

NOTE E COMMENTI 8 GIUGNO 2020

I rapporti tra Terzo Settore ed enti pubblici in un “discutibile” sentenza

Desta qualche perplessità l'applicazione dell'art. 56 del Codice operata dalla prima sezione del TAR per la Toscana in una recente decisione dell'1 giugno 2020, n. 666

Si è autorevolmente sostenuto in dottrina che il Codice del terzo settore “segna ... 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”^[1]. Questo nuovo paradigma consiste nella collaborazione tra privati e Stato anche in ambito sociale. Trova fondamento, oltre che nel già richiamato art. 118, comma 4, anche nelle norme costituzionali di cui agli articoli 2, 3, 4, 9 e 18. È colto in pieno dal Codice del terzo settore, in numerose sue disposizioni, tra cui quelle di cui agli articoli 55-57, specificamente dedicate ai rapporti tra enti del terzo settore ed enti pubblici^[2].

Tuttavia, affinché la “svolta epocale consacrata dal Codice”^[3] possa efficacemente compiersi, e tutte le potenzialità della nuova legislazione essere colte, è necessario che il Codice venga interpretato ed applicato in conformità e coerenza con le sue finalità e principi, sì come formulati negli articoli 1 e 2 del medesimo atto normativo. Ciò, ovviamente, riguarda anche, anzi forse ancor di più, il tema dei rapporti tra enti del terzo settore ed enti pubblici.

Alla luce di quanto sottolineato, desta allora non poca perplessità l'applicazione dell'art. 56 del Codice operata dalla prima sezione del TAR per la Toscana in una recente decisione dell'1 giugno 2020, n. 666^[4]. La decisione è assunta in pedissequa conformità ad una contestata interpretazione dell'art. 56 proposta dal Consiglio di Stato

nel noto parere n. 2052 del 20 agosto 2018, reso in sede consultiva su richiesta dell'ANAC (in vista dell'aggiornamento della delibera n. 32/2016, recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali")^[5].

Il parere del Consiglio di Stato aveva già, invero, ricevuto diverse critiche.

Dopo l'entusiasmo acceso dal Codice del terzo settore su una possibile nuova stagione dei rapporti pubblico-terzo settore, ispirata al principio costituzionale di sussidiarietà e a quello euro-unitario della solidarietà, piuttosto che alla tutela della concorrenza "a tutti i costi", il parere n. 2052 – reso a distanza di poco più di un anno dall'entrata in vigore del Codice – aveva immediatamente generato uno "scoramento" tale da provocare l'appello di numerosi studiosi a "prendere sul serio" il diritto del terzo settore^[6].

La stessa ANAC si era da tale parere significativamente discostata nel suo successivo documento di consultazione sulle nuove linee-guida (che nel frattempo avevano assunto come oggetto "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali") del maggio del 2019. Del resto, l'Autorità così presentava il suo documento: esso "considera le finalità solidaristiche degli Enti del Terzo settore e la necessità di favorire l'attuazione del principio costituzionalmente garantito di sussidiarietà. In particolare, il coordinamento delle diverse disposizioni vigenti nei due ambiti di interesse (servizi sociali e contratti pubblici) è avvenuta nel rispetto delle peculiarità dei soggetti coinvolti, con la massima attenzione alla garanzia di un equo contemperamento tra le esigenze di solidarietà sociale e quelle di trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, economicità, efficacia, proporzionalità e pubblicità proprie dei procedimenti ad evidenza pubblica"^[7].

Tuttavia, alcune valutazioni del Consiglio di Stato in merito agli articoli 55 e 56 del Codice, sebbene contenute in un parere reso in sede consultiva, hanno "pericolosamente" cominciato a "fare giurisprudenza", essendo peraltro riprese in modo avulso dal contesto sistematico in cui sono contenute. Così è avvenuto per la nozione di "gratuità" delle convenzioni di cui all'art. 56, che si trova alla base della menzionata decisione del tribunale amministrativo toscano, e che rischia, qualora avesse seguito, di rendere le convenzioni di cui all'art. 56 – che hanno una lunga storia, anche legislativa (essendo già contemplate nelle leggi 266/1991 e 383/2000) – una modalità di affidamento di servizi di fatto non più utilizzabile.

Nella sentenza oggetto di questa breve nota, il TAR ha accolto il ricorso di un ente costituito in forma di società in accomandita semplice (dunque non appartenente al terzo settore^[8]) per l'annullamento di un avviso pubblico (finalizzato all'affidamento di corsi comunali di lingua straniera) che, in applicazione dell'art. 56 del Codice, limitava la partecipazione alla procedura selettiva a ODV e APS.

Il TAR ritiene infatti compatibili con la normativa euro-unitaria, di cui il Codice dei contratti pubblici è espressione, esclusivamente gli affidamenti ex art. 56 "gratuiti", tali essendo unicamente, ad avviso dell'autorità giudicante (sulla base delle posizioni del Consiglio di Stato), gli affidamenti ad ODV e APS caratterizzati dalla assoluta "non economicità" del rapporto. La convenzione, cioè, non dovrebbe prevedere "alcuna forma, diretta o indiretta, di remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale che ne sia la formale denominazione, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente affidatario".

