

Contratti pubblici e terzo settore: brevi riflessioni a margine di due recenti pronunce del Consiglio di Stato (n. 5217 e 5218 del 2023)

SOMMARIO: 1. Il caso. 2. La nozione di gratuità del contratto e la sussidiarietà: un'occasione persa dal Consiglio di Stato. 2.1. L'offerta zero. 2.2. Il rimborso a piè di lista. 2.3. Il c.d. forfait. 3. Co-progettazione e co-programmazione: sussidiarietà a doppia velocità? 4. Conclusioni.

DI LUCREZIA TURRIZIANI COLONNA

ABSTRACT: Il contributo è diretto ad analizzare le recenti sentenze del Consiglio di Stato, n. 5217 e 5218 del 2023, relative all'affidamento dei contratti pubblici ad enti del terzo settore. In particolare, dopo aver ricostruito il quadro fattuale da cui la vicenda origina, si procede ad analizzare i passaggi argomentativi della giurisprudenza amministrativa. Ci si soffermerà, soprattutto, sulle nozioni di onerosità e gratuità dei contratti, noto spartiacque nell'applicazione della differente disciplina del codice dei contratti pubblici ed in quello del terzo settore, esaminando i diversi significati a queste attribuiti dai giudici amministrativi e da quelli eurounitari. In un'ottica critica, ci si interrogherà sulle possibili evoluzioni dell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale alla luce del decreto legislativo 31 Marzo 2023, n. 36. Infine, saranno analizzati, sia pure brevemente, gli istituti della co-progettazione e della co-programmazione quali modalità alternative di affidamento del contratto disciplinate dal codice del terzo settore e rilevanti nelle pronunce in esame.

ABSTRACT: *The paper is aimed at analysing the recent rulings of the Council of State, n. 5217 and 5218 of 2023, concerning the awarding of public contracts to nonprofit entities (i.e. enti del terzo settore). In particular, after a short overview of the factual framework from which the case originates, it will investigate the notions of onerosity and gratuitousness of contracts, that are relevant in the application of various sources of law, also considering the different meanings attributed to these by administrative judges and by European Union ones. In a critical perspective, the essay will question the possible developments of the current regulatory and jurisprudential framework in the light of legislative decree n. 36/2023. Finally, the institutes of co-designing and co-programming will be analysed, albeit briefly, as alternative ways of awarding contracts governed by the legislative decree n. 117/2017 and relevant in the rulings under examination.*

1. Il caso.

Le sentenze gemelle n. 5217⁽¹⁾ e 5218⁽²⁾ del 2023 rappresentano una preziosa occasione per riesaminare il rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici⁽³⁾ e quella del

1 Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217.

2 Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5218.

3 Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ed il più recente Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 che è entrato in vigore a partire dal 1° aprile 2023, ed ha acquisito efficacia a partire dal 1° luglio 2023.

terzo settore⁽⁴⁾, che a partire dal 2017 costituisce, una materia magmatica in costante divenire⁽⁵⁾.

Le pronunce in esame si collocano temporalmente in una fase di transizione tra la vigenza dell'ormai superato Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e l'entrata in vigore del nuovo Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e, come tutti i prodotti che nascono nei momenti di cambiamento, la più corretta comprensione delle stesse può avvenire solo guardando oltre la cornice normativa – codice dei contratti pubblici e codice del terzo settore – e valorizzando sia il diritto vivente delle corti, nazionali e non, che quello che emerge dall'osservazione della realtà.

Se è vero che la narrazione degli accadimenti rappresenta il metodo più efficace per cogliere la complessità di quanto si cela dietro il reticolo di norme che abitano l'ordinamento, tale narrazione origina, nelle sentenze qui considerate, da due vicende che vedono come protagonista il Comune di Latina impegnato nell'individuazione di un partner con cui progettare e gestire sul territorio servizi relativi ad attività di interesse generale⁽⁶⁾.

Attesa la natura “sociale” delle relative prestazioni, l'amministrazione locale sceglieva di applicare la disciplina del Codice del terzo settore, segnatamente gli art. 55 ss. del Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n.117 (d'ora in poi CTS), ricorrendo ad una procedura di gara semplificata, all'esito della quale veniva individuato come unico ente attuatore dei suddetti servizi la Società Cooperativa Ninfea, preferita al Consorzio di cooperative sociali Parsifal.

Successivamente, l'operatore soccombente impugnava le due determinazioni finali dell'amministrazione aggiudicatrice – n. 2002 e n. 2004 del 20 novembre 2021 – deducendo, in entrambi i casi, la violazione sia dell'art. 55 CTS relativo alla co-programmazione e co-progettazione dei servizi sociali, che dell'art. 56 CTS per difetto del requisito della gratuità del servizio oggetto di affidamento in virtù della previsione, a beneficio dell'ente attuatore, di un rimborso forfettario dei costi indiretti: nel primo caso pari a circa il 14% dei costi diretti ammessi al rimborso; nel secondo pari a poco più del 9%.

Il TAR Lazio accoglieva solo la censura fondata sull'assenza di gratuità, ravvisando, nelle vicende in esame, la mancanza di collegamento tra il rimborso in misura fissa e l'effettiva spesa sostenuta e rendicontata come richiesto dall'art. 56 CTS⁽⁷⁾; conseguentemente, il Comune di Latina, soccombente di fronte al tribunale regionale, proponeva appello avverso le due pronunce per i motivi (medesimi) che seguono. In primo luogo, il Comune deduceva la violazione dell'art. 56 CTS – unico articolo, a parere dell'appellante, a richiedere la gratuità del servizio – reputandolo inapplicabile alla fattispecie in esame.

4 Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n.117.

5 Sul punto si vedano i seguenti contributi: S. SCIARRA, *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, Il Mulino, 2007; A. ALBANESE, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2014, n. 3, 153 ss.; C. BASSU, *Esternalizzazioni, affidamenti e sussidiarietà orizzontale*, in *Sussidiarietà e concorrenza. Una prospettiva per la gestione dei beni comuni*, a cura di D. DONATI, A. PACI, Bologna, Il Mulino, 2010, 83 ss.; F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2016; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, Dike Giuridica, 2017; G. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, n.3-4, 627 ss.; D. D'ALESSANDRO, *Affidamento di servizi di interesse non economico al volontariato e “budgetary efficiency”: l'emergere di un nuovo assetto nei rapporti fra libertà di mercato e diritti sociali?*, in *Federalismi.it*, 2018, n.7, 1 ss.; E. FREDIANI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore: un quadro d'insieme sugli strumenti giuridici per la creazione di una “rete” pubblico-privata*, in *Aretè*, 2011, n.2, 12 ss.; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *Giustiziaamm.it*, 2023.

6 In particolare, un caso concerneva l'affidamento del segretariato sociale, del punto unico di accesso, del servizio sociale professionale, del sostegno socio-educativo domiciliare, della mediazione familiare e del pronto intervento sociale; l'altro, invece, riguardava la gestione di “Misure per il sostegno e l'inclusione sociale del distretto Latina 2”.

7 TAR Lazio, Sez. Latina, 28 marzo 2022, n. 280, in relazione al rimborso forfettario del 14, 55%; TAR Lazio, Sez. Latina, 28 marzo 2022, n. 281, in relazione al rimborso forfettario del 9,14%.

Con il secondo motivo di ricorso, invece, si contestava la corretta qualificazione delle cifre del 14,55% e del 9,14% da intendere non già come forma di rimborso a *forfait* – secondo l'interpretazione erroneamente fornita dalla sentenza impugnata – bensì come soglia non oltrepassabile ed entro la quale le spese indirette erano rimborsabili solo se documentate e rendicontate.

A fronte di tali censure il Consorzio Parsifal, resistente in giudizio, oltre a chiedere la reiezione del gravame in entrambe le vicende, proponeva appello incidentale avverso la sola sentenza n. 280 relativa all'affidamento dei servizi sociali summenzionati. Adduceva, quindi, nuovamente la violazione dell'art. 55 CTS e del Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 31 Marzo 2021, n. 72⁽⁸⁾, rilevando l'omissione da parte del Comune di Latina delle fasi di co-programmazione e di co-progettazione.

Investito delle questioni, il Consiglio di Stato rigettava ambedue gli appelli principali. Per motivi di sintesi, di seguito ci si soffermerà sulla sola pronuncia n. 5217, dal momento che la sentenza gemella n. 5218 ripropone per il comune motivo di gravame – ossia l'assenza di gratuità del rimborso forfettario, che rappresenta anche l'unica doglianza in tale seconda pronuncia – le stesse argomentazioni, con lo stesso esito.

