

La Gratuità nella co-progettazione: gli orientamenti della giurisprudenza europea e nazionale e la coerenza con il principio del risultato

di Romano Alessandro Bove¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Terzo settore e l’affermazione del paradigma sussidiario. – 3. La coprogettazione nel codice del terzo settore. – 4. Le evoluzioni giurisprudenziali e normative sulla coprogettazione: il contrasto con la disciplina sul public procurement. – 5. Gratuità, assenza di sinallagmaticità e principio di non lucratività. – 6. Il principio di risultato nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La coprogettazione di cui all’art. 55 del d.lgs 117 del 2017 rappresenta una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale. Essa, istituisce un modello di amministrazione di stampo collaborativo e solidale, non fondato su rapporti sinallagmatici, dove pubblica amministrazione ed enti del Terzo settore perseguono in condivisione interessi generali. Il paradigma di amministrazione espresso dall’art. 55 del Codice, come anche ribadito dalla Consulta nella storica sentenza n. 131 del 2020, è alternativo rispetto al ricorso al mercato e talvolta più efficiente in quanto «sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale». Tuttavia, sin dal noto parere 2052 del 20 agosto 2018, la giurisprudenza amministrativa, spesso con motivazioni discutibili e miopi del dettato normativo, ha assunto nei confronti di tale istituto un approccio decisamente restrittivo rendendone più problematica l’attuazione e disincentivandone, di fatto, il ricorso. Tale arresto, ancora oggi granitico nella giurisprudenza amministrativa, urterebbe anche con i recenti orientamenti maturati dalla corte Ue.

La questione, tuttavia, sembra destinata a connotarsi di ulteriori ed interessanti risvolti grazie allo straordinario potenziale rappresentato dal principio di risultato per come espresso negli artt. 1 e 6 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs.36 del 2023). Esso, come anche si desume dalla relazione agli articoli, mira ad ampliare le scelte discrezionali della pubblica amministrazione consentendole di motivare il ricorso alla coprogettazione come la migliore soluzione, in concreto, per il raggiungimento di un risultato efficiente e di qualità. In tal senso, non v’è dubbio che molto spesso la coprogettazione è più favorevole rispetto al ricorso al mercato poiché il Terzo settore è capillarmente vicino ai cittadini, quindi, in grado di leggere meglio i bisogni della comunità, apportando vantaggi che nessun altro è capace di realizzare (le c.d. risorse immateriali del Terzo settore). A maggior ragione, dunque, l’orientamento della giurisprudenza amministrativa appare oggi superato. Infatti, il raggiungimento di un risultato più efficiente passa anche attraverso la destinazione di risorse a rimborso a favore degli enti del Terzo settore. In tal senso, depone anche l’art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici, il quale richiede che l’amministrazione condivisa sia fondata non sulla gratuità quanto, piuttosto, sull’assenza di sinallagmaticità. I due concetti, come si vedrà nel prosieguo, sono del tutto differenti ed afferenti a categorie civilistiche ben distinte.

2. Il Terzo settore e l'affermazione del paradigma sussidiario

Come noto, il d. lgs. 117 del 2017, c.d. Codice del terzo settore (d'ora in poi anche solo "Cts"), ha conferito rilevanza normativa e costituzionale² a quella categoria giuridica frammentata complessa e variegata³, costituita dall'insieme di enti intermedi, associazioni e soggetti di diritto privato che, secondo un criterio residuale, non potevano essere ascritti né al polo pubblico, rappresentato dallo Stato, né al polo privato, rappresentato dal mercato⁴.

In conformità ad altre esperienze giuridiche⁵, il Cts ha avuto il merito di istituzionalizzare il *no profit* e di veicolare un progetto politico-culturale orientato alla solidarietà e all'etica del dono priva di qualsiasi finalità utilitaristica.

Il percorso storico – evolutivo di affermazione del Terzo settore, tuttavia, è stato tutt'altro che semplice, posto che per la gran parte del 900' ha prevalso un paradigma di stampo "bipolare" distinto, da una parte, dal mercato, polo della libertà e dell'autodeterminazione, rappresentativo degli interessi particolari ed orientato alla massimizzazione del profitto, dall'altra, dall'organizzazione pubblica, luogo di tutela degli interessi generali «retta dall'autorità e dall'imposizione»⁶. In questo contesto, dominante era la c.d. "logica statalista" per cui veniva ritenuto, nonostante i principi costituzionali di solidarietà e pluralismo sociale⁷, che la soddisfazione delle esigenze dei cittadini e l'erogazione dei servizi assistenziali fosse di esclusivo appannaggio dello Stato⁸. Tale modello, c.d. di *Welfare State*,

¹ Dottorando di ricerca in Diritto e Management della Sostenibilità, Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici, Università degli Studi di Siena.

² Cfr. E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e Terzo settore*, iModena, Mucchi, 2019. Si veda anche L. GORI *Terzo Settore e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2022, 66, il quale afferma: «La definizione di "ente del Terzo settore" rappresenta la declinazione sul piano della legislazione ordinaria di un tipo di formazione sociale che ha nelle disposizioni costituzionali degli artt. 2,3,4,18 e 118, u.c., Cost. (...) il proprio *statuto costituzionale*».

³ «Si tratterebbe di una zona definita per sottrazione ("*sector of leftlovers*") la cui presenza è socialmente avvertita e la cui dimensione è crescente in numeri ed importanza ma, ad un tempo sfuggente ed inafferrabile concettualmente». Così GORI, *Terzo Settore e Costituzione*, cit., 2. Inoltre, come anche evidenziato nelle stesse Linee Guida per una riforma del terzo settore del 2014, regolare il fenomeno del Terzo settore ha permesso, al contempo, di arginare quei fenomeni elusivi che si annidano all'interno del *no profit*.

⁴ La stessa Corte costituzionale nella nota sentenza n. 131 del 2020, ha rilevato la grande portata del *no profit* evidenziando che «si è identificato così un ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)».

