la norma è chiara nel far salve le discipline di settore, statali e regionali, con riferimento alle *attività di interesse generale* indicate nell'art. 5 del CTS ed, in particolare, delle disposizioni che disciplinano piani e programmi di settore (ad esempio, in materia di organizzazione della rete integrata dei servizi e degli interventi sociali, mediante il piano sociale di zona, oppure di valorizzazione dei beni culturali).

Allo stesso modo, sono fatte salve le disposizioni, statali e regionali, che disciplinano l'approvazione degli strumenti di programmazione da parte degli enti territoriali, nonché in materia di processi partecipativi e di trasparenza.

Alla disciplina di settore, pertanto, dovrà preliminarmente farsi riferimento ai fini della relativa integrazione con quella prevista dal Titolo VII del CTS nell'ambito dei procedimenti, oggetto del presente documento, anche in ordine all'eventuale disciplina vigente in materia di partecipazione pubblica e/o di istruttorie pubbliche.

2.IL PROCEDIMENTO DI CO-PROGRAMMAZIONE

L'istituto della co-programmazione è disciplinato dal secondo comma dell'art. 55 CTS, a mente del quale *“2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”*

La richiamata Relazione governativa illustrativa al riguardo ha chiarito che *“L'articolo 55, recependo l'orientamento espresso dall'ANAC nella delibera n. 20 gennaio 2016, n. 32, recante” Determinazione delle linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali” definisce al comma 2 la co-programmazione come il processo attraverso il quale la pubblica amministrazione individua i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari, le modalità di realizzazione degli stessi e le risorse disponibili”*.

In sostanza, la co-programmazione si sostanzia in un'istruttoria partecipata e condivisa, nella quale – fermo restando le prerogative dell'ente pubblico, quale “amministrazione procedente”, ai sensi della legge n. 241/1990 – il quadro di conoscenza e di rappresentazione delle possibili azioni da intraprendere è il portato della collaborazione di tutti i partecipanti al procedimento. Offrendo una lettura del ruolo degli ETS nell'ordinamento costituzionale, la Corte costituzionale – nella più volte richiamata sentenza n. 131 del 2020 – afferma che essi sono *«rappresentativi della “società solidale”» e «costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, (...) in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce*

spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno”».

La disposizione introduce un fondamento di diritto positivo ed una piena legittimazione alle tante esperienze, anche informali, attivate dagli enti nella costruzione di tavoli di lavoro e di percorsi di partecipazione su vari ambiti e ferma restando la oramai collaudata esperienza – con specifico riguardo ai servizi sociali – della pianificazione sociale di zona, variamente denominata, regolata e declinata a livello territoriale.

Il fine dell’art. 55, secondo comma, è chiaro. La co-programmazione dovrebbe generare un arricchimento della lettura dei bisogni, anche in modo integrato, rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa degli enti, agevolando – in fase attuativa – la continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco.

Giova precisare, al riguardo, che – in applicazione dei principi sul procedimento amministrativo – l’iniziativa può essere assunta anche da uno o più ETS, i quali richiedono all’ente competente l’attivazione del procedimento di co-programmazione attraverso la pubblicazione di un Avviso.

La co-programmazione è un procedimento amministrativo e, pertanto, si articolerà nelle seguenti fasi:

- iniziativa, che si sostanzia nell’atto con il quale si dà avvio al procedimento (eventualmente in accoglimento dell’istanza di parte);
- nomina di un Responsabile del procedimento, ai sensi dell’art. 6 della legge n. 241/1990 e della eventuale disciplina regionale in materia - di procedimento amministrativo;
- pubblicazione di un Avviso;
- svolgimento dell’attività istruttoria;
- conclusione del procedimento.

L’attività di co-programmazione, che – in ragione dell’oggetto della procedura e del numero dei partecipanti – può essere articolata dal responsabile del procedimento in più sessioni, viene debitamente verbalizzata.

Il verbale dà conto dell’eventuale proposta unitaria e condivisa o, in alternativa, delle diverse posizioni e proposte formulate dai partecipanti al procedimento istruttorio

Il procedimento si conclude con atto del dirigente competente dell’ente, sulla base dell’organizzazione propria dell’ente medesimo; in proposito, rappresenta una buona pratica quella di raccogliere la documentazione eventualmente prodotta nelle sessioni istruttorie dagli ETS partecipanti, unitamente ad una relazione del responsabile del procedimento, in ordine allo svolgimento dell’attività di co-programmazione ed ai relativi esiti raggiunti.

L’atto, con cui si conclude l’istruttoria, può coincidere con la determinazione assunta dall’ente in ordine alle attività ed alle azioni ritenute funzionali alla cura dei bisogni individuati nel corso della co-programmazione.

Gli enti, infine, tengono conto degli esiti dell’attività di co-programmazione ai fini dell’adozione e dell’aggiornamento degli strumenti e degli atti di programmazione e di pianificazione generali e settoriali.

Come più volte evidenziato, la co-programmazione deve svolgersi nel rispetto dei principi in materia di evidenza pubblica; al riguardo, il CTS non contiene previsioni o prescrizioni in ordine al contenuto degli avvisi. La ragione di ciò è legata al richiamato principio di *autonomia*

organizzativa e regolamentare di ciascun ente, al quale è riconosciuta la discrezionalità nella declinazione in concreto dell'istituto previsto dal Codice.

In ragione delle finalità del presente documento, costituisce buona pratica pubblicare un Avviso, contenente i seguenti elementi minimi:

- a) oggetto del procedimento di co-programmaz. one;
- b) requisiti dei partecip. nti;
- c) modalità di presentazione della domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione precedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate
- d) tempi e modalità di svolgimento del procedim. nto;
- e) conclusione del procedim. nto;
- f) regime di pubblicità e trasparenza.

Con riferimento all'oggetto del procedimento, fermo restando che la co-programmazione deve riferirsi ad una o più delle *attività di interesse generale*, indicate dall'art. 5 CTS, al fine di valorizzare la funzione di innovazione dei processi di definizione del quadro di riferimento dei bisogni della comunità di riferimento e delle possibili azioni conseguenti, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, potrebbe costituire buona pratica considerare contestualmente più oggetti, purché fra loro connessi, nonché tenere conto dell'integrazione di tali oggetti nell'ambito delle politiche generali dell'ente titolare del procedimento.

Per quanto attiene ai tempi di svolgimento del procedimento, essi dovrebbero essere congrui rispetto alla complessità dell'oggetto e delle attività relative al procedimento di co-programmazione, oltre alla numerosità degli ETS partecipanti.

Infine, come già rilevato nella descrizione delle finalità dell'istituto, l'attività di co-programmazione con gli ETS dovrebbe concludersi con l'elaborazione, condivisa, di un documento istruttorio di sintesi, mentre le determinazioni conseguenti sono di competenza dell'amministrazione precedente, in modo da garantire l'autonomia di quest'ultima nell'acquisizione, nel bilanciamento e nella sintesi dei diversi interessi acquisiti nel corso dell'istruttoria in coerenza con gli indirizzi dell'ente medesimo.

BOX - Le fasi del procedimento di co-programmazione

- 1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su impulso degli ETS;
- 2) pubblicazione dell'avviso e di eventuali allegati;
- 3) svolgimento dell'istruttoria;
- 4) conclusione della procedura ad evidenza pubblica.

3.IL PROCEDIMENTO DI CO-PROGETTAZIONE

L'istituto della co-progettazione è disciplinato dal terzo comma dell'art. 55 CTS, di seguito riportato: *“3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2”*.

