



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Il ruolo degli enti no profit nell'attività pubblica di programmazione e co-progettazione.

di Marco Tiberii

(Professore ordinario di Diritto amministrativo)

Sommario

1. L'evoluzione del rapporto pubblico-privato ed il principio di sussidiarietà. – 2. Le forme di collaborazione tra gli enti pubblici ed enti no profit nella disciplina precedente al codice del terzo settore. - 3. I rapporti tra gli enti pubblici e gli enti del terzo settore alla luce del nuovo codice. – 4. La partecipazione alla programmazione. - 5. La co-progettazione. - 6. L'accreditamento. – 7. Conclusioni.

Abstract

This article examines the forms of cooperation between Public Entities and no profit organizations, focusing on the difference among the previous legislation and the latest Code of the Third Sector.

In particular, such study focuses on the legal tools of programming, co-planning and accreditation.



1. L'evoluzione del rapporto pubblico-privato ed il principio di sussidiarietà.

Il modello tradizionale di una pubblica amministrazione autoritativa, in seguito alla crisi economico-finanziaria di questi ultimi anni, ha lasciato spazio a forme di cooperazione a lungo termine tra pubblico e privato¹ nell'ambito del Partenariato pubblico-privato².

Termine quest'ultimo che implica un rapporto tra soggetti che si collocano sullo stesso piano. Il privato, dunque, non è piú mero destinatario di decisioni unilaterali, ma diviene "partner" della p.a., espletando un ruolo da protagonista ad es. nelle fasi di realizzazione dell'opera e/o dei servizi pubblici³.

Il Partenariato comprende numerose forme di cooperazione tra p.a. e imprese private, l'elenco previsto nel codice dei contratti pubblici è soltanto indicativo⁴. Non sembra escluso, dunque, il ricorso a contratti atipici anche alla luce dei principi di autonomia negoziale⁵ e di cooperazione, quest'ultimo di origine comunitaria⁶.

¹ Sul partenariato pubblico-privato, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH e G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

² Si cfr. sul tema in esame si rinvia a M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *Sharing Economy profili giuridici* (a cura di) D. DI SABATO e A. LEPORE, Napoli, 2018 p. 256.

³ In particolare sulla finanza di progetto nel codice degli appalti si cfr. ancora M. TIBERII, *op. ult. cit.*, p. 253; V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Amministrazione in cammino*, 2016.

⁴ In particolare, il Codice degli appalti (D.lg., 18.4.2016, n. 50) disciplina il contratto di PPP agli artt. 180 e ss. e ne fornisce una definizione nell'art. 3, co. 1, lett. eee), ai sensi del quale s'intende «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o piú stazioni appaltanti conferiscono a uno o piú operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». La dottrina rileva che il codice individua «una tipologia contrattuale aperta, ove rientrano figure contrattuali e societarie stipulabili tra soggetti pubblici e soggetti privati, modalità di affidamento e di finanziamento da parte di privati, nonché progettazione di fattibilità tecnico ed economica e progettazione definitiva delle opere o dei servizi» (così L. POLIZZI, *Cosa si intende per Partenariato Pubblico Privato? La situazione dopo il Codice degli appalti*, in *Giuridanel.it*).

⁵ Sul concetto di autonomia privata, senza pretesa di esaustività, si rinvia ai fondamentali contributi di: G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1929, 6, p. 815 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 44 ss.; L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim.*, 1957, p. 129 ss.; F. GALGANO, *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.

⁶ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit., non trascura di rilevare che: «i contratti atipici devono mirare alla realizzazione dell'interesse pubblico, la cui rilevanza si manifesta non solo nella necessità delle procedure ad evidenza pubblica, ma anche nella valutazione della convenienza economica dell'operazione negoziale e della compatibilità del contratto con le finalità specifiche per le quali l'ente pubblico è stato creato».



Le forme della cooperazione tra pubblico e privato rappresentano, come è stato evidenziato, non soltanto strumenti alternativi al raggiungimento dell'interesse pubblico, ma anche espressione del principio di sussidiarietà⁷ di recente recepito nella Costituzione (cfr. art. 118 Cost. l. n. 3 del 2001).