⁵ Cfr. V. MONTANI, *Il terzo settore nel prisma della comparazione. Aggiornamenti sull'esperienza nord-americana*, (a cura di) C. TENELLA SILLANI, I. MASPEL, C. VALDITARA, Giappichelli Editore, 2024; C. MARCHETTI, *L'esperienza delle charity in diritto inglese*, ivi, 36.

⁶ Cfr. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.* 2013, 3, 516.

⁷ Sul punto F. SANCHINI, *Profili costituzionali del terzo settore*, Giuffrè, 2021, 97 afferma: «è allora il caso di osservare come l'impostazione accolta dalla Costituzione, imperniata sulla centralità della persona e del pluralismo sociale, non abbia ricevuto un'immediata valorizzazione nell'ambito del sistema di *welfare* sviluppatosi in Italia a partire dal secondo dopoguerra. In questo specifico ambito, difatti ali coordinate costituzionali (...) sembrano al contrario per lungo tempo aver assistito a una sostanziale "elusione"».

⁸ Cfr. F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021; A. IANES, *Ascesa, declino e ritorno. Alle radici del Terzo settore in Italia* il quale, con

tuttavia, per una serie di ragioni diverse⁹ (prime tra tutte la grave inefficienza dei servizi sociali assistenziali dovuta alla carenza dei mezzi finanziari dello Stato) è implosa su se stesso determinando, da una parte, il “fallimento” del modello capitalistico dominante, e, dall’altra, l’occasione per un mutamento significativo di paradigma, orientato, questa volta, verso una tendenziale apertura e fiducia verso il privato sociale. Si è andato così ad accentuare un processo di destatalizzazione e depubblicizzazione poi culminato con l’affermazione del c.d. di modello “*Welfare society*”, caratterizzato dall’azione sinergica e coordinata tra enti pubblici e privato sociale, teleologicamente finalizzato al perseguimento di interessi pubblici¹⁰.

Nell’ultimo ventennio è così maturato un nuovo modello di amministrazione, declinato secondo l’archetipo della *new public governance*¹¹ e fondato sulla cooperazione privata-pubblica¹². Tale modello, che come noto fu teorizzato in prima battuta dall’autorevole dottrina (ed in particolare da Gregorio Arena che per primo ne conì il termine), ha trovato solo di recente, dopo oltre un ventennio e su impulso della Consulta¹³, espresso riferimento normativo nell’art. 6 codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36 del 2023). Essa è la c.d. “amministrazione condivisa”¹⁴ il cui caposaldo costituzionale è rinvenibile direttamente nel principio di solidarietà sociale¹⁵ e di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, comma 4 Cost¹⁶.

riferimento alle associazioni *no profit* nell’Italia di fine 900’, sottolinea: «Rimane il fatto che si trattava di esperienze minoritarie e relegate a un ruolo di pura testimonianza, non in grado di scalfire la logica della dinamica Stato-mercato, né di smentire la provocazione che PERLMUTTER ci consegnava in un saggio del 1991: “*Italy: Why No Voluntary Sector?*».

⁹ La letteratura sul tema è piuttosto ampia. Si rimanda, per una più dettagliata trattazione che non è possibile svolgere in questa sede a C. SARACENO, *Il welfare. Tra vecchie e nuove disuguaglianze*, Il Mulino, 2021.

¹⁰ “Linee guida per una riforma del terzo settore”, 2014, 2: In un quadro di vincoli di bilancio, dinanzi alle crescenti domande di protezione sociale abbiamo bisogno di adottare nuovi modelli di assistenza in cui l’azione pubblica possa essere affiancata in modo più incisivo dai soggetti operanti nel privato solidale. Pubblica amministrazione e terzo settore devono essere le due gambe su cui fondare una nuova welfare society. Sul punto cfr. anche L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: dal Welfare State al Welfare Society*, in *Riv. Dir. fin.*, 2000.

¹¹ Cfr. L. PESENTI, *L’amministrazione condivisa e le partnership tra pubblico e terzo settore*, in *L’Osservatore Romano*, 4 novembre 2024; OSBORNE, S. P. *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, Routledge, 2010.

¹² Come ben evidenzia A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, 2020, 82: «diritto pubblico e privato condividono la medesima missione in termini regolatori. (...) è necessario piuttosto sostituire ad esso un nuovo paradigma, caratterizzato da «interscambiabilità dei ruoli, modificazione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori».

Al contempo, la disciplina civilistica degli enti collettivi contenuta nel Libro I del codice civile era del tutto insufficiente a poter regolare il complesso fenomeno giuridico del Terzo settore. Sul punto si veda L. Gori, cit., 26.

¹³ con la nota sentenza n. 131 del 2020.

¹⁴ G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parl. Pol. Cost.*, 1997, 117/118, 29 e ss.; D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in (a cura di) G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *L’amministrazione condivisa*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, Trento, 62, 2022; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell’amministrazione condivisa*, ivi.

¹⁵ Cfr. G. ALPA, *Solidarietà. Un primato normativo*, Bologna, 2022; T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Bari-Roma, 2021.

¹⁶ Introdotto a seguito di riforma avvenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3. Il principio di sussidiarietà orizzontale si estrinseca secondo due componenti: una negativa e una positiva. In tal senso, il paradigma dell’amministrazione condivisa sarebbe espressione del principio di sussidiarietà orizzontale secondo la sua accezione positiva il che implica uno sforzo attivo dell’amministrazione nel sostenere le attività dei privati finalizzate al perseguimento di interessi generali. Per un approfondimento sul tema cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 1.

