

Publicato il 22/05/2024

N. 04540/2024REG.PROV.COLL.
N. 06608/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6608 del 2023, proposto da Comune dell'Aquila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG ZB839F6150, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico De Nardis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Soc. Coop. Soc. Verdeaqua Nuovi Orizzonti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fausto Corti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) n. 00368/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc. Coop. Soc. Verdeaqua Nuovi Orizzonti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2024 il Cons. Diana Caminiti e trattenuta la causa in decisione sulla base dei soli scritti difensivi, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune dell'Aquila ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per Abruzzo - l'Aquila, sez. I, 29 giugno 2023, con cui si è accolto il ricorso ed i relativi motivi aggiunti proposti da Società Cooperativa Sociale Verdeaqua Nuovi Orizzonti A R.L. – Onlus (d'ora in poi anche semplicemente Cooperativa), avverso la determina dirigenziale con cui è stata indetta dal Comune dell'Aquila la procedura pubblica di progettazione con il Terzo settore, ai sensi del d.lgs. 117/2017 e del D.M. 72/2021, per l'affidamento del servizio di *“Assistenza scolastica per l'autonomia e la comunicazione dei diversamente abili nelle scuole del Comune dell'Aquila”* e avverso gli atti con essa approvati e segnatamente: l'avviso di procedura di evidenza pubblica, lo schema di domanda di partecipazione, lo schema di proposta progettuale, lo schema di convenzione, il capitolato tecnico.

2. La Cooperativa Sociale *“Verdeaqua Nuovi Orizzonti”* nell'impugnare *in prime cure* detta procedura, articolava, in cinque motivi di ricorso, le seguenti censure:

1) violazione del D.M. 72/2021 e dell'art. 107 TUEL, eccesso di potere per difetto dell'atto presupposto; carenza di motivazione istruttoria; incompetenza; in via generale l'affidamento dei servizi deve avvenire nel rispetto delle regole della concorrenza e, di conseguenza, la scelta del procedimento di co-progettazione in luogo dell'affidamento con gara avrebbe dovuto essere adottata da un organo di indirizzo politico e non da un dirigente.

Segnatamente con questo primo motivo la parte denunciava un triplice profilo di illegittimità:

In primo luogo, per difetto dell'atto presupposto, ossia la delibera di Consiglio o di Giunta che avrebbe dovuto esprimere la valutazione di natura "politica" in ordine alla opportunità di adottare il meccanismo della co-progettazione.

In secondo luogo, per difetto di motivazione, non essendo state espone nell'atto le ragioni per cui, a fronte dei due interessi tra di loro contrapposti, della tutela della concorrenza e della partecipazione del terzo settore alla gestione del servizio sociale, il Comune dell'Aquila avesse attribuito prevalenza a quest'ultimo.

In terzo luogo, per incompetenza, avendo il Dirigente operato una scelta (quella di passare dal modello della gara pubblica alla co-progettazione) che l'ordinamento riserva alla componente "politica" dell'Ente.

2) violazione del terzo comma dell'art. 55 del d.lgs. 117/2017; difetto dell'atto presupposto; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; il procedimento di co-progettazione sarebbe illegittimo perché non preceduto dalla fase di co-programmazione ad esso prodromica;

3) violazione dell'art. 55 del d.lgs. 117/2017, del D.M. 71/2022 e del Codice degli appalti; eccesso di potere per irrazionalità manifesta; il procedimento di co-progettazione oggetto degli atti impugnati avrebbe gli elementi caratteristici di un appalto e sarebbe quindi soggetto al codice dei contratti pubblici (significativamente il contributo a carico del Comune dell'Aquila è qualificato come "pagamento" da erogare all'atto dell'emissione da parte dell'affidataria di regolare "fattura");

4) violazione dell'art. 55 del d.lgs. 117/2017 e del D.M. 72/2021; eccesso di potere per irrazionalità manifesta: la concreta e unilaterale definizione delle condizioni di prestazione del servizio da parte del Comune escluderebbe l'affidamento in esame dall'ambito di applicazione della co - progettazione per attrarlo a quello dei contratti pubblici, con la conseguenza che il Comune avrebbe dovuto fare ricorso all'appalto di servizi;

5) eccesso di potere per irrazionalità manifesta; l'avviso pubblico inserisce fra i requisiti generali di ammissione la "approvazione degli ultimi due bilanci non in perdita", senza tener conto del fatto che nei due anni precedenti le attività imprenditoriali avevano subito in generale perdite maggiori dei ricavi a causa della pandemia COVID 19 e tale dato non era quindi significativo della solidità economica degli operatori economici.