Nel caso in esame ciò che rileva non è la sussidiarietà cd. verticale⁸, ma la sussidiarietà "orizzontale", la quale riguarda i rapporti tra Stato e società civile ed impone a tutti gli enti pubblici il rispetto dell'autonomia privata, al fine di favorire l'iniziativa dei cittadini, in forma singola o associata, per il perseguimento di obiettivi di interesse generale.

La sussidiarietà orizzontale, pertanto, induce un cambiamento del ruolo della p.a. che, nell'espletamento della sua attività, limita il suo intervento per consentire una più incisiva partecipazione del privato.

Tale diversa prospettiva comporta una novità radicale, nella misura in cui l'amministrazione non deve più necessariamente perseguire direttamente ed autonomamente i propri fini, ma può "servirsi" del privato per la realizzazione degli interessi generali, invertendo, in questo modo, l'impostazione tradizionale nella quale l'emisfero pubblico ed il privato erano separati da una linea netta di demarcazione⁹.

2. Le forme di collaborazione tra gli enti pubblici ed enti no profit nella disciplina precedente al codice del terzo settore.

Nella normativa si rinvencono in tale direzione numerosi esempi di collaborazione tra gli enti pubblici e gli enti cd. no profit. Sin dalla l. n. 266 del 1991, si è previsto, infatti, che gli enti pubblici possano «stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi nei registri di cui all'art. 6 e che dimostrino attitudine e capacità operative», all'interno delle quali si devono inserire delle «disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti della dignità degli utenti»¹⁰ (così l'art. 7).

⁷ Si cfr. sul tema del collegamento tra il principio di sussidiarietà ed il partenariato A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, p. 26, dove si osserva che il principio di sussidiarietà «esprime l'esigenza che le attività d'interesse generale e quindi pubbliche (anche se in senso solamente oggettivo) debbano essere preferenzialmente svolte dalle figure della società civile (persone fisiche e giuridiche sia come singoli che come gruppi) e non dai pubblici poteri».

⁸ Quest'ultima comporta – nell'ambito dei rapporti tra i diversi livelli di governo – l'assegnazione delle competenze agli enti più vicini alla comunità locale, consentendo l'intervento dei livelli di governo superiori soltanto nel caso d'inadeguatezza di quelli inferiori.

⁹ In questa direzione M.R. SPASIANO, *Interesse pubblico e interesse privato: verso il declino della grande dicotomia*, in *Riv. dir. amm.*, 1995, p. 45.

¹⁰ La norma citata, inoltre, prevedeva che si dovevano stabilire: «forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese. La copertura assicurativa di cui all'art. 4 è elemento essenziale della convenzione e gli oneri relativi sono a carico dell'ente con il quale viene stipulata la convenzione medesima».



Similmente la l. n. 381 del 1991 ha riconosciuto la medesima possibilità in favore delle cooperative sociali, che perseguono lo scopo d'interesse generale della promozione umana e dell'integrazione sociale dei cittadini, «*in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione*» quando sussistano i seguenti presupposti:

- a) si tratti della fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici;
- b) tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, co. 1¹¹.

Nella stessa direzione si può citare l'art. 5 della l. n. 328 del 2000, nella parte in cui con riferimento ai servizi sociali ha previsto che gli enti pubblici possano procedere ad affidamento nei confronti degli «*enti del terzo settore*» sia con il ricorso a «*forme di aggiudicazione*», sia «*negoziali*»¹².

Infine, la l. n. 383 del 2000, ha confermato che anche nel settore delle associazioni di promozione sociale, rivolte al perseguimento di utilità sociali senza scopo di lucro, gli enti pubblici possono «*stipulare convenzioni*» (cfr. art. 30)¹³.

¹¹ In tale ipotesi, la norma precisava che le convenzioni: «sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza» (co. così mod. dall'art. 1, comma 610, legge n. 190 del 2014).

Viceversa per le medesime tipologie di forniture di beni o servizi il cui importo sia pari o superiore alle soglie prescritte dalle direttive comunitarie gli enti pubblici nei bandi di gara e nei capitolati si prevedeva che le amministrazioni: «possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo» (cfr. l'art. 5).