L'amministrazione condivisa, le cui origini risalgono sin da Aristotele salvo poi trovare una più decisa affermazione nella dottrina sociale della Chiesa¹⁷, esalta al massimo livello il ruolo dei privati, uti singulus o in quanto aggregati in formazioni sociali, e riconosce la loro spontanea iniziativa per il perseguimento degli interessi generali¹⁸. In altri termini, il perseguimento di fini sociali non viene più inteso come soggetto a monopolio esclusivo dell'ente pubblico, di cui il privato è mero destinatario passivo, ma anche e soprattutto prerogativa del cittadino, il quale, secondo un approccio dialettico, proattivo e antiutilitaristico, diventa il vero protagonista avviando un proficuo confronto con l'amministrazione a lui più prossima per la "cura"¹⁹ della cosa pubblica.

Viene, dunque, del tutto superata quella concezione piramidale del potere meramente orientata al guadagno a favore, invece, della valorizzazione della cultura del dono, del pluralismo e del dinamismo sociale²⁰.

La nuova declinazione di cittadino, membro di una comunità, è stata efficacemente riassunta da Feliciano Benvenuti il quale, secondo una tipica concezione demarchica, ha osservato che «(...) non basta più la difesa della libertà individuale ma occorre che l'individuo vada oltre e cooperi a costruire, insieme agli altri, la rete di relazioni che costituisce la base e il principio di una società aperta»²¹. Tale modello rappresenta per il singolo non solo l'occasione per adempiere a quei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., ma altresì un momento di partecipazione spontanea attiva e libera, privo di vantaggi economici - personali, per la cura dei beni comuni il cui destinatario finale non è altro che la comunità stessa a cui il singolo appartiene.

Anche la Consulta nella nota sentenza n. 75 del 1992 è intervenuta sul punto sostenendo che la partecipazione degli individui alle aggregazioni sociali realizza sia lo sviluppo della persona umana che della comunità in cui il medesimo è inserito tendendo così all'uguaglianza sostanziale predicata dall'art. 3 Cost.

Occorre evidenziare, tuttavia, che all'impegno del cittadino deve simmetricamente corrispondere un impegno sostanziale dell'ente pubblico. A quest'ultimo è difatti richiesta a gran voce l'adozione di un nuovo atteggiamento e lo sviluppo di una nuova etica che al pari della comunità di riferimento non

¹⁷ In tal senso si rimanda all'Enciclica Quadragesimo Anno di papa PioX del 1931, n. 81.

¹⁸ Per una interessante disamina sul tema si vedano le considerazioni di A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 57 e ss.; V. CERULLI IRELLI, in *Enc. Giur.*, voce *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, XXX; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2002, 5 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2018, 2, 211 ss.; In ottica privatistica, si rimanda, invece, a A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Giappichelli Editore, 2017, 42.

¹⁹ Cfr. sul punto anche le interessanti ed innovative considerazioni di A. PIOGGIA, *L'etica della cura*, in *Labsus.org*, 4 marzo 2025. Cfr. anche A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Il Mulino, 2024.

²⁰ Cfr. sul punto G. PISANI, *Da Costantino Mortati al principio di sussidiarietà orizzontale. Il ruolo delle formazioni sociali nell'evoluzione in senso "pluralistico" dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2022, 2, 391 e ss. Come sostenuto anche da M. Ceolin, *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, Bologna, 2023, 20, è attraverso il principio di sussidiarietà che l'attività del privato, che svolge attività di interesse generale, si fa esplicitazione dell'art. 2 e dei principi cui esso esprime. Sul punto, di recente, anche N. LIPARI, *Il terzo settore tra gratuità e cittadinanza*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2, 2024.

²¹ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, 23.

può che essere di stampo collaborativo ed aperto. Tale fenomeno partecipativo, invero, giammai deve tradursi come una de-responsabilizzazione della pubblica amministrazione dalle funzioni che le competono (e di cui sempre rimane titolare esclusiva) o come un semplice procedimento passivo di affidamento a terzi di attività pubbliche. Essa va intesa, piuttosto, secondo un'accezione "cooperativa" «che implica il dovere delle amministrazioni di favorire l'iniziativa spontanea e disinteressata degli individui (...)»²².

Il quadro che ne risulta è certamente complesso. Le pubbliche amministrazioni, per poter attuare un modello sussidiario sostenibile ed effettivo, sono chiamate ad un cambio radicale di prospettiva. Tale mutamento non può che partire a livello culturale ed anche organizzativo. Sotto quest'ultimo profilo, invero, risulta certamente necessario dotarsi di strutture idonee e specializzate nonché di personale preparato e professionale in maniera tale da permettere alla pubblica amministrazione di operare continuamente e proficuamente in relazione con la comunità, evitando processi spesso farraginosi ed inefficaci che disincentivano e riducono lo straordinario potenziale dell'apporto privato alla cura dell'interesse pubblico²³.

3. La coprogettazione nel codice del terzo settore

Tratteggiata in breve la cornice storico- costituzionale dell'amministrazione condivisa, merita di essere osservato che è proprio all'interno di essa che il Terzo settore ha avuto un ruolo determinante, diventando l'interlocutore principale per l'attuazione, in collaborazione, delle politiche di *welfare*. In tal senso, il codice del terzo settore ha introdotto innovativi strumenti di collaborazione tra ETS e pubblica amministrazione nel titolo VII, rubricato "*rappporti con gli enti pubblici*"²⁴. È in questo titolo, costituito dai soli articoli 55, 56 e 57, che, come autorevole dottrina ha sostenuto, si verifica il "*punto di incontro e di snodo fra il polo degli interessi pubblici e quello di interesse generale*"²⁵.

²² Così N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistemati e profili innovativi*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2023, 828. Cfr. anche G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, 179 e ss.; C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1, 2005, 71.

²³ Cfr. M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 3, 596 che sul punto afferma: «L'amministrazione pubblica, cioè, può essere vista anche come un insieme di strutture specializzate per la soluzione di questi problemi, che, da un lato devono favorire l'incontro tra chi ha le competenze per agire, dall'altro, qualora i cittadini, singoli o associati, scelgano autonomamente di attivarsi per contribuire a tale soluzione, devono mettere loro a disposizione il supporto organizzativo necessario». Cfr. anche A. SANTUARI, *Diritto delle organizzazioni socialmente responsabili*, cit., 702 il quale afferma che «anche nelle pubbliche amministrazioni occorre investire su processi di acquisizione di competenze specifiche, anche di natura organizzativa, per affrontare le procedure di natura cooperativa».