Con il ricorso per motivi aggiunti, formulato per controdedurre alle difese addotte dal Comune in ordine alla conformità della determinazione impugnata rispetto all'apposito Regolamento approvato dal Consiglio Comunale con deliberazione n. 143 del 5 dicembre 2022, la ricorrente proponeva altresì le seguenti censure:

6) violazione falsa applicazione del Regolamento comunale per la disciplina per la progettazione approvato con Delibera di Consiglio comunale n. 143 del 5 dicembre 2022; gli atti impugnati sarebbero in contrasto con il regolamento comunale approvato con deliberazione consiliare n. 142/2022 sulla co-progettazione nella parte in cui:

- consente il ricorso alla co-progettazione per i servizi sociali non assoggettati al Codice dei contratti pubblici e per gli interventi previsti dai piani sociali d'ambito;
- demanda agli atti di programmazione di competenza del Consiglio comunale l'individuazione, anche ai fini dell'art. 21 del d.lgs. 50/2016, delle ipotesi in cui è previsto il ricorso alla co-progettazione;
- prescrive l'istituzione di un elenco speciale degli enti del terzo settore accreditati che il Comune resistente non ha ancora formato.

3. Acquisita in via istruttoria, con l'ordinanza cautelare di reiezione dell'istanza di sospensiva, la produzione del piano sociale distrettuale 2023/2025 menzionato a pag. 3 della determinazione dirigenziale n. 438 del 17.2.2023, il primo giudice ha accolto il ricorso, rigettando preliminarmente l'eccezione di inammissibilità formulata dal Comune, sulla base del rilievo che la cooperativa ricorrente, in quanto attuale gestore del servizio, avesse un interesse concreto

all'affidamento mediante la procedura di appalto di servizi, che pone ad esclusivo carico della parte pubblica l'importo necessario a finanziarlo, mentre la procedura di co - progettazione, oggetto di gravame, prevede a tal fine un contributo in denaro e, dunque, un onere, a carico del *partner* privato.

3.1. In particolare il Tar ha ritenuto fondato il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti nella parte in cui la ricorrente lamentava l'adozione, con provvedimento dirigenziale, della procedura di co-progettazione, accogliendo le censure di violazione dell'art. 107 d.lgs. n. 267/2000 e di difetto dell'atto presupposto, dedotte rispettivamente con il primo motivo di ricorso – assorbiti gli altri - e con l'atto di motivi aggiunti, in quanto la determinazione impugnata introdurrebbe una deroga al regime adottato dal Piano Sociale Distrettuale (PSD) 23/25 di affidamento mediante appalto del servizio di assistenza scolastica, che solo il Consiglio comunale avrebbe potuto prevedere, mediante modifica dell'atto programmatico riservato alla sua competenza.

4. Con il presente atto di appello il Comune dell'Aquila ha formulato le seguenti censure:

A) Violazione del principio della domanda di cui agli artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c.- Violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – art. 112 c.p.c. -. Violazione dell'art. 40 c.p.a.;

B) Violazione dell'art. 1362 e segg. c.c. – Travisamento dei fatti.

5. Si è costituita la Società Cooperativa Sociale Verdeaqua Nuovi Orizzonti a.r.l. – Onlus con memoria depositata nei termini di rito, al fine di contrastare l'avversa impugnativa e con riproposizione, ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a, dei motivi di ricorso assorbiti dal primo giudice.

6. All'udienza camerale del 29 agosto 2023, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, il collegio ha invitato il Comune appellante alla regolarizzazione dell'atto di appello e dell'istanza di fissazione di udienza, in quanto privi della sottoscrizione con firma digitale da parte del difensore, e la

causa è stata rinviata per la trattazione di merito all'udienza pubblica del 18 gennaio 2024.

6.1. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito di tale udienza, sulla base dei soli scritti difensivi, come da verbale di udienza.

DIRITTO

7. La presente controversia ha ad oggetto la determinazione dirigenziale con la quale il Comune dell'Aquila ha disposto l'indizione della procedura pubblica di progettazione con il Terzo settore, ai sensi del d.lgs. 117/2017 e del D.M. 72/2021, per l'affidamento del servizio di “*Assistenza scolastica per l'autonomia e la comunicazione dei diversamente abili nelle scuole del Comune dell'Aquila*”, avversata dalla Cooperativa Sociale “Verdeaqua Nuovi Orizzonti”, gestore del servizio uscente, oggetto di annullamento da parte del giudice di *prime cure*, sulla base dell'assorbente rilievo dell'incompetenza del dirigente a provvedere alla scelta dei servizi da affidare mediante la co-progettazione.