Muovendo dalla prima doglianza avanzata dal Comune di Latina, la Quinta Sezione si sofferma sulla definizione giuridica di gratuità, che costituisce uno dei presupposti per applicare la disciplina del CTS, e giunge ad escludere che il rimborso forfettario dei costi – nel caso di specie quelli indiretti pari al 14,55% dei costi diretti – previsto nel contratto stipulato tra il Comune di Latina e la Società Cooperativa Ninfea possa integrare la gratuità del rapporto e quindi il concetto normativo di rimborso ammissibile in base all'art 56 comma 2 CTS⁽⁹⁾.

Dopo aver respinto l'appello principale, il collegio passa ad esaminare quello incidentale avanzato dal Consorzio Parsifal, e lo accoglie parzialmente, nei termini di seguito precisati.

Da un lato reputa infondata la censura relativa alla violazione della fase di co-programmazione, ritenendo idoneo ad integrare l'art. 55 CTS anche il generico coinvolgimento dei rappresentanti degli enti del terzo settore⁽¹⁰⁾. Dall'altro lato, invece, il Consiglio di Stato accoglie il secondo profilo di censura, ravvisando una violazione della funzione di co-progettazione, assente nel caso di specie dal momento che il documento di massima allegato nell'avviso pubblico dal Comune di Latina prefigurava già nei minimi dettagli i vari servizi che, invece, avrebbero dovuto essere concordati nella fase di co-progettazione con l'ente selezionato nella procedura di evidenza pubblica.

Ebbene, proprio sullo sfondo di tali vicende fattuali si stagliano alcune direttrici di riflessione che, senza pretesa di esaustività, meritano di essere approfondite.

2. La nozione di gratuità del contratto e la sussidiarietà: un'occasione persa dal Consiglio di Stato.

Tre, in particolare, risultano i profili di interesse alla luce dei quali le pronunce possono essere idealmente scomposte ed analizzate: l'accezione della locuzione di co-programmazione; l'attuazione della co-progettazione e, infine, la nozione di gratuità del contratto rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina del terzo settore.

Il binomio oneroso/gratuito rappresenta, infatti, lo spartiacque ai fini dell'applicazione – in via alternativa – della disciplina del codice dei contratti pubblici (ai contratti onerosi) o di quella del codice del terzo settore (ai contratti gratuiti), che, a differen-

⁸ Il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali 31 marzo 2021, n. 72 contiene le Linee guida sul Codice del terzo settore.

⁹ Lo stesso esito con le stesse argomentazioni si rinviengono nella sentenza gemella n. 5218/2023.

¹⁰ Gli enti coinvolti nel caso di specie erano il Forum Terzo Settore, Coordinamento Via libera, CSV e FISH Lazio.

za del primo, prevede modalità di affidamento più snelle e celeri: una procedura ad evidenza pubblica, ai sensi del Titolo VII del CTS, finalizzata alla selezione degli enti del terzo settore con i quali formalizzare un rapporto di collaborazione *sub specie* di co-programmazione, co-progettazione e convenzioni.

Prima di approfondire quali criticità si celano dietro le summenzionate forme di amministrazione condivisa, risulta, quindi, determinante delineare il perimetro entro il quale il contratto può essere definito gratuito, poiché solo in questo caso si potrà, poi, procedere secondo la disciplina del d.lgs. 117/2017⁽¹¹⁾.

Proprio la nozione di gratuità⁽¹²⁾ – e argomentando a contrario quella di onerosità⁽¹³⁾ – rappresenta da tempo, come emerge anche nelle sentenze in commento, l'epicentro di un complesso quadro normativo e giurisprudenziale, in cui la pluralità di fonti – direttive eurounitarie⁽¹⁴⁾, codice dei contratti pubblici e codice del terzo settore – e di organi competenti ad interpretarle, hanno, non di rado, dato luogo ad incertezza esegetica e, quindi, applicativa⁽¹⁵⁾.

Da un lato, il Consiglio di Stato, a partire dal parere del 2018 ha propugnato una nozione restrittiva di gratuità contrattuale, desumendola per sottrazione da quella di onerosità che, secondo i giudici amministrativi, includerebbe ogni contratto idoneo a fornire una utilità alla controparte⁽¹⁶⁾. In quest'ottica, sarebbe oneroso – con applicazione della disciplina del codice dei contratti – anche il contratto formalmente gratuito e privo di corrispettivo ma che, nondimeno, sottende uno scambio empirico e attribui-

11 M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il codice del terzo settore: un nuovo paradigma?*, Relazione in occasione del Seminario di Alta Formazione su "La riforma del Terzo Settore", in www.spisa.unibo.it, 2018. Evidenziano gli Autori che "il Codice (del terzo settore) segna – o perlomeno accentua – una rivoluzione, un cambiamento di paradigma, tra pubblici poteri e società civile, che si spinge ben oltre il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, della Costituzione". Per ulteriori ragguagli, A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo Settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.federalismi.it, 2021, n. 2.

12 Sulle differenti nozioni di gratuità si vedano i seguenti contributi: A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, UTET, 2008; M. CENINI, *Liberalità, società e Terzo Settore: contributo allo studio dei negozi traslativi gratuiti e della destinazione*, Torino, Giappichelli, 2023; C. M. BIANCA, *Diritto civile, I contratti*, Milano, Giuffrè, 1997, 466 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*²⁰¹⁷, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, 841 ss.

13 Sulla nozione di onerosità nei contratti pubblici si vedano i seguenti contributi: R. CIPPITANI, *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 2013, n.5, 523 e ss.; S. PELLIZZARI, *La coprogettazione come forma di collaborazione tra PA e enti del terzo settore*, in *Munus Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2019, n.2; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2022, 418 ss. A. FICI, *I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato*, in A. FICI, L. GALLO e F. GIGLIONI, *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 55-83. Più in generale, sul tema dell'onerosità del contratto nella dottrina civilistica si vedano F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 839 ss.; F. GIGLIOTTI, *Contratto a titolo gratuito (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 2021, 164 ss.; E. LOFFREDO, *Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. oriz. dir. comm.*, 2014, n.3; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Milano, Giuffrè, 2011, 412 ss.

14 Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE. In particolare, l'art 5 della direttiva n. 23 sulle concessioni definisce la concessione di lavori "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto, in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo"; l'art 2 della Direttiva n. 24 sugli appalti pubblici, li definisce "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

15 Sul punto si veda P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, n. 3, 317 ss. A parere dell'Autore, il complesso quadro delle fonti si presta ad essere ricomposto intorno alla Costituzione, fondamento di legittimazione supremo degli atti normativi vigenti nel territorio nazionale. Sull'incidenza dei valori costituzionali sul diritto privato, si vedano P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, cap. I, e S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

16 Consiglio di Stato, 20 agosto 2018, parere n. 2052, in *GiustiziaAmministrativa.it*.

sce all'altro contraente un qualsivoglia vantaggio economico⁽¹⁷⁾.

Dall'altro lato, si colloca, la Corte di Giustizia che, come osservato da autorevole dottrina⁽¹⁸⁾, sembra restringere la nozione di onerosità ampliando, invece, il raggio della gratuità nei limiti in cui fa rientrare nella prima solo l'operazione negoziale che contempli anche giuridicamente una controprestazione. Più precisamente “*il fatto che l'ottenimento di [un] contratto possa avere un valore economico per l'offerente, nella misura in cui esso gli conferirebbe l'accesso ad un nuovo mercato o gli consentirebbe di ottenere referenze, non può essere sufficiente per qualificare tale contratto come contratto a titolo oneroso*”⁽¹⁹⁾.

Tanto premesso, qualificare il contratto come oneroso o gratuito rappresenta, nel coordinamento normativo tra la disciplina del codice dei contratti pubblici e quella del codice del terzo settore, il primo criterio di rilievo, ma non certamente l'unico.

La più corretta esegesi ordinamentale, pur originando dal dato legislativo, non può infatti arrestarsi allo stesso, prescindendo dalla sua armonizzazione con i principi che i codici di settore sottendono, incarnano e promuovono⁽²⁰⁾. È, così, che entrano nel quadro normativo e nel giudizio di valutazione dell'interprete la concorrenza e la solidarietà⁽²¹⁾, il mercato e la sussidiarietà⁽²²⁾ come valori che ridisegnano i confini delle discipline speciali, arrivando, talvolta, a superare il perimetro tracciato dalle nozioni

17 Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, in De Jure. “*L'affidamento di servizi a titolo gratuito configura un contratto a titolo oneroso, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, posto che l'onerosità non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, economicamente apprezzabile (quale, ad es. il c.d. “ritorno di immagine”)*”. In senso analogo, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232, in De Jure. Per un approfondimento, L. GORI, *Dalla patologia delle sentenze alla fisiologia della prassi*, in rivistaimpresasociale.it, ult. visita 15 novembre 2021.