²⁴ Sul punto in dottrina, A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non Profit paper*, 3, 2017, 173 ss.; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Giappichelli, Torino, 2022; E. FREDIANI, *La coprogettazione dei servizi sociali*, Giappichelli, 2021; 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*, cit., 263.

²⁵ In questi termini G. ARENA, *sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, in *Impresa Sociale*, 2020, 3, 61 e ss.; Sulla distinzione tra interesse pubblico e interesse generale si consideri quanto sostenuto da C. NAPOLITANO, *L'amministrazione condivisa*, cit., 290 la quale afferma: «L'interesse pubblico, insomma, rispetto a quello generale, ha un elemento formale in più: la giuridificazione, che ne comporta l'attrazione nella sfera del potere pubblico. L'interesse

Tali strumenti, che si esauriscono con la stipula di veri e propri accordi, la cui natura è ancora oggi in dottrina piuttosto dibattuta, sono: I) la co-programmazione; II) la co-progettazione; III) l'accreditamento; IV) le convenzioni. Se le convenzioni ex artt. 56 e 57 sono espressione di un modello di amministrazione, c.d. consensuale, è proprio l'art. 55, invece, che rappresenta «una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.»²⁶.

Si tratta di una forma innovativa di coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore nelle operazioni di *decision making* che si realizza mediante due strumenti: la coprogrammazione e la coprogettazione. Essi, attivabili sia per iniziativa dell'ente pubblico che per iniziativa del soggetto privato, sono posti in posizione di consequenzialità logica- giuridica in quanto l'una presuppone l'altra. Con la prima, gli ETS iscritti al RUNTS, (posti in posizioni privilegiata rispetto ad altri soggetti in quanto, a detta della Consulta, «dotati di una specifica attitudine»²⁷), possono avviare insieme all'ente pubblico una forma di dialogo attivo, finalizzato all'individuazione e ideazione in concreto dei bisogni da realizzare. Una volta individuati, è possibile poi, procedere, attraverso una aggregazione reciproca di risorse e di *know-how* (le c.d. risorse immateriali del Terzo settore), alla loro definizione ed esecuzione in concreto (questa è la c.d. coprogettazione realizzativa²⁸). Viene quindi prevista una forma di collaborazione e cooperazione tra ETS e pubblica amministrazione che, ancorché non definibile di nuovo conio, visto che tali istituti erano già previsti in ben precedenti disposizioni come nella l. n. 328 del 2000 o nel d.p.c.m. 30 marzo 2001, all'art. 6²⁹, ha l'indubitabile pregio di essere stata estesa, in misura piuttosto rilevante, a tutti gli ambiti individuati dall'art. 5 Cts³⁰. La coprogettazione, pertanto, costituisce un modello di amministrare in condivisione, di stampo collaborativo e relazionale dove pubblico e privato, nella convergenza degli intenti, perseguono interessi generali. Esso è alternativo e, in alcuni casi, più efficiente rispetto alle logiche di scambio e

generale, finora considerato come metagiuridico, è stato invece qualificato e riempito di contenuto proprio con il Cts, il quale ha individuato, all'art. 5, i casi in cui esso è perseguito (...).

²⁶ In questi termini Corte cost. n. 131 del 2020. Cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in (a cura di) G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *L'amministrazione condivisa*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, Trento, 62, 2022, 21 e ss.; e D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Giappichelli, Torino, 2022, 443.

²⁷ Così Corte cost. 131 del 2020. Una parte di dottrina sul punto afferma C. NAPOLITANO, *L'amministrazione condivisa*, cit., 288 «Il baricentro di questa lettura tra strumentalità dell'organizzazione amministrativa rispetto ai diritti inviolabili della persona e sussidiarietà orizzontale potrebbe collocarsi proprio negli Ets: soggetti privati, facenti capo alla società civile, dotati di autonoma iniziativa nella scelta statutaria di perseguire interessi generali ma che- a un certo punto- si distinguono tanto dalla società civile quanto dall'Amministrazione pubblica per diventare interlocutori privilegiati della p.A. soggetti a specifici regimi di controllo, anzitutto di tipo organizzativo».

²⁸ Cfr. L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, Giappichelli, 2022, 98 - 99.

²⁹ legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

³⁰ G. LEONDI, *Riforma del Terzo settore e autonomie locali*, Giappichelli, 2019, 26 e ss., evidenzia sul punto «Le disposizioni del codice hanno, pertanto, l'effetto di estendere l'ambito di applicazione dell'istituto a tutti i settori di attività di cui all'art. 5, generalizzando, con riferimento a tali settori, il principio del necessario coinvolgimento degli enti del Terzo settore non soltanto nella fase della gestione degli interventi, ma anche in quella dell'elaborazione degli atti di programmazione. Cfr. anche A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 2019, 139 ss.; E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo settore*, in *Non Profit Paper*, 2017, 157.

al ricorso al mercato³¹ in quanto «sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale (...) quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (...) sia un'importante capacità organizzativa e di intervento»³². Tale modello, quindi, si pone come potenzialmente vantaggioso a duplice direzione: da una parte a favore dei consociati, per la qualità dei servizi svolti, dall'altra a favore della pubblica amministrazione, in quanto motivo di risparmio di risorse rispetto che al ricorso al mercato.

Nondimeno, la disciplina relativa alla coprogettazione ha il pregevole merito di aver predisposto per la prima volta «una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria»³³. A tal proposito, come dispone l'art. 55, comma 1 Cts, il coinvolgimento attivo degli enti deve avvenire nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241³⁴ tra i quali spiccano senz'altro quello di imparzialità, pubblicità, trasparenza, efficacia ed economicità³⁵.

Il procedimento termina poi con l'accordo finale che «costituisce il punto di arrivo di un percorso in cui si è sviluppato un costante confronto collaborativo tra P.A. ed enti del terzo settore»³⁶.

4. *Le evoluzioni giurisprudenziali e normative sulla coprogettazione: il contrasto con la disciplina sul public procurement*

La fase di coprogettazione, meramente eventuale e successiva a quella di co-programmazione, sconta, come noto, una serie di criticità che, a differenza della fase meramente consultiva, ha fatto sorgere importanti questioni giuridiche e di sistema, tali da determinare, fino alla nota sentenza 131 del 2020 della Consulta che ne ha segnato il pieno riconoscimento, la sostanziale disapplicazione dell'istituto. Ancora oggi la questione appare tutt'altro che risolta.

Volendosi spingere nell'analisi della questione, occorre evidenziare che uno degli aspetti di maggiore problematicità risiede nella laconicità del dettato normativo nonché nel mancato coordinamento con la disciplina della contrattualistica pubblica, al tempo recate ancora all'interno del d. lgs. 50 del 2016.

³¹ Cfr. E. FREDIANI, *Il tempo della coprogettazione*, cit., «la coprogettazione si inquadra entro un nuovo modello di evidenza pubblica a forte connotazione (o, se si vuole, a venatura) sociale, in cui le ragioni della costruzione condivisa (make) sono venute sempre di più a prevalere sulle logiche economiche dell'acquisto (buy) di beni e servizi nell'ambito di un mercato».

³² Così Corte cost. 131 del 2020.

³³ Così sempre Corte cost. 131 del 2020. Sul punto occorre osservare, come ricorda anche C. NAPOLITANO, *L'amministrazione Condivisa: Note Sparse su Co-Progettazione Ed Enti Del Terzo Settore*, (a cura di) F. APERIO BELLAM A. CARBONE, E. ZAMPETTI, *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2020-2021*, RomaTre-Press, 2022, 267 ess., che il principio di sussidiarietà orizzontale, benché introdotto nel 2001 con la riforma del Titolo V avvenuta con legge Costituzionale n. 3 del 2001, non ha poi avuto sostanziale applicazione rimanendo «dormiente e inattuato» fino al disegno di legge Rodotà da cui derivò poi il Regolamento comunale sull'amministrazione dei beni comuni del Comune di Bologna nel 2014.

³⁴ Art. 55, comma 1, Cts.

³⁵ Sul punto si veda quanto evidenziato da tar Milano del 17 settembre 2024, n. 2533: «La fase di selezione preliminare dovrà necessariamente rispettare i principi di trasparenza, di pubblicità e di non discriminazione di cui alla legge n. 241 del 1990, dovendo comunque il Comune scegliere con trasparenza e sulla base di criteri predeterminati il soggetto del Terzo settore con cui avviare la co-progettazione».

³⁶ *Ibidem*.

Quest'ultimo, infatti, di pari passo al Cts taceva sul perimetro dei due istituti. La questione, pertanto, non poteva che essere rimessa all'autorevole dottrina ed alla giurisprudenza visto che la co-progettazione spesso termina con l'attuazione di un servizio o lavori, da parte di un ente del Terzo settore, mediante corresponsione di risorse di denaro pubblico ancorché erogate a titolo di rimborso.

Invero, il rimborso erogato, ed è questo il punto nodale, potrebbe potenzialmente entrare in conflitto con la disciplina sul *public procurement* che, come noto, si forgia sulla normativa di diritto euro-unitario³⁷. Quindi, ben si comprende, la coprogettazione potrebbe potenzialmente rappresentare un fenomeno elusivo per esternalizzare funzioni e servizi in violazione alle disposizioni imperative a tutela della concorrenza e del mercato.

Questa *lacuna legis* ha portato il Consiglio di stato, su richiesta dell'ANAC³⁸ e nel tentativo di dirimere l'interferenza, a pronunciarsi sulla questione con il noto parere 2052 del 20 agosto 2018 i cui esiti, tuttavia, sono stati ben lungi da quelli che auspicava l'autorevole dottrina. A tal proposito, i giudici di Palazzo Spada, hanno evidenziato che le procedure di affidamento di servizi sociali, come la coprogettazione, sono da sottoporre alla disciplina del Codice dei contratti pubblici (d'ora in avanti anche solo "Ccp"), ogni qual volta: I) la procedura disciplinata dal diritto interno non ha carattere selettivo; II) la procedura non tende, neppure prospetticamente, all'affidamento a un ente di diritto privato di un servizio sociale, III) la procedura mira all'affidamento a un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia verrà svolto a titolo integralmente gratuito. In altri termini e più chiari termini, «nei casi di co-progettazione e partenariato, (...), solo la comprovata ricorrenza dell'elemento della gratuità (...) esclude la sussunzione della procedura entro la disciplina euro-unitaria»³⁹. Questo in quanto il Ccp è posto in posizione di primazia e sovra ordinazione rispetto al Cts in quanto espressione di disposizioni europee.

Secondo le considerazioni dei giudici amministrativi, pertanto, il concetto di non onerosità deve intendersi non come di economicità (pareggio tra ricavi e costi) ma come di integrale gratuità richiedendosi quindi che il servizio debba essere reso sostanzialmente in perdita posto che non può costituire oggetto di rimborso neppure il capitale investito o il lavoro reso⁴⁰.

Come è facile desumere, tale pronuncia, ampiamente criticata in dottrina in quanto non tiene conto della diversa specificità ed attitudine del Terzo settore⁴¹, ha fortemente disincentivato il ricorso a tale

³⁷ Come noto, per il diritto europeo ed in particolare per l'art. 2, paragrafo 1, n. 5 della direttiva 2014/24/UE, appalti pubblici sono «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».