7.1. In *limine litis*, prima di passare alla disamina dei motivi di appello, va precisato che sebbene il Comune appellante non abbia proceduto alla regolarizzazione dell'istanza di fissazione udienza, priva di firma digitale, come da avviso dato all'udienza camerale del 29 agosto 2023 – avendo provveduto al solo deposito della copia dell'atto di appello firmata digitalmente – può prescindere da tale profilo e dal conseguente rinnovo dell'invito alla regolarizzazione (non essendo alla data di discussione del merito ancora decorso il termine annuale dal deposito dell'atto di appello di cui all'art 71 c.p.a.), dovendo la sentenza di gravata essere confermata, sia pure con distinta motivazione, avuto riguardo alla riproposizione dei motivi assorbiti in *prime cure* da parte della Cooperativa appellata, secondo quanto di seguito evidenziato.

8. Il primo giudice ha ritenuto fondato il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti, nella parte in cui la Cooperativa ricorrente lamentava l'adozione, con provvedimento dirigenziale, della procedura di co-progettazione, assorbendo i restanti motivi.

8.1. In particolare il Tar, dopo avere espletato l'istruttoria ed acquisito il piano sociale distrettuale 2023/2025, di cui alla deliberazione n. 138 del 20.11.2022 del Consiglio comunale, menzionato a pag. 3 della determinazione dirigenziale n. 438 del 17.2.2023, osservando che lo stesso, ai sensi dell'art. 42 comma 2, d.lgs. n. 267/2000, è lo strumento che concorre, al livello territoriale sub-regionale, alla programmazione degli interventi sociali sul territorio, ha accolto il primo motivo del ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti, fondati sulla violazione dell'art. 107 d.lgs. n. 267/2000 e sul difetto dell'atto presupposto, sulla base del rilievo che l'atto dirigenziale impugnato si discostasse dall'atto di programmazione, avendo disposto l'affidamento del servizio di assistenza scolastica a mezzo di co-progettazione, anziché mediante appalto.

Ciò in quanto con la deliberazione n. 138 del 20.11.2022, il Consiglio comunale aveva previsto *“l'affidamento con procedure di appalto soprattutto per servizi ad alta soglia di accesso”*, fra i quali era espressamente compreso il servizio di *“assistenza scolastica”*, mentre solo per i *“servizi a bassa soglia di accesso”* era prevista la stipula di convenzioni con operatori del terzo settore.

9. Con il primo motivo il Comune dell'Aquila critica la statuizione di *prime cure*, osservando che il giudice era incorso nel vizio di ultrapetizione, per avere esaminato ed accolto il ricorso per un motivo non prospettato dalla parte ricorrente.

Ciò in quanto, con il primo motivo del ricorso introduttivo, quello accolto dal Tar, la Cooperativa ricorrente non aveva assolutamente posto la problematica del (presunto) contrasto tra il Piano Sociale Distrettuale, approvato con la deliberazione consiliare n. 138/2022 e l'operato del dirigente comunale, ma aveva anzi dedotto il difetto dell'atto presupposto, ovvero della delibera di Consiglio o di Giunta, assumendo che a livello comunale fosse del tutto mancata la scelta *“politica”* di aprire lo specifico servizio agli Enti del Terzo Settore, non essendosi fatto alcun cenno al Piano Sociale d'Ambito approvato con la deliberazione consiliare n. 138/2022, né alla (presunta) limitazione delle

modalità di provvedere al servizio di assistenza scolastica qualificata per disabili che sarebbe stata fissata – secondo il Tribunale – alla pag. 235 del suddetto Piano.

La difesa comunale per parte sua aveva contrapposto i puntuali riferimenti al Regolamento comunale per la disciplina della co-progettazione nel rapporto tra amministrazione comunale ed enti del terzo settore nell'ambito delle politiche sociali, che veniva depositato in giudizio e sui cui contenuti si era soffermata nelle pagine 5-7 della memoria del 15 aprile 2023.

A fronte di tale deduzione e della produzione del Regolamento, peraltro richiamato nell'atto impugnato, la Cooperativa aveva proposto ricorso per motivi aggiunti, deducendo unicamente la presunta necessità della programmazione biennale ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 50/2016.

Soltanto con la memoria di discussione la parte ricorrente aveva preso atto dei contenuti dell'acquisizione documentale disposta d'ufficio dal Tar, operando qualche riferimento al Piano Sociale Distrettuale ed ai suoi contenuti.

