



REGIONE AUTONOMA  
FRIULI VENEZIA GIULIA

**Giovedì 22 ottobre 2020**  
Seminario on line

# NUOVE SFIDE PER LA SOLIDARIETÀ IN FVG

VERSO LA NUOVA NORMATIVA REGIONALE SUL TERZO SETTORE

## ANDREA CRISMANI

Ordinario di diritto Amministrativo, Università degli Studi di Trieste

### Rapporti PA e Terzo settore in FVG: prospettive di attuazione dell'art. 55

Il tema esposto verterà sui rapporti tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore ed in particolare nell'analisi dell'articolo 55 del codice del Terzo settore (di seguito CTS) ed i suoi rapporti con il Codice dei Contratti Pubblici. Qui si parla di *Terzo* settore, ma si dovrebbe parlare del Terzo settore come il *Primo* dei settori. Noi sappiamo bene che abbiamo il Primo settore, il Secondo settore, il Terzo settore del welfare, e poi anche un Quarto. Il Primo settore è riferito normalmente alle istituzioni pubbliche del welfare, il Secondo settore si riferisce a quello del mercato, e il Terzo settore invece ciò di cui oggi stiamo parlando. Il Terzo settore dialoga con la Pubblica Amministrazione, instaura dei rapporti collaborativi - e questo lo dice il CTS - ma può anche confrontarsi con la Pubblica Amministrazione attraverso le regole del mercato e anche in concorrenza con operatori disomogenei. Gli ETS possono, o potrebbero anche, rientrare (anche se ci sono diversi aspetti da considerare) nell'ampia categoria di operatore economico, anche se abbiamo dei precisi limiti che sono posti a carico degli enti di Terzo settore nell'ambito dell'esercizio delle attività commerciali. Abbiamo anche la possibilità che ci possano essere delle ibridazioni, cioè che determinati appalti siano riservati solo alle imprese sociali o a strutture simili come previsto nell'articolo 143 del Codice dei Contratti Pubblici.

L'articolo 55 CTS, come è stato anche declinato dalla Corte costituzionale che è già stata ampiamente citata, apre il titolo VII del CTS disciplinando i rapporti tra gli enti del Terzo settore e le pubbliche amministrazioni, e rappresenta come sappiamo, una delle attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale che è valorizzato dall'articolo 118 della Costituzione. Riprendendo quanto già detto in altri interventi, ciò che è importante è che gli attori non possono essere solo le Istituzioni. C'è bisogno di contatto con la pubblica amministrazione. Ed ancora, ci deve essere un impegno di coinvolgimento attivo. Questi sono alcuni spunti che io vorrei prendere in considerazione proprio

nell'analizzare i rapporti tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore nell'ambito dell'articolo 55 CTS.

Il primo punto di partenza, se vogliamo andare ad elaborare un modello procedimentale di collaborazione nell'ambito di queste fattispecie - cioè la co-programmazione, la co-progettazione e altre fattispecie di partenariato indicate soprattutto nel comma 4 dell'articolo 55 CTS - sarà tracciare una serie di punti non controversi, che possano rappresentare dei punti di partenza. Innanzitutto si vanno ad analizzare i rapporti tra Enti Pubblici ed enti non lucrativi. Le disposizioni legislative eurounitarie prevedono diverse norme sia a favore delle imprese sociali, sia a favore delle organizzazioni non profit. Altro aspetto importante è che l'ordinamento legislativo eurounitario mantiene in capo agli stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività di spiccata valenza sociale, un modello organizzativo che è ispirato, non al principio di concorrenza, ma a quello della solidarietà. Noi abbiamo un *favor legis* nei confronti dell'autonomia discrezionale legislativa degli Stati membri - e di conseguenza nell'ambito dei rispettivi ordinamenti statali, delle autorità regionali ed eventualmente anche delle autorità locali nell'ambito della loro potestà statutaria e della potestà regolamentare - qualora vi sia in gioco un interesse generale. Cioè non bisogna mai uscire dal perimetro dell'interesse generale. Questo nel momento in cui si va a tracciare un rapporto tra il mercato, l'attività concorrenziale, il Codice dei Contratti e dall'altro lato il CTS.

Il primo punto di partenza è che **l'articolo 55 CTS ha un ruolo decisivo nello sviluppo del non profit nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.**

Il secondo punto: **la Pubblica Amministrazione e gli enti del Terzo settore devono essere in grado di attivare procedure che si discostano dalla ricerca di un vincitore e dalla creazione di rendite di posizione.** Questo è anche un aspetto culturale. C'è l'aspetto comportamentale e c'è l'aspetto culturale. Sia le Pubbliche Amministrazioni, sia gli il Terzo settore devono essere in grado di attivare procedure che si discostano dalla ricerca di un vincitore, ma l'altro elemento importante è che non si vanno a creare delle rendite di posizione.

Terzo punto importante: gli istituti che sono previsti dall'articolo 55 CTS, ma questo ce lo ha detto la Corte Costituzionale creando una sorta di ulteriore *inprimatur* sull'articolo 55 CTS, e anche di una cintura di protezione e di contenimento che **la co-programmazione, la co-progettazione, l'accreditamento** non sono a presidio del confronto concorrenziale ovvero dell'aspetto competitivo. E questo è la parte che si distingue dal Codice dei Contratti Pubblici.

Quarto punto: la co-programmazione e la co-progettazione, l'accreditamento **sono l'alternativa** alle procedure di affidamento, perché esse non sono definite dalla necessità di selezionare un soggetto che poi dovrà risultare affidatario di un servizio.

Punto cinque: **la novità** non sono soltanto le norme, e faccio riferimento all'articolo 55 CTS richiamate, ma al **ruolo che viene attribuito alla co-programmazione e alla co-progettazione.** Infatti con il CTS sono sdoganati questi istituti da ambiti che erano specifici e tradizionalmente

ricompresi nell'ambito dei servizi sociali e oggi si presentano come **forme collaborative** operanti per tutte le attività di rilevanza generale dell'articolo 5. Attività di rilevanza generale particolarmente importanti.

Il sesto punto, l'articolo 55 CTS non è meno proceduralizzato rispetto alle procedure di evidenza pubblica, cioè quelle che sono definite nel CTS non sono inferiori alle procedure previste nel Codice dei Contratti Pubblici, **sono disciplinate su un piano diverso**.

Senza andare nel dettaglio delle singole posizioni giurisprudenziali si erano creati due approcci: l'approccio del Consiglio di Stato e l'approccio della Corte Costituzionale.

Il Consiglio di Stato ha indicato in un primo momento un perimetro entro cui gli enti del Terzo settore devono operare, cioè nel rispetto del principio della concorrenza; perché sarebbero - questa era la posizione iniziale - equiparabili a delle imprese.

Invece la Corte costituzionale interviene e chiarisce dicendo innanzitutto che tra soggetti pubblici e ETS si instaura un canale di amministrazione condivisa alternativo a quello del profitto e del mercato. **La co-programmazione, la co-progettazione, il partenariato si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico e il privato sociale che non sono fondate su un rapporto sinallagmatico**. Questo è il passaggio della sentenza della Corte costituzionale che poi dovrebbe essere tenuta in considerazione nel momento in cui si vanno a creare delle bozze o dei testi legislativi.

**Il modello dell'articolo 55, come dice la Corte costituzionale, non si basa sulla corresponsione dei prezzi e dei corrispettivi, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e per la progettazione**. Questi sono dei punti molto importanti perché altrimenti si rischia nuovamente di cadere nella trappola del Codice dei Contratti Pubblici. La Corte Costituzionale ha dato questi chiarimenti. Il Consiglio di Stato è partito sempre, ovviamente dalla visione del Codice dei Contratti Pubblici perché quello era lo strumento di riferimento.

Si interviene di recente con il decreto di semplificazione nell'effettuare tre modifiche nel Codice dei Contratti Pubblici attraverso la cosiddetta formula del "**fermo restando**". Noi abbiamo la formula del fermo restando nell'articolo 30, nell'articolo 59, nell'articolo 140 del Codice dei Contratti Pubblici, il quale con la formula del "**fermo restando**" **il legislatore attribuisce nel rapporto tra il codice dei Contratti Pubblici e il codice del Terzo settore, la priorità al codice del Terzo settore**. In particolare l'articolo 30, comma 8, il quale è riferito alle procedure e alle fasi di evidenza pubblica, ma in particolare ai principi che si applicano alle varie fasi, dice che per quanto non espressamente previsto nel Codice dei Contratti Pubblici alle procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo

settore, previste nel 117, si applicano le disposizioni della legge 241/1990, per quanto riguarda ovviamente la prima fase, per quanto riguarda invece la fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

Viene dato perciò un ulteriore input e la domanda che ci si deve porre è: qual è la norma che governa gli aspetti procedurali?