Volendo, a questo punto, indagare la finalità di tale istituto, è utile richiamare la Relazione illustrativa del Governo sullo schema di CTS, nella parte in cui chiarisce che *“(…) Anche la co- progettazione viene individuata dal legislatore come strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa, non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato (…)*”. La Corte costituzionale, qualificando l'istituto della co-progettazione, l'ha definita come modello che *«non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»* (n. 131 del 2020).

Il CTS, in proposito, generalizza l'utilizzo della co-progettazione oltre il settore del welfare e, più precisamente, nell'ambito delle attività di interesse generale indicate nel catalogo contenuto nell'art. 5 CTS.

In secondo luogo, il ricorso alla co-progettazione non è più limitato alle sole ipotesi, prima previste dall'art. 7 del DPCM 30 marzo 2001, relativo al richiamato settore dei servizi sociali, degli *“interventi innovativi e sperimentali”*. La stessa Corte costituzionale, nella già menzionata sentenza n. 131 del 2020, conferma questa soluzione interpretativa, già sostenuta in dottrina, riconoscendo come la disposizione abbia ampliato *«una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale, nell'art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) e quindi dall'art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 marzo 2001 (Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328)*.

La co-progettazione diventa, dunque, metodologia ordinaria per l'attivazione di rapporti di collaborazione con ETS; l'art. 55, al riguardo, fornisce due indicazioni di cui tener conto nella sua applicazione:

- a) da un lato, l'attivazione della co-progettazione dovrebbe essere la conseguenza dell'attivazione della co-programmazione, quale esito *“naturale”*;
- b) dall'altro, tale istituto è riferito a *“specifici progetti di servizio o di intervento”*.

La collaborazione fra enti pubblici ed ETS, in funzione *“sussidiaria”*, è attivabile tanto per la co-costruzione di progetti di intervento, ma anche di servizi. La norma, è bene precisarlo, esige che si tratti di *“specifici progetti”*.

Tale ultima notazione è rilevante ai fini del rapporto con l'affidamento di servizi, in senso stretto, come tali disciplinati dal CCP, già oggetto del precedente paragrafo 2 al quale si rinvia per le relative argomentazioni.

Da un punto di vista procedurale, è ancora la Relazione governativa a chiarire che *“L'individuazione degli enti del Terzo settore da coinvolgere nel partenariato dovrà avvenire attraverso procedimenti ex articolo 12 della legge n.241/1990, rispettosi dei principi di trasparenza, imparzialità,*

partecipazione e parità di trattamento. Centrale sarà il ruolo dell'amministrazione procedente alla quale compete, come già enunciato dalla richiamata delibera ANAC n. 32/2016, la predeterminazione degli obiettivi generali e specifici del progetto, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner. Una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative e non potrà produrre modifiche al progetto tali che, se originariamente previste, avrebbero potuto determinare una diversa individuazione del partner”.

La disposizione, pertanto, al dichiarato fine di preservare o, comunque, di non limitare le prerogative di ogni singolo ente pubblico, al quale – si ribadisce – viene riconosciuta l'autonomia organizzativa e regolamentare, non specifica, tipizzandole, le modalità ed i termini per la corretta individuazione e svolgimento di procedimenti amministrativi di co-progettazione.

Proprio il richiamo, contenuto nel più volte citato primo comma, ai principi del procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990, permette di individuare le esigenze minime dell'evidenza pubblica. Non si prescinde, conseguentemente, dallo svolgimento di procedure comparative ad evidenza pubblica.

Di norma, come nelle procedure di co-programmazione, è l'amministrazione pubblica, in quanto “procedente”, ad indire il procedimento, sulla base di apposito provvedimento, con il quale viene indicato il Codice Unico di Progetto (CUP), di cui alla relativa disciplina vigente, ed individuato il responsabile del procedimento, ai sensi degli articoli 5 e 6 della legge n.241/1990, e, quindi, avviato il procedimento, previa approvazione dei relativi atti.

Segue la pubblicazione dell'avviso.

Coerentemente con la specifica finalità del presente documento, si ritiene che tale avviso, a sua volta, dovrebbe avere un contenuto minimo; in via meramente esemplificativa, esso potrebbe aver almeno i seguenti elementi:

- a) finalità del procedimento;
- b) oggetto del procedimento;
- c) durata del partenariato;
- d) quadro progettuale ed economico di riferimento;
- e) requisiti di partecipazione e cause di esclusione, con particolare riguardo alla disciplina in materia di conflitti di interesse;
- f) fasi del procedimento e modalità di svolgimento;
- g) criteri di valutazione delle proposte, anche eventualmente finalizzate a sostenere – nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità – la continuità occupazionale del personale dipendente degli ETS;
- h) conclusione del procedimento.

All'avviso, infine, potrebbero essere allegati almeno i seguenti atti e documenti:

- i. documento progettuale di massima e/o progetto preliminare;
- ii. schema di convenzione, regolante i rapporti di collaborazione fra Amministrazione procedente e ETS, anche ai fini del rispetto degli obblighi previsti dalla disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari;

- 
- iii. modello di domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione procedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate;
 - iv. eventuale modello di proposta (progettuale ed economica).

Con riferimento all'oggetto del procedimento, come già rilevato nella sezione dedicata alla co-programmazione, anche la co-progettazione può avere ad oggetto – è, anzi, auspicabile che ciò avvenga – più attività di interesse generale indicate dall'art. 5 CTS.

La durata del partenariato potrebbe essere, in primo luogo, minima; usualmente è in relazione agli obiettivi dell'ente procedente, dei risultati attesi, nonché degli impegni e delle attività richieste agli ETS.

La durata del partenariato, inoltre, potrebbe essere considerata quale criterio di valutazione delle proposte progettuali presentate dagli ETS, con la conseguenza di poter attribuire un punteggio incrementale a quelle proposte che prevedano una durata maggiore di quella iniziale e ciò in ragione della qualità del partenariato e dei relativi apporti.

Laddove, inoltre, il procedimento di co-progettazione sia finalizzato all'attuazione di un progetto innovativo e/o sperimentale, l'avviso, ma in generale tutte le fasi del procedimento, dovranno indicare e dar conto dei risultati attesi e di quelli conseguiti ad esito della collaborazione.

Gli atti del procedimento di co-progettazione, inoltre, potrebbero prevedere e disciplinare la valutazione dell'impatto sociale (in avanti anche come "VIS"), generato dall'attività degli ETS, in applicazione di quanto previsto dall'art.7, comma 3 della legge n.106/2016 e dal DM 23 luglio 2019 (pubblicato nella G.U. del 12 settembre 2019).

Gli avvisi dovrebbero descrivere in modo chiaro il quadro progettuale ed economico di riferimento;*in primis*, mettendo a disposizione degli ETS, che intendano partecipare al procedimento ad evidenza pubblica, le informazioni, i dati e gli eventuali strumenti di programmazione e di pianificazione, ritenuti utili e pertinenti, in modo da consentire loro di elaborare una proposta progettuale coerente con l'azione degli enti procedenti, nonché efficace ed effettiva.

In secondo luogo, gli avvisi dovrebbero indicare l'insieme delle risorse messe a disposizione dall'amministrazione procedente ed utilizzabili nell'eventuale esecuzione delle attività di progetto.

In ragione della peculiarità della metodologia della co-progettazione, le risorse pubbliche messe a disposizione dei partecipanti possono essere di vario tipo e, dunque, trattarsi di:

- risorse economiche, proprie o di altro ente o soggetto;
- beni mobili e/o immobili;
- risorse umane, proprie dell'ente procedente o di cui esso si avvale a vario titolo (ad esempio per attività di stage o tirocinio o altro ancora).

Le risorse economiche, in ragione della natura giuridica della co-progettazione e del rapporto di collaborazione, che si attiva con gli ETS, sono da ricondurre ai contributi, disciplinati dall'art. 12 della legge n. 241/1990.