Pertanto, in tesi di parte appellante, mentre la ricorrente aveva sostenuto che il dirigente avesse esondato dalla propria sfera legale di competenza (il motivo era articolato con riferimento all'art. 107 del d.lgs. 267/2000), a causa della radicale mancanza di un indirizzo consiliare in ordine alla co-progettazione con gli Enti del Terzo Settore, il giudice di *prime cure* aveva ritenuto invece che sarebbe stato violato il presunto indirizzo consiliare in ordine all'appalto del servizio sociale *de quo agitur*.

Inoltre, in tesi del Comune appellante, il vizio riscontrato dal primo giudice al più avrebbe potuto essere ricondotto alla violazione di legge con riferimento all'art. 42, lettera e) del d.lgs. 267/2000, norma che assegna al Consiglio Comunale la organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione, oppure alla classica fattispecie di eccesso di potere per

violazione di direttive e circolari, con eventuale annessa carenza di motivazione.

Non comprensibile peraltro sarebbe il riferimento all'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti contenuto nella motivazione della sentenza, essendo lo stesso riferito al Regolamento comunale per la disciplina della co-progettazione nel rapporto tra amministrazione comunale ed enti del terzo settore nell'ambito delle politiche sociali: ciò in disparte dall'inammissibilità – *rectius* irricevibilità del suddetto ricorso – in quanto riferito ad un atto che costituiva l'esplicito presupposto della determinazione n. 438/2023, debitamente richiamato nella determinazione e, quindi, conosciuto – o comunque conoscibile – simultaneamente alla suddetta determina, la cui pubblicazione ebbe termine il 4 marzo 2023; pertanto, in tesi del Comune appellante, il ricorso per motivi aggiunti avrebbe dovuto essere notificato entro il 4 aprile 2023 (laddove lo stesso era stato notificato il 21 aprile 2023 e depositato il successivo giorno 24).

B) Violazione dell'art. 1362 e segg. c.c. – Travisamento dei fatti.

In tesi di parte appellante il primo giudice avrebbe erroneamente interpretato il Piano Distrettuale Sociale, approvato con la consiliare n. 138 del 28 novembre 2022 ed in particolare quanto indicato a pag. 235 di tale documento.

Ciò in quanto il paragrafo del Piano Distrettuale Sociale che il Tribunale aveva valorizzato ai fini dell'annullamento della determinazione n. 438/2023 si ridurrebbe ad una specie di catalogo, che indica le azioni in campo sociale e richiama in maniera assai generica, le principali norme in tema, incluse quelle della co-programmazione e della co-progettazione, inequivocabilmente riferite agli Enti del Terzo Settore, per cui detto paragrafo non poteva leggersi nel senso della previsione tassativa e cogente, per cui l'unico modo per erogare il Servizio Sociale di Assistenza Specialistica Scolastica per Disabili fosse quello a mezzo di appaltatore, individuato ai sensi del d.lgs. 50/2016.

Peraltro, secondo parte appellante, successivamente all'approvazione del Piano Distrettuale, il Comune aveva approvato, con la delibera consiliare n. 143 del 5.12.2022, il Regolamento comunale per la disciplina della co-progettazione nel rapporto tra amministrazione comunale ed enti del terzo settore nell'ambito delle politiche sociali applicabile, *infra alia*, agli interventi previsti dai piani sociali d'ambito di cui alla l. 328/2000 e ss. mm. (art. 2, comma 1°, lett. b).

Pertanto, con un voto consiliare successivo all'approvazione del Piano Distrettuale Sociale, il Comune aveva approvato un Regolamento esplicitamente rivolto anche all'attuazione del Piano medesimo; tale Regolamento indicava esplicitamente che la co-progettazione con gli Enti del Terzo Settore include le azioni previste nei piani sociali d'ambito di cui alla L. 328/2000; pertanto anche a volere seguire la tesi del Tar, lo stesso non aveva riscontrato che la successiva scelta regolamentare aveva superato l'asserita scelta del ricorso alla procedura di appalto.

10. Il primo motivo di appello, di carattere assorbente, è fondato.

10.1. Ciò in quanto, come lamentato dal Comune appellante, nel ricorso introduttivo il motivo di incompetenza era stato articolato in maniera del tutto generica, ovvero per assenza di qualsivoglia atto politico a monte, senza lamentare il contrasto con il PSD né, con il Regolamento in materia, nonostante entrambi fossero citati nell'atto gravato.

Né detta genericità è stata superata a seguito della produzione documentale, ad opera del Comune ed in ottemperanza all'ordine istruttorio impartito dal Tar, del Piano Sociale Distrettuale, in quanto con il ricorso per motivi aggiunti, prodotto ancor prima del deposito, nello stesso giorno, ad opera del Comune, dell'indicato Piano, la Cooperativa ha dedotto (tardivamente) unicamente il contrasto con il Regolamento comunale per la disciplina per la progettazione approvato con Delibera di Consiglio comunale n. 143 del 5 dicembre 2022.

