Codice dei contratti pubblici e rapporti con il Terzo settore

Luca Gori, | 08 giugno 2023

Questo articolo è stato pubblicato su Cantiereterzosettore.it il 16 maggio 2023

La “dialettica” fra Codice dei contratti pubblici (Ccp) e codice del Terzo settore (Cts) – è noto – non è stata semplice sin dall’entrata in vigore di quest’ultimo. La radici di questo rapporto difficile sono antiche e preesistono, in buona parte, alla riforma del Terzo settore. Merito della nuova disciplina del Terzo settore del 2017 è stato, anzi, portare *in chiaro* questa tensione, fino al punto di provocare pronunce del giudice costituzionale (Corte costituzionale 131/2020) e, successivamente, l’intervento del legislatore che, nel 2020, ha modificato il Codice dei contratti pubblici, ***facendo salva* la disciplina del codice del Terzo settore**. Si è trattata di una svolta epocale, perché ha segnato l’inserimento del tessuto normativo della contrattualistica pubblica della dinamica propria dei rapporti collaborativi fra pubblica amministrazione (Pa) e Terzo settore (Ts). Da lì poi hanno preso avvio le legislazioni regionali più innovative (Toscana, Molise, Umbria, Emilia-Romagna).

L’attesa per la riforma del Codice dei contratti pubblici era per l’inserimento, finalmente, di una norma di sistema**, che fosse di *sutura* fra Cts e disciplina europea dei contratti pubblici**. Non più semplicemente *fare salva* la disciplina del Terzo settore, ma **riconoscere come i rapporti fra pubblica amministrazione e Terzo settore siano parte integrante** del più ampio e variegato scenario fra pubblica amministrazione e soggetti privati. Anzi, essi (i rapporti fra Pa e Ts) avrebbero dovuto essere riconosciuti una parte qualificante, perché radicati nel principio di solidarietà e improntati al modello della sussidiarietà orizzontale.

Da queste pagine, si era provato ad esaminare il contenuto dello schema di decreto legislativo presentato dal Governo in Parlamento, formulando alcune proposte di modifica che, in effetti, i pareri approvati dalle Camere hanno sostanzialmente recepito. Il Governo, in sede di adozione del decreto legislativo definitivo, ha globalmente tenuto conto della posizione parlamentare, pur non accogliendola completamente.

La disposizione di riferimento è, oggi, contenuta all’art. 6 del dlgs n. 36/2023, che così dispone:

«In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017».

La valutazione è positiva, nel complesso

Provando ad interpretare la norma, si può ritenere che **il legislatore si sia mosso secondo una prospettiva *a cerchi concentrici***. Dapprima ha definito un ambito ampio di rapporti collaborativi fra Pa e Terzo settore, di cui si descrivono i caratteri salienti. Dentro questo cerchio più ampio, un sottoinsieme è sicuramente costituito dagli istituti della co-programmazione, della co-progettazione e dell’accreditamento, che quei caratteri li possiedono sicuramente e che costituiscono l’asse portante – ad oggi – di quei rapporti collaborativi, per la disciplina che essi hanno ricevuto (dal Cts e dal dm 72/2021).

Dunque, guardando al cerchio più largo – quello dell’amministrazione condivisa in senso ampio – Pa ed enti del Terzo settore possono apprestare **modelli organizzativi di *amministrazione condivisa***, le cui caratteristiche siano (1) **l’assenza di rapporti sinallagmatici** (che caratterizzano, invece, i rapporti disciplinati dal Codice dei contratti pubblici) e (2) l**a**

condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore. Esiste uno spazio riconosciuto di discrezionalità, a disposizione di ciascuna amministrazione, per scegliere di impostare l'esercizio della funzione amministrativa in forme di "tradizionale" esternalizzazione (per così dire), oppure di sperimentare – entro i limiti e nei modi stabiliti dalla legge – nuovi modelli relazionali.