Nel caso in cui un ente procedente conferisca l'utilizzo, anche parziale, di un proprio bene immobile, si ritiene che – oltre a non essere utilizzato al momento di pubblicazione dell'avviso per fini istituzionali e non rientrare fra i beni oggetto di alienazione o valorizzazione, ai sensi della relativa disciplina – il predetto bene dovrebbe essere oggetto di apposita relazione amministrativa ed estimativa.

L'ente proprietario, a tale ultimo proposito, dovrebbe redigere una relazione descrittiva del bene, con la quale vengono rese le informazioni



salienti sulla situazione amministrativa del bene medesimo, anche in ordine alle eventuali limitazioni di ordine urbanistico, edilizio o in ragione dell'eventuale disciplina di tutela (ad esempio, in quanto bene culturale vincolato).

Inoltre, nella stessa relazione dovrebbe essere stimato il c.d. *valore d'uso* del bene, da tenere distinto rispetto al suo valore dominicale, il quale viene utilizzato, invece, per la determinazione del prezzo di vendita, in caso di cessione, del canone di locazione o del canone di concessione nella relativa ipotesi.

Il valore d'uso, la cui determinazione è richiesta al fine di scongiurare ipotesi di danno erariale, serve proprio a individuare l'utilità economica, indiretta per gli ETS partner, i quali vengono sollevati da un esborso, laddove questi ultimi avessero dovuto reperire sul mercato un immobile analogo per tipologia e ubicazione. In ogni caso, occorrerà indicare anche gli oneri dovuti per il pagamento delle utenze attive, al di là di chi sia il soggetto che ne sostenga effettivamente il costo.

In ragione della peculiarità del rapporto di collaborazione attivato mediante co-progettazione, si ritiene che, di norma, agli ETS è richiesta una compartecipazione, mediante diverse forme, nei termini e con le modalità stabilite dalle Amministrazioni procedenti sia nell'ambito delle eventuali regolamentazioni generali dell'istituto o, in alternativa, nell'ambito della regolamentazione sulla concessione di contributi, sovvenzioni o altre utilità economiche, che negli avvisi pubblicati.

Con specifico riferimento all'eventuale apporto dell'attività prestata da volontari, esso potrà essere valorizzato attraverso l'applicazione, alle ore di attività di volontariato effettivamente svolte, della retribuzione oraria lorda prevista per la corrispondente qualifica dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ma – beninteso – senza possibilità di rimborsare detto apporto, neppure in forma forfettaria.

Venendo, poi, allo sviluppo della procedura di co-progettazione, fermo restando quanto previsto dalla regolamentazione regionale e locale, in primo luogo occorre ribadire che, trovando applicazione i principi del procedimento di cui alla legge n. 241/1990, l'iniziativa può essere anche di parte e, dunque, di uno o più ETS.

In tale ultima ipotesi, si ritiene che gli ETS non possano limitarsi ad una mera richiesta, rivolta all'amministrazione competente, affinché attivi un procedimento di co-progettazione, posto che quest'ultima non è obbligata a rispondere a tale richiesta, né – in ogni caso – a darvi corso.

Gli ETS, singoli o associati, devono formalizzare all'amministrazione una proposta progettuale, nella quale siano chiaramente indicati l'idea progettuale proposta, le attività rimesse alla cura del partenariato del privato sociale, ivi comprese le risorse messe a disposizione e le eventuali richieste, anche con riferimento alle risorse, indirizzate dall'ente.

Alle proposte non manifestamente inammissibili si applicano le regole previste dalla legge n. 241/1990 ed in particolare in materia di istruttoria, di conclusione del procedimento, di motivazione del provvedimento finale.

In caso di accoglimento di una proposta presentata dagli ETS, singoli o associati, l'ente procedente pubblica a quel punto un avviso, con il quale si dà notizia della valutazione positiva della proposta ricevuta e si dà agli altri ETS, eventualmente interessati, la possibilità di presentare la propria proposta progettuale, con la conseguente valutazione comparativa fra le proposte pervenute.

In ogni caso, l'amministrazione conclude il procedimento con atto motivato, cui seguirà la sottoscrizione della convenzione per l'attivazione del rapporto di collaborazione con gli ETS, singoli o associati, la cui proposta progettuale sia stata ritenuta come quella più rispondente alle finalità dell'ente medesimo.

Per quanto riguarda, invece, lo svolgimento delle sessioni di co-progettazione, ferme restando le eventuali previsioni e/o indicazioni regionali



e locali, la prassi dimostra sostanzialmente due modalità, fra loro alternative:

- i) l'attivazione del c.d. tavolo di co-progettazione con i soli ETS utilmente collocati nella graduatoria finale o, comunque, la cui proposta progettuale sia stata valutata positivamente;
- ii) l'ammissione di tutti gli ETS, purché in possesso dei requisiti previsti dagli avvisi, alla co-progettazione.

Si tratta, come intuibile, di due modalità che mostrano tratti distintivi e che hanno ricadute rilevanti, anche in termini organizzativi e di attività delle amministrazioni precedenti, ma anche del possibile impatto dell'istituto.

Da un lato, infatti, l'attività di co-progettazione con i soli ETS "selezionati" assicura speditezza al procedimento, ma priva l'amministrazione precedente degli apporti, di vario genere, di tutti gli ETS potenzialmente interessati, anche di quelli di minore consistenza. Il rischio, pertanto, è quello di perdere una parte di "capitale" di conoscenza, di proposta e di apporti, di varia natura.

Dall'altro lato, un procedimento allargato a tutti gli ETS, per così dire "prequalificati", non sconta la criticità appena richiamata, ma richiede una capacità organizzativa delle amministrazioni precedenti nella gestione efficace ed efficiente di un procedimento complesso ed articolato, ad esito del quale – a fronte di più proposte progettuali – saranno comunque chiamate a scegliere quella ritenuta come la più funzionale al raggiungimento delle finalità pubbliche.

A tale ultimo proposito, va avvertito che gli avvisi potranno prevedere – disciplinandola – l'ipotesi in cui le diverse e distinte proposte progettuali presentate dagli ETS, singoli e associati, potrebbero essere fra loro integrate, in modo da configurare una proposta progettuale "unitaria".

Le sessioni di co-progettazione vengono verbalizzate dal responsabile del procedimento. Qualora, in ragione di quanto appena rilevato, in chiusura del lavoro di co-progettazione si dovesse manifestare un accordo unanime fra gli ETS rispetto ad un dato assetto progettuale e laddove il possibile esito sia ritenuto dall'amministrazione precedente rispondente all'interesse pubblico, il relativo verbale potrebbe esplicitare che è esso redatto anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 della legge n. 241/1990, ovvero sia il verbale costituisce accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento finale dell'ente pubblico.

Dopo la chiusura del procedimento ad evidenza pubblica e, comunque, prima dell'avvio delle attività, le parti (amministrazione precedente e gli ETS, singoli o associati) sottoscrivono la convenzione, con la quale regolano i reciproci rapporti.

A tale ultimo proposito, la convenzione, nello spirito e nella peculiarità del procedimento di co-progettazione, potrebbe essere considerata anche ai fini della valutazione delle proposte progettuali, riconoscendo la possibilità agli ETS di proporre miglioramenti allo schema di convenzione, posto a base della procedura dall'amministrazione precedente ed allegato all'avviso, con il conseguente riconoscimento di un punteggio premiale. In questo modo, sarebbe ancor più evidente la volontà "collaborativa" degli ETS rispetto all'ente pubblico.

