Il lungo (e tortuoso) cammino della coprogettazione

Dalla legittimazione giuridica alle procedure amministrative per realizzarla

Alceste Santuari, | 08 ottobre 2021

Se è possibile acclarare che la coprogettazione non costituisca *per sé* un istituto nuovo nell'ordinamento giuridico italiano[note]La sua prima "apparizione" è rintracciabile nella legge n. 328/2000, dalla quale è disceso il decreto attuativo del 30 marzo 2001, il cui articolo art. 1, comma 1 contemplava il coinvolgimento delle organizzazioni non profit sia nella fase di co-programmazione delle attività e degli interventi socio-assistenziali (cfr. art. 19 della legge 328 in ordine ai Piani di Zona) sia in quella di progettazione dei medesimi quando le attività e gli interventi assumevano la natura di sperimentazione e innovazione.[/note], nondimeno è evidente che, soprattutto a seguito dell'approvazione del Codice del Terzo settore, questo istituto giuridico collaborativo tra P.A. ed enti non profit ha registrato una significativa evoluzione[note]Si vedano, al riguardo, i numerosi contributi sul tema pubblicati su questo sito.[/note].

Come spesso accade nei percorsi evolutivi, non sono mancate (e non mancano) le difficoltà, interpretative e applicative. Tuttavia, non può revocarsi in dubbio che, sospinte dal principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, u.c. della Costituzione e, successivamente, rafforzate dall'interpretazione del Giudice delle Leggi con la nota sentenza n. 131/2020, co-programmazione e co-progettazione legittimino l'"immissione" degli enti non lucrativi nel processo decisionale pubblico e nelle modalità di organizzazione, gestione ed erogazione delle attività, interventi e progetti di interesse generale.

Preme evidenziare che il coinvolgimento attivo degli enti non profit nelle politiche di intervento e nelle modalità organizzative dei servizi di welfare non impatta soltanto sulle pubbliche amministrazioni, chiamate a sperimentare procedure diverse da quelle più conosciute e consolidate. Anche gli enti non lucrativi sono sollecitati a ri-orientrare il loro approccio nei confronti dei servizi e delle attività da gestire ed erogare: essi, infatti, attraverso gli istituti giuridici cooperativi abbandonano l'unico ruolo di gestori/erogatori di servizi e di prestazioni commissionati dalle pubbliche amministrazioni cui erano fino ad allora largamente abituati a svolgere, per assumere la veste di partner paritetici della P.A.

Ed è proprio sul binomio "concorrenza" – "collaborazione" che in questi ultimi anni si è incentrato il dibattito dottrinale e si sono concentrate le interpretazioni giurisprudenziali. In termini sintetici, da un lato, si registrano le prese di posizione che sostengono che la sottrazione dei servizi alla persona (per usare una macro categoria di riferimento) alle logiche competitive deve essere ritenuta un'eccezione, giustificata dalla gratuità degli interventi[note]In questo senso, per tutti, si veda il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 26 luglio, numero 02052/2018 pubblicato in data 20 agosto 2018.[/note]. Dall'altro, per contro, si ribadisce che gli istituti giuridici cooperativi e le procedure competitive sono "universi paralleli", in quanto essi rispondono a finalità ed obiettivi diversi[note]Si vedano la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e le modifiche introdotte nel Codice dei Contratti pubblici dal d.l. 76/2020 (c.d. "decreto semplificazioni").[/note], pur potendo coesistere.

I sostenitori della concorrenza spesso suffragano le loro ragioni con i richiami al diritto eurounitario, secondo il quale, nell'ottica di potenziare e allargare il mercato comune, gli enti pubblici sarebbero obbligati, come "prima scelta" a ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica di cui alle Direttive 2014/24 e 2014/23, rispettivamente, in materia di appalti pubblici e concessioni. È indubbio che il diritto eurounitario sia tutto pervaso da un *favor legis* nei confronti dei meccanismi competitivi. Ciò nondimeno esso, anche in nome del principio di sussidiarietà che disegna l'architettura istituzionale dell'Unione europea, riconosce, e non in misura marginale, la libertà degli enti pubblici dei singoli Stati membri di organizzare la gestione dei servizi di interesse generale, che ricomprendono anche i servizi sociali di interesse generale[note]In questo senso, si veda l'art. 1, comma 4 Della Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici.[/note], categoria cui possono essere equiparate le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del Codice del Terzo settore.

È in questo contesto ordinamentale che devono essere collocate le disposizioni dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, le modifiche introdotte nel Codice dei contratti pubblici, nonché le interpretazioni del medesimo articolo ad opera sia dei giudici amministrativi sia del giudice costituzionale, nonché, da ultimo, le Linee guida ANAC recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"[note]Nella cui premessa é ribadito che il Codice dei contratti pubblici ha subito una "riduzione dell'ambito di applicazione" a seguito dell'approvazione del decreto legge c.d. "semplificazioni" del 2020, che ha provveduto a chiarire che ai rapporti giuridici intercorrenti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, ad esclusione delle fattispecie espressamente previste nel d. lgs. n. 50/2016, si applicano le disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990.[/note].

In primis, l'art. 55, comma 3 individua nella co-progettazione *lo* "schema di gioco" giuridico cui le pubbliche amministrazioni possono ricorrere quando intendano condividere obiettivi comuni e condivisi con gli enti non profit[note]Sulle ragioni che hanno contribuito a sviluppare il dialogo cooperativo tra pubbliche amministrazioni e soggetti non profit, si veda G. Marocchi, Perché oggi si coprogetta molto più che in passato, in Impresa Sociale, Numero 13, dicembre 2019, Editoriale.[/note].

In secondo luogo, l'art. 55, richiamando la legge n. 241/1990 quale riferimento normativo per definire il meccanismo dialogico con gli enti non profit, ha – come efficacemente evidenziato nella sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale – "procedimentalizzato" il principio di sussidiarietà, che altrimenti rischia di risultare tanto affermato quanto etereo.

Infine, l'art. 55 ha confermato la discrezionalità amministrativa degli enti pubblici di autoregolamentare/autodisciplinare le modalità di raccordo cooperativo con gli enti non profit nel perseguimento di finalità di interesse generale.

Nello specifico, l'art. 55 disegna due "tempi" della procedura di co-progettazione: durante il primo tempo, pubbliche amministrazioni ed enti non profit sono chiamati a definire quelli che essi ritengono essere i progetti, gli interventi e le azioni maggiormente coerenti, efficaci ed efficienti per rispondere ai bisogni individuati nel corso del precedente confronto co-programmatorio. In linea teorica, il secondo tempo potrebbe non disputarsi quando non vi fossero enti non profit disponibili a realizzare i progetti, le attività, gli interventi e le azioni condivise. Parimenti, l'ente pubblico potrebbe ritenere che quanto emerso nel corso del primo tempo sia sufficiente per esperire una procedura ad evidenza pubblica, atteso che la discussione ha fatto, per esempio, emergere che ciò che si deve realizzare, per la natura dell'intervento, per le sue caratteristiche, nonché per la necessità di prevedere un corrispettivo, è l'erogazione di una prestazione ovvero di un servizio che la pubblica amministrazione è chiamata ad aggiudicare sul mercato, ancorché ristretto, degli operatori economici non lucrativi ovvero mutualistici.

Da quanto sopra è possibile comprendere perché il legislatore abbia inteso utilizzare l'avverbio "eventuale" nella previsione di cui al comma 3 dell'art. 55. Esso segna una linea di demarcazione tra una prima fase dell'istituto in parola, nella quale l'ente pubblico e i soggetti del terzo settore si confrontano per identificare il/i progetto/i da realizzarsi e una seconda fase del procedimento, dedicata, invece, alle modalità di realizzazione del progetto identificato.

Sebbene l'avverbio "eventuale" indichi una possibilità riconosciuta in capo alle parti, lasciandole libere di decidere le modalità più congrue per finalizzare la loro cooperazione, si ritiene che i "due tempi" della co-progettazione debbano di regola essere giocati entrambi, così come essi dovrebbero essere l'esito a valle dell'attività di co-programmazione svolta a monte[note]Su questo specifico punto, si veda la recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 7 settembre 2021, n. 6232, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno censurato la procedura di co-progettazione di un comune anche in ragione dell'assenza di un chiaro collegamento tra la co-progettazione medesima e la precedente fase co-programmatoria.[/note]. Invero, le parti ricercano una collaborazione piena e la condivisione delle migliori idee, dalle quali discende la convergenza sulle modalità di realizzazione di progetti, interventi e attività che, qualora dovessero esitare in servizi a prestazione, risulterebbero in contraddizione rispetto alla procedura adottata in origine[note]Non sono infrequenti i bandi pubblici che, ancorché nella rubrica contemplino l'istituto della co-progettazione, nella sostanza contengono le procedure competitive tradizionali, indicando gli elementi tipici dei bandi di gara. Per una censura di questi comportamenti, si veda, per tutti, Tar Lombardia, sez. I, sentenza 3 aprile 2020, n. 593.[/note].