10.2. Pertanto, a prescindere dalla eccepita irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, avuto riguardo alla data di pubblicazione del Regolamento comunale suindicato, il primo motivo di appello è fondato, avendo il primo giudice sostanzialmente accolto il ricorso sulla base di un motivo soltanto genericamente formulato (vizio di incompetenza per assenza dell'atto politico a monte) ed avendo riguardo ad una distinta *causa petendi* (contrasto con detto atto politico, ovvero il P.S.D.) in violazione del principio della domanda, di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. nonché in violazione del disposto dell'art. 40 c.p.a., soccorrendo alla genericità dei motivi articolati in *parte qua* ad opera della Cooperativa ricorrente.

10.2.1. Ed invero, come da costante giurisprudenza in materia (ex pluribus Cons. Stato, sez. IV, n. 5368 del 28 giugno 2022) i motivi di ricorso devono essere specifici, ai sensi dell'art. 40 c.p.a., non potendo la parte ricorrente addurre censure assolutamente generiche, fidando in una sorta di inammissibile intervento correttivo del giudice che sarebbe così chiamato ad una sostanziale integrazione delle lacune difensive; integrazione che si porrebbe però in contrasto con la necessaria terzietà dell'organo giudicante e con il principio della parità delle parti nel processo. E, quindi, necessario che il ricorrente, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, adduca censure puntuali ed articolate in motivi contenenti la specificazione dei vizi da cui ritenga inficiata la legittimità dei provvedimenti impugnati. Al contrario, non possono trovare ingresso rilievi di contenuto generico che si risolverebbero in una inammissibile azione sollecitatoria di un esame degli stessi provvedimenti da parte del G.A. (in tal senso da ultimo T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 11 gennaio 2024, n. 303; Cons. Stato, Sez. IV, 06 giugno 2023, n. 5550).

10.2.2. Né i motivi genericamente dedotti con il ricorso introduttivo in *prime cure* potrebbero essere emendati, in assenza dei relativi presupposti – ad es. conoscenza di nuovi vizi dell'atto impugnato a seguito dell'ostensione di documenti prima non conosciuti - con il ricorso per motivi aggiunti ex art. 41

c.p.a., stante il carattere decadenziale dell'impugnativa nell'ambito del processo amministrativo.

10.2.3. Tantomeno potrebbe provvedersi alla correzione di una impugnativa genericamente formulata in *prime cure* con la proposizione dei motivi di appello, stante il divieto dei *nova*, consacrato a chiare lettere nel disposto dell'art. 104 comma 1 c.p.a. come interpretato dalla costante giurisprudenza amministrativa che rammenta che "*Nell'ambito di un giudizio amministrativo d'appello la parte processuale non può introdurre nuove domande processuali, caratterizzate da un nuovo o mutato petitum oppure da una nuova o mutata causa petendi che determinino una nuova o mutata richiesta giudiziale ovvero nuovi o mutati fatti costitutivi della pretesa azionata*" (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7856; Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2020, n. 714; Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2018, n. 4715).

Come noto il divieto dei "*nova*" sancito dall'art. 104 comma 1 cod. proc. amm. è imprescindibile, ha carattere assoluto e valenza di ordine pubblico processuale, promanando dalla fondamentale esigenza di assicurare il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione, e impone l'immutabilità della *causa petendi* introdotta in primo grado. Segnatamente, l'effetto devolutivo dell'appello, consacrato dalla predetta norma con il divieto di porre nuove difese rispetto a quelle formulate innanzi al primo giudice, assicura che l'oggetto del giudizio del gravame non risulti più ampio di quello su cui si è pronunciato il giudice della sentenza appellata (Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 76).

10.2.4. Pertanto, avuto riguardo a tali rilievi, la sentenza appellata non può essere confermata avendo riguardo al vizio riscontrato dal giudice di *prime cure*, neppure prendendo in considerazione quanto al riguardo osservato in relazione al medesimo vizio dalla Cooperativa appellata con la memoria di costituzione ex art. 101 comma 2 c.p.a..

11. L'accoglimento del primo motivo di appello peraltro impone di scrutinare i motivi dichiarati assorbiti dal primo giudice e ritualmente, proposti dalla

Cooperativa appellata con la memoria di costituzione, prodotta nei termini di rito ex art. 101 comma 2 c.p.a..