La convenzione dovrebbe disciplinare gli elementi salienti dell'esecuzione delle attività di progetto quali:

- la durata del partenariato;
- gli impegni comuni e quelli propri di ciascuna parte, incluso il rispetto della disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari;
- il quadro economico risultante dalle risorse, anche umane, messe a disposizione dall'ente precedente e da quelle offerte dagli ETS nel corso del procedimento;
- le eventuali garanzie e le coperture assicurative richieste agli ETS (tenuto conto della rilevanza degli impegni e delle attività di progetto);
- le eventuali sanzioni e le ipotesi di revoca del contributo a fronte di gravi irregolarità o inadempimenti degli ETS;

- 
- la disciplina in ordine alla VIS (valutazione di impatto sociale), per come risultante dagli atti della procedura;
 - i termini e le modalità della rendicontazione delle spese;
 - i limiti e le modalità di revisione della convenzione, anche a seguito dell'eventuale riattivazione della co-progettazione;
 - la disciplina in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, in applicazione della disciplina vigente.

In proposito, la rendicontazione delle spese è necessaria in ragione della riconducibilità delle risorse riconosciute agli ETS ai contributi, di cui all'art. 12 della legge n. 241/1990; pertanto, la relativa attività, sulla scorta degli orientamenti univoci della giurisprudenza amministrativa e contabile, dovrà essere analitica ed inerente alle attività svolte, posto che le amministrazioni pubbliche devono controllare il “corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali” (art. 93, comma 3, lett. e), CTS), ma anche degli eventuali beni pubblici messi a disposizione (ai sensi del richiamato art. 93, comma 4, CTS).

In ragione dell'eventuale eterogeneità delle attività di progetto e degli ETS chiamati a darne esecuzione, gli atti della procedura, compresa la convenzione, dovrebbero disciplinare esplicitamente l'attività di coordinamento delle attività, in quanto funzionale al raggiungimento delle finalità attese.

La co-progettazione, inoltre, quale metodologia di attività collaborativa, oltre che procedimento amministrativo orientato all'attivazione del partenariato, dovrebbe avere natura “circolare”, ovvero dovrebbe essere riattivata – nei termini e con le modalità disciplinati da ogni singolo avviso, anche in relazione alla peculiarità dell'oggetto del procedimento – allorché si manifesti la necessità o, anche, l'opportunità di rivedere o implementare l'assetto raggiunto con la co-progettazione.

Come in precedenza osservato, tanto la modifica della convenzione, quanto la riattivazione della co-progettazione, in ogni caso presuppongono il rispetto dei principi di trasparenza (ovverosia la relativa possibilità dovrà essere prevista a monte nell'avviso) e di parità di trattamento tra gli ETS partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica (quale conseguenza della trasparenza).

La co-progettazione, ai sensi del più volte richiamato art. 55, comma 3 del CTS può essere declinata nella forma dell'accreditamento, oggetto di disciplina specifica al successivo quarto comma, di seguito riportato “*4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner*”.

L'accreditamento contemplato dall'art. 55, quarto comma, del CTS non è, pertanto, da confondere con la forma di affidamento di servizi, disciplinata dalla legge n. 502/1992 e dalle varie leggi regionali di settore, in particolare nei settori dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali, nonché della formazione e del collocamento al lavoro.

L'accreditamento c.d. “locale”, previsto dal CTS, può essere ricondotto al regime autorizzatorio, ovvero a quella peculiare forma di abilitazione – da parte delle competenti amministrazioni – mediante la quale un soggetto, persona fisica o giuridica, al ricorrere dei presupposti normativamente previsti, può svolgere una data attività o un servizio.

Ferma restando l'evidenza pubblica, finalizzata a verificare il possesso dei requisiti dei soggetti richiedenti, richiesti per lo svolgimento delle attività di interesse generale, indicate nel relativo avviso, la competente Amministrazione procedente si limita ad un mero riscontro fra quanto richiesto dalla disciplina generale e di settore al soggetto da autorizzare e quanto posseduto da quest'ultimo.

Tale modalità di relazione pubblico-privato non attiva una selezione competitiva, né prevede valutazioni discrezionali di merito da parte dell'Amministrazione procedente.

Come più volte evidenziato, la disposizione contenuta nel quarto comma non ha disciplinato in modo preciso la procedura con la quale attivare partenariati mediante accreditamento, in coerenza con i principi comuni del primo comma, già esaminati.

I regimi autorizzatori, si ribadisce, sono esclusi dall'applicazione del vigente codice dei contratti pubblici per le ragioni in precedenza esposte ⁽²⁾.

In proposito, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, in occasione dell'attività consultiva sullo schema di Codice, di cui al parere n. 1405/2017 del 14 giugno 2017, ha osservato che "(...) il comma 4 dell'articolo in esame, pur essendo mosso dalla condivisibile finalità di garantire la scelta imparziale e trasparente degli enti partner nell'attività di co-progettazione, reca solo principi di carattere generale che andrebbero meglio specificati nella legge non essendo all'uopo sufficiente il richiamato operato dal comma 1 al rispetto della legge n. 241 del 1990.

In alternativa si potrebbe espressamente prevedere che, nel rispetto delle norme contenute all'articolo 55, spetti a ciascuna amministrazione adottare bandi che specifichino meglio le regole per la selezione degli enti partner".

Facendo applicazione di quanto affermato dal Consiglio di Stato, gli avvisi finalizzati all'attivazione di rapporti di collaborazione con ETS mediante co-progettazione nella peculiare modalità dell'accreditamento, oltre a quanto già indicato in precedenza, potrebbero regolare i seguenti ulteriori aspetti:

- requisiti richiesti agli ETS, specificatamente inerenti alla procedura di accreditamento;
- eventuale durata del rapporto di accreditamento e/o della convenzione/patto di accreditamento;
- condizioni economiche per l'attivazione del rapporto di accreditamento;
- regolamentazione delle modalità di scelta degli ETS accreditati per l'attivazione del partenariato;
- sistema di controllo, vigilanza e monitoraggio, nonché relativo regime sanzionatorio;
- regolamentazione delle ipotesi di recesso, di risoluzione e di continuità delle attività e dei servizi.

Per quanto riguarda la durata dell'accreditamento, sono possibili alcune opzioni fra cui:

- a) durata minima dell'accreditamento (ad esempio di cinque anni, analogamente a quanto previsto dalla disciplina di settore per alcune autorizzazioni, specie in materia ambientale), anche per garantire agli ETS la possibilità di poter programmare nel tempo la propria attività, salvo rinnovo periodico o decadenza;
- b) accreditamento a tempo indeterminato, salvo revoca, e durata predeterminata del contratto/patto di accreditamento in relazione alla specifica attività o servizio accreditati.

Gli avvisi, inoltre, dovrebbero stabilire e disciplinare il regime economico, conseguente all'attivazione del partenariato con gli ETS accreditati. A tal proposito, anche al fine di agevolare il meccanismo di scelta degli ETS medesimi, garantendo al contempo la parità di trattamento, oltretutto delle opportunità di essere scelti, gli avvisi dovrebbero indicare l'importo del contributo riconoscibile agli ETS accreditati, eventualmente tenendo conto della compartecipazione da parte del destinatario dell'attività/del servizio.

La scelta fra gli ETS accreditati è un aspetto molto rilevante, non solo in ordine alla peculiare natura giuridica dell'istituto, ma anche in ragione delle conseguenze pratiche.

² Come confermato dalla Corte di Giustizia dell'UE nelle pronunce del 2 giugno 2016 nella causa C-410/14 e del 1° marzo 2018 nella causa C-9/17.

In termini generali, le amministrazioni procedenti, dopo la selezione degli ETS da accreditare, istituiscono un “Elenco” o “Albo” da cui attingere; il rispetto dei principi della legge n. 241/1990 comporta, in primo luogo, che tale Elenco/Albo dovrebbe essere di tipo “aperto”, in modo da garantire agli ETS, che decidano di iscriversi ad esso, avendone i requisiti, di poter avere le medesime opportunità degli altri ETS accreditati.

Entrando nel merito del tema della scelta degli ETS accreditati, si osserva che, di norma e laddove possibile, l’individuazione degli ETS iscritti nell’Elenco/Albo, chiamati a svolgere l’attività/servizio, dovrebbe essere riservata al beneficiario finale dell’attività dell’ETS o, si pensi al settore dei minori e degli anziani, ai prossimi congiunti o a chi ne ha la rappresentanza e tutela. Viceversa, dovrebbe essere residuale l’opzione della scelta operata dalla stessa amministrazione procedente.

A tale ultimo proposito, la scelta dello stesso ente pubblico, nella cui figura sono concentrati tanti ruoli e prerogative (ente procedente, parte della convenzione/patto di accreditamento, tenutario dell’Elenco/Albo, ente affidante e controllore), dovrebbe essere residuale ed, in ogni caso, avvenire sulla base di una mera valutazione connotata da sola discrezionalità tecnica, attinendo la sfera della scelta alla congruità dell’ETS rispetto al bisogno/aspettativa del beneficiario finale.

In ogni caso, quale che sia la concreta modalità di scelta degli ETS accreditati, a parità di condizioni fra ETS, deve essere loro garantita la parità di trattamento, intendendosi la possibilità di ricevere le stesse opportunità di attivazione del partenariato, in modo da non frustrare la relativa originaria partecipazione al procedimento ad evidenza pubblica per l’istituzione dell’Elenco/Albo.

La natura sostanzialmente autorizzatoria dell’accreditamento, che si traduce in un regime più alleggerito e non contingentato di scelta degli ETS da parte degli enti pubblici, trova il proprio bilanciamento in un sistema rafforzato in termini di controllo, monitoraggio e attività sanzionatoria dell’ente accreditante.

Gli atti della procedura dovrebbero, pertanto, prevedere e regolamentare un sistema, chiaro ed efficace, di controllo e monitoraggio, da un lato, e di applicazione delle misure sanzionatorie, di tipo graduale, dall’altro, che vada dai richiami alle penali, fino alla risoluzione del contratto/patto di accreditamento e della decadenza dell’ETS dall’Elenco/Albo.

Gli avvisi, a tale ultimo riguardo, dovrebbero disciplinare i termini e le modalità mediante le quali gli ETS cancellati dall’Elenco/Albo degli ETS accreditati possano chiedere di essere reinseriti, previa dimostrazione del rinnovato possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento delle attività/dei servizi.

Nel chiudere la trattazione sull’accreditamento e nel ricordare che – nella *ratio* dell’art. 55, terzo comma CTS – esso è una modalità/declinazione della co-progettazione, occorre precisare che gli ETS accreditati, prima di dare avvio alle proprie attività, co-progettano gli interventi o i servizi oggetto di accreditamento.

BOX - Le fasi del procedimento di co-progettazione

- 1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell’attività di co-programmazione;
- 2) pubblicazione dell’avviso e dei relativi allegati;
- 3) svolgimento delle sessioni di co-progettazione;
- 4) conclusione della procedura ad evidenza pubblica;
- 5) sottoscrizione della convenzione.

BOX - Le fasi del procedimento di co-progettazione nella forma di accreditamento

- 1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell'attività di co-programmazione;
- 2) pubblicazione dell'avviso e dei relativi allegati;
- 3) istituzione dell'Elenco/Albo degli ETS accreditati;
- 4) svolgimento delle sessioni di co-progettazione;
- 5) conclusione della procedura ad evidenza pubblica;
- 6) sottoscrizione del patto di accreditamento.

4.LE CONVENZIONI CON APS E ODV

Le convenzioni, disciplinate dagli artt. 56 e 57, costituiscono una delle forme tipiche nelle quali alcuni ETS– organizzazioni di volontariato ed associazioni di promozione sociale – possono concludere accordi di collaborazione con le PP.AA. L'art. 56 del CTS contiene una formulazione più ampia rispetto all'art. 57: la prima disposizione si configura quasi come un *genus* di cui la seconda costituisce una *species* in un settore particolare (trasporto sanitario di emergenza ed urgenza) e nel quale molto rilevante è stato il contenzioso giudiziale.

Le disposizioni introducono, di fatto, per via legislativa, una serie di condizioni che sono state definite per via giurisprudenziale nel corso del tempo (soprattutto, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea: CGUE 11 dicembre 2017, C-113/13, c.d. *Spezzino* e 28 gennaio 2016, C-50/2014 c.d. *Casta*). L'attenzione del Giudice europeo è posta sul tema della *gratuità* e del principio del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate; ciò pare da leggere e interpretare come “presidio” avverso l'ipotesi di riqualificare le convenzioni come contratti di appalto. L'ammissibilità del sistema convenzionale si fonda, inoltre, sulla circostanza che esso concorre al raggiungimento di una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. Al contempo, rileva la circostanza che le organizzazioni coinvolte – nel rispetto della legislazione nazionale in materia – non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni, fatto salvo il rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo, necessari per fornire le medesime, e non procurano alcun profitto ai loro membri, né direttamente né indirettamente.

Ai sensi dell'art. 56 CTS, le amministrazioni pubbliche *possono* sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi (quindi, non degli associati) di *attività o servizi sociali di interesse generale*, a condizione che tali convenzioni si rivelino – secondo la formulazione del legislatore – «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato».

L'art. 56 del CTS prevede una limitazione soggettiva (ODV ed APS), in ragione della peculiarità che i soggetti così qualificati presentano nello scenario della riforma del Terzo settore. Infatti, si tratta di enti che si avvalgono prevalentemente dell'attività dei propri *associati-volontari* ed

esprimono quindi una connotazione di tipo solidaristico più marcata rispetto agli altri enti del Terzo settore (cfr. TAR Lazio, sez. III-bis, 8 novembre 2018, n. 10809).

L'individuazione dei soggetti con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative "riservate".

Il legislatore indica, fra i criteri di valutazione delle procedure, il possesso da parte degli enti dei requisiti di moralità professionale e la dimostrazione di una *«adeguata attitudine da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari»*.

Sono individuati, altresì, alcuni *standard* di trasparenza quali la pubblicazione sui propri siti informatici degli atti di indizione dei procedimenti e dei relativi provvedimenti finali, nonché la loro pubblicazione, da parte delle amministrazioni procedenti, nelle rispettive sezioni *web* "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Il medesimo art. 56 del CTS prevede una limitazione oggettiva alle sole *attività o servizi sociali di interesse generale*: è un ambito più ristretto rispetto a quanto previsto dall'art. 5 CTS, da interpretare alla luce sia del diritto interno (legge n. 328 del 2000), sia nella prospettiva, ben più ampia e comprensiva, tracciata dal diritto dell'Unione europea (ed alla quale il legislatore evidentemente si è ispirato: così nella COM(2006), *Attuazione del programma di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione*). Una siffatta limitazione oggettiva è stata richiesta dal Consiglio di Stato in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo (cfr. parere n. 1405/2017).

Sempre sotto il profilo oggettivo, le convenzioni possono prevedere esclusivamente il rimborso delle *spese effettivamente sostenute e documentate*. L'art. 56, comma 4 precisa che deve osservarsi il principio dell'effettività delle spese, con l'esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione. In questo modo, è assicurato anche il contributo all'efficienza del bilancio pubblico.

Oggetto necessario delle convenzioni sono, secondo le indicazioni del legislatore:

- 1) le disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge;
- 2) la durata del rapporto convenzionale;
- 3) il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici;
- 4) le coperture assicurative di cui all'articolo 18 del CTS, che rientrano necessariamente fra le spese da ammettere a rimborso;
- 5) i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso;
- 6) le modalità di risoluzione del rapporto;
- 7) le forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità;
- 8) la verifica dei reciproci adempimenti;
- 9) le modalità di rimborso delle spese.

L'art. 56 del CTS pone in capo alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di verificare che il ricorso alle convenzioni risulti «più favorevole rispetto al ricorso al mercato». Si tratta di una locuzione inserita su richiesta del Consiglio di Stato in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo (si veda il già citato parere n. 1405/2017) al fine di enucleare il «giusto punto di equilibrio» fra «la tutela della concorrenza [quale] principio eurounitario cui deve uniformarsi sia l'attività legislativa sia quella amministrativa di ciascuno Stato nazionale» ed il *favor* espresso dal principio di sussidiarietà orizzontale».

Una lettura condivisibile della prescrizione induce a ritenere che non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle PP.AA. bensì che si richieda di verificare l'effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina. Pertanto, occorre “leggere” la prescrizione del «maggior favore rispetto al mercato» come formula sintetica che compendia una valutazione complessiva svolta dalla P.A. sugli effetti del ricorso ad una convenzione, in luogo dell'applicazione della disciplina di diritto comune per l'affidamento dei servizi sociali (in tal senso, TAR Puglia – Lecce, sez. II, n. 2049/2019, che valorizza il profilo motivazionale).

Con riferimento alla rendicontazione delle spese e dei costi sostenuti, si ritiene che possa essere considerata, quale prassi tuttora valida, la Circolare n. 2 del 2 febbraio 2009 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ⁽³⁾

BOX - Le fasi del procedimento di stipula delle convenzioni

- 1) Indizione del procedimento per la stipula di convenzione (avviso);
- 2) pubblicazione sui siti informatici dell'avviso e dei relativi allegati;
- 3) procedura comparativa per la scelta del soggetto (ODV o APS);
- 4) conclusione della procedura comparativa e pubblicazione del provvedimento finale;
- 5) sottoscrizione della convenzione e pubblicazione della convenzione.

5.LE CONVENZIONI PER IL SERVIZIO DI TRASPORTO SANITARIO DI EMERGENZA E URGENZA

L'art. 57 del CTS rappresenta la “codificazione” della giurisprudenza euro-unitaria (si vedano le già richiamate sentenze c.d. *Casta e Spezzino*) ed ha fondamento nella stessa direttiva sugli appalti pubblici (direttiva 2014/24/UE) che, al considerando n. 28, afferma che essa non trova applicazione in ordine «*a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva*».

³“Tipologia dei soggetti promotori, ammissibilità delle spese e massimali di costo per le attività rendicontate a costi reali cofinanziate dal Fondo Sociale Europeo 2007-2013 nell'ambito dei Programmi Operativi Nazionali (P.O.N.)”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 117 del 22 maggio 2009.

Si prevede che i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza *possano essere, in via prioritaria*, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato (e solo ad esse), iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa nazionale (di cui all'art. 41, c.2 CTS), ed accreditate ai sensi dell'*eventuale* normativa regionale in materia. Le Regioni – secondo l'impostazione seguita dal Consiglio di Stato (sentenza 14 maggio 2019 n. 3131) – possono anche prevedere un "obbligo" di affidamento del servizio di trasporto sanitario di urgenza alle ODV, senza che ciò sia in contrasto con la disposizione del CTS «che trova la propria genesi nell'esclusione dall'obbligo della selezione pubblica prevista dalla disciplina comunitaria e dalle pedissequae disposizioni del Codice dei contratti pubblici».

Infatti, proprio il dettato dell'art. 57 rende evidente che non sussiste, nell'ordinamento, alcuna «obbligatorietà della gara per l'affidamento dei servizi in questione, ma al contrario deve ritenersi oramai codificato il principio dell'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza» (TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32).

Alla base della scelta regionale, vi sarà la considerazione che per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

La locuzione «in via prioritaria» indica - se letta nella prospettiva dell'ipotesi generale di cui all'art. 56 del CTS - una sorta di presunzione di «maggiore favore rispetto al mercato»: al soddisfacimento delle condizioni previste nella disposizione, è il legislatore stesso che individua un punto di "bilanciamento" fra le esigenze solidaristiche, di equilibrio dei bilanci pubblici, e di tutela della concorrenza.

Si fa applicazione, per espressa previsione legislativa, di quanto previsto dall'art. 56, commi 2, 3, 3-*bis* e 4 del CTS.

La disposizione pone, tuttavia, un problema di delimitazione oggettiva, in ordine all'interpretazione da dare dell'espressione «servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza». In una prospettiva euro-unitaria, la già richiamata direttiva 2014/14/UE pone quale punto di riferimento un criterio di *stretta interpretazione*: «i servizi di trasporto dei pazienti [*in condizione di non urgenza*] in ambulanza non dovrebbero essere esclusi» dall'applicazione della direttiva. Cosicché, non parrebbero rientrare nell'ambito applicativo della disposizione in commento tutti i servizi non connotati da emergenza ed urgenza (ad es., trasporto dializzati). In realtà, il problema pare destinato ad essere ridimensionato se si accoglie una lettura del rapporto fra gli articoli 56 e 57 come *genus* e *species*: in definitiva, il fatto che un determinato servizio, senz'altro ascrivibile alla categoria dei servizi sociali di interesse generale, non rientri all'interno del paradigma dell'art. 57 del CTS, non esclude che esso possa essere oggetto di una convenzione ai sensi dell'art. 56 del CTS, quale disposizione a contenuto generale che valorizza l'apporto collaborativo di tipo solidaristico fornito dagli enti del Terzo settore.

BOX - ODV per il trasporto sanitario di emergenza-urgenza

- 1) organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore;
- 2) aderenti ad una rete associativa nazionale;
- 3) accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente.

6.LE MISURE DI TRASPARENZA E PUBBLICITA'

Dopo aver esaminato gli istituti degli articoli 55-57 del CTS, è possibile passare ad analizzare l'impatto della vigente disciplina in materia di trasparenza e di pubblicità sui già menzionati istituti.

A tal proposito, occorre muovere dall'ambito "soggettivo" di applicazione della disciplina del CTS contenuta nel Titolo VII, esaminato nel precedente paragrafo 2.1; in quella occasione è stato richiamato il primo comma dell'art. 55, il quale precisa che le pubbliche amministrazioni "precedenti" sono quelle indicate dall'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 e ss. mm., disposizione quest'ultima che – a sua volta – fonda l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulla trasparenza (art. 2-bis, comma 1, d. lgs. n. 33/2013).

Prima di entrare nel merito degli obblighi in materia di trasparenza e dei relativi adempimenti, pare opportuno richiamare alcune norme di tale disciplina (d. lgs. n. 33/2013), in considerazione della relativa portata generale e, dunque, dell'applicabilità agli strumenti del CTS. Più specificamente, si fa riferimento:

- a) a quanto previsto in materia di accesso civico generalizzato dall'art. 5 ed alle relative tassative ipotesi di esclusione e limitazione, ai sensi dell'art. 5-bis;
- b) alle indicazioni relative alla "qualità" dei dati e delle informazioni, ai sensi dell'art. 6, nonché alla possibilità del successivo riutilizzo (artt. 7 e 7-bis);
- c) alla durata (dell'obbligo di pubblicazione), stabilito in 5 anni dall'art. 8.

Ciò premesso, è possibile procedere con l'analisi dei singoli strumenti del CTS.