Questi modelli sono possibili «**in relazione ad attività a spiccata valenza sociale**». Si tratta di una espressione che si era criticata, in fase di esame parlamentare, per la sua vaghezza. Una possibile soluzione interpretativa, nel nuovo contesto normativo e nell'ottica di una valorizzazione del principio di sussidiarietà, è che senz'altro vi siano ricompresi dentro tutti gli ambiti di attività di interesse generale di cui agli art. 5 Cts e art. 2 del dlgs n. 112/2017 (impresa sociale) – che si potrebbero definire "a spiccata valenza sociale *ex lege*" – ma che, addirittura, motivando, le amministrazioni potrebbero individuare anche altri ambiti di attività «a spiccata valenza sociale», in ambiti ulteriori a quelli già riconosciuti dal Cts (ad esempio, le nuove forme di imprenditoria comunitaria, che significativamente si stanno diffondendo nel Paese). Pertanto, **la capacità espansiva del principio di sussidiarietà,** porta ad ipotizzare addirittura un allargamento possibile degli orizzonti dell'amministrazione condivisa, purché questa si realizzi fra Pa ed enti del Terzo settore.

Alla luce dell'interpretazione proposta, si comprende anche perché il legislatore scriva che l'amministrazione condivisa è ammessa «sempre che gli stessi [gli Ets, cioè] contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato». Ciò deve essere letto, infatti, come **richiamo generale** al fatto che i rapporti di amministrazione condivisa, comunque disciplinati, devono rispondere al **perseguimento di finalità sociali** effettivamente e trasparentemente (qui gioca un ruolo importante la motivazione degli atti), assicurando altresì la parità di trattamento fra i diversi Ets coinvolti. Anche in questo caso, si può ritenere che gli istituti disciplinati dal Cts già soddisfino, di per sé, questi requisiti (come afferma la sentenza n. 131/2020); eventuali altri istituti che potrebbero essere declinati dovranno inserirsi all'interno di tale schema generale.

Più criptico è il richiamo al principio del risultato (la cui definizione è all'art. 1 Ccp). È una formulazione che si era criticata in sede di esame parlamentare. Tale richiamo continua a sembrare inappropriato. Fabio Giglioni, in un suo editoriale su Labsus, ne ha proposto una interessante interpretazione, da approfondire. Vi è il rischio, ad avviso di chi scrive, di un'interpretazione del principio del risultato che porti a ritenere che **il principio del risultato imponga una sorta di comparazione** fra ricorso all'amministrazione condivisa e applicazione degli istituti del codice dei contratti pubblici: vale a dire, *in tanto* si può applicare l'amministrazione condivisa *in quanto,* comunque, *gli esiti siano equivalenti*. Ciò equivarrebbe a negare la *ratio* stessa dell'amministrazione condivisa che si fonda – nell'art. 6 Ccp - sulla costruzione di risposte in collaborazione fra amministrazione e Terzo settore e, quindi, sulla valorizzazione non solo del *risultato* bensì pure del *processo* (che – come chiunque abbia sperimentato dei procedimenti di amministrazione condivisa sa – non è detto sia più celere, o più semplice del ricorso a esternalizzazioni a fronte di corrispettivi…). Ecco, allora, che il richiamo al principio del risultato pare dover essere letto come una più generale esigenza di congruità fra le **scelte procedimentali e gli esiti attesi**, di misurazione degli esiti effetti raggiunti, di responsabilizzazione di tutti gli attori (pubblici e del Ts).

L'art. 6 si chiude – come si è visto – con **una clausola di esclusione degli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore**, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017 (co-programmazione, co-progettazione, convenzioni con organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale, convenzioni trasporto emergenza-urgenza). Nella proposta interpretativa che qui si è avanzata, l'esclusione dall'ambito di applicazione è la logica e giuridica conseguenza di quanto visto in precedenza: si tratta di istituti che, nella loro attuale formulazione, contengono già tutte le caratteristiche previste dal primo periodo e che quindi, naturalmente, sono esclusi dall'ambito di applicazione del Ccp. Essi costituiscono, quindi, la parte di amministrazione condivisa *già codificata* nel diritto positivo. Ma – come visto – da queste esperienze, possono irradiarsi ulteriori forme ed esperienze che il legislatore statale e regionale, le autonomie locali e quelle funzionali possono sperimentare fra Pa e Terzo settore, dentro il binario segnato dalla confluenza fra diritto costituzionale e diritto dell'Ue.