11.1. Ed invero nel processo amministrativo d'appello, ai sensi dell'art. 101, comma 2, d.lgs. n. 104/2010, la riproposizione in appello dei motivi di censura non esaminati dal giudice di primo grado o dallo stesso dichiarati assorbiti non richiede necessariamente la proposizione di appello incidentale per la parte vittoriosa in primo grado, ma può avvenire anche con semplice memoria non notificata, con l'avvertenza che tale memoria, però, deve essere depositata a pena di decadenza entro il termine di sessanta giorni successivo a quello assegnato per il deposito del ricorso (ex multis Cons. Stato, Sez. VII, 25 ottobre 2023, n. 9249, Cons. Stato, Sez. V, 05 dicembre 2022, n. 10641).

11.2. In tale ottica, l'effetto devolutivo dell'appello, che comporta l'integrale rivalutazione delle questioni controverse in tale sede riproposte, implica infatti modifica o integrazione della motivazione ove necessario, dovendo l'art. 101, comma 1 c.p.a., secondo cui il ricorso in appello deve contenere le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, trovare lettura coordinata con i principi che regolano l'effetto devolutivo dell'appello (Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3555), con la conseguente possibilità per il giudice di appello di confermare la sentenza di *prime cure* sulla base di una distinta motivazione, specie ove vengano riproposte, come nel presente giudizio, con la memoria di costituzione da parte dell'appellata, vittoriosa nel giudizio di primo grado, le censure assorbite dal primo giudice.

12. Ciò posto, non avendo la Cooperativa ricorrente in *prime cure* graduato i motivi del ricorso, riproposti in questa sede, ex art. 101 comma 2 c.p.a., in senso vincolante per il giudice, secondo il noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015 - non potendosi confondere la graduazione dei motivi con la loro enumerazione, ferme restando le censure di carattere assorbente *ex lege* come la censura di incompetenza, sulla quale si è in effetti pronunciato il primo giudice con la statuizione oggetto di riforma in

questa sede - le censure verranno esaminate in ordine logico e con possibilità di accorpamento di quelle connesse.

13. In tale ottica, il terzo e quarto motivo, possono essere esaminati congiuntamente, stante la loro stretta connessione.

14. Con il terzo motivo la Cooperativa lamenta che rispetto all'affidamento di cui è causa mancherebbero i presupposti per il ricorso alla co-progettazione, anziché all'affidamento mediante procedura di appalto, non basandosi la co-progettazione, secondo quanto del resto precisato dalla Corte costituzionale, sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, laddove il bando cui alla presente procedura qualifica il versamento a carico del Comune dell'Aquila quale pagamento, subordinandolo all'emissione da parte dell'affidataria di una fattura.

In tesi attorea la qualificazione del trasferimento del denaro dal Comune dell'Aquila all'ente del terzo settore e la previsione dell'obbligo di emissione della fattura da parte di quest'ultimo qualifica il rapporto che verrà instaurato all'esito della procedura in discussione come di tipo contrattuale, con conseguente assoggettabilità della procedura destinata a portare alla sua instaurazione alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

In tal senso deporrebbe peraltro anche l'inserimento nel Capitolato predisposto dal Comune di "clausole di risoluzione del contratto" e di "penali", sintomatiche del rapporto sinallagmatico che si verrà ad instaurare.

15. Con il quarto motivo di ricorso la Cooperativa afferma che nel senso della non ricorrenza dei presupposti per il ricorso alla co-progettazione nell'ipotesi *de qua* e della conseguente necessità di bandire una procedura di appalto, deporrebbe anche la circostanza che gli atti predisposti del Comune predeterminerebbero nella sostanza nel dettaglio l'oggetto della prestazione, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, prefigurando gli elementi del servizio che l'affidatario dovrebbe svolgere, lasciando alla co-progettazione la mera definizione di aspetti secondari, secondo modalità non dissimili dalla formulazione di un'offerta tecnica nell'ambito di una normale gara di appalto.

Da ciò la violazione del D.M. 72/2021 che vede nella co-progettazione un rapporto *fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla conclusione delle attività di progetto ed alla rendicontazione delle spese*".

15. 1. I motivi sono fondati.

16. Ed invero, quanto al terzo motivo di ricorso, basti rimarcare che, secondo quanto già osservato da questa sezione (Cons. Stato, Sez. V, 07 settembre 2021, n. 6232), ai fini della delimitazione della possibilità di ricorso alla co-progettazione con gli Enti del terzo settore, anziché del ricorso al mercato mediante procedure di appalto, occorre muovere dalle puntuali considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il d.lgs. n. 117 del 2017 nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore.

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

16.2. La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice de terzo

settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento.

In tale prospettiva, il concetto di gratuità si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde la diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio.