Il procedimento di **co-programmazione** (art. 55, comma 2) si snoda attraverso le seguenti fasi, in riferimento alle quali trovano applicazione gli obblighi di pubblicità, appresso specificati, in attuazione della normativa sulla trasparenza:

- 1) indizione del procedimento mediante determina assunta dal competente soggetto della P.A. "precedente", con la quale sono approvate le bozze degli atti della procedura (cfr. paragrafo 3) e viene nominato il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e ss. mm.;
- 2) pubblicazione degli atti della procedura (di norma, avviso, eventuale modello di domanda di partecipazione e relative autodichiarazioni degli ETS, eventuale documento preliminare della P.A.);
- 3) atto di nomina del seggio – dopo la scadenza del termine stabilito nell'avviso per la ricezione delle domande di partecipazione da parte degli ETS – per i lavori di verifica delle domande medesime;
- 4) verbali delle operazioni di verifica delle domande di partecipazione;
- 5) elenco degli ETS ammessi e di quelli non ammessi al tavolo di co-programmazione;
- 6) verbali dei tavoli di co-programmazione;
- 7) documento finale di sintesi dei lavori del tavolo di co-programmazione, di competenza del responsabile del procedimento, e, quali eventuali allegati, dei documenti e dei contributi, versati nell'ambito del procedimento sia dagli ETS partecipanti, che – eventualmente – dagli altri soggetti ed enti pubblici intervenuti al procedimento medesimo.

Gli atti ed i provvedimenti sopra richiamati, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013:

- devono essere pubblicati ai sensi dell'art. 23, trattandosi di "provvedimenti amministrativi", e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;
- la pubblicazione deve avvenire "tempestivamente", ai sensi dell'art. 8;
- la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell'art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall'art. 5-bis, avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;
- laddove, nell'ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. "precedente", l'obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell'art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

La **co-progettazione** è disciplinata dal comma 3 del più volte richiamato art. 55 del CTS.

Anche tale procedimento si sviluppa in varie fasi, analizzate nel precedente paragrafo 3 e di seguito indicate al fine di ricavare i corrispondenti obblighi di trasparenza e di pubblicità:

- 1) indicazione della procedura mediante determina assunta dal competente soggetto della P.A. "precedente", con la quale sono approvate le bozze degli atti della procedura e viene nominato il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e ss. mm.;
- 2) pubblicazione degli atti della procedura (di norma, avviso, eventuale modello di domanda di partecipazione e relative autodichiarazioni degli ETS, eventuale documento progettuale di massima o documento di riferimento elaborato dalla stessa P.A., schema della convenzione);
- 3) atto di nomina del seggio/della commissione – dopo la scadenza del termine stabilito nell'avviso per la ricezione delle domande di partecipazione da parte degli ETS – per i lavori di verifica delle domande medesime e della commissione per la successiva valutazione delle proposte progettuali;
- 4) verbali delle operazioni di verifica delle domande di partecipazione;
- 5) elenco degli ETS ammessi e di quelli non ammessi al tavolo di co-progettazione;
- 6) valutazione delle proposte progettuali, finalizzate alla creazione del partenariato pubblico-privato, come da relativi verbali della commissione;
- 7) conclusione del procedimento con apposito provvedimento di selezione degli ETS abilitati a co-progettare con la P.A. o, in alternativa, di accordo unanime degli ETS con l'amministrazione precedente, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990;
- 8) svolgimento dei tavoli di co-progettazione, come da relativi verbali;
- 9) sottoscrizione della convenzione fra l'ETS e la P.A.

A tale ultimo proposito, si precisa che, laddove l'attivazione del procedimento di co-progettazione sia la conseguenza dell'iniziativa di parte privata (ETS), oltre agli atti ed ai provvedimenti sopra indicati, devono essere pubblicati gli ulteriori seguenti documenti:

- a) domanda presentata dall'ETS, singolo o associato, e relativi allegati;
- b) verbale di valutazione della proposta presentata dall'ETS, singolo o associato.

Analogamente a quanto evidenziato in ordine ai procedimenti di co-programmazione, anche per i procedimenti di co-progettazione valgono le seguenti regole.



Gli atti ed i provvedimenti sopra richiamati, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013:

- devono essere pubblicati ai sensi degli articoli 23 e 26 (consistendo nel riconoscimento di contributi e sovvenzioni) e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;
- la pubblicazione deve avvenire “tempestivamente”, ai sensi dell’art. 8;
- la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell’art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall’art. 5-bis., avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;
- laddove, nell’ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. “precedente”, l’obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell’art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

Passando all’**accreditamento**, disciplinato dal comma 4 del più volte richiamato art. 55 del CTS, anche tale procedimento, analizzato nel paragrafo 3 si sviluppa in varie fasi, di seguito indicate al fine di ricavare i corrispondenti obblighi di trasparenza e di pubblicità:

- 1) indizione della procedura mediante determina assunta dal competente soggetto della P.A. “precedente”, con la quale sono approvate le bozze degli atti della procedura e viene nominato il responsabile del procedimento, ai sensi dell’art. 6 della legge n. 241/1990;
- 2) pubblicazione degli atti della procedura (di norma, avviso, eventuale modello di domanda di partecipazione e relative autodichiarazioni degli ETS, eventuale documento progettuale di massima o documento di riferimento elaborato dalla stessa P.A., schema del “patto di accreditamento”, nonché della carta di servizio);
- 3) atto di nomina della commissione – dopo la scadenza del termine stabilito nell’avviso per la ricezione delle domande di partecipazione da parte degli ETS – per i lavori di verifica delle domande medesime;
- 4) verbali delle operazioni di verifica delle domande di partecipazione;
- 5) elenco degli ETS ammessi e di quelli non ammessi;
- 6) conclusione del procedimento con apposito provvedimento di accreditamento degli ETS accreditati (e relativo Elenco);
- 7) sottoscrizione del “patto di accreditamento”;
- 8) provvedimenti sanzionatori (di sospensione o decadenza dell’accreditamento), assunti dalla competente P.A. nell’esercizio del potere/dovere di controllo e di verifica sull’attività dell’ETS accreditato.

Anche nell’ambito dei procedimenti finalizzati all’accreditamento di ETS, gli atti ed i provvedimenti sopra richiamati, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013:

- devono essere pubblicati ai sensi degli articoli 23 e 26 (consistendo nel riconoscimento di contributi e sovvenzioni) e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;
- la pubblicazione deve avvenire “tempestivamente”, ai sensi dell’art. 8;
- la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell’art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall’art. 5-bis., avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;
- laddove, nell’ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. “precedente”, l’obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell’art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

Anche l'affidamento delle **convenzioni** alle APS e alle ODV, ai sensi dell'art. 56 del **CTS**, ed il caso specifico di cui all'art. 57 CTS sono assoggettati al regime di trasparenza e di pubblicità.

Sinteticamente, le fasi della procedura si possono così riassumere:

- 1) pubblicazione dell'avviso;
- 2) valutazione dei progetti presentati;
- 3) adozione del provvedimento di approvazione della eventuale relativa graduatoria e di individuazione dell'intervento /degli interventi ammessi a finanziamento;
- 4) sottoscrizione della convenzione;
- 5) attuazione delle attività previste nel progetto e controllo pubblico *in itinere* ed *ex post* sia in relazione alla conformità delle attività svolte rispetto ai contenuti del progetto finanziato, che in relazione alla regolarità delle spese sostenute e rendicontate.

In relazione alla fase 1), la pubblicità dell'avviso deve avvenire nelle forme previste dall'art. 32 della L. 18 giugno 2009, n. 69, mediante pubblicazione sul sito istituzionale dell'Amministrazione procedente unitamente alla relativa modulistica. La pubblicazione può avvenire, oltre che nella sezione "Pubblicità legale", anche nelle pagine settoriali del sito medesimo, al fine di assicurarne la massima conoscibilità presso i soggetti potenzialmente interessati.

In relazione alla fase 2) la valutazione dei progetti presentati sarà affidata ad una commissione costituita *ad hoc*, destinata a supportare il RUP. Benché la fattispecie in questione sia estranea all'ambito dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, sembrerebbe opportuno (compatibilmente con la struttura e le dimensioni dell'amministrazione procedente e con il valore dell'intervento da porre in essere) adottare prescrizioni analoghe, per *ratio* e modalità, a quelle di cui alle disposizioni di cui all'art.77, comma 4 del CCP, in tema di compatibilità tra RUP e membro della commissione. I componenti della commissione non devono trovarsi in alcuna delle condizioni di cui all'articolo 35-bis del d.lgs. 165/2001 ⁽⁴⁾. Inoltre, prima dell'insediamento, dopo aver preso visione dell'elenco dei soggetti partecipanti alla procedura, devono rilasciare specifica dichiarazione in ordine all'assenza di situazioni di conflitto di interessi ⁽⁵⁾.

All'esito della valutazione svolta dalla commissione, l'amministrazione procedente adotta il provvedimento finale di approvazione della graduatoria e di ammissione al finanziamento. Tale provvedimento pertanto riporta l'elenco di tutte le proposte che, superata la fase preliminare

⁴ Articolo 35-bis d.lgs. 165/2001: "1. Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale: a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi; b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati; c) non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.
2. La disposizione prevista al comma 1 integra le leggi e regolamenti che disciplinano la formazione di commissioni e la nomina dei relativi segretari."

⁵ Cfr. D.P.R. 16/04/2013, n. 62, "Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", art. 7: (Obbligo di astensione): "1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza".



di ammissibilità, sono state valutate dalla commissione (con il punteggio attribuito a ciascuna proposta), con indicazione degli interventi ammessi al finanziamento e dell'ammontare di quest'ultimo, delle proposte che, sebbene idonee, non sono state ammesse al finanziamento per esaurimento delle risorse disponibili, nonché, infine, delle proposte valutate inidonee.

Una volta conclusa positivamente la fase integrativa dell'efficacia, il provvedimento in questione sarà pubblicato secondo le medesime forme e modalità indicate per l'avviso.

L'elenco dei soggetti ammessi al finanziamento, con l'indicazione dell'intervento finanziato e del relativo ammontare concesso, formerà altresì oggetto di pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente", nella pagina dedicata alle "sovvenzioni, contributi, sussidi e vantaggi economici", ai sensi dell'articolo 26 del D.lgs. n. 33/ 2013: detta pubblicazione costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore ad € 1.000,00 nel corso dell'anno solare al medesimo beneficiario. Dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui alla normativa sopra citata va fatta esplicita menzione nei successivi atti contabili di erogazione al beneficiario del finanziamento dedotto in convenzione.

Da ultimo, occorre dare conto di una disciplina concorrente, sempre in materia di obblighi di trasparenza, che ha quali propri destinatari gli ETS; tuttavia la stessa disciplina interferisce, per così dire, con le prerogative ed i compiti delle PA.

Il riferimento è, nello specifico, alla legge n. 124/2017, e successive modificazioni e integrazioni (c.d. *legge annuale per il mercato e la concorrenza*).

In particolare, l'art. 1, commi 125-129, stabilisce l'obbligo di dare pubblicità dei contributi, di importo annuale superiore ad euro 10.000, ricevuti dai soggetti contemplati dalla norma, sostanzialmente le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti indicati dall'art. 2-bis del d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.

Con riferimento agli ETS il riferimento è alla Circolare n. 2 dell'11 gennaio 2019 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

In sostanza, gli ETS devono pubblicare gli importi dei contributi ricevuti, da parte dei soggetti e dell'importo sopra richiamati, ad eccezione dei contributi "generalisti" e di quelli coincidenti con "prestazioni corrispettive" a fronte dello svolgimento di un'attività o della prestazione di un servizio.

Per tutti i soggetti tenuti all'applicazione della norma, ad eccezione delle società cooperative sociali, il relativo adempimento è assolto mediante la pubblicazione all'interno dei rispettivi siti, ove esistenti, oppure in analoghi portali digitali liberamente accessibili, entro la data del 30 giugno dell'anno successivo.

Per le cooperative sociali, invece, l'adempimento all'obbligo di legge avviene mediante l'inserimento della relativa voce nella nota integrativa del bilancio o nell'eventuale bilancio consolidato.

Da ultimo, la normativa stabilisce un regime sanzionatorio graduato, che prevede, quale misura estrema, la restituzione dei contributi ricevuti ⁽⁶⁾.

⁶ Il riferimento è all'art. 1, comma 125-ter della legge n. 124/2017 e ss. mm., a mente del quale "A partire dal 1° gennaio 2020, l'inosservanza degli obblighi di cui ai commi 125 e 125-bis comporta una sanzione pari all'1 per cento degli importi ricevuti con un importo minimo di 2.000 euro, nonché la sanzione accessoria dell'adempimento agli obblighi di pubblicazione. Decorsi 90 giorni dalla contestazione senza che il trasgressore abbia ottemperato agli obblighi di pubblicazione e al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria, si applica la sanzione della restituzione integrale del beneficio ai soggetti eroganti. Le sanzioni di cui al presente comma sono irrogate dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che hanno erogato il beneficio oppure, negli altri casi, dall'amministrazione vigilante o competente per materia. Si applica la legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto compatibile".



Come esaminato nel precedente paragrafo 3, l'art. 93, comma 4 CTS stabilisce che *“Le amministrazioni pubbliche e gli enti territoriali che erogano risorse finanziarie o concedono l'utilizzo di beni immobili o strumentali di qualunque genere agli enti del Terzo settore per lo svolgimento delle attività statutarie di interesse generale, dispongono i controlli amministrativi e contabili (..) necessari a verificarne il corretto utilizzo da parte dei beneficiari”*.

In conclusione, l'attività di controllo e di monitoraggio delle P.A. previsto e disciplinato dal CTS, dovrà tener conto di quanto previsto dalla esaminata disciplina di settore, specificatamente dettata nei riguardi di una serie di soggetti (fra i quali gli ETS), che tuttavia determina una connessione fra norme, incidenti sullo svolgimento dei procedimenti di attribuzione di contributi, che hanno le PP.AA. come destinatarie.

Allegato 2

**Tabella riepilogativa della normativa regionale e delle
Province Autonome in materia di Amministrazione
condivisa**

TABELLA RIEPILOGATIVA DELLA NORMATIVA REGIONALE E DELLE PROVINCE AUTONOME IN MATERIA DI AMMINISTRAZIONE CONDIVISA

REGIONE/PROVINCIA AUTONOMA	RIFERIMENTI	NOTE
REGIONE LAZIO	DGR n. 326/2017	Linee guida sulla co-progettazione
REGIONE TOSCANA	Legge regionale n. 58/2018 sulla cooperazione sociale	Primo inserimento degli istituti del Titolo VII del CTS
REGIONE MARCHE	Legge regionale n. 8/2019	
REGIONE TOSCANA	Legge regionale n. 65/2020	Disciplina organica in materia di Terzo settore
PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO	Deliberazione della Giunta provinciale n. 174 del 7 febbraio 2020	Linee Guida sulle modalità di affidamento e finanziamento di servizi e interventi socio assistenziali nella provincia di Trento
REGIONE LAZIO	PdL n. 280	Disciplina in materia di amministrazione condivisa
REGIONE UMBRIA	DGR n. 449/2022	Adozione PdL in materia di co-programmazione e di co-progettazione