Non è il Codice dei Contratti Pubblici, là dove non ci sono ovviamente i presupposti per la sua applicazione, ma è la legge 241/1990. Ma nella nostra regione potremmo anche applicare la legge regionale 7/2000 sul procedimento amministrativo? Ci si chiede, ma basta la legge 241/1990? Cioè vi è una sufficienza o una insufficienza della legge 241/1990 a governare gli aspetti procedurali? Si può affermare che non pare ci sia una insufficienza della legge 241/1990, cioè abbiamo degli strumenti che si possono riprendere da questa legge. È chiaro che l'articolo 55 CTS sulla base della sentenza della Corte costituzionale realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria proceduralizzazione dell'azione sussidiaria. Cioè struttura e amplia una prospettiva che era già prevista, ed era già prevista in settori limitati come per esempio nell'ambito sociale, ad esempio la legge quadro per la realizzazione del sistema integrato dei servizi sociali o il decreto del presidente Consiglio Ministri del 2001 sugli atti di indirizzo e di coordinamento dei sistemi di affidamento dei servizi alla persona. Abbiamo dunque un modello generale previsto nell'articolo 55 CTS che comunque oggi è protetto ed è sdoganato dalle influenze, dalle incursioni, del Codice dei Contratti Pubblici e da quella posizione che è stata adottata dal Consiglio di Stato. Allora si arriva al punto in cui, e questo è il punto di partenza del lavoro - soprattutto ovviamente dei colleghi costituzionalisti che sono chiamati a dare questo contributo nella costruzione - è che **l'ordinamento giuridico deve essere in grado di riconoscere e di selezionare gli strumenti che sono ritenuti più adeguati per realizzare queste finalità di interesse generale**. Per esempio un modello era quello delle istruttorie pubbliche se andiamo a vedere l'atto di indirizzo, ma non va mai dimenticando l'articolo 5 che è quello degli interessi generali.

Si tratta di creare una nuova immagine di amministrazione condivisa. L'amministrazione condivisa che cosa presuppone? Presuppone l'autonomia dell'amministrazione, ma questo è tutt'altro che neutrale, perché la Pubblica Amministrazione è chiamata a condividere i propri fini con altri soggetti che sono ugualmente impegnati in tal senso, e questo nell'ambito degli interessi generali. Allora possiamo procedere per esclusione: quali strumenti, quali modalità di realizzazione potremmo avere? Che cosa abbiamo a disposizione? Abbiamo gli atti unilaterali e i provvedimenti, ma questa non è amministrazione condivisa, allora li scartiamo. Abbiamo l'atto negoziale cioè il contratto, ma facciamo un passo indietro? Si ricade nuovamente nel baratro o comunque nel vortice del Codice dei Contratti? Abbiamo gli atti negoziali che permettono la collaborazione del modello degli accordi cioè l'articolo 11 della legge 241/1990. Allora applichiamo il modello degli **accordi di diritto**

**pubblico?** Ma anche qui ritorniamo a riprendere la disciplina del Codice dei Contratti Pubblici. Uno dei grossi problemi negli accordi amministrativi era quello tra le Pubbliche Amministrazioni, cioè tra enti cosiddetti del Primo settore dove si assumevano accordi che in realtà erano dei servizi. E allora è intervenuto il legislatore nel Codice dei Contratti Pubblici, riprendendo l'articolo 4 CCP, quando si parla dei contratti esclusi, cioè i contratti esclusi dal Codice dei Contratti Pubblici, si dice che è un accordo escluso dall'applicazione della normativa sulla concorrenza e di conseguenza dal Codice dei Contratti Pubblici quando realizza una Cooperazione tra le amministrazioni, quando non ci sia un corrispettivo, quando si persegue un interesse pubblico e quando queste Amministrazioni sono amministrazioni non market e non presenti per più del 20% sul mercato. Allora è chiaro che arriviamo ad un punto: stare attenti a non sconfinare nell'attività di prestazione di servizi.