¹² In particolare, l'art. 5, l. n. 328/2000 prevede che: «1. Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea. 2. Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'art. 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale. 3. Le regioni, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'art. 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modalità previste dall'art. 8, comma 2, della presente legge, adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona. 4. Le regioni disciplinano altresì, sulla base dei principi della presente legge e degli indirizzi assunti con le modalità previste al comma 3, le modalità per valorizzare l'apporto del volontariato nell'erogazione dei servizi».

¹³ Così prosegue la disposizione citata: «Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività stabilite dalle convenzioni stesse. Devono inoltre prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese. 3. Le associazioni di promozione sociale che svolgono attività mediante convenzioni devono assicurare i propri aderenti che prestano tale attività contro gli infortuni e le malattie connessi con lo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi. 4. Con decreto del Ministro per la solidarietà



3. I rapporti tra gli enti pubblici e gli enti del terzo settore alla luce del nuovo codice.

In questo contesto si deve dunque collocare anche la disciplina introdotta con il codice del Terzo settore¹⁴, approvato con il d.lgs. n. 117 del 2017 e successivamente aggiornato con il d.lgs. 3 agosto 2018 n. 105, ed in particolare il Titolo VII dedicato al tema dei “Rapporti con gli enti pubblici”.

Questa parte della normativa in esame¹⁵, infatti, si distingue per aver, ai sensi dell’art. 55, co.1, richiesto agli enti pubblici di assicurare, nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione ed organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi, il coinvolgimento degli enti del Terzo Settore: «attraverso forme di programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

L’utilizzo di tali forme di collaborazione tra le pp.aa. e gli enti del terzo settore è posto in stretto collegamento con l’esigenza di attuare i “principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia ed efficienza ed economicità”, che come si è anticipato rappresentano le coordinate fondamentali del quadro giuridico attuale.

Il merito di tale disposizione, è stato evidenziato, non risiede nell’individuazione di forme giuridiche nuove, atteso che gli strumenti della coprogrammazione, coprogettazione ed accreditamento risultavano già applicati nell’ambito della disciplina dei servizi sociali.

sociale, di concerto con il Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono individuati meccanismi assicurativi semplificati con polizze anche numeriche o collettive e sono disciplinati i relativi controlli. 5. La copertura assicurativa di cui al comma 3 è elemento essenziale della convenzione e gli oneri relativi sono a carico dell’ente con il quale viene stipulata la convenzione medesima. 6. Le prescrizioni di cui al presente articolo si applicano alle convenzioni stipulate o rinnovate successivamente alla data di entrata in vigore della presente».

¹⁴ Per un’analisi generale del Codice si rinvia a M. N. IANNACONE, *Prime considerazioni sul Codice del terzo settore*, in *Coop. enti non profit*, 10/2017; F. PACINI, *L’impianto del Codice del terzo settore*, in *Non Prof.*, fasc. 3, 2017, pp. 17-28; VISCONTI, *Riforma del Terzo settore: lo stato dell’arte*, in *Coop. enti non profit*, fasc. 11-12, pp. 19-30; M. CEOLIN, *Il c.d. Codice del terzo settore (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un’occasione mancata?*, *Nuove legg. civ. comm.*, fasc. 1, 2018, pag. 1 – 39. Sul tema del Registro Unico Nazionale, quale pilastro del sistema introdotto dal Codice, si cfr. R. RANUCCI, *La pubblicità degli enti del terzo settore: il Registro Unico Nazionale (e parallelismi con il Registro delle imprese)*, in *For. It. (II)*, fasc. 12, 2018, pp. 394-399.

¹⁵ Per un’analisi del Codice del Terzo settore si rinvia a M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il Codice del Terzo settore: un nuovo paradigma?*, *Relazione in occasione del Seminario di Alta Formazione su “La riforma del Terzo Settore, Bologna, 9 febbraio 2019, su www.spisa.unibo.it*; sul tema invece delle agevolazioni in materia di appalti per i servizi sociali si cfr. L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urb. App.*, 8-9/2016, p. 1001-1013; Sulla partecipazione di società non lucrative nelle procedure di gara si veda M. V. FERRONI, *L’affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2-2018. Sul punto si rinvia altresì a M. PIGNATTI, *La partecipazione delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (onlus) alle procedure di scelta del contraente e le attività delle centrali di committenza*, in *For. Amm. (II)*, fasc. 1, 2015, p. 42; G. MAROCCHI, *Pubbliche amministrazioni e terzo settore tra competizione e collaborazione*, in *Welfare oggi*, 2/2018. In merito alla possibilità di qualificare quali imprese soggetti non profit si rinvia a P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti “disomogenei”*, in *Urb. App.*, 3/2011, p. 335.



In tal senso, già l'art. 1, co. 4 della l. n. 328 del 2000, aveva riconosciuto che gli «*gli organismi non lucrativi di utilità sociale*» stipulano «*patti, accordi o intese operanti nel settore della programmazione, organizzazione e gestione del sistema integrato degli interventi e servizi sociali*»¹⁶.

Al riguardo, l'Anac aveva sottolineato che, ai sensi della normativa sopra citata, gli enti locali associati devono adottare i piani di zona dei servizi sociali mediante lo strumento dell'accordo di programma al quale partecipano «*i comuni associati e organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed enti di patronato, organizzazioni di volontariato... che, attraverso forme di concertazione, concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsti nel piano*».¹⁷

L'art. 55, co. 1, del d.lgs. n. 117 del 2017, si segnala, dunque, per aver esteso il raggio di applicazione degli istituti in esame oltre il confine ristretto del settore dei servizi sociali, trasformando tali strumenti in una sorta di modello generale, applicabile a tutto il campo del Terzo Settore, che come noto ricomprende gli enti che esercitano in via esclusiva o principale «*una o più attività d'interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*»¹⁸.

Si tratta, dunque, di un ambito molto più esteso di quello circoscritto soltanto ai servizi sociali di cui alla l. n. 328 del 2000 (lett. a dell'art. 5)¹⁹, che include, infatti, anche i seguenti interventi e prestazioni nei settori: sanitari (cfr. lett. b dell'art. 5); socio-sanitari (lett. c dell'art. 5); dell'educazione, istruzione e formazione professionale (lett. d dell'art. 5); della salvaguardia dell'ambiente (lett. e dell'art. 5); della tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio (lett. f dell'art. 5); g) della formazione universitaria e post-universitaria (lett. g dell'art. 5); della ricerca scientifica di particolare interesse sociale (lett. h dell'art. 5); dell'organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche e ricreative di interesse sociale (lett. i dell'art. 5); della radiodiffusione sonora (lett. j dell'art. 5);

¹⁶ Per completezza l'art. 1, co. 4, l. n. 328 del 2000 specifica che: «Gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale, delle fondazioni e degli enti di patronato, delle organizzazioni di volontariato, degli enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali».

¹⁷ Così Autorità Nazionale Anticorruzione Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 p. 8 e ss.

¹⁸ Si cfr. in merito L. GILI, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. e app.*, n.1/2018, p. 2 e ss.; laddove l'autore sul punto evidenzia che occorre domandarsi cosa il legislatore intenda per enti del terzo settore, concludendo che tutti gli enti tipici o atipici: «per essere ritenuti ETS devono perseguire finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria e di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità di produzione o scambio di beni o servizi». Riguardo all'art. 55 del Codice si rinvia altresì a E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, fasc. 3, 2017, pp. 157-172.

¹⁹ Per quanto concerne, in generale, i servizi sociali alla persona si rinvia a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 5, 1/2017, p. 1115.



dell'organizzazione e gestione di attività turistiche d'interesse sociale (lett. K dell'art. 5); l) della formazione extra-scolastica per il recupero scolastico (lett. l dell'art. 5); dei servizi strumentali ad enti del terzo settore (lett. m dell'art. 5); della cooperazione allo sviluppo (lett. n dell'art. 5) ecc²⁰.

4. La partecipazione alla programmazione.

La disciplina della programmazione appare limitata dalla norma in esame a poche e scarse disposizioni, tuttavia la centralità dell'uso di tale strumento appare evidente ove si consideri che esso consente di assicurare il buon funzionamento dell'azione amministrativa, realizzando l'esigenza di una pianificazione strategica che sappia individuare e soddisfare gradualmente i bisogni d'interesse pubblico prioritari.