³⁸ ANAC, nota prot. n. 59638 del 6 luglio 2018.

³⁹ Parere Cons. st. 20 agosto 2018, n. 2052.

⁴⁰ Il Consiglio di Stato con questa interpretazione ripropone sostanzialmente la rigida configurazione che si è affermata a livello europeo nella sentenza C-159/11, *Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce*. Cfr. L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Giappichelli, Torino, 2022, 87, il quale motiva la scelta del Consiglio di Stato in questi termini: « In sintesi, i giudici amministrativi hanno chiaramente recepito le preoccupazioni sollevate dall'Autorità anticorruzione nella citata richiesta di parere, ravvisando nel Codice dei contratti pubblici e nella sua disciplina un "porto sicuro" per garantire imparzialità, trasparenza e buon andamento dell'agire amministrativo».

⁴¹ Cfr. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel codice del terzo settore*, in (a cura di) S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, 2019, 42, 89; Cfr. anche G. ARENA, *Il*

strumento in quanto non conveniente, comportando altresì la sostanziale disapplicazione di tale istituto visto che, non di rado, gli enti del Terzo settore sono di fatto impossibilitati a sostenere integralmente tutti i costi dell'operazione⁴².

Tuttavia, la questione è ritornata al centro del dibattito giuridico a seguito della storica e attesa pronuncia della Corte costituzionale, avvenuta con la sentenza 131 del 2020, la quale, seppur in *obiter dictum*, ha dissipato ogni dubbio sul conflitto tra art. 55 e Ccp. La Corte, così statuendo, ha di fatto ridisegnato il perimetro dell'istituto della coprogettazione, conferendogli una vera e propria legittimazione come paradigma per eccellenza dell'amministrazione condivisa⁴³. La Corte ha correttamente evidenziato che la coprogettazione è da ritenersi qualcosa di diverso e distinto dal profitto e dal mercato e quindi in ogni caso sottratta alla sua regolamentazione. Invero, coprogrammazione e coprogettazione «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»⁴⁴. Tale rapporto, continua la Corte, «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 (...) secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»⁴⁵. Si è così distinto in maniera netta e decisa il campo della solidarietà e della sussidiarietà, disciplinato dal Cts, dal campo del mercato, formato dalle norme del Ccp. I due codici, pertanto, non sarebbero posti sulla base di una relazione gerarchica quanto invece in posizione di equi-ordinazione; distinti sulla base dei diversi modelli di cui essi sono espressione. Quello del Cts

diritto del terzo settore preso sul serio, in *Welforum.it*, 2, 2019; A. SANTUARI, *Diritto delle organizzazioni socialmente responsabili*, Franco Angeli, 2024, 663 afferma che gli ETS «non si caratterizzano per essere soggetti produttori/erogatori di servizi nell'ambito di un rapporto di committenza pubblica, ma risultano definiti da una "specializzazione funzionale", che le rende particolarmente adatte a realizzare finalità di interesse generale al di fuori delle procedure ad evidenza pubblica».

⁴² Sul punto si considerino le interessanti riflessioni di C. BORZAGA, L. FAZZI, A. ROSIGNOLI, *Co-progettare i servizi sociali: nuove traiettorie del welfare locale in Italia?*, in *Politiche Sociali*, 2024, 1 : «Se non vengono riconosciuti i costi fissi e indiretti dei servizi, molti enti di terzo settore e in particolare quelli meno strutturati possono incontrare seri problemi. Fino a che si tratta di interventi di piccole dimensioni, i costi fissi e indiretti sono sopportabili e la speranza di stabilizzare una relazione con l'amministrazione pubblica può sortire un effetto motivazionale importante nell'investire nella collaborazione. Se l'impegno lavorativo e economico diventa più rilevante, le conseguenze sono più gravi».

⁴³ Sulla questione cfr. 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*, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it; L. GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *Impresa sociale*, 27 giugno 2020; N. VETTORI, cit.; S. S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. Econ.*, 2021, 3, 83 e ss; A. FICI, L. GALLO, 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; D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa, contenuti*, ivi.

⁴⁴ Così Corte cost. n. 131 del 2020.

⁴⁵ In questi termini Corte costituzionale n. 131 del 2020. In particolare, G. BOTTINO, *Art. 6. Principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli Enti del Terzo Settore*, (a cura di) A. BOTTO, S. C. ZENNAM, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, 2024, sostiene «La "amministrazione condivisa", tra le pubbliche amministrazioni e gli Ets, delle "attività di interesse generale" – e, di conseguenza, l'affidamento diretto di queste stesse attività agli Ets (forse persino il sintagma "affidamento diretto" è un ossimoro, dinanzi alla "condivisione" dell'amministrare)- costituisce dunque un modello procedimentale conforme al diritto europeo e nazionale dei "contratti pubblici", benché introdotto, disciplinato e tuttora vigente, all'interno di un diverso corpus normativo di riferimento: un diverso "Codice", non il "Codice dei Contratti Pubblici", bensì il "Codice del Terzo Settore».

fondato sulla solidarietà e sul pluralismo sociale, quello del Ccp fondato, invece, sulla concorrenza e sui rapporti corrispettivi e sinallagmatici.

Come noto, questo orientamento è stato fatto proprio anche dal legislatore con le recenti Linee Guida emanate con il d.m. 72 del 2021. Tali linee guida, emesse dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali il 31 marzo 2021 sono tutt'ora vigenti e oltre a disciplinare ulteriormente e con maggiore puntualità il procedimento per l'attuazione degli artt. 55, 56 e 57 del Cts⁴⁶, prevedono che l'amministrazione pubblica può porre a sostegno dell'attività del *partner* un contributo qualificato ai sensi dell'art. 12 della l. 241 del 1990⁴⁷. Questa impostazione è stata peraltro ulteriormente confermata dalle successive Linee Guida n. 17 del 27 luglio 2022 le quali, al paragrafo 2.1 del provvedimento, sottolineano che le fattispecie di coprogettazione, attivate con enti del Terzo settore, sono estranee all'applicazione del Ccp «anche se realizzate a titolo oneroso»⁴⁸.