Il legislatore della Riforma ha dunque disegnato uno "schema" organico e unitario: le pubbliche amministrazioni e gli enti del terzo settore convergono per individuare i bisogni cui congiuntamente intendono rispondere, concordando altresì le risorse complessive da allocare e, successivamente, definiscono gli strumenti, le modalità, le forme e i requisiti necessari per realizzare le attività, gli interventi e i progetti necessari per rispondere a quei bisogni.

Nell’ottica sopra delineata, co-programmazione e co-progettazione costituiscono il combinato disposto che permette di declinare operativamente il principio di sussidiarietà attraverso la procedimentalizzazione delle diverse fasi in cui necessariamente il percorso deve snodarsi e completarsi.

Da ciò discende che la co-progettazione, considerata la sua particolare natura e le modalità di svolgimento delle relative procedure, si configura come uno strumento che supera il tradizionale rapporto committente-fornitore per divenire strumento di realizzazione di forme di collaborazione e partnership tra P.A. ed enti del Terzo settore per soddisfare bisogni definiti attraverso progetti specifici[note]È opportuno ricordare che sia nella delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, recante “Linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali”, pubblicate in epoca antecedente all’approvazione della Riforma del Terzo settore e, pertanto, ancorate alla previgente disciplina contenuta nella legge n. 328/2000, sia nel parere del Consiglio di Stato già richiamato la co-progettazione era legittimata soltanto per la realizzazione di “interventi innovativi e sperimentali”. Contrariamente a quanto sostenuto nel medesimo parere citato, l’istituto giuridico previsto dall’art. 55 del Codice del Terzo settore rappresenta invero uno “strumento ordinario a regime”.[/note].

Sotto il profilo procedimentale, la disposizione in commento non precisa le modalità ed i termini per la indizione e successivo svolgimento di procedimenti amministrativi di co-progettazione. Tuttavia, proprio il richiamo contenuto nell’art. 55 ai principi del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990, permette, da un lato, di individuare “le esigenze minime dell’evidenza pubblica” e, dall’altro, di escludere che la co-progettazione possa configurarsi quale strumento elusivo del principio di tutela della concorrenza[note]Sul punto, cfr. il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale del 26 luglio 2018, n. 02052/2018 del 20 agosto 2018.[/note].

In questo senso, è sufficiente scorrere i tanti principi che l’art. 55, comma 1 ha inteso prevedere quali presidi di legalità, efficienza e buon andamento dell’azione della pubblica amministrazione, parità di trattamento tra i diversi soggetti partecipanti, omogeneità e unitarietà organizzativa per rendersi conto che gli istituti giuridici cooperativi non presentano certo meno “garanzie” delle procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva.

Anzi, per certi aspetti, le due forme di procedimento sembrano assomigliarsi: la necessaria valutazione comparativa tra più proposte progettuali, dalla quale tuttavia potrebbe anche non risultare un “solo vincitore”, come accade nelle procedure competitive, unitamente all’obbligo per le pubbliche amministrazioni di rispettare molti principi che informano le procedure ad evidenza pubblica nel comparto dei contratti pubblici collocano l’istituto giuridico della co-progettazione su un piano analogo alle procedure di cui al d. lgs. n. 50/2016[note]Sulla possibilità di confusione tra le due modalità di rapporto con gli enti del terzo settore, si veda ANAC, il Presidente, Richiesta di parere in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.[/note].