Come è stato, infatti, evidenziato²¹ la programmazione consente di evitare il continuo ricorso alle procedure di urgenza, le quali spesso comportano oltre ad una deroga alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica anche degli standard di qualità dei servizi insufficienti e delle spese impreviste, che rischiano di tradursi in debiti fuori bilancio.

Del resto, la sinteticità della disposizione è in qualche modo sanata dal rinvio alla l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché alle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla *“programmazione sociale di zona”*.

Il tema può essere, dunque, ricondotto alla disciplina contenuta nell'art. 13 della l. n. 241 del 1990, secondo cui le disposizioni contenute nel capo della partecipazione del privato all'attività amministrativa *«non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione»*²².

²⁰ La norma per esteso ricomprende altresì: «...o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale; p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106; q) alloggio sociale; r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; s) agricoltura sociale (...); t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166 (...); v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata; w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, (...); x) cura di procedure di adozione internazionale (...); y) protezione civile (...); z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata».

²¹ Sul punto si cfr. C.d.C., Sez. Reg. contro Basilicata deliberazione n. 57/2015/PAR del 30.7.2015.

²² Sul tema in generale si cfr. M. COCCONI, *La partecipazione agli attività amministrativa generale*, Padova, 2010; nonché S. SALVI - F. SARPI, *La nuova direttiva sulla consultazione pubblica: quello che resta da fare*, in *Urb. e app.*, 2017, p. 743 e P. PANTALONE, *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali*, in *Dir. Ec.* n. 1/2018.



La norma in esame, dunque, legittima la partecipazione degli enti del terzo settore agli atti generali di programmazione, nei confronti dei quali in assenza di tale disposizione non sarebbe stato possibile, sulla base del precetto contenuto nel suindicato all'art. 13, consentire alcuna forma di partecipazione.

Si tratta probabilmente di una forma di partecipazione che si può definire consultiva e non co-decisoria²³, atteso che il ruolo di questi soggetti nell'ambito del procedimento programmatorio dovrebbe essere limitato ad una mera collaborazione rivolta a garantire una migliore e più adeguata qualità e completezza dell'istruttoria. Tuttavia, il richiamo anche alla disciplina degli altri procedimenti speciali ed in particolare ai piani di zona potrebbe anche consentire, specie nel settore dei servizi sociali, d'intendere la partecipazione come una forma di collaborazione finalizzata ad una decisione concordata.

In tal senso, infatti, occorre osservare che l'art. 3, co. 2 lett. b), della l. n. 328 del 2000, contenente la disciplina sulla programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali, prevede espressamente la possibilità della «concertazione e cooperazione tra i diversi livelli istituzionali», nonché tra «questi ed i soggetti di cui all'articolo 1, co. 4» nell'ambito dei quali si ricomprendono anche gli «organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale».

In ogni caso, si deve precisare che il rispetto dei principi della l. n. 241 del 1990, tra i quali spiccano imparzialità, pubblicità e trasparenza²⁴, impongono che l'avvio del procedimento di programmazione sia preceduto da un avviso pubblico²⁵, che consenta a tutti i soggetti interessati, che si trovino in possesso dei requisiti richiesti, di avanzare la propria candidatura.

5. La co-progettazione.

Lo strumento della co-progettazione si colloca su un livello successivo ed attuativo rispetto alla fase cd. della programmazione. Mentre in quest'ultima, infatti, vengono definiti gli obiettivi-bisogni da soddisfare, gli interventi necessari e le relative coperture economiche, nella prima ossia nella co-progettazione, come recita il co. 3 dell'art. 55, viene definita la «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».

Si tratta, dunque, di un segmento dell'attività amministrativa che si colloca su un piano esecutivo delle scelte generali. In particolare, secondo l'Anac in questa fase

²³ Si cfr. in merito L. GILLI, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a., Urb. e app.*, n.1/2018, p. 3 e ss.

²⁴ In relazione agli obblighi di pubblicità e trasparenza degli ETS si rinvia a S. AGOSTINI, *Obblighi di pubblicità e trasparenza per ETS e cooperative sociali*, in *Coop. enti non profit*, n. 2/2019, p. 12.

²⁵ Si cfr. in merito L. GILLI, *op.ult.cit.*, p. 3 e ss.



attuativa, pur favorendo la partecipazione dei privati, occorre che le amministrazioni conservino la titolarità delle scelte redigendo quella che è stata definita una progettazione di massima²⁶.

Soltanto, infatti, su queste basi, sarà possibile consentire attraverso la pubblicazione di un avviso ai soggetti interessati, che risultino in possesso dei requisiti di ordine generale, tecnici, professionali e sociali di presentare una propria proposta progettuale, che potrà successivamente essere oggetto di eventuali variazioni ed ove prescelta confluire nella stipula di una convenzione.

Sul punto occorre citare anche l'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001, laddove si afferma che: «*al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi*».

Sulla natura giuridica della co-progettazione si sono contrapposte due tesi.

Sulla base di un primo indirizzo questo strumento può essere incluso nell'ambito della categoria degli «*accordi procedurali di collaborazione*»²⁷ per la realizzazione di interventi innovativi e complessi ossia in una ipotesi di «*partenariato tra amministrazioni e privato sociale*»²⁸.

Secondo un altro orientamento di carattere giurisprudenziale²⁹, che si è pronunciato sul carattere della co-progettazione nel settore dei servizi sociali di cui alla l. n. 328 del 2000, si tratterebbe invece di un contratto di appalto, come sarebbe dimostrato dalla necessità di applicare in questi il caso il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., del resto come è stato sottolineato in dottrina tale istituto si avvicina maggiormente all'area del mercato³⁰.

6. L'accreditamento.

Il carattere collaborativo e/o concordato del contenuto della co-progettazione sembra confermato anche dal successivo co. 4 dell'art. 55, laddove si considera "l'accreditamento" come una delle forme mediante le quali si può procedere all'individuazione «*degli enti del terzo settore con cui attivare il partenariato*» di cui al precedente comma 3.

Quest'ultima disposizione, infatti, riconosce espressamente che la co-progettazione rappresenta un'ipotesi di partenariato pubblico-privato e pertanto, in linea con il tenore complessivo della norma, richiede anche sotto questo diverso profilo che

²⁶ Autorità Nazionale Anticorruzione Determinazione 20 gennaio 2016, n. 32.

²⁷ Autorità Nazionale Anticorruzione Determinazione 20 gennaio 2016, n. 32.

²⁸ Autorità Nazionale Anticorruzione Determinazione 20 gennaio 2016, n. 32.

²⁹ Cfr. Tar Lombardia Milano, Sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727 in www.giustizia-amministrativa.it; nonché Tar Lombardia Brescia, Sez. II, 28 giugno 2016, n. 890.

³⁰ Si cfr. in merito L. GILLI, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a., Urb. e app.*, n.1/2018, p. 4 e ss



siano predeterminati gli obiettivi generali e specifici dell'intervento (durata, caratteristiche), nonché i criteri per l'individuazione degli enti partner che debbono essere comunque scelti nel rispetto «dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento»³¹.

Come noto il regime dell'accreditamento presuppone il rilascio di un'autorizzazione che rappresenta un'abilitazione dei soggetti privati che vogliono svolgere ad esempio dei servizi sociali (si cfr. l'art. 11 della l. n. 328 del 2000³²).

L'accreditamento, dunque, richiedendo standard qualitativi ulteriori rispetto all'autorizzazione, rappresenta una sorta di abilitazione di secondo grado «con una funzione collaborativa e promozionale, essendo volto ad instaurare un rapporto tra accreditante ed accreditato, ispirato ad una logica di sussidiarietà. Gli enti accreditati, infatti, vengono inseriti nella rete dei servizi sociali e possono ricevere contributi e sovvenzioni per lo svolgimento di attività rivolte al pubblico»³³.

³¹ Secondo A. PALMACCIO, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al codice dei contratti e del codice del terzo settore*, in *Nomos* n. 3-2017, «l'accreditamento, almeno con riferimento ai servizi gestiti per conto dell'amministrazione, non può costituire anche la modalità di scelta del contraente. Il comma 4 dell'articolo in commento, ai fini della scelta degli enti del terzo settore con cui attivare il partenariato "anche attraverso forme di accreditamento" prevede, infatti, il "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"».

³² In particolare, l'articolo citato così recita: «1. I servizi e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale a gestione pubblica o dei soggetti di cui all'art. 1, comma 5, sono autorizzati dai comuni. L'autorizzazione è rilasciata in conformità ai requisiti stabiliti dalla legge regionale, che recepisce e integra, in relazione alle esigenze locali, i requisiti minimi nazionali determinati ai sensi dell'art. 9, comma 1, lettera c), con decreto del Ministro per la solidarietà sociale, sentiti i Ministri interessati e la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. 2. I requisiti minimi nazionali trovano immediata applicazione per servizi e strutture di nuova istituzione; per i servizi e le strutture operanti alla data di entrata in vigore della presente legge, i comuni provvedono a concedere autorizzazioni provvisorie, prevedendo l'adeguamento ai requisiti regionali e nazionali nel termine stabilito da ciascuna regione e in ogni caso non oltre il termine di cinque anni. 3. I comuni provvedono all'accreditamento, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lettera c), e corrispondono ai soggetti accreditati tariffe per le prestazioni erogate nell'ambito della programmazione regionale e locale sulla base delle determinazioni di cui all'art. 8, comma 3, lettera n). 4. Le regioni, nell'ambito degli indirizzi definiti dal Piano nazionale ai sensi dell'art. 18, comma 3, lettera e), disciplinano le modalità per il rilascio da parte dei comuni ai soggetti di cui all'art. 1, comma 5, delle autorizzazioni alla erogazione di servizi sperimentali e innovativi, per un periodo massimo di tre anni, in deroga ai requisiti di cui al comma 1. Le regioni, con il medesimo provvedimento di cui al comma 1, definiscono gli strumenti per la verifica dei risultati».

³³ Cfr. l'Autorità Nazionale Anticorruzione, delibera n. 32 del 30 gennaio 2016, che sul punto aggiunge che: «Le regioni in virtù della propria autonomia hanno allargato il campo di applicazione dell'istituto dell'accreditamento anche ad altri servizi, attribuendo allo stesso anche altre finalità: 1. Regolazione dell'ingresso nel mercato di soggetti che intendono erogare servizi per conto del pubblico. In tal caso, l'accreditamento serve per accedere alle procedure di selezione operate dall'amministrazione...». In tema di accreditamento si veda altresì A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018, p. 10 e ss.

Inoltre, si è anche rilevato che nella prassi l'istituto è stato applicato in diversi modi: «1. Modello del governo pubblico, caratterizzato dalla limitazione del numero dei soggetti accreditabili sulla base della programmazione regionale...; 2. Modello dell'accreditamento libero, caratterizzato dalla concessione dell'accreditamento a tutte le



7. Conclusioni.

In questi ultimi anni le crisi finanziarie hanno aggravato i bilanci pubblici, provocando delle politiche di rigore rivolte alla riduzione non soltanto degli enti, degli apparati e dei compiti della p.a., ma anche della spesa sociale.

Le ricerche di nuove forme giuridiche e di nuovi assetti tra i diversi soggetti (pubblici e privati) nasce dunque dall'esigenza di offrire delle risposte concrete ai bisogni impellenti delle persone e trova terreno fertile nel mondo dell'associazionismo e del *no profit*, che tante volte ha dimostrato di essere la risorsa più sana dalla quale ripartire per incrementare la rete dei servizi sociali.

In tale contesto, ad esempio, dunque le cooperative sociali sono considerate come un rimedio al fallimento dello Stato sociale e del mercato: *«nell'erogazione dei servizi sociali, in quanto, da una parte, ampliano il sistema dell'offerta pubblica da sola incapace di soddisfare la domanda di servizi sociali e, dall'altra, non perseguendo finalità di lucro e non agendo in condizioni di asimmetria informativa, assicurano i possibili clienti e ne ottengono la fiducia»*.

strutture che ne facciano richiesta e siano in possesso dei requisiti...; 3. Modello degli accordi contrattuali in cui l'accreditamento viene sostituito da accordi negoziali con i soggetti erogatori dei servizi».