Sembrebbe, quindi essere confermata anche in queste disposizioni di *soft law* la fondamentale distinzione tra i modelli di amministrazione. Ebbene, essa non poggia affatto sull'assenza di erogazione di contributi economici da parte della pubblica amministrazione quanto, invece, sul diverso paradigma di cui sono espressione i due modelli. Un paradigma sussidiario, solidale e anti-utilitaristico fondato sulla comunione di scopo e quindi sull'assenza di sinallagma.

Allo stato dell'arte, tuttavia, la questione parrebbe essere ancora piuttosto complessa quanto incerta. Occorre evidenziare che, nonostante gli sforzi dell'autorevole dottrina e della giurisprudenza della Corte costituzionale, la grande maggioranza delle pronunce dei tar e del Consiglio di Stato sul tema della coprogettazione si è dimostrato essere ancora piuttosto miope e "rachitico"⁴⁹ rispetto a tali nuovi approdi. Viceversa, essa è rimasta ancora piuttosto fedele alle considerazioni estremamente restrittive del Consiglio di Stato espresse nel noto parere del 2018. Tale arresto è stato, peraltro, recentemente condiviso anche dal Consiglio di Stato con la sentenza 5217 del 26 maggio 2023.

Eppure, a ben vedere, l'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa in ordine al profilo della gratuità appare, oltretutto ingiustificato ed espressivo di un approccio estremamente cauto e diffidente del paradigma sussidiario, addirittura più severo e restrittivo rispetto agli approdi a cui è giunta la Corte di Giustizia in ordine alla disciplina degli affidamenti. Come noto, una così rigorosa interpretazione del concetto di onerosità urta anche con quanto statuito di recente dalla Corte di

⁴⁶ Giova sul punto evidenziare che tali Linee Guida sono state riconosciute e condivise anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa. Cfr. sul punto tar Toscana, sez. III, 12 maggio 2022, n. 661.

⁴⁷ Concorde in tal senso anche la recente pronuncia del tar Liguria, sez. I, 3 maggio 2024, n. 310.

⁴⁸ «Le linee guida ANAC di "nuovo conio" sembrano invero affermare che in una procedura di co-progettazione sia legittimo prevedere un contenuto economico, in base al quale ovvero sulla base del cui importo pubbliche amministrazioni e soggetti non profit impostano la realizzazione del/dei progetto/i da realizzare in forma condivisa. L'onerosità, dunque – come già si è avuto di ricordare proprio su questo sito – può dunque non corrispondere al concetto di corrispettivo, atteso che è, allo stato, difficilmente realizzabile un qualsivoglia intervento nel comparto del welfare, che non sia sostenibile dal punto di vista economico-finanziario». In questi termini A. SANTUARI, *Le nuove linee guida ANAC sull'affidamento dei servizi sociali. L'impatto sulla coprogettazione*, in *Welforum.it*, 22 settembre 2022.

⁴⁹ Così L. ANTONINI, *L'amministrazione condivisa come metodo per preservare il principio personalità*, in *Labsus*, 18 giugno 2024.

Giustizia UE, sez. IV, 14 luglio 2022, in causa C-436/20, *Asade*⁵⁰. Quest'ultima, infatti, ha non solo confermato i risultati a cui erano già giunti i giudici della Corte UE nelle note sentenze "CASTA" e "Spezzino"⁵¹, ma li ha addirittura estesi, ribadendo, quindi, la possibilità di deroga nell'affidamento dei servizi sociali di rilevanza economica nei casi di finalità solidaristiche⁵². La Corte UE, nonostante l'interpretazione ampia del concetto di onerosità, ha avuto l'occasione di ribadire che gli Stati membri dell'Unione nella loro suprema discrezionalità possono riservare ad enti del *no profit*, affidamenti di servizi, in deroga alla disciplina unionale. Ciò a patto però che il rimborso non ecceda quello dei costi variabili, fissi e permanenti sostenuti dall'ente e purché sia giustificato da esigenze di solidarietà ed efficienza di bilancio (economicità del servizio). A quanto sin qui delineato, si aggiunga ulteriormente che è stato lo stesso legislatore nel d. lgs 201 del 23 dicembre 2022, all'art. 18, comma 3, a confermare tale impostazione prescrivendo che gli strumenti di collaborazione con gli ETS non possono essere applicati «nelle ipotesi in cui le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato». Questo significa, sostanzialmente, che gli enti pubblici possono assicurare un rimborso delle spese sopportate dagli ETS purché dettagliatamente rendicontate. Orbene, se si attribuisce a questa norma una valenza generale più che speciale, in quanto espressione di un approccio già radicato a livello legislativo (viste anche le Linee Guida) ed ossequioso del dettato costituzionale, si può agevolmente concludere che il legislatore riconosce a tutti gli effetti alla coprogettazione, erogazioni di risorse a rimborso da parte della pubblica amministrazione⁵³.

Ciò posto, i profili di indagine relativi alla coprogettazione non risultano essere qui del tutto esauriti posto che le motivazioni della giurisprudenza amministrativa, inerenti al profilo della necessaria gratuità della prestazione, non risultano avere decisivo riscontro neppure nelle categorie civilistiche a cui la stessa fa riferimento.

5. *Gratuità, assenza di sinallagmaticità e principio di non lucratività*

Come visto, nella stragrande maggioranza delle decisioni della giustizia amministrativa viene ribadito che la coprogettazione c.d. realizzativa, deve svolgersi in forma interamente gratuita nel senso che

⁵⁰Cfr. 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 (Commento a Corte di giustizia, 14 luglio 2022, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE), C-436/20)*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2022, 4, 1021.

⁵¹ C.G.U.E., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, Spezzino e C.g.u.e., 28 gennaio 2016, causa C-50/14, CASTA. Per un approfondimento si rinvia a A. ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio): nota a Corte giust. 11 dicembre 2014 causa C-113/13*, in *Foro it.*, 3, 2015, 151 ss; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del giudice amministrativo: il problematico temperamento tra principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 4 maggio 2016.

⁵² Cfr. B. L. BOSCHETTI, N. BERTI E G. MACDONALD, *L'amministrazione condivisa tra modelli normativi e operativi*, (a cura di) B. L. BOSCHETTI, *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa*, Quaderni di Terzjus, 2024, 61.

⁵³ L. Furno. *Art. 6 – Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore*, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici*, Giuffrè, 2024, 61.

all'aumento patrimoniale della collettività deve necessariamente corrispondere «una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore». Quindi, l'effettiva gratuita si deve necessariamente tradurre, a detta del Supremo Consesso amministrativo, in una erogazione del servizio in perdita non potendo essere ammessa nessuna forma di rimborso sul capitale investito e sul lavoro⁵⁴. Tale indirizzo, tuttavia, appare oggi non solo del tutto ingiustificato, a maggior ragione se si considera la portata applicativa del principio del risultato di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici, ma altresì miope del dettato normativo che non fa, invero, mai menzione della necessità di tale requisito. Sia il nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 6 che la Corte costituzionale con la nota sentenza 131 del 2020 hanno correttamente evidenziato che l'amministrazione condivisa si deve basare su rapporti giuridici di natura non sinallagmatica. Assenza di sinallagmaticità e gratuità, eppure, sono concetti distinti ed afferenti a categorie giuridiche civilistiche altrettanto differenti. È, pertanto, all'interno di tali categorie che necessita di essere ricercata una possibile soluzione per il superamento di tale *impasse*.

A tal proposito, si rileva che all'interno delle categorie contrattuali si suole distinguere tra contratto sinallagmatico e contratto a titolo gratuito. Ponendo l'attenzione all'aspetto della sinallagmaticità, occorre evidenziare che esso rappresenta un concetto di matrice teorico dottrinale non essendo presente una sua definizione espressa all'interno del codice civile. Tale termine, di derivazione e greca⁵⁵, coinciderebbe con la nozione di negozio di scambio per cui il contratto sinallagmatico sarebbe a tutti gli effetti quel contratto che prevede prestazioni corrispettive e reciproche tra le parti ovvero una reciprocità di obbligazioni. Pertanto, la causa di questa tipologia di contratti è necessariamente onerosa posto che entrambe le parti del negozio sono obbligate ad effettuare, l'una nei confronti dell'altra, una prestazione.

A tale categoria, si contrappone quella del negozio gratuito che si caratterizza, invece, dalla circostanza che all'esecuzione di una prestazione non corrisponde alcuna esecuzione della controprestazione. In altri termini, al sacrificio dell'uno non corrisponde alcun tipo di sacrificio dell'altro ma solo un vantaggio. Anche questa tipologia contrattuale, come richiede testualmente l'art. 1325 c.c., si deve fondare su una causa che, come noto, può essere la più varia come, per esempio, quella di liberalità nella donazione.

Tuttavia, se si muove l'indagine ancora all'interno delle categorie civilistiche, si può riscontrare che tra contratto sinallagmatico e contratto gratuito vi è una terza categoria rappresentata dal contratto con comunione di scopo che è un negozio a tutti gli effetti oneroso ma la cui causa è di matrice associativa.

Invero, la disciplina civilistica sostanziale, attraverso la figura del contratto plurilaterale (*species* del negozio plurilaterale) individuerrebbe un'ulteriore categoria contrattuale la cui causa è parimenti non

⁵⁴ In questi termini il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 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 codice del terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017). Questa interpretazione, come noto, è stata poi fatta propria anche nella stragrande maggioranza dei pronunciamenti della giustizia amministrativa.

⁵⁵ C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del synallagma di Aristone*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007, 3.

sinallagmatica e nemmeno gratuita visto che ammette a tutti gli effetti che le parti effettuino delle prestazioni per il perseguimento di un determinato fine comune e quindi non indirizzate, ed è questo l'aspetto determinante, nella propria sfera giuridica.

A ben vedere, questa categoria contrattuale, come ben evidenzia anche la dottrina del Galgano⁵⁶, ha avuto all'inizio una non felice quanto scarsa affermazione. La stessa natura contrattuale del vincolo associativo, non fondato come noto sullo scambio delle prestazioni ma sull'apporto di risorse e sull'impegno reciproco per il perseguimento di un fine comune, in passato era del tutto disconosciuta. Il negozio associativo veniva, difatti, considerato come atto complesso o collettivo poiché «contratto era da considerarsi solo quel vincolo siglato dalle parti nel conflitto formale degli interessi (che si compongono attraverso il negozio) e volto al perseguimento di scopi non coincidenti»⁵⁷. Dunque, era contratto solo quel negozio fondato sulla corrispettività della prestazione e, quindi, sul sinallagma genetico.

Tale concezione, tuttavia, è mutata col tempo e alla categoria dei contratti sinallagmatici fondati sullo scambio e quindi sulla reciprocità delle obbligazioni nel perseguimento di scopi antitetici, è stata riconosciuta da una parte autorevole della dottrina giuridica di civile la categoria dei contratti plurilaterali *non* sinallagmatici ovvero sia fondati sulla comunione di scopo e costituenti un rapporto associativo⁵⁸. Questi ultimi trovano peraltro un diretto riferimento nella disciplina dei contratti plurilaterali i quali, a loro volta, rinvengono proprio all'interno del Codice civile espressa dignità e disciplina.

Spingendoci nell'analisi della questione, occorre al contempo evidenziare che i contratti plurilaterali costituiscono una sottocategoria dei contratti con comunione di scopo e questo perché l'elemento funