

Le procedure di aggiudicazione

24 Settembre 2020

IL RAPPORTO FRA IL CODICE DEI CONTRATTI ED IL CODICE DEL TERZO SETTORE

A seguito della legge delega (n. 106/2016) è approvato, fra l'altro, il d. lgs. N. 117/2017 e ss. mm., recante il Codice del Terzo Settore (CTS).

Il CTS poggia su alcuni «elementi costitutivi»:

- a) (per la prima volta) la definizione di Ente di Terzo settore (ETS) [art. 4];
- b) l'individuazione delle «attività di interesse generale» [art. 5];
- c) un sistema di oneri e di obblighi, di varia natura;
- d) l'istituzione del RUNTS;
- e) la previsione di obblighi di controllo da parte delle PA (artt. 92 e 93);
- f) la previsione di forme di «coinvolgimento degli ETS» da parte degli enti pubblici (Titolo VII).

Gli strumenti della «collaborazione»

La norma «chiave» è rappresentata dall'art. 55, che si compone di varie disposizioni:

- 1) la previsione di «principi comuni», primi fra i quali quelli del «giusto procedimento amministrativo», ai sensi della legge n. 241/1990;
- 2) la disciplina della «co-programmazione» [comma 2];
- 3) la disciplina della «co-progettazione» [comma 3].

La co-progettazione per «specifici progetti di intervento e servizio».

Il «nodo» interpretativo del rapporto fra il CTS ed il codice dei contratti pubblici.

L'attività dell'ANAC ed il parere n. 2052/2018.

La rielaborazione delle Linee Guida dell'ANAC n. 32/2016 ed il parere del Consiglio di Stato n. 3235/2019.

SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 131/2020

Pres. Cartabia – Red. Antonini

LA DISPOSIZIONE IMPUGNATA DAL GOVERNO PREVEDE CHE LA REGIONE UMBRIA:

*«riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare (...)
b) disciplina le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (...) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale»*

**SECONDO IL GOVERNO LA REGIONE UMBRIA AVREBBE VIOLATO
AMBITI DI COMPETENZA NORMATIVA STATALE NEL PREVEDERE
L'ESTENSIONE DELLA DISCIPLINA SULLE ATTIVITA' DI CO-
PROGRAMMAZIONE, CO-PROGETTAZIONE ED ACCREDITAMENTO
PREVISTA DALL'ART. 55 CODICE DEL TERZO SETTORE A FAVORE
DELLE COOPERATIVE DI COMUNITA'**

LA CORTE CHIARISCE CHE
la disposizione dell'art. 55 del Codice del Terzo Settore fornisce per la prima volta in termini generali una vera e propria “*procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria*”

Il principio di sussidiarietà orizzontale è regolato dall'articolo 118 della Costituzione italiana:

"Stato, Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà".

L'art. 55 del Codice del Terzo settore costituisce così un ampliamento e sistematizzazione di una prospettiva già prefigurata, limitatamente ad interventi innovati e sperimentali in ambito sociale, nella **legge n. 328/2000** e nel **decreto del Presidente del consiglio dei Ministri 30 marzo 2001**

L'art. 55 CTS prevede in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale previsti dall'art. 5 del CTS

In tal modo, agli enti del terzo settore è riconosciuta dall'ordinamento una
**“specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla
realizzazione dell'interesse generale”**

Il Considerando n. 114 della Direttiva 2014/24/UE in tema di servizi sociali stabilisce:

“Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall’amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione”

Per la Corte costituzionale l'art. 55 CTS configura un modello di condivisione della funzione pubblica tra gli enti pubblici e gli enti del terzo settore, in quanto enti che perseguono finalità di interesse generale.

Tale modello di condivisione della funzione pubblica è riservato in via esclusiva agli enti del terzo settore individuati nell'art. 4 del CTS.

PROFILI DI RILEVANZA DELLA SENTENZA:

- 1) la *“specifica attitudine”* degli enti del terzo settore previsti dall’art. 4 del Codice del Terzo Settore *“a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale”*;
- 2) la configurazione da parte dell’art. 55 del Codice del Terzo settore di un modello di condivisione della funzione pubblica tra gli enti pubblici e gli enti del terzo settore, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la co-programmazione, la co-progettazione e il partenariato (che può condurre a forme di accreditamento) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico e il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico;
- 3) il riconoscimento che il diritto dell’Unione europea mantiene 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.

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA' DEL SISTEMA DELLA UE

art. 5 TEU:

mira a garantire che le decisioni siano adottate il più vicino possibile ai cittadini, e che l'azione comunitaria sia giustificata rispetto alle possibilità offerte dal livello nazionale, regionale o locale

il protocollo n. 2 impone una verifica sulla esistenza e consistenza degli aspetti di sussidiarietà e proporzionalità dell'azione della UE, e permette agli Stati ed al Comitato delle Regioni di adire direttamente la Corte di Giustizia della UE in caso di violazione

Lo stesso Trattato, all'art 3, recita:

L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore

Lo stesso Trattato, all'art 6, recita:

I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

il TFEU, all'art 151:

L'Unione e gli Stati membri [...] hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.

il TFEU, all'art 151:

A tal fine, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione.

La conversione in legge del decreto «semplificazioni»

I principi enunciati dalla Corte costituzionale sulla c.d. «amministrazione condivisa» favoriscono la recente iniziativa del Legislatore statale, finalizzata a coordinare i due codici, all'evidente fine di superare una situazione di stallo, dannosa rispetto a pratiche collaborative feconde e collaudate.

In sede di conversione in legge del decreto-legge n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni), in accoglimento di alcune proposte emendative, sostenute da ANCI nazionale, sono state apportate le seguenti modifiche al codice dei contratti pubblici:

- a) all'art. 30, recante i «principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni»;
- b) all'art. 59, relativo alle «procedure» di affidamento;
- c) infine, all'art. 140, in quanto disposizione specifica per l'affidamento dei servizi sociali.

La conversione in legge del decreto «semplificazioni»

La legge n. 120/2020, in buona sostanza, riconosce la parità di trattamento fra i due codici, assumendo la equi-ordinazione fra il principio della tutela della concorrenza ed il principio di sussidiarietà orizzontale.

L'intervento del Legislatore statale è idoneo a produrre rilevanti e plurimi impatti:

- a) a livello statale;
- b) a livello regionale;
- c) a livello locale.

Il percorso ministeriale per l'elaborazione di un documento condiviso sui contenuti minimi dei procedimenti amministrativi previsti dagli articoli 55, 56 e 57 del CTS.

Gli «ingredienti» per un effettivo «diritto del Terzo settore».