Sotto questo profilo, si precisa, *"la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore"* (pag. 14 del parere cit.). Il che significa che deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese (*"le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente"*: pag. 21 del parere).

In tale ottica si iscrive pertanto il dettato dell'art. 56 comma 2 del d.lgs. 117 del 2017, secondo cui *"Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate"*.

16.3. In tal senso depone peraltro anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha osservato come *"Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, 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 anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico.*

Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico.

Del resto, lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – 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)” (sentenza 26 giugno 2020 n. 131).

Pertanto, secondo quanto rimarcato dalla Corte Costituzionale con l'indicata pronuncia, lo stesso diritto dell'Unione – nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia, che tende a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà - 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.

16.4. Applicando gli enunciati principi al caso di specie, occorre rilevare come le previsioni contenute nell'avviso pubblico di indizione della procedura *de qua* si discostino dal concetto di gratuità sopra delineato.

Infatti l'art. 4 del Bando “*Durata e risorse*” non si limita a prevedere il rimborso delle spese vive, prevedendo il pagamento (e non il semplice rimborso), previa fatturazione da parte del soggetto affidatario, di una parte dei fattori produttivi, ritenendo ammissibile il pagamento delle seguenti spese: le spese di gestione, i compensi agli operatori, il rimborso spese ai volontari, la retribuzione agli esperti.

Pertanto solamente una parte residuale dei costi (8%) del servizio grava sul soggetto affidatario, mentre la maggior parte dei costi, ovvero il restante (92%) resta a carico del Comune.

Appare evidente come si sia ben lontani dal concetto di gratuità di cui al richiamato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato e come l'asserito pagamento non sia un mero rimborso delle spese vive, con esclusione della remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi tra cui il lavoro, posto che solo per i volontari è previsto un rimborso spese, mentre sono previsti compensi per gli operatori e retribuzioni per gli esperti.

16.4.1. La stessa circostanza che il pagamento da parte del Comune avvenga dietro presentazione di fattura depone inoltre, come dedotto da parte della Cooperativa ricorrente *in prime cure*, per la connotazione imprenditoriale del servizio reso, con la conseguente sua assoggettabilità anche ad I.V.A, secondo la previsione dell'art. 21 del D.P.R. 633 del 1972, secondo cui *“Per ciascuna operazione imponibile il soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio emette fattura, anche sotto forma di nota, conto, parcella e simili o, ferma restando la sua responsabilità, assicura che la stessa sia emessa, per suo conto, dal cessionario o dal committente ovvero da un terzo”*, laddove, in applicazione dell'art. 56 comma 2 del **Codice del Terzo Settore**, innanzi citato, che prescrive che le convenzioni di cui sopra possono prevedere a favore delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale *“esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate”*, per le corrispondenti somme dovrebbe valere l'esclusione dall'IVA ai sensi dell'articolo 15, comma 1, n. 3), del D.P.R. n. 633/1972 (*“non concorrono a formare la base imponibile: 3) le somme dovute a titolo di rimborso delle anticipazioni fatte in nome e per conto della controparte, purché regolarmente documentate”*).

17. Coglie nel segno anche il quarto motivo di ricorso.

17.1. Infatti, come osservato dalla Corte costituzionale con la citata sentenza 26 giugno 2020, n. 131, l'art. 55 del **Codice del terzo settore** (d.lgs. 23 luglio 2017 n. 117), disciplinando i rapporti tra enti del terzo settore (ETS) e

pubbliche amministrazioni, rappresenta una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale.

Esso pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, progettazione e organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dal medesimo **Codice del Terzo settore**. Rappresentativi della "*società solidale*", gli ETS costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico preziosi dati informativi e un'importante capacità organizzativa e di intervento, con risparmio di risorse e aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "*società del bisogno*".

17.2. Lo stesso D.M. n. 72/2021, recante "*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore)*" come rimarcato dalla Cooperativa ricorrente, precisa al paragrafo 1.1. "*Nell'ambito di una procedura d' appalto è l'ente pubblico a definire sostanzialmente tutto, ad eccezione dello spazio, lasciato dagli atti della procedura, al contenuto dell'offerta dell'operatore economico concorrente. Il rapporto di collaborazione sussidiaria, che connota gli istituti del CTS, è - per tutta la durata del rapporto contrattuale/ convenzionale - fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla conclusione delle attività di progetto ed alla rendicontazione delle spese*".

17.3. Per contro nella fattispecie *de qua*, in violazione di tali criteri, tutti gli aspetti del rapporto sono definiti dal Comune affidatario.