Bisogna capire che cos'è la co-programmazione. Abbiamo visto che la normativa ci dà una definizione.

Innanzitutto la co-programmazione viene intesa **in termini non co-decisori ma in termini squisitamente partecipativi**, c'è una partecipazione da parte dei soggetti. E qui potremmo avere il modello anche dell'articolo 13 della legge 241/1990 il quale ci dice che non si applicano le disposizioni della legge 241/1990 nella parte in cui si pongono in essere atti di programmazioni e così via.

La co-progettazione invece fa riferimento a dei specifici progetti. La co-progettazione è quella che si avvicina maggiormente al mercato.

Allora qui abbiamo due modelli diversi che potrebbero essere trattati e disciplinati, come fa anche da legge Toscana, in modo diverso dal punto di vista procedimentale. Se riprendiamo le linee guida dell'ANAC la co-progettazione non viene mai considerata un contratto pubblico ma un accordo procedimentale di collaborazione, una sorta di partenariato pubblico. E poi anche nelle linee guida ANAC e in alcune pronunce si va anche a dire quando la co-progettazione può essere considerata estranea all'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici, soprattutto quando non si ha un affidamento di servizio, quando non c'è l'elemento sinallagmatico. Ma questo ce l'ha detto anche la Corte costituzionale.

Per concludere: **l'aspetto dell'evidenza pubblica ci dovrebbe essere sempre, dovrebbe cioè essere la "via maestra"**, ma ovviamente con una funzione diversa. Questo è il primo aspetto poi quale previdenza pubblica utilizzare è un'altra considerazione.

Che modello potremmo utilizzare?

Innanzitutto nell'ambito di un'attività partecipativa tra due o più soggetti bisogna distinguere, come sappiamo, le varie fasi. Nel momento in cui si va a costruire un'ipotesi normativa bisogna considerare le fasi. Abbiamo la **fase di iniziativa**. Prima si diceva che gli attori non possono essere solo le

Istituzioni. C'è bisogno di un contatto con la PA. Ma sarà questa ad essere obbligata a contattare il Terzo settore o saranno gli enti Terzo settore che si attivano e contattano la PA? Questo è il primo aspetto che dovrebbe essere in qualche modo disciplinato, in generale ma tenendo conto anche dei settori specifici.

O si adotta un modello generale applicabile a tutti ovvero si va a parcellizzare e a fare delle suddivisioni all'interno di quegli interessi generali indicati nell'articolo 55 CTS.

Altro elemento, è la fase intermedia, la **fase centrale**, che riguarda la modalità di acquisizione del consenso. Se noi andiamo a vedere le leggi regionali o anche leggi statali in materia di accordi, accordi specifici, molte volte notiamo che queste leggi omettono una formale regolamentazione della fase centrale che riguarda le modalità di acquisizione del consenso. E normalmente che cosa fanno? Chiedono ai soggetti di aderire ad un accordo salvo poi apportare, se non vogliono aderire nel senso in cui è proposto, delle modifiche. Allora questi sono già degli elementi e delle tracce che potremmo utilizzare nel momento in cui andiamo a costruire un modello. Il pieno concorso paritario tra i vari soggetti contraenti un accordo si raggiunge attraverso l'istituzione di una conferenza di servizi che assicuri la contestuale valutazione dei vari interessi che sono coinvolti nell'attività amministrativa. Allora un altro elemento, già presente nella nostra legge regionale quando si parla degli accordi di programma, è il modello della conferenza di servizi che potrebbe essere utilizzato, naturalmente calandolo con riferimento alle varie fattispecie.

Ma oltre a tracciare un modello composto di queste fasi, oltre poi la **fase di conclusione**, basato sul modello della conferenza di servizi assicura questa contestuale valutazione dei vari interessi coinvolti, sarebbe importante introdurre anche dei **meccanismi sanzionatori** nel caso di inadempienza. Inadempienze che derivano dal mancato rispetto dell'accordo. E magari anche individuare un **soggetto pubblico titolare** del potere di vigilanza sull'accordo al fine di andare a ottenere una piena attuazione una piena attuazione dell'accordo.