18 R. GIOVAGNOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Torino, ItaEdizioni, 2022, 559 ss. L'Autore mette in evidenza il differente approccio della giurisprudenza comunitaria – volto a restringere la nozione di onerosità – rispetto al tradizionale orientamento del Consiglio di Stato. In senso contrario, si veda R. CIPPITANI, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in Europa e diritto privato, n. 2/2009, 503. Secondo l'Autore, il concetto di onerosità accolto dal diritto europeo è più ampio rispetto a quello proprio del diritto civile italiano.

19 Corte di giustizia UE, sez. IV, 10 settembre 2020, C-367/19, *Tax-Fin-Lex*. Per un primo commento si veda G. PISANI, *Esclusione di un'offerta pari a € 0.00. Cosa ne pensa la Corte di Giustizia UE – Causa C-367/19*, in Riv. Interd. dir. amm. pubbl., 2021, n.1; S. SMITH, *C-367/19: Tax-Fin-Lex: tenders priced at Euro 0.00 and the EU rules on abnormally low tenders: case comment*, in Public Procurement Law Review, 2021, 1-4; F. ESPOSITO, L. DE ALMEIDA, *European Union Litigation*, in European Review of Contract Law, 2021, n.1, 87-106.

20 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 228 ss. Sul punto, l'Autore evidenzia come “*acclarato che i principi costituzionali, unitamente al diritto europeo ed alle Convenzioni internazionali hanno natura normativa e gerarchicamente superiore alle regole e ai principi codicistici di rango ordinario, il problema non è tanto l'armonizzazione tra questi due livelli complementari, quanto l'adeguamento del livello ordinario a quello gerarchicamente superiore*”. A favore, invece, di una dogmatica della mediazione tra principi costituzionali e regole di rango ordinario si veda A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in Riv. dir. civ., 1990, n.1, 735 ss.; G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in Nuovo dir. civ., 2017, n.3, 47 ss.

21 Sui plurimi significati che la solidarietà può assumere, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 161 ss, evidenzia che “*la solidarietà costituzionale – rispetto a quella del codice civile che è soltanto economica, rivolta a scopi nazionalistici, di efficientismo del sistema e di aumento della produttività – ha fini politici, economici, sociali, la rilevanza dei quali emerge dal collegamento tra gli artt. 2 e 3 cost., tra l'art 2 cost. e l'intero sistema costituzionale*”. Per ulteriori approfondimenti, P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in Annali Sisdic, 2020, n.5; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in Costituzionalismo, 2016, 27 ss..

22 Per alcuni contributi sul principio di sussidiarietà orizzontale nell'attuazione dei diritti sociali si vedano: D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, in Quaderni della Rassegna di dir. civ., 2008, 58 ss.; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; A. D'ATENA, *Sussidiarietà e proporzionalità nelle dinamiche multilivello e nelle relazioni pubblico – privato*, in *Federalismi*, 2022, n.4, 336 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto Pubblico*, n.1/2002; T. E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in Riv. giuridica del Mezzogiorno, 2000, n.1, 15 ss.; A. MANZONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*, in *Giustiziaamministrativa.it*, giugno 2023; S. CASSESE, *Laquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro. it*, 1995, n. 10, 373 ss.

giuspositiviste di onerosità e gratuità del contratto da affidare⁽²³⁾.

E proprio come ogni principio è storicamente condizionato, prima ancora che condizionante, anche la concorrenza e la solidarietà non sono immuni da quel diritto che vive anche al di fuori della *lex scripta*⁽²⁴⁾. Dopo un lungo periodo di primazia incontrastata della prima e, con essa, del codice degli appalti⁽²⁵⁾, di recente la Corte costituzionale, intervenendo con una storica sentenza sembrerebbe aver inaugurato una nuova “primavera” della solidarietà e sussidiarietà⁽²⁶⁾.

Come emerge dalla pronuncia del giudice delle leggi, collegando l'art. 55 CTS all'art. 118 ultimo comma della Carta fondamentale, si ammantava il primo della forza propria della fonte costituzionale, consentendo, così, all'amministrazione condivisa di ergersi non già a concorrente, bensì ad alternativa equipollente all'affidamento concorrenziale⁽²⁷⁾.

Volendo portare a termini estremi il ragionamento della Corte costituzionale, la massima valorizzazione della solidarietà sociale ben potrebbe condurre l'ente pubblico a scegliere, al ricorrere delle condizioni di legge, forme di co-amministrazione rientranti nel d. lgs. 117/2017 in luogo delle modalità di affidamento concorrenziali

23 P. PERLINGIERI, *Francesco Gentile e la legalità costituzionale: dalla diffidenza alla piena sintonia*, in L'Ircocervo, 2014. L'Autore evidenzia che “l'ampliamento delle fonti giuridicamente rilevanti realizza un reciproco arricchimento: esemplare è l'esperienza della Comunità europea che, nata esclusivamente come mercato unico, sotto la spinta delle tradizioni costituzionali europee e del ruolo delle Corti costituzionali, soprattutto italiana e tedesca, nonché di un significativo processo politico, manifesta, nei Trattati successivi e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, attenzione alla dignità dell'uomo, ai suoi diritti a prescindere dalle ragioni del mercato; viceversa, il diritto dei Paesi membri, come l'Italia, si manifesta più attento alle liberalizzazioni dei mercati e della concorrenza. Un'armonizzazione che conduce ad unico comune ordine pubblico, fondante il sistema italo-europeo. [...] Per decretare la fine del positivismo legislativo, un nuovo approccio da parte dei giuristi diventa necessario. La sottolineatura di un sistema ordinamentale articolato nelle sue fonti e complesso, in quanto composto di livelli diversi e non separabili, comporta la necessaria individuazione della sua unitaria assiologia, quale sintesi di valori esplicitamente dati e di valori desumibili dal contesto storico-culturale. Entrambi sono da considerare positivi ed entrambi ad un tempo hanno natura giuridica e politica”.

24 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 323 ss. L'Autore parla di “possibile molteplicità di significati degli enunciati normativi che dipende da una pluralità di fattori quali il contesto di rilevanza normativa nel quale si inserisce, il contesto socio-culturale che insieme a quello normativo costituisce la complessità della struttura di una società, le peculiarità delle fonti del diritto e l'organizzazione delle istituzioni, la cultura dei giuristi interpreti, il tipo di argomentazioni e di tecniche, ovvero il metodo applicato nell'interpretazione dell'enunciato normativo, l'insieme dei precedenti e delle decisioni formulate quale prassi applicativa, il grado di conoscenza delle peculiarità del problema specifico da risolvere e la loro adeguata valutazione”.

25 M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in Astrid Rassegna, 2015, n.19; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in Dir. Amm., 2008, 297 ss.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, 398 ss.

26 Corte Costituzionale, 20 giugno 2020, n. 131. L'importanza della solidarietà come valore fondante dell'ordinamento giuridico era stata già evidenziata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 309, 17 dicembre 2013.

27 *Ibid.* para 4. E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2020, n. 3, 57; L. GORI, *Riflessioni sui limiti costituzionali alle misure promozionali del Terzo settore*, in Giurisprudenza costituzionale, 2020, n. 6, 3017; G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, in Impresa Sociale, 2020, n. 3, 96-100.

crystallizzate nel codice di derivazione eurounitaria⁽²⁸⁾.

Se queste sono, dunque, le premesse da cui ha avuto inizio la nuova stagione della c.d. amministrazione condivisa, proprio le due pronunce in esame rese dal Consiglio di Stato in relazione all'affidamento di servizi sociali⁽²⁹⁾ da parte del Comune di Latina si prestano ad essere – ad avviso di chi scrive – un prezioso banco di prova per testare quanto peso abbia assunto la solidarietà -e con essa la sussidiarietà – nel giudizio di bilanciamento dell'interprete.

In particolare, quanto alla questione concernente la qualificazione del contratto che prevede un rimborso delle spese indirette di tipo forfettario, l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa finora prevalente⁽³⁰⁾ dubita della gratuità di una tale operazione negoziale, rilevando come la possibilità di rimborsare forfetariamente le spese costituisca un metodo svincolato dalla verifica di quanto effettivamente speso. Al contrario, l'unica modalità di compensazione compatibile con la nozione di gratuità e idonea a giustificare, per i soli servizi sociali, la deroga al diritto europeo degli appalti sarebbe il rimborso analitico delle spese a piè di lista che consente di verificare che l'affidatario del servizio sociale non benefici di nessun tipo di lucro, nemmeno indiretto.