In particolare gli atti assunti dal Comune predeterminano nel dettaglio l'oggetto della prestazione sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.

Difatti risultano già prefissati, oltre alla dura del progetto:

i) le risorse: quantificate complessivamente in € 1.126.000,00 (art. 4 dell'Avviso);

- ii) il contributo dell'Ente del terzo settore quantificato in euro 97.920,00 (art. 4 dell'Avviso);
- iii) l'oggetto della prestazione identificata nel servizio di “*Assistenza Scolastica per l'autonomia e la comunicazione dei diversamente abile nelle scuole ubicate nel Comune dell'Aquila*” (art. 1 dell'Avviso);
- iv) le finalità dell'intervento (art. 3 dell'Avviso).
- v) i destinatari dell'intervento sugli alunni in possesso di certificazione di disabilità frequentanti le scuole del Comune dell'Aquila per gli ordini e gradi di scuola” (art. 5 dell'Avviso);
- vi) la quantità oraria della prestazione sia settimanale che mensile (art. 5 dell'Avviso);
- vii) le caratteristiche degli operatori ossia Educatore professionale /assistente educativo (art. 6 dell'Avviso);
- viii) il rapporto di 1 a 1 tra assistente ed assistito (pag. 2 del Capitolato tecnico);
- ix) il luogo di esecuzione della prestazione (pag. 4 e 5 del Capitolato Tecnico);
- x) l'obbligo di prevedere una sede operativa nel Comune dell'Aquila (pag. 4 del Capitolato Tecnico);
- xi) l'obbligo per l'ETS di mettere a disposizione un Referente del progetto (pag. 3 del Capitolato tecnico);
- xii) le modalità di pagamento (pag. 6 del Capitolato tecnico);
- xiii) le modalità di rendicontazione (pag. 7 del Capitolato tecnico);
- xiv) le garanzie (pag. 6 del Capitolato tecnico);
- xv) le cause di risoluzione del rapporto e le penali (pag. 7 e 8 del Capitolato tecnico).

17.4. Pertanto, come correttamente dedotto dalla Cooperativa ricorrente, il Comune dell'Aquila ha sostanzialmente predeterminato gli elementi, anche di dettaglio, del servizio che l'affidatario dovrebbe svolgere, lasciando alla co-progettazione la mera definizione di aspetti secondari, secondo modalità in

nulla dissimili dalla formulazione della c.d. “offerta tecnica” nell’ambito di una normale gara di appalto.

18. Il ricorso di *prime cure* è pertanto fondato con riferimento al terzo e quarto motivo, di carattere assorbente rispetto al secondo e quinto motivo.

19. Né gravava sulla Cooperativa, ricorrente in *prime cure*, avuto riguardo ai vizi innanzi riscontrati, l’onere di impugnativa del piano sociale distrettuale 2023/2025, di cui alla deliberazione n. 138 del 20.11.2022 del Consiglio comunale o del Regolamento approvato dal Consiglio Comunale con deliberazione n. 143 del 5 dicembre 2022, posto che in alcun modo la procedura seguita nella fattispecie *de qua* è normata dagli atti innanzi indicati, essendo per contro, come del resto ravvisato dal primo giudice, sia pure riscontrando un vizio non espressamente articolato dalla parte ricorrente, escluso dal PSD il ricorso alla co-progettazione con riferimento all’assistenza scolastica (pag. 235) in quanto servizio ad alta soglia di accesso e pertanto da affidarsi mediante procedura di appalto.

Né detto profilo in alcun modo è stato superato, al contrario di quanto dedotto dal Comune, dal Regolamento approvato dal Consiglio Comunale con deliberazione n. 143 del 5 dicembre 2022, che si limita a rinviare all’art. 2 lett c), agli interventi previsti dai piani sociali d’ambito di cui alla l. 328/2000 e ss. mm. e dunque alla medesima delibera di approvazione del piano sociale distrettuale 2023/2025 innanzi indicata, che esclude il ricorso alla co-progettazione con riferimento al servizio di assistenza scolastica.

20. Alla fondatezza del ricorso di *prime cure*, sia pure per motivi diversi da quelli evidenziati dal primo giudice, consegue pertanto il rigetto dell’appello, dovendo la sentenza di primo grado essere confermata con diversa motivazione.

21. Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all’esame del Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex *plurimis*, per le

affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3176).

Gli argomenti di difesa non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

22. Avuto riguardo alla circostanza che la sentenza di *prime cure* è stata confermata con diversa motivazione, sussistono, ad avviso del collegio, eccezionali e gravi motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando la sentenza di primo grado con diversa motivazione.

Compensa le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO