La Corte Costituzionale sulla coprogettazione

Sciolti i dubbi interpretativi sull'art.55 del Codice del Terzo Settore

Alceste Santuari, | 30 giugno 2020

L'art. 55 del Codice del Terzo Settore stabilisce che la coprogettazione, ancorata sia all'art. 118 Cost., sia alla legge n. 241/1990, "è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti[…]". Gli enti locali hanno dunque la possibilità di condividere, stabilire insieme, individuare i percorsi più adeguati in forma congiunta con gli ETS interessati per definire progettualità che permettano di realizzare la finalità di cui all'art. 55 CTS.

La co-progettazione di cui all'art. 55 CTS, pertanto, *postula naturaliter* una procedura ad evidenza pubblica che tuttavia non può essere confusa con l'applicazione sic et sempliciter degli articoli del codice degli appalti.

Le finalità sono diverse e nel caso della co-progettazione (come si evince nel caso di specie) la selezione è riservata alle sole organizzazioni non profit.

O é coprogettazione (genuina) o è codice dei contratti pubblici: *tertium non datur.*

E tale collocazione non risulta contraria al diritto europeo, anzi. Benché l'architettura istituzionale comunitaria, così come disegnata dai Trattati, sia tutta definita da un'impostazione che tende a favorire la realizzazione di un mercato comune in senso proconcorrenziale, le legislazioni dei singoli Stati membri sono tutte permeate dal riconoscimento della fondamentale funzione programmatoria degli enti pubblici, capace di stimolare e valorizzare l'apporto, spesso innovativo, delle imprese non profit. Al riguardo, in questa sede, basti ricordare che gli artt. 76 e 77 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici legittimano gli Stati membri a prevedere norme e procedure che rispettino e assicurino la specificità dei servizi da organizzare, così da valorizzare l'apporto originario degli enti non profit.

È nel contesto normativo sopra brevemente richiamato che si deve collocare la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020, con la quale il giudice delle leggi ha inteso evidenziare non soltanto la legittimità dell'istituto giuridico di cui all'art. 55 CTS ma, ad avviso di chi scrive, soprattutto dichiarare la "fine delle ostilità" nei confronti di modalità e procedure diverse da quelle che informano il confronto concorrenziale e pro market.

Dopo aver ricostruito brevemente il contesto storico originante dell'azione degli enti non profit e richiamato il principio di sussidiarietà ex art. 118, u.s. Cost., temi cui il redattore della sentenza ha dedicato gran parte dei propri studi accademici, la sentenza *de qua* definisce l'art. 55 quale "vera e propria procedimentalizzazione" dell'azione sussidiaria, che rafforza e struttura maggiormente quanto già previsto nella legislazione precedente. In questa prospettiva, l'art. 55 CTS risulta pertanto funzionale, integrante e necessario allo scopo di realizzare, di concerto con l'apparato pubblico, finalità di interesse generale. La partecipazione degli ETS non può dunque essere considerata un eventualità residuale rispetto ad altri strumenti giuridici, ma assume una rilevanza fondamentale nei processi di condivisione e programmazione degli interventi e delle azioni a favore della comunità.

In quest'ottica, occorre ribadire che l'art. 55 CTS individua le modalità e gli strumenti necessari a conseguire gli obiettivi individuati dall'art. 1, comma 1 del medesimo Codice, identificati nel perseguimento del bene comune, nel promuovere i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale.

Le finalità indicate dal CTS permettono quindi di comprendere perché il giudice costituzionale contempli la co-progettazione quale istituto giuridico che permette di individuare un "canale" di cooperazione tra ETS e pubblica amministrazione "alternativo a quello del profitto e del mercato" e capace di superare il tradizionale rapporto sinallagmatico. La sentenza in

argomento conferma la piena legittimità di rapporti che non si fondano unicamente sulla relazione di scambio tra prestazioni erogate dagli ETS e corrispettivi previsti e versati dalla P.A.

L'art. 55, sia per i richiami espressi alla disciplina sul procedimento amministrativo, sia in ragione degli obiettivi che i diversi istituti giuridici ivi contemplati intendono realizzare non rappresenta una "variazione sul tema" degli affidamenti / appalti. Anzi, è opportuno segnalare che proprio il tenore letterale della disposizione in oggetto contempla la sola eventualità che la co-progettazione, nel caso di specie, possa realizzare un servizio ovvero un intervento.

Appare questa una scelta del legislatore della riforma non soltanto in linea con la normativa precedente come sopra richiamato, ma anche con il framework legislativo eurounitario. Al riguardo, basti pensare alla direttiva 2014/24/UE, nella quale diverse sono le norme a favore delle imprese sociali e delle organizzazioni non profit, ma soprattutto nella quale è dato registrare un favor legis nei confronti dell'autonomia discrezionale degli Stati Membri (e quindi delle autorità regionali e locali) qualora "in gioco" vi sia l'interesse generale.

In quest'ottica, ben si comprende allora come gli istituti giuridici previsti dall'art. 55 CTS (co-programmazione, co-progettazione e accreditamento) non siano a presidio del confronto concorrenziale ovvero competitivo, che rimane la "cifra" distintiva del Codice dei contratti pubblici. Essi costituiscono l'alternativa alle procedure di affidamento proprio perché esse non sono definite, in primis, dalla necessità di selezionare il soggetto che dovrà risultare affidatario del servizio. Qualora questo dovesse essere l'obiettivo, la P.A. procedente, nel rispetto dei principi che informano le procedure ad evidenza pubblica, potrà pur sempre riservare la partecipazione a taluni soggetti del terzo settore.

L'art. 55 è finalizzato a tracciare percorsi, modalità di condivisione di obiettivi e finalità per realizzare gli interventi e finanche i servizi necessari a rispondere ai bisogni emersi in sede di co-programmazione. L'art. 55 volutamente lascia spazio alle P.A. per "riempire" di contenuti gli istituti giuridici ivi previsti: in questo senso, pertanto, sia le Regioni – con la possibilità di emanare linee guida – sia gli enti locali che devono concretamente definire le procedure di raccordo con gli ETS giocano un ruolo imprescindibile nell'orientare i risultati da ottenere. L'art. 55 non è meno "proceduralizzato" rispetto alle procedure ad evidenza pubblica: quelle definite nel Codice del Terzo settore non sono inferiori alle seconde. Sono disciplinate su un piano diverso.

Nell'art 4 della legge delega n. 106/2016 si afferma che uno degli obiettivi della riforma è la semplificazione normativa e la necessità di definire i rapporti pubblico-privati in un'ottica di maggiore valorizzazione del ruolo e funzioni degli enti non profit, finanche nella fase di co-programmazione e che gli affidamenti devono avvenire "secondo modalità improntate al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione".

Alla luce dell'impianto normativo brevemente richiamato si comprende perché l'art. 55 giochi un ruolo decisivo nel futuro sviluppo degli enti non profit nei rapporti con la P.A.: l'art. 118 u.c. Cost. potrà trovare una sua effettiva ed efficace implementazione negli strumenti giuridici previsti dall'art. 55 CTS laddove le P.A. insieme agli enti del terzo settore sapranno accettare di attivare procedure che si discostano dalla ricerca di un "vincitore" e dalla conferma di rendite di posizione.

La sentenza n. 131 del 2020 conferma l'impianto giuridico sopra richiamato, peraltro in linea di continuità con la recente pronuncia n. 185 del 2018. Anche in quell'occasione, il giudice delle leggi aveva "promosso" la riforma del terzo settore, valorizzando il ruolo e le funzioni degli enti non profit quali soggetti di diritto privato cui l'ordinamento affida l'espletamento di un munus pubblico. Al riguardo, preme evidenziare che la Corte costituzionale, riconoscendo il "terzo settore" non quale "materia" oggetto di ripartizione di competenze tra Stato centrale ed autonomie locali, ma quale "dimensione" patrimonio della società civile, ne ha rafforzato l'autonomia e l'apporto originale, condizioni ribadite nella legge delega n. 106/2016. L'esplicito riferimento alle libertà sociali di cui all'art. 2 Cost. operato dalla Corte costituzionale evidenzia la necessità di ricondurre l'azione e gli interventi degli enti del terzo settore nel loro alveo naturale, segnatamente, quello relativo alla promozione e progresso dell'iniziativa privata finalizzata al perseguimento di finalità di interesse collettivo.

Da ciò consegue una interpretazione del terzo settore quale componente integrata del sistema di risposta ai bisogni sociali, che necessariamente si interfaccia e collabora con le istituzioni pubbliche, su un piano di parità e di "equiordinazione". E' questo il fondamento culturale e giuridico che solo può giustificare i particolari strumenti e le specifiche modalità che il d. lgs.

n. 117/2017 (artt. 55 e seguenti) ha inteso prevedere per disciplinare i rapporti tra enti pubblici ed enti non lucrativi. Istituti giuridici quali l'accreditamento e la co-progettazione si inseriscono invero in una dimensione collaborativa e cooperativa tra istituzioni pubbliche ed organizzazioni private senza scopo di lucro, entrambe impegnate ad incrementare i diritti di cittadinanza attiva e a rispondere in modo adeguato – quindi anche in termini di efficienza, efficacia e sostenibilità dei progetti da realizzare – alle istanze sociali, in specie quelle provenienti dagli strati più deboli della popolazione.

In quest'ottica, non sfugge il diverso approccio che caratterizza la pronuncia dei giudici costituzionali rispetto al recente parere del Consiglio di Stato. Mentre le sentenze della Corte costituzionale muovono dal riconoscimento degli enti del terzo settore quali protagonisti di un sistema pluralistico di interventi e di azioni, vincolati al perseguimento di finalità di interesse generale, i giudici di Palazzo Spada sembrano essersi fermati all'identificazione del perimetro entro cui gli enti del terzo settore devono operare. Detto perimetro è caratterizzato dalla necessità di rispettare i canoni imposti dal rispetto del principio di concorrenza (di derivazione eurounitaria). Si ritiene opportuno rilevare, al riguardo, che la riforma del terzo settore è tutta pervasa, fin dai primi articoli della legge delega, da una profonda consapevolezza del quadro normativo e interpretativo di matrice comunitaria, il quale peraltro stabilisce alcune "corsie preferenziali" proprio a favore degli enti non profit. Le procedure e gli istituti giuridici contemplati dalla riforma non intendono infatti negare ovvero derogare ai canoni proconcorrenziali. Essi, al contrario, rispettando i principi che debbono informare l'azione della P.A. (art. 97 Cost.) riconoscono ab origine la necessità di riconoscere che i servizi e le attività oggetto dell'azione degli enti del terzo settore (rectius: le attività di interesse generale) richiedono strumenti, modalità, approcci e, finanche, regole che consentano di valorizzare l'apporto qualitativo, progettuale e identitario delle organizzazioni non profit. La Corte costituzionale – a questo riguardo – ricorda che l'autonoma configurazione degli enti del terzo settore può invero contribuire a rispettare una diversità giuridica collocata in un contesto pluralista. Le organizzazioni non profit e con esse le responsabilità istituzionali degli enti pubblici potranno progredire se l'ordinamento giuridico saprà riconoscere e "selezionare" gli strumenti ritenuti più adeguati per realizzare le finalità di interesse generale sottese alla loro azione congiunta.

In definitiva, con l'intervento del giudice costituzionale, che ha inter alia, seppure in modo diverso salvaguardato le autonomie regionali, si chiude un periodo di incertezza e di ambiguità intorno al valore giuridico degli istituti di cooperazione tra enti pubblici ed ETS: questi ultimi risultano valorizzati e rafforzati nella loro dimensione pubblicistica. Gli enti locali, le aziende del servizio sanitario, le società partecipate e tutti gli altri enti di diritto pubblico possono (ora) senza più alibi definire i percorsi – anche in forma di autoregolamentazione – più adeguati per realizzare le finalità di cui all'art. 1 del Codice del Terzo settore.