Come visto *supra*, non discostandosi dall'orientamento maggioritario, il Consiglio di Stato in entrambe le pronunce giunge ad estromettere l'affidamento sociale – convenzione con rimborso forfettario dei costi indiretti – dall'ambito della disciplina del codice del terzo settore, rinvenendo da parte del Comune di Latina una violazione dell'art. 56 CTS⁽³¹⁾.

E proprio su tale conclusione – che nell'argomentazione dei giudici giunge automaticamente (forse frettolosamente) al termine di una ricognizione del precedente quadro normativo e giurisprudenziale – sembrerebbero appuntarsi i principali rilievi

28 In aggiunta, secondo la Corte Costituzionale è lo “stesso diritto dell'Unione che mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)”. In senso critico, sulla contrapposizione tra solidarietà e concorrenza si vedano altresì A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2015, 89 ss.; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: “conflitto” o “concorso”?*, in Mercato, concorrenza e regole, 2004, 75 ss. Nel senso di un bilanciamento tra concorrenza, solidarietà ed efficienza, si veda anche la Corte di giustizia UE, sez. IV, 14 luglio 2022, C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*. In particolare, la Corte afferma che “il ricorso esclusivo agli enti privati senza scopo di lucro al fine di garantire la fornitura di tali servizi sociali può essere motivato sia dai principi di universalità e di solidarietà, propri di un sistema di assistenza sociale, sia da ragioni di efficienza economica e di adeguatezza, in quanto consente che tali servizi di interesse generale siano assicurati in condizioni di equilibrio economico sul piano finanziario, da enti costituiti essenzialmente al fine di tutelare l'interesse generale e le cui decisioni non sono guidate, come rileva il governo spagnolo, da considerazioni esclusivamente commerciali. Quando è motivata da tali considerazioni, l'esclusione degli enti privati a scopo di lucro dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici aventi ad oggetto la fornitura di tali servizi sociali non è in contrasto con il principio di pari trattamento, purché tale esclusione contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio sui quali tale sistema è fondato”. Per un commento, S. PELLIZZARI, *FORME DI COLLABORAZIONE TRA ENTI PUBBLICI E TERZO SETTORE: LA CORTE DI GIUSTIZIA VALORIZZA LA DISCREZIONALITÀ DEGLI STATI MEMBRI PER UN MIGLIOR BILANCIAMENTO TRA SOLIDARIETÀ, EFFICIENZA E CONCORRENZA*, in Istituz. del federal., 2022, n. 4, 1021-1048.

29 I servizi sociali da affidare nel caso di specie erano il servizio di segretariato sociale, il punto unico di accesso, il servizio sociale professionale, il sostegno socio-educativo domiciliare, la mediazione familiare-centro per la famiglia e il pronto intervento sociale.

30 Il Consiglio di Stato nel parere speciale afferma che “il rimborso forfettario non garantisce la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale”. In termini analoghi, Corte di giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione v. Italia*, che ha escluso la gratuità del rapporto valorizzando il fatto che il rimborso previsto fosse calcolato su base forfettaria; Corte di giustizia UE, sez. VIII, 18 ottobre 2018, C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl*, nella quale una sovvenzione consistente in una forma di rimborso forfettario è considerata controprestazione nell'ambito di un contratto a titolo oneroso rispetto alla fornitura di un farmaco.

31 F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del Terzo settore*, in Munus. Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici, 2019, n. 9(2), 499-524; F. CORTESE, *Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in Il Diritto dell'Economia, 2014, n. 3, 457-479.

critici. Invero, qualificare come oneroso il contratto relativo all'affidamento di servizi sociali per il solo fatto che preveda un rimborso forfettario dei costi indiretti parrebbe sottendere una interpretazione che, come si avrà modo di constatare, risulta rigida, formale e talvolta finanche imprecisa.

È possibile confutare la veridicità dell'equazione onerosità-rimborso forfettario già solo mantenendosi sul piano del dato normativo del concetto di gratuità e tralasciando, almeno per ora, i principi e l'interpretazione ad essi orientata⁽³²⁾.

A tal fine, va chiarito che il concetto di gratuità di cui si discute non costituisce un'etichetta fissa ed immutabile, ma merita di essere analizzato caso per caso, esplicitando i tre diversi significati che esso può assumere.

2.1. L'offerta zero.

Restringendo l'analisi ai contratti aventi ad oggetto i servizi sociali, in primo luogo, è sicuramente gratuita ed unanimemente considerata tale, l'offerta zero ossia quella priva di qualsiasi forma di remunerazione. In questo caso, l'operatore eseguirà la prestazione senza ricevere nulla⁽³³⁾. Nell'ambito di tale nozione, poi, sarà ulteriormente possibile distinguere tra gratuità economicamente interessata e gratuità disinteressata. E solo quest'ultima, a rigore, è priva di un vero e proprio sinallagma: nella prima, pur mancando lo scambio giuridico – ossia una controprestazione in senso stretto – viene, infatti, in rilievo uno scambio empirico che è ravvisabile nel vantaggio economicamente rilevante, anche se non direttamente finanziario, che riceve il contraente che esegue la prestazione a costo zero⁽³⁴⁾.

Mutatis mutandis, la stessa distinzione tra gratuità interessata e disinteressata viene in rilievo se si confrontano i contratti attivi (come la sponsorizzazione) ed i contratti gratuiti in senso stretto. Pur condividendo l'elemento del mancato esborso di denaro da parte dell'amministrazione, le suddette convenzioni si differenziano profondamente per la sostanza dell'operazione che realizzano⁽³⁵⁾. Solo nei primi, infatti, l'appaltatore

32 Sull'incidenza dei principi nell'interpretazione si vedano i seguenti contributi: N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, 865 s.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, 1115 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, 154 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico. I civilisti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 254 ss.; G. PERLINGIERI, *RAGIONEVOLEZZA E BILANCIAMENTO NELL'INTERPRETAZIONE RECENTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE*, in Riv. dir. civ., 2018, 716 ss.

33 Corte di giustizia dell'Unione Europea. UE, IV, C-367/19, *Tax-Fin-Lex*, para 26: "Secondo la giurisprudenza della Corte, dal senso giuridico abituale dei termini «a titolo oneroso» risulta che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione (v., in tal senso, Corte giust. UE, C-606/17, *IBA Molecular Italy*). Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni, anche se detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito, ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale. Ne consegue che un contratto con il quale un'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte si è impegnata a realizzare non rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24". Per un commento, D. PAPPANO, *Le cd. offerte a zero negli appalti pubblici*, in *dpeonline.it*.

34 Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4614, 2017; Consiglio di Stato, sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4718. Per un commento su tale giurisprudenza, M. CHIARELLI, *Appalti pubblici di servizi a titolo gratuito*, in *federalismi.it*, 2018, n. 18.

35 G. AGATI, *Coinvolgimento degli enti del Terzo Settore da parte della P.A. (D.Lgs. n. 117/2017) e rapporti con il codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2022, n. 2, 227.

riceve una utilità dall'esecuzione della commessa⁽³⁶⁾, assente, invece, nei contratti gratuiti economicamente disinteressati che risultano necessariamente in perdita per chi esegue la prestazione⁽³⁷⁾.

2.2. Il rimborso a piè di lista.

La seconda variante della gratuità – anch'essa ormai indiscussa – ricomprende, invece, il contratto in cui a fronte della prestazione la parte riceve solo il rimborso delle spese vive, ossia quelle documentate nelle singole voci in modo specifico⁽³⁸⁾. Così facendo, il contraente esecutore ottiene solo una compensazione per i costi, che giammai potrà tradursi surrettiziamente in un corrispettivo⁽³⁹⁾. Sul punto, la giurisprudenza eurounitaria più recente ha ampliato il novero delle spese rimborsabili, includendo accanto ai costi necessari per remunerare i fattori di produzione anche quelli relativi al personale⁽⁴⁰⁾. Ciò, si badi, con la dovuta precisazione che anche in quest'ultimo caso è richiesto un collegamento diretto con il servizio oggetto di finanziamento⁽⁴¹⁾.

2.3. Il c.d. forfait.

Infine, viene in rilievo il rimborso spese in misura fissa (c.d. forfait) che rappresenta la terza forma di gratuità, nonché la più controversa ai fini della presente analisi. Una rigorosa interpretazione della gratuità porterebbe, in realtà, a negare che il rimborso forfettario rientri nel concetto di gratuità. E, come già evidenziato, in tal senso opina altresì la giurisprudenza prevalente⁽⁴²⁾. Se, infatti, il significato di gratuità si basa sulla matematica del saldo zero o negativo, tale risultato mancherebbe *prima facie* nel rimborso in misura fissa in cui, non conoscendosi preventivamente le singole voci di costo, non è possibile stabilire se la compensazione pattuita *ex ante* superi quanto speso dal contraente prestatore. Con la conseguenza che, qualora ciò dovesse accadere, il *surplus* ricevuto rispetto a quanto impiegato porterebbe all'operatore un lucro estraneo alla nozione di gratuità.

Ciò detto, tuttavia, come il rimborso fisso può superare la spesa, allo stesso modo non è da escludere a priori e senza ulteriori approfondimenti che la spesa pareggi o addirittura superi il rimborso fisso: in tale evenienza, costituirebbe un errore logico, prima ancora che giuridico, qualificare il contratto come oneroso e non gratuito.

Volendo, quindi, applicare le suddette coordinate al caso di specie, soltanto in seguito al calcolo delle singole voci di costo ricomprese nel forfait del 14,55 % e del 9,14% dei costi diretti, sarebbe stato possibile valutare se quanto corrisposto dal Comune di Latina per i costi indiretti integrava un rimborso o una remunerazione e, di conseguenza, qualificare il contratto di prestazione dei servizi sociali come gratuito o oneroso.

36 In questo senso si veda Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4614, 2017, che in relazione ad un contratto di sponsorizzazione privo di corrispettivo afferma "alla prestazione dello sponsor in termini di dazione del denaro o di accollo del debito corrisponde l'acquisizione, in favore dello stesso sponsor, del diritto all'uso promozionale dell'immagine della cosa di titolarità pubblica. In altri termini: la circostanza che vi sia verso lo sponsor una traslazione meramente simbolica, cioè di immagine, della cosa di titolarità pubblica non può essere considerata come vicenda gratuita, ma va posta in stretta relazione, nei termini propri dell'equilibrio sinallagmatico, con il valore della controprestazione, vale a dire della dazione dello sponsor".

37 Il Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 novembre 2021, n. 7442, ha definito questi contratti gratuiti in senso stretto come "contratti liberali", proprio per sottolineare l'elemento del mancato conseguimento di utilità da parte del privato.

38 Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018, para 5; Corte di giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13, Azienda sanitaria locale Spezzino. S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore tra gratuità del rapporto e regime dei rimborsi*, in *Impresa sociale*, 2020, n. 4, 98.

39 Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018.

40 Tribunale UE, IV sez., 19 febbraio 2016, T-53/14, Ludwig Bolkow-Systemtechnik c. Commissione.

41 Nel caso *Ludwig Bolkow-Systemtechnik c. Commissione*, la Commissione ha evidenziato non tanto che fosse previsto il rimborso del costo relativo al personale, ma che il rimborso venisse calcolato in modo da tale da sovradimensionare il costo effettivamente sopportato.

42 Vedi nota n. 11.

E non è tutto. Invero, la nozione di gratuità patrocinata dal Consiglio di Stato anche nelle sentenze in esame vacillerebbe, *a fortiori*, di fronte ad una interpretazione sistematica⁽⁴³⁾ che tenga conto anche dei principi della solidarietà e della sussidiarietà.

Il diritto non è matematica ed in un contesto ordinamentale in cui la socialità del servizio da affidare – accanto alla gratuità della convenzione – è in grado di incidere sulla disciplina applicabile, transitando da quella del codice dei contratti pubblici a quella del codice del terzo settore, sembrerebbe quantomeno opportuno – se non doveroso – non arrestarsi alla formula “rimborso a *forfait*” nel qualificare il contratto come oneroso, al fine di verificare che nel caso di specie non ci sia, in realtà, un pareggio tra costi e compensazioni e, quindi, la gratuità del servizio.

E proprio in questa operazione di qualificazione del contratto dovrebbe emergere la forza dei principi per imporre all'interprete di non arrestarsi di fronte alla mera formula negoziale (“rimborso a *forfait*”), ma di indagare la vera natura della convenzione⁽⁴⁴⁾.

In questo modo, la valorizzazione della solidarietà e della sussidiarietà consacrate negli artt. 55 e 56 CTS porterebbero ad allargare le maglie della gratuità a discapito dell'onerosità e, conseguentemente, dell'operatività del codice dei contratti pubblici. Il risultato atteso sarebbe, quindi, quello di consentire anche a casi come quelli appena analizzati di confluire negli affidamenti previsti dalla disciplina speciale del CTS.

Sembra essere questa l'occasione, più che preziosa, sfuggita ai giudici amministrativi.

Nella scelta tra propugnare una nuova concezione di gratuità di ampio respiro e solidalmente orientata – il suddetto terzo significato – o rievocare la tradizionale formula del «*rimborso [...] delle spese effettivamente sostenute e documentate*», le sentenze in esame optano decisamente per la seconda, non curandosi della funzione di orientamento che avrebbero potuto svolgere in un momento – quello in cui sono pronunciate – di transizione dell'ordinamento sia normativa, dal vecchio al nuovo codice dei contratti pubblici, che assiologica, dalla “concorrenza sopra ogni cosa” alla “condivisione del progetto”. E ciò, anche a costo di portare alla massima estensione, *rectius* forzare, i confini della nozione di gratuità, come si ammette, sarebbe accaduto se anche quei contratti con il rimborso delle spese in misura fissa – oggetto di affidamento diretto da parte del Comune di Latina – fossero stati qualificati come non onerosi.

Nulla, invece, nel ragionamento pretorio, sembra essere cambiato rispetto a quel parere del Consiglio di Stato del 2018 che nel definire la regola – codice dei contratti pubblici – e nello stesso tempo porvi l'eccezione – codice del terzo settore – designava un coordinamento normativo non solo superato dai più recenti interventi normativi

43 Sull'importanza dell'interpretazione sistematica si veda A. FALZA, *I principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 335 ss, l'Autore definisce l'interpretazione sistematica “*procedimento fondamentale di ogni ermeneutica giuridica*”. In argomento si vedano, altresì, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 205 ss; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, 237; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica, il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. codice civile e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Scuole tendenza e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, 297 secondo il quale “*il singolo enunciato legislativo diventa norma quando è letto e confrontato con l'intero ordinamento in dialettica con i fatti storici concreti, con i rapporti individuali e sociali*”.

44 Sul ruolo del giurista come interprete della realtà giuridica e sociale si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus Rivista di scienze giuridiche*, 1959, n. 2, che afferma che “*l'interprete è chiamato non già ad un'operazione di natura aritmetica, ma ad un apprezzamento, il quale deve rispondere alle esigenze assiologiche di una valutazione normativa insita nella legge*”.

e giurisprudenziali, ma addirittura in contrasto con gli stessi⁽⁴⁵⁾. E, così persistendo, il Consiglio di Stato sembra fermarsi al passato prossimo piuttosto che incoraggiare il prossimo futuro.

D'altro canto, deve ammettersi che optare per la soluzione innovativa appare essere una scelta sempre più agevole per chi non deve compierla e si limita a commentare; e non vi è dubbio che anche aderendo all'interpretazione che ricomprende il rimborso forfettario nella nozione di gratuità, il Consiglio di Stato si sarebbe esposto ad altrettante obiezioni.

Volendo qui concentrarsi su quelle che potrebbero maggiormente cogliere nel segno, si evidenzia che qualificare il contratto che preveda un rimborso in misura fissa come "gratuito fino a prova contraria" determinerebbe, in primo luogo, un gravoso onere in capo all'organo giudiziario eventualmente chiamato ad intervenire. Spetterebbe, infatti, a quest'ultimo in sede di impugnazione richiedere una specificazione delle singole voci di costo e verificare il saldo effettivo. Insomma, si finirebbe per trasformare il giudice in una sorta di contabile pubblico, ruolo questo estraneo alla sua competenza e che, data la complessità, impatterebbe grandemente anche sulla ragionevole durata del processo.

In aggiunta, un'altra obiezione sarebbe agevolmente prospettabile e meno agevolmente superabile.

Come in ogni ambito in cui vengono in rilievo concetti giuridici indeterminati – la nozione di forfait in questo caso – l'incertezza semantica genererebbe un incremento del contenzioso⁽⁴⁶⁾. Invero, applicare gli artt. 55 e 56 CTS anche al contratto di servizi sociali che prevede il rimborso in misura fissa porterebbe i concorrenti (anche solo potenziali) dell'ente prescelto ad impugnare sempre il provvedimento di affidamento del contratto, contestando, nei casi dubbi, la gratuità di quest'ultimo e quindi la violazione dell'obbligo di gara prescritto per le commesse onerose. E ciò, peraltro, senza che le due condizioni per l'azione possano effettivamente limitare la platea dei ricorrenti.

In relazione alla legittimazione, il Consiglio di Stato ha, ormai, chiarito come essa sussista, in via del tutto eccezionale, anche in assenza di domanda di partecipazione alla gara quando questa non c'è stata, ma avrebbe dovuto esserci⁽⁴⁷⁾. Ebbene, tale sarebbe proprio il caso in cui, all'esito del controllo contabile sul forfait, il contratto risulti essere in realtà oneroso: si dovrà applicare la disciplina del codice dei contratti.

Quanto alla seconda condizione dell'azione, l'interesse ad agire, anch'esso sarebbe agevole da rinvenire. È noto come tale presupposto processuale sia, ormai, inteso in senso ampio dalla giurisprudenza nazionale ed eurounitaria, arrivando ad includere finanche la posizione del ricorrente che, con l'accoglimento dell'impugnazione, vedrebbe solo accresciute le proprie possibilità di ottenere il servizio sociale nuovamente

45 Sugli ultimi interventi normativi si vedano F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in Giustiziaamministrativa.it, 4 luglio 2023; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in Astridonline.it, 2023; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo Settore e nel Codice dei Contratti Pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in Munus. Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici, 2019, n. 1, 139-186; A. FICI, *Codice del Terzo settore: quello che non vede la giustizia amministrativa*, in Vita.it, 7 giugno 2020; G. ARENA, F. SCALVINI, P. BONASORA, C. BORZAGA, A. FICI, P. FORTE, F. GIGLIONI, L. GORI, G. MACDONALD, G. MAROCCHI, S. PELLIZZARI, E. ROSSI, E. SALVATORELLI, G. SEPIO, E. V. UCCELLINI, *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in Welfare Oggi, 2019, n. 1, 3-10.

46 E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri delle amministrazioni*, in Diritto e processo amministrativo, 2014, n.8, 768-769; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, 65 ss.

47 Consiglio di Stato, Sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11519; in senso conforme Corte di giustizia UE, Sez. III, 28 novembre 2018, C328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 424.

disponibile sul mercato dei contratti pubblici da affidare⁽⁴⁸⁾.

Ciò detto, ci si potrebbe chiedere se sia in qualche modo possibile superare le suddette obiezioni e le disfunzioni che deriverebbero da un tale accertamento sulla natura del rimborso, successivo e ad opera del giudice.

Una soluzione alternativa sarebbe quella di prevedere un controllo sul *forfait* non già *ex post* ed in sede giudiziaria, bensì *ex ante* ed in sede amministrativa. In questa variante, spetterebbe all'amministrazione affidante predisporre preventivamente nel contratto delle tariffe forfettarie sulla base del criterio del mero rimborso e nel rispetto della regola del saldo zero o negativo.

Tale è anche il meccanismo delineato nelle osservazioni rese dall'Azienda Emergenze Urgenze Regione Lombardia in occasione della consultazione pubblica effettuata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'ambito della redazione delle linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali⁽⁴⁹⁾.

A parere dell'Azienda, l'opportunità di ricomprendere anche il rimborso forfettario nella nozione di rimborso spese assurgerebbe a vera e propria necessità a fronte degli interventi d'emergenza. In questo caso, l'estemporaneità del servizio da fornire se da un lato impedisce di presentare i costi per ogni singola prestazione in cui occorre garantire l'intervento emergenziale istantaneo, dall'altro non ostacola la previsione di un rimborso forfettario, limitato alle spese sostenute per il personale, ai mezzi impiegati nonché alla quota dei costi fissi rapportabile ai servizi definiti, con il limite di garantire la sola copertura dei meri costi sostenuti e senza alcuna quota di lucro⁽⁵⁰⁾.

Ad ulteriore sostegno di tale conclusione, se ne evidenzia anche la convenienza sotto il profilo strettamente economico per le risorse pubbliche. È, infatti, possibile affermare, senza pericolo di smentita, che nella maggior parte dei casi – se non nella totalità – affidare lo svolgimento di prestazioni ad associazioni che operano senza scopo di lucro implica minor dispendio rispetto al ricorso ad imprese private che operano con finalità di profitto⁽⁵¹⁾.

Senonché, anche la soluzione appena richiamata non sembra andare esente da una ulteriore contro-obiezione: attribuendo all'amministrazione l'onere di controllare

48 Consiglio di Stato, Sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258, secondo il quale “la verifica positiva della sussistenza dell'interesse all'impugnativa comporta che l'effettiva utilità al ricorrente, conseguente all'annullamento degli atti gravati, possa essere identificata non solo nel conseguimento dell'aggiudicazione vera e propria dell'appalto pubblico, ma, in subordine, possa consistere anche solo nella mera rimozione della gara”. In senso conforme, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6025, Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C- 689/13, *Puligenica c. Airgest Spa*, secondo la quale “[...] ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. Dall'altro lato [...] non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara di appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura”. Corte di giustizia UE, X Sezione, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb Spa c. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*.

49 Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali - Consultazione pubblica*, p. 3, 4, 5.

50 Nel documento di consultazione si sottolinea come l'utilizzo di rimborsi forfettari sia compatibile con la natura propria dei soggetti del terzo settore, dal momento che la verifica può agevolmente essere fatta sul bilancio globale dell'associazione dal quale deve emergere la mancanza di lucro.

51 Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali - Consultazione pubblica*, cit. “A titolo esemplificativo, in occasione di manifestazioni di rilievo nazionale/internazionale, per poter garantire un livello elevato di servizio e contestualmente un risparmio si rende necessario prevedere un rimborso forfettario, sempre secondo il principio di esclusione del lucro, che garantisca a tutte le associazioni operanti sul territorio di spostarsi, rispetto alla loro ordinaria sede per supportare le associazioni operanti nell'ambito territoriale della manifestazione; diversamente se si coinvolgessero i privati, che operano esclusivamente con dipendenti e con finalità di lucro, i costi aumenterebbero notevolmente. Lo stesso principio si applica anche ai mezzi utilizzati per far fronte ad esigenze di soccorso incrementali dovute a fattori eccezionali quali quelle di tipo meteorologico (neve...), sanitario (picchi influenzali...) etc... Se così non fosse il servizio dovrebbe essere messo a gara anche per le società, che obbligatoriamente devono conseguire un lucro, con la conseguenza che tali tariffe dovrebbero essere aumentate al fine di garantire non solo i costi maggiori dati dalla presenza solo di dipendenti, ma anche del lucro. Da ciò ne deriverebbe, per tutto il sistema di emergenza urgenza un incremento di costi quantificabile annualmente per la Regione Lombardia in € 100.000.000,00”.

l'assenza della quota di lucro derivante dal rimborso forfettario si finirebbe per pregiudicare la celerità procedimentale in spregio alle istanze di semplificazione poste alla base delle recenti riforme amministrative⁽⁵²⁾.

Così fallito ogni tentativo di attribuire il controllo sul forfait all'organo giudiziario ed a quello amministrativo, a ben vedere resterebbe da percorrere un'ultima strada: affidare tale compito all'autonomia negoziale e, in particolare, allo stesso ente del terzo settore affidatario del contratto gratuito. Si tratterebbe, più precisamente, di introdurre nella convenzione – che già prevede il forfait – una ulteriore clausola che impedisca all'amministrazione di corrispondere più di quanto l'operatore abbia speso, anche se la spesa non dovesse superare il forfait pattuito. Ciò potrebbe accadere, a titolo esemplificativo, prevedendo che l'eventuale surplus di rimborso concordato in misura fissa confluisca non già nelle casse dell'ente, ma verso altre finalità di interesse generale⁽⁵³⁾, alla stregua di un patrimonio destinato all'interno dello stesso soggetto affidatario⁽⁵⁴⁾.

Ad ogni modo, tralasciando gli scenari prospettabili per il futuro e tornando alle sentenze in commento, è ora possibile formulare una prima conclusione.

Ampliare la nozione di gratuità e, così facendo, estendere l'applicazione del codice del terzo settore avrebbe rappresentato un significativo segnale a favore di un cambiamento di prospettiva nei rapporti tra pubblico e privato. *Collaborare e non competere* è lo slogan coniato dalla dottrina più avveduta e che sintetizza efficacemente le aspettative ingenerate dalla nuova stagione del codice del terzo settore⁽⁵⁵⁾.

Invece, le premesse dell'amministrazione condivisa tracciate dalla sentenza n. 131/20 e le promesse della nuova collaborazione pubblico privato di cui anche il nuovo codice dei contratti pubblici⁽⁵⁶⁾ si fa portatore nell'art 6, paiono arrestarsi a fronte di un'interpretazione "concorrenzialmente orientata" che il giudice amministrativo sembra avallare nelle sentenze n. 5217 e 5218.

Come è noto, ogni tipo di cambiamento che si attende dopo un lungo periodo di consolidamento richiede, per essere tale, una forzatura⁽⁵⁷⁾. Questa, nel caso in esame, sembrerebbe non aver trovato la giusta spinta.

52 In merito alla *ratio* delle recenti riforme normative si vedano A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in Giustamm., 2016, n. 5; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in Dir. Amm., 1998, n.3-4, 335 ss.; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in Dir. amm., 2000, n.1, 627 ss.; E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in Dir. Amm., 2022, n. 3, 667 ss.; R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo italiano degli ultimi decenni*, in Giustamm.it, 2010; L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. "decreto semplificazioni"*, in Federalismi.it, 2020, n. 30; B. G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in Astrid Rassegna, 2019, n. 11; R. SCARIGLIA, *Il mito di Sisifo e la semplificazione amministrativa. Alla ricerca di nuovi modelli di regolazione*, in DPCE Online, 2021, n. 2; M. GORLANI, *La semplificazione dei contratti pubblici: recorrente "utopia" o occasione da cogliere?*, in Riv. Interd. sul Dirit. delle Amm. Pubb., 2020, n. 3, 20 ss.; M. CLARICH, G. FONDERICO, *Procedimento amministrativo*, Milano, IPSOA, 313-416.

53 L'art. 5 CTS elenca le attività di interesse generale – con finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale – che gli enti del terzo settore devono perseguire in via esclusiva e senza scopo di lucro.

54 Si potrebbe ipotizzare in questo caso un atto di destinazione ricorrendo allo strumento dell'art 2645 *ter c.c.* che contempla tra le proprie finalità la realizzazione di "interessi meritevoli di tutela riferibili a [...] pubbliche amministrazioni o a altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art 1322, co 2". Per approfondimenti sul controllo di meritevolezza, G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in Il foro napoletano, in 2014, n.1, 54 ss. Più in generale sugli atti di destinazione, A. GENTILI, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, n.1, 224 ss.; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art 2645 ter c.c.*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, n. 1, M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. Not.*, 2006, 1175 ss.; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007 721 ss.; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto e effetto*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, Giuffrè, 2007, 111 ss.; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e autonomia negoziale: l'art 2645 ter c.c.*, Padova, CEDAM, 2010, 170 ss.

55 L. GORI, F. MONCERI, *Collaborare, non competere. Co-programmazione, co-progettazione, convenzioni nel codice del Terzo settore*, Firenze, Cesvot Edizioni, 2020.

56 D.lgs. 36/2023.

57 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., rileva l'"antinomia tra regola del precedente e cultura giuridica innovativa, tra regole dello stare decisis e disegno normativo riformatore".

3. Co-progettazione e co-programmazione: sussidiarietà a doppia velocità?

Esattamente come nell'osservazione di un quadro, spesso il giudizio cambia cambiando prospettiva, anche nella presente analisi il giudizio muta non appena si passa dalla gratuità ad esaminare il secondo profilo di rilievo delle sentenze: la co-progettazione. Sul punto, il Consiglio di Stato accoglie la censura sollevata dal ricorrente avallando, così, una lettura massimalista del significato di "co-progettare". Ed è proprio in questa interpretazione che l'amministrazione condivisa sembrerebbe ricevere una spinta maggiore rispetto al più cauto approccio descritto *supra*.

Approfondendo la questione, il giudice amministrativo ravvisa l'assenza di una vera e propria co-progettazione tra l'ente affidante – il Comune di Latina – e quello affidatario – la Società Cooperativa Ninfea. Nel caso di specie, questa sarebbe stata obliterata dal contenuto di un documento allegato nell'avviso pubblico del 14 novembre 2021 che, a dispetto della sua etichetta "documento di massima", prefigurava "*nei dettagli i profili dei vari servizi che*", invece, sarebbero dovuti "*scaturire dalla progettazione con il soggetto selezionato all'esito della procedura di evidenza pubblica*".

Senonché, l'essenza di co-progettare è collaborare e, di questo, il Consiglio di Stato sembra esserne ben consapevole quando nella decisione n. 5217 riconosce che condividere unicamente la responsabilità nell'attuazione del progetto senza mettere in comune anche le idee e la costruzione dello stesso rappresenta un tipo di intervento che non può essere sussunto nella fattispecie della co-progettazione senza tradirne la *ratio* più autentica.

La deroga all'evidenza pubblica e alla concorrenza, del resto, è legittimamente ammessa, come già ribadito in precedenza, solo nei limiti in cui si realizzino forme di partenariato pubblico-privato che siano espressione della sussidiarietà orizzontale.

Il Consiglio di Stato è fedele a tale regola e censura il ricorso ad un modello di co-progettazione quale quello del Comune di Latina che co-progettazione non è, ove la stessa sia intesa nella sua accezione più forte.

A parità di convenienza⁽⁵⁸⁾, se non si condivide si deve competere: è questo il principio che traspare dall'attuale assetto ordinamentale e che anche il giudice amministrativo fa proprio.

Tale scelta interpretativa, apprezzabile nell'esito e nelle argomentazioni, giunge al termine della sentenza, in maniera non del tutto attesa. Invero, le strade che il Consiglio di Stato avrebbe potuto intraprendere nel ricostruire il significato di co-progettazione sono molteplici e, ciononostante, tutte compatibili con lo stesso significante.

Ciò in quanto, sul piano del dato normativo, l'art. 55 è alquanto scarno nel tracciare la definizione di co-progettazione il cui contenuto viene, così, delegato all'interprete che, di volta in volta, vi si appropria.

Né è possibile ricavare maggiori istruzioni dalle Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore⁽⁵⁹⁾. Queste, infatti, forniscono a colui che le consulta un riferimento compatibile con diverse forme di co-progettazione la cui attuazione resta, di conseguenza, demandata alle scelte discrezionali dell'amministrazione che decide di ricorrervi.

Così, se da un lato l'art. 55 contiene solo due indicazioni di cui tener conto nella sua applicazione – ossia l'attivazione della co-progettazione quale esito naturale della co-programmazione e per specifici progetti di servizio – dall'altro lato, anche la Rela-

⁵⁸ L'analisi della disciplina della gratuità presuppone, a monte, una valutazione in ordine alle modalità organizzative e di finanziamento del servizio, nonché alla maggiore convenienza del ricorso alla convenzione rispetto al mercato. La considerazione della disciplina del rimborso può risultare dirimente, ma va comunque contestualizzata nell'ambito di una valutazione analitica dei caratteri specifici del servizio in esame. In questi termini, S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore*, cit..

⁵⁹ Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72, 31 marzo 2021.

zione governativa si limita a ricordare solo la centralità del ruolo dell'amministrazione precedente e che *“una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative”*. E ciò, con il precipuo scopo (dichiarato nelle linee guida⁽⁶⁰⁾) di preservare, o comunque non limitare, le prerogative organizzative e regolamentari di ogni singolo ente.

È, quindi, in questo spazio lasciato alla scelta discrezionale dell'ente circa le modalità attuative del servizio di interesse generale da realizzare che la co-progettazione può risolversi in una mera collaborazione o in una stretta condivisione dei compiti. E, a fronte di una pubblica amministrazione più incline alla prima e meno propensa alla seconda, si apprezza ancora di più lo sforzo ermeneutico compiuto in seconda battuta dal Consiglio di Stato⁽⁶¹⁾ che ai fini dell'art. 55 co. 3 CTS censura la scelta di co-progettazione effettuata dal Comune di Latina, ricavando dalla *ratio* dell'istituto in esame e dal quadro ordinamentale in cui si colloca, limiti procedurali e di legittimità che non emergono altrettanto chiaramente dal dato legislativo.

Così, la predeterminazione unilaterale dei profili dei servizi effettuata dal Comune di Latina – che potrebbe in linea del tutto teorica essere ancora sussunta nell'art. 55 co. 3 CTS – diventa, tra le righe della sentenza in esame, una modalità che fuoriesce dal perimetro della co-progettazione per tornare ad abitare quello dell'ordinaria procedura di affidamento di un appalto.

A fronte di un'accezione forte di co-progettazione quale quella propugnata nella sentenza n. 5217, un lettore potrebbe attendersi, senza sorprendersi, una lettura altrettanto forte della nozione di co-programmazione che, a detta dei tecnici, rappresenta il primo momento attuativo del modello di amministrazione condivisa dell'art. 55 CTS e che, nel presente commento, costituisce il terzo ed ultimo profilo di analisi delle pronunce⁽⁶²⁾.

La funzione della co-programmazione è quella di *individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari, le modalità di realizzazione degli stessi e le risorse disponibili*, e ciò deve avvenire attraverso forme procedurali⁽⁶³⁾ che, pur lontane dalla scansione rigorosa delle procedure ad evidenza pubblica del codice degli appalti, ne condividono alcuni principi, più o meno costituzionalizzati: trasparenza, imparzialità, efficacia, efficienza⁽⁶⁴⁾.

Ebbene, contrariamente ad ogni auspicabile attesa, la co-programmazione sembrerebbe acquistare, nel ragionamento del giudice amministrativo, un significato più debole di quello riservato alla co-progettazione.

In disparte il caso concreto dove, a rigore, c'era stata da parte del Comune di Lati-

60 P. 11 delle Linee guida.

61 Sulla doglianza relativa all'assenza di co-programmazione, il Consiglio di Stato capovolge il giudizio del Tar Lazio, Latina, n. 381, 2022, che aveva considerato legittima la modalità di co-progettazione realizzata dal Comune di Latina. Più nel dettaglio *“nel caso all'esame, il Comune di Latina, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto di attivare un tavolo di co-progettazione con i soli enti del terzo settore utilmente collocati nella graduatoria finale della procedura selettiva attivata sulla base dell'avviso pubblico del 12 novembre 2021, con ciò adottando una legittima scelta discrezionale che si colloca nell'alveo di quanto consentito dalla legge”*.

62 Sul tema, L. FAZZI, *Coprogettare e coprogrammare: i vecchi dilemmi di una nuova stagione del welfare locale*, in *Rivista Impresa sociale*, 2021, n. 3; L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, n. 1; S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

63 Il procedimento di co-progettazione deve svolgersi in base ai principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 e delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di da quelle relative alla programmazione sociale di zona.

64 V. VARONE, *È tempo di co-programmazione e co-progettazione*, in *Modulo 24 Terzo Settore*, 2021, n. 6, 12.

na un'istruttoria partecipata e condivisa con varie reti associative⁽⁶⁵⁾ in conformità del piano sociale di zona⁽⁶⁶⁾, il Consiglio di Stato si limita a ravvisare il cuore della co-programmazione nel generico *coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore*, parafrasando la formula legislativa senza imprimervi quell'impronta "solidalmente orientata" di cui, invece, connota la co-progettazione.

Ai fini della co-programmazione l'art. 55 CTS richiama unicamente i principi di cui alla legge n. 241 del 1990⁽⁶⁷⁾ e rinvia alle norme «che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare quelle relative alla programmazione sociale di zona» (seguite nel caso di specie dal Comune di Latina)⁽⁶⁸⁾. E, sul punto, il giudice amministrativo non spende ulteriori parole.

Non si sofferma sul rapporto con la co-progettazione, che pure rappresenta l'esito naturale della prima, né sull'opportunità di coinvolgere già in sede di co-programmazione anche gli stessi enti del terzo settore che, nella successiva fase di co-progettazione, parteciperanno alla relativa procedura comparativa ad evidenza pubblica⁽⁶⁹⁾.

Quello che, insomma, pare trasparire dalla sentenza in commento è un giudizio a doppia velocità su due fasi – la co-programmazione e la co-progettazione – che, invece, non possono che correre allo stesso ritmo in ragione del forte legame che le unisce.

In questa parte della sentenza, sarebbe stata auspicabile una maggiore ampiezza argomentativa da parte del giudice amministrativo volta a ribadire, anche in ottica futura, l'importanza di una inclusiva partecipazione del tessuto sociale nell'amministrazione fin dal primo contatto tra i due.

All'indomani delle prime effettive applicazioni del codice del terzo settore e delle sue Linee Guida il ruolo dell'interprete diventa quantomai strategico ora per orientare, ora per consolidare il nuovo volto del partenariato solidale, anche quando tale compito richieda approfondirsi in affermazioni di principio, non più così innovative.

Repetita iuvant, e se è ancora valida la tradizionale affermazione "chi ben comincia è a metà dell'opera", è proprio in tale prima fase di applicazione e sperimentazione del codice del terzo settore che occorre preparare il terreno su cui gettare le solide fondamenta dell'amministrazione condivisa in *fieri*.

4. Conclusioni.

A distanza di pochi mesi dalle pronunce appena esaminate ed ormai trascorso più di qualche giorno dall'entrata in vigore ed efficacia del nuovo codice dei contratti pubblici, la cornice è nuovamente mutata e l'interprete non potrà fare a meno di chiedersi se anche il quadro in essa contenuto sia davvero mutato insieme a questa.

E la risposta da parte di qualsiasi osservatore entusiasta, questa volta, non potrà che essere affermativa.

Il cambiamento soffia già dall'*incipit* dell'ultimissimo d.lgs. 36/2023 che accoglie il

65 Specificamente, i Forum Terzo Settore, Coordinamento Vialibera, CSV e FISH Lazio. Si precisa che le reti associative rientrano, ai sensi degli artt. 4, comma 1 e 41, comma 1 CTS, tra gli enti del terzo settore.

66 Art. 48 legge regionale, 10 agosto 2016, n. 11, Sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali della Regione Lazio.

67 A. CROSETTI, F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, Giuffrè, 2002; M. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

68 Para 10.2 sentenza n. 5217/23.

69 E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo settore*, in Non Profit paper, 2017, n.1; F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di) *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

lettore con il campionario di principi⁽⁷⁰⁾ che, più di ogni altro istituto innovativo, connotano la nuova disciplina e forniscono la lente con cui studiare la restante normativa.

E, tra tutti i principi enunciati, è sufficiente leggere la rubrica dell'art. 6 “Art. 6. Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore” per comprendere che, nella costante dialettica che caratterizza lo *ius positum* e lo *ius in fieri*, la solidarietà e la sussidiarietà sono ormai trapassate dal primo al secondo⁽⁷¹⁾, diventando portatrici di regole di azione e di relazione, non solo di interpretazione⁽⁷²⁾.

Le premesse fanno ben presagire anche oltre la suddetta dichiarazione assiologica: il novellato art. 6 scende, infatti, fino al piano regolatorio per definire, una volta per tutte, il rapporto tra il codice dei contratti pubblici e quello del Terzo Settore, tracciano il confine in base al criterio della competenza, non già della gerarchia⁽⁷³⁾.

In astratto e sulla carta, tale cornice parrebbe ben delineata, sebbene ancora incompleta. Se è vero che tra diritto e fatto non sussiste separatezza⁽⁷⁴⁾, sarà ora compito dell'interprete – operatore tecnico o giudiziario che sia – completare il quadro arricchendolo delle peculiarità dei casi concreti. La sfida che si prospetta sembra, insomma, giocare sulla ricerca del giusto equilibrio nel bilanciamento tra regole e principi⁽⁷⁵⁾, senza che tale attività possa essere considerata meramente dichiarativa o addirittura (inammissibilmente) creativa⁽⁷⁶⁾.

Far vivere i principi dell'ordinamento nella nuova disciplina, del resto, è il primo passo per far vivere la nuova disciplina nell'ordinamento⁽⁷⁷⁾. Ogni nuovo diritto è sempre materia incandescente nelle mani degli operatori. E come il fabbro plasma il ferro finché è caldo, anche la recente normativa prenderà le forme che la prassi, amministrativa e giudiziaria, le vorranno – *rectius*, sapranno – dare nelle sue prime applicazioni.

70 Per un primo commento si vedano: Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” - Relazione agli articoli ed agli allegati*, in [Giustamministrativa.it](#), 7 dicembre 2022; M. A. SANDULLI, *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [Giustiziainsieme.it](#), dicembre 2022; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in [Giustiziamministrativa.it](#), 1 giugno 2023; M. L. L. MORRA, R. MURINO, *Appalti: nuove regole del gioco, con la carta imprevisti non si passa dal via*, in *Federalismi*, 2023, n. 12, 79 ss.; G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in [Giustiziamministrativa.it](#), 26 aprile 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in [apertacontrada.it](#), 16 gennaio 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti*, in [Giustiziainsieme.it](#), 8 giugno 2023.

71 P. PERLINGIERI, *Ius positum o ius in fieri: una falsa alternativa*, in *Rass. Dir. civ.*, 2019, 1039 ss.

72 Sul punto, L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, 131 ss. Più precisamente, sulla forza precettiva dei principi, si richiama la *Relazione agli articoli*, cit., 12 ss. in cui si legge che la ratio “è stata quella non tanto di richiamare i principi “generalissimi” dell'azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla legge n. 241/1990), ma di fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi “precettivi”, dotati di immediata valenza operativa, che vanno in parte a soppiantare la struttura normativa rigida, detagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo”.

73 Come evidenziato nella *Relazione agli articoli*, cit., 18 ss. “l'articolo 6 recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale”.

74 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 233 ss.

75 In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 225 ss.; P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1975; per un'interpretazione senza bilanciamento L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi editore, 2018.

76 *Ibidem*, 233 ss.

77 Sul punto, nella *Relazione agli articoli*, cit., 11 ss. si afferma che “i principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme”.