Le due procedure, tuttavia, divergono soprattutto sotto il profilo teleologico: la co-progettazione – alla stregua della co-programmazione – non è finalizzata all’“affidamento di un servizio sociale”[note]In questo senso, si veda Consiglio di Stato, Commissione speciale del 26 luglio 2018, n. 02052/2018 del 20 agosto 2018, p. 7.[/note] e, pertanto, non contempla la selezione di un soggetto gestore cui affidare la gestione di un servizio di interesse generale a fronte del riconoscimento di un corrispettivo[note]*Ibid.*, p. 11.[/note]. Per contro, la co-progettazione rappresenta la metodologia ordinaria per l’attivazione di rapporti di collaborazione tra pubbliche amministrazioni e soggetti del terzo settore quando i due soggetti condividono gli obiettivi da realizzare e gli specifici progetti di servizio o di intervento[note]Cfr. d.m. n. 72/2021, p. 10.[/note]. 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, che sottendono altresì un contenuto economico. Infatti, nella co-progettazione, gli enti pubblici definiscono – specie a seguito di atti programmatori condivisi con gli stessi enti del terzo settore – il quantum di risorse da impiegare nella realizzazione dei progetti[note]In questa prospettiva, la gratuità del rapporto identifica l’assenza di prestazioni sinallagmatiche tra i soggetti coinvolti, ma non implica anche l’assenza di iniziativa economica da parte dei soggetti non profit, che possono apportare proprie risorse finanziarie per la realizzazione del progetto. In senso contrario, si veda Consiglio di Stato, sentenza 7 settembre 2021 citata.[/note].

Anche avuto riguardo a questo ultimo profilo, si comprende perché la partecipazione degli ETS non possa dunque essere considerata una eventualità residuale: essa assume, invece, una rilevanza fondamentale nei processi di condivisione e

programmazione degli interventi e delle azioni a favore della comunità[note]Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 131/2020.[/note].

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 può dunque rappresentare una "variazione sul tema" degli affidamenti / appalti.

La co-progettazione, comunque, non può realizzarsi compiutamente, efficacemente e correttamente sotto il profilo procedurale se si omettono due importanti condizioni. La prima riguarda la discrezionalità amministrativa di cui dispongono gli enti pubblici. La scelta della procedura da utilizzare è infatti – come si è avuto di ricordare in precedenza - affidata alle decisioni pubbliche amministrazioni, le quali sono chiamate a predeterminare gli obiettivi generali che si intendono realizzare attraverso la specifica procedura adottata, che dovrà, a sua volta, illustrare i vantaggi derivanti dalla scelta operata. In questa prospettiva, la co-progettazione costituisce dunque una scelta consapevole delle pubbliche amministrazioni, che possono finalmente abbandonare posizioni di retroguardia ovvero di diffidenza nei confronti di un istituto giuridico che spesso è stato ed è ancora, in parte, interpretato alla stregua di *escamotage* cui fare ricorso per evitare le procedure competitive di mercato. Invero, la dignità dell'istituto giuridico in parola è tale che le pubbliche amministrazioni devono prestare la massima attenzione affinché non se ne offrano letture distorte o svilenti.

La seconda condizione, collegata alla prima, è la chiarezza espositiva sia degli obiettivi sia dei contenuti che deve caratterizzare la stesura dei bandi e delle manifestazioni di interesse. Nel corso degli ultimi due anni, sia l'Anac sia i giudici amministrativi[note]Si vedano, ANAC, determinazione n. 200/2019; Tar Campania, sez. III, sentenza 2 luglio 2019, n. 3620; Tar Lombardia, sez. I, sentenza 3 aprile 2020, n. 593; Tar Campania, sez. distaccata di Salerno, sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158 e la già richiamata sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 2632.[/note], hanno invero richiamato pressantemente gli enti locali a comunicare in modo inequivocabile l'intenzione di avviare procedure di co-progettazione, atteso che nei casi segnalati in nota le pubbliche amministrazioni, pur richiamando in termini di principio i canoni della co-progettazione, hanno de facto inserito nei bandi le medesime clausole di cui alle procedure competitive. Con ciò ingenerando incertezza giuridica e, soprattutto, compromettendo la realizzazione di progettualità, interventi, azioni e servizi. A ciò si aggiunga che rimane ferma la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti pubblici anche in forma riservata a talune organizzazioni (cooperative, imprese sociali e soggetti non profit), che tuttavia non corrispondono agli istituti giuridici di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore.

In conclusione, si può affermare che sia le pubbliche amministrazioni e gli enti del terzo settore sono chiamati a maturare posizioni e atteggiamenti che evidenzino sempre più la loro intenzione, rispettivamente, di attivare percorsi collaborativi genuini e corretti. Ogni scorciatoia non solo – come insegnano i casi di censura dei giudici amministrativi – è punita, ma risulterà anche un freno all'innovazione e alla sperimentazione sociale.