Nel caso di specie tale condizione non poteva dirsi rispettata, poiché la quota ampiamente maggioritaria dei docenti impegnati nei corsi di lingua offerti dalla affidataria avrebbe percepito una remunerazione posta a carico del comune di Massa sotto forma di rimborso delle spese vive.

Secondo il TAR, pertanto, non sussiste "quella totale assenza di economicità che pone in modo chiaro ed inequivocabile l'affidamento al di fuori della logica di mercato così come chiarito nel citato parere che il Collegio condivide". Da qui la decisione di annullare il provvedimento.

Eppure, negli articoli 55-57 del Codice del terzo settore, non v'è alcun riferimento alla assoluta "gratuità" delle convenzioni. L'aspetto economico delle convenzioni è preso in considerazione dal legislatore, ma non già per escludere la possibilità di un esborso a carico dell'amministrazione affidante o per consentire tale esborso solo rispetto ad alcuni costi piuttosto che ad altri, bensì soltanto per limitarlo al "rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate" (art. 56, comma 2)^[9]. Tale elemento, unitamente a quello della particolare natura giuridica degli enti affidatari, è determinante affinché le convenzioni di cui all'art. 56 possano essere "più favorevoli rispetto al ricorso al mercato" (art. 56, comma 1), che è l'unica vera condizione normativa (unitamente all'iscrizione dell'ente affidatario da almeno sei mesi nel RUNTS) cui è subordinata la

legittimità della scelta di questa modalità di affidamento di “servizi sociali di interesse generale” rispetto all’appalto di servizi sociali ai sensi del Codice dei contratti pubblici^[10].

Perché dunque introdurre l’elemento della assoluta gratuità, intesa, come fa il Consiglio di Stato, come (totale) non remunerazione dei fattori della produzione? Perché, piuttosto, non insistere sull’elemento del rimborso spese e della maggiore economicità della convenzione rispetto all’appalto? Se un ente del terzo settore può assicurare un servizio a condizioni allo stesso tempo qualitativamente migliori ed economicamente più vantaggiose di altri enti, perché ritenere che una procedura riservata a tali enti sia pregiudizievole? Chi e cosa pregiudicherebbe? Chi si arricchirebbe a scapito degli utenti dei servizi o della finanza pubblica?

È sulla base di questi ragionamenti che la Corte di Giustizia dell’Unione europea riconosce la legittimità delle convenzioni riservate alle ODV di cui all’art. 57 del Codice^[11]. Tali convenzioni sono vantaggiose tanto per gli utenti quanto per la finanza pubblica, grazie alla circostanza del prevalente contributo dei volontari nella realizzazione dei servizi affidati. Non v’è ragione, dunque, per una selezione qualitativa delle spese rimborsabili, tanto più allorché, come per lo più avviene, sia previsto un tetto massimo alla loro rimborsabilità.

Anche l’ANAC, nel documento di consultazione del 2019, sposava questa tesi, dissentendo apertamente sul punto dal Consiglio di Stato, e sostenendo, in maniera ancora più radicale, che le convenzioni di cui all’art. 56 del Codice sono “in deroga all’applicazione del codice dei contratti pubblici”.

Più in generale, quel che non convince è l’approccio ermeneutico che muove, sempre e comunque, dagli istituti e dalle categorie proprie dello scambio e del mercato. In particolare, per quanto riguarda l’elemento della gratuità, perché considerare “corrispettivi” gli esborsi delle amministrazioni effettuati ai sensi dell’art. 56 del Codice? Il corrispettivo è un particolare tipo di esborso, ma non è l’unico. Si manifesta nei contratti di scambio, ma non tutti gli accordi delle pubbliche amministrazioni con i privati sono contratti di scambio. Vi sono ad esempio le sovvenzioni, i contributi, nonché gli apporti nell’ambito di contratti associativi o con comunione di scopo. Perché dunque non considerare la riconducibilità dei rimborsi spese ex art. 56 a queste ultime categorie piuttosto che ai corrispettivi versati a fronte di controprestazioni? Evidentemente, la prospettiva “mercantilistica” acceca l’interprete, limitandone di fatto l’ampiezza delle vedute.

Quel che dunque sembra è che il conflitto interpretativo celi, in realtà, un più ampio conflitto culturale tra omologazione e pluralismo, tra annullamento e valorizzazione delle diversità. C'è chi, al solo di fine di evitare un preteso "vulnus al meccanismo di mercato", dimentica che l'eguaglianza sostanziale impone di trattare in modo diverso fattispecie diverse. E chi, invece, più rispettoso delle differenze, invoca, al fine di evitare lesioni a principi costituzionali non meno rilevanti di quello della concorrenza, regimi *ad hoc* per situazioni e circostanze non riconducibili a quelle ordinarie. Quest'ultima corrente culturale fatica ancora ad emergere, anche se l'approvazione del Codice del terzo settore le ha dato un forte impulso. L'auspicio è dunque che il neonato Osservatorio di Diritto del terzo settore, della filantropia e dell'impresa sociale – denominato *Terzjus* – possa dare un importante contributo in questo senso, anche grazie al "peso" dei suoi soci fondatori e all'autorevolezza del suo Comitato Scientifico.

Diverse aspettative sono pertanto riposte nell'ormai prossimo seminario on-line, organizzato da Terzjus nel pomeriggio dell'11 giugno, proprio in tema di rapporti tra enti del terzo settore ed enti pubblici. Grazie all'intervento di profondi conoscitori della materia, si tenterà "in positivo" di gettare le basi per una nuova e diversa teoria capace di coniugare le esigenze della solidarietà con il rispetto della concorrenza, valorizzando così i principi e le finalità del Codice e il nuovo paradigma, da esso consacrato, sulla cooperazione tra pubblico e privato sociale, che rischierebbe altrimenti – qualora si affermassero tesi riduzionistiche come quelle alla base della annotata sentenza del TAR – di rimanere "lettera morta".

^ [1] Così CLARICH e BOSCHETTI, Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?, in JusOnline 3/2018, p. 29, disponibile qui: <https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-il-codice-terzo-settore-un-nuovo-paradigma-5028.html>

^ [2] Sulla logica collaborativa, piuttosto che competitiva, che giustifica gli articoli 55-57 del Codice, cfr. già LOMBARDI, Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore, e SCALVINI, Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative, in FICI (a cura di), La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione, Napoli, 2018, rispettivamente, p. 219 ss., e p. 263 ss.

^ [3] Così ancora CLARICH e BOSCHETTI, Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?, cit.

^ [4] La sentenza è disponibile qui: <https://urly.it/36rfc>

^ [5] Il parere è disponibile qui: <https://urly.it/36rfm>

^ [6] Cfr. 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, che aveva come primi firmatari Gregorio Arena e Felice Scalvini, ed è disponibile qui: <https://urly.it/36rg1>

^ [7] Il documento è disponibile qui: <https://urly.it/36rgq> Il destino di queste nuove linee-guida è peraltro oggi ancora incerto alla luce del successivo parere del Consiglio di Stato n. 3225/2019: cfr. <https://urly.it/36rj6>

^ [8] Gli enti del terzo settore, infatti, possono avere esclusivamente la forma giuridica di associazione, di fondazione o di altro ente di diritto privato diverso dalla

società (art. 4, comma 1, Codice). Soltanto le imprese sociali – un particolare sotto-tipo di ente del terzo settore – possono anche avere forma societaria (art. 1, comma 1, d.lgs. 112/2017). Ma nel caso di specie il soggetto precedente non aveva questa qualifica (anche se l’avesse avuta, peraltro, non sarebbe cambiato nulla, poiché l’art. 56 CTS s’indirizza soltanto ad ODV e APS, e non anche alle imprese sociali o ad altri tipi di enti del terzo settore).

^ [9] Il comma 4 dell’art. 56 stabilisce inoltre, in maniera puntuale, che le convenzioni devono prevedere “le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell’effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all’attività oggetto della convenzione”.

^ [10] Curiosamente, la formula “più favorevoli rispetto al ricorso al mercato” non era contenuta nel testo originario del decreto legislativo, ma è stata inserita dal Governo a seguito di un suggerimento del medesimo Consiglio di Stato, contenuto nel parere ai sensi dell’articolo 20, comma 3, lettera a), della legge 15 marzo 1997, n. 59, sullo schema di decreto legislativo recante il Codice del Terzo settore (cfr. parere n. 1405/2017, reso dalla Commissione speciale del 31 maggio 2017).

^ [11] Cfr. sentenze CGUE nelle cause C- 113/13 e C-50/14.

← [Al Recovery Plan serve completare la riforma del Terzo settore](#)

[Assistenti civici? Il Governo cambi strada, più Servizio civile e una App per i volontari](#) →

Condividi: [Facebook](#) | [Twitter](#) | [Linkedin](#) | [Copia link](#)

[Stampa articolo](#)

^ Torna in alto

Ricevi aggiornamenti, news e approfondimenti sulle attività di Terzjus

Iscriviti alla Newsletter!

Riceverai una email al mese

Associazione Terzjus

Osservatorio di diritto del Terzo Settore, della filantropia e dell’impresa sociale

Contattaci

info@terzjus.it

Associazione

[Cariche sociali](#)

[Soci Fondatori](#)

[Chi siamo](#)

[Cosa Facciamo](#)

I nostri autori

[Antonio Fici](#)

[Gabriele Sepio](#)

[Luigi Bobba](#)

[Mostra tutti](#)

