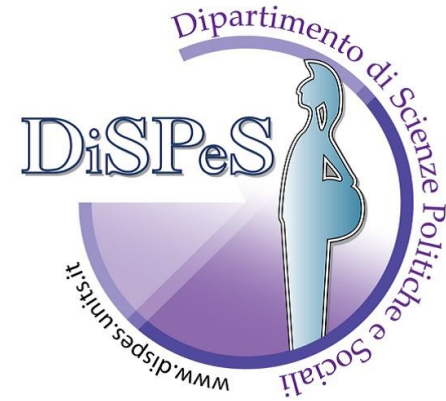




**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TRIESTE**



Diritto del terzo settore e del partenariato pubblico-privato

**20 luglio 2023
Dott. Giacomo Biasutti**

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il d.lgs. n. 117 del 2017

Premesso che, di regola, *«l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un “appalto”) che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario»* (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi *«la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché [...] la procedura disciplinata dal diritto interno [...]]miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito»*

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

Esempio pratico

«La disciplina eurounitaria ha, dunque, introdotto la distinzione tra servizio di soccorso sanitario in emergenza da attuarsi mediante ambulanza (consistente nel trasporto e nell'attività di prima cura del paziente che versa in una situazione emergenziale), eccezionalmente sottratto, se fornito da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, ai sensi dell'art. 10, par. 1, lett. h) della direttiva 2014/24/UE, alla regola della gara, e servizio di solo trasporto in ambulanza (consistente nel trasporto ordinario di pazienti privo della connotazione dell'urgenza) che, invece, è soggetto alle procedure ad evidenza pubblica, anche se con un "regime alleggerito"».

T.A.R. per il Piemonte, Sez. I, 29 agosto 2022, n. 719

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

«... Giova ricordare che la deroga di cui all'art. 10, lett. h) della direttiva 2014/24/UE opera solo ove l'affidamento diretto venga effettuato in favore di un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro, che, pertanto, abbia l'obiettivo di svolgere funzioni solidaristiche, prive di finalità commerciale e che investa eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione» (Corte di giustizia UE, sezione VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale ed altri).

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232

«... il concetto di gratuità si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde una sola la mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio. Sotto questo profilo, si precisa, «la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore» (pag. 14 del parere cit.). Il che significa che deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese («le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente»): pag. 21 del parere)».

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232

Questa pronuncia è rilevante perché fissa un ulteriore parametro: la P.A. deve motivare perché attiva lo strumento collaborativo con l'ente del terzo settore. In particolare essa fa riferimento alla opportunità che vi sia un momento di co-programmazione o co-progettazione a monte (art. 55 d.lgs. n. 117/2017). Tuttavia occorre ricordare che tale momento propedeutico non è sempre necessario per procedere al convenzionamento.

La co-programmazione è simile in questo senso alla delibera a contrarre in un appalto: costituisce la giustificazione del perché si attiva la procedura. In questo caso la co-programmazione giustifica perché non si ricorre al mercato.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

Aspetti fondamentali:

- > procedimento
- > motivazione

Per come è strutturato il procedimento, si può dire che anche gli ETS aiutano in qualche modo la P.A. a realizzare una motivazione adeguata, dando dimostrazione dell'opportunità di ricorrere al convenzionamento in luogo dell'affidamento di un appalto.

Determinazione del bisogno pubblico->individuazione delle modalità per soddisfarlo->proposta esecutiva

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Perché vi sono dei requisiti oggettivi stabiliti dalla legge:

- Maggiore «convenienza» rispetto al mercato (discrezionalità, dipende da come si è svolta la fase di programmazione e progettazione)
- Niente corrispettivo, solo rimborsi delle spese effettivamente sostenute
- Inserimento di regole particolari che garantiscano gli stessi standards di servizio che si avrebbero nel caso in cui si optasse per un appalto ordinario (no convenzionamento a scapito della qualità del servizio)

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Segue

- Apporto di competenze che può essere garantito esclusivamente dagli Enti del Terzo Settore. Si tratta di una forma di determinazione dell'interesse pubblico *bottom up*, poiché gli ETS in procedimenti del genere co-determinano quale è il bisogno da soddisfare e le modalità del relativo soddisfacimento.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Se si risponde in questi termini (sono quelli giuridici fissati dalle norme vigenti) si fotografa il fenomeno però con gli occhi del mercato (ossia del secondo settore).

Dal punto di vista del terzo settore in senso proprio, anche quelli che potrebbero «sembrare appalti» in realtà sono modi di compartecipazione nella determinazione delle politiche pubbliche.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Attenzione - ETS

Segue

In tempi recenti, si era portati via via a ritenere che Codice appalti e CTS fossero equiordinati, dunque che la scelta di ricorrere all'uno o all'altro fosse rimessa alla P.A.

Nondimeno si riscontrano ancora resistenze in quest'ottica da parte dei giudici: ad es. T.A.R. Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2022, n. 44, ha ritenuto che la co-progettazione fosse una forma di appalto, dunque andasse soggetta alla disciplina del Codice relativo.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Ambito Soggettivo

Per comprendere la portata degli istituti di collaborazione tra Enti del Terzo Settore e Pubblica Amministrazione, occorre definire giuridicamente entrambi i soggetti.

Sulla base di questa definizione preliminare si comprendono i margini di azione di entrambi – dunque i relativi strumenti.

Dal lato ETS le definizioni sono già emerse nel corso degli incontri, occorre invece capire con riferimento al convenzionamento con quali PP.AA. gli enti si possano interfacciare

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Attenzione - ETS

La semplice rispondenza alla definizione generale astratta di ente del terzo settore (o appartenente alla galassia *not for profit*) non è sufficiente.

Per accedere ai benefici ed agli istituti del Codice del terzo settore occorre essere iscritti nel Registro Unico del Terzo Settore – RUNTS da almeno sei mesi.

I soggetti che presentano le caratteristiche ma non iscritti non trovano applicata la disciplina.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Attenzione - ETS

N.b. il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha precisato con nota del 3 marzo 2023 che per raggiungere il requisito dei 6 mesi di iscrizione può essere computato anche il periodo precedente in cui ODV e APS non erano iscritte al RUNTS bensì in diverso registro (cfr. i registri del volontariato e delle associazioni di promozione sociale, di cui alle l. nn. 266/1991 e 383/2000).

In tali casi, infatti, è comunque garantita l'affidabilità del soggetto.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Attenzione - ETS

Possiamo pertanto dire che i soggetti non iscritti al RUNTS sono esclusi dalla possibilità di convenzionarsi.

I controlli del Registro sono ritenuti necessari alla verifica di rispondenza all'interesse pubblico di questa che inizialmente doveva essere una sorta di «eccezione» all'obbligo generalizzato di eseguire delle pubbliche gare per l'approvvigionamento di servizi sociali/sanitari.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Presupposti e requisiti

Attenzione - ETS

Ulteriore limitazione riguarda i tipi di ETS:

- Associazioni di promozione sociale – APS
- Organizzazioni di volontariato – ODV

Anche in questo caso si tratta di un limite assoluto (soggetti diversi non possono accedere allo strumento).

La limitazione in questo caso deriva dal fatto che questi sono soggetti che, tipicamente, svolgono attività sociali e di interesse generale su base associativa volontaria e solidaristica (T.A.R. Lazio, Roma, III-*bis*, 8 novembre 2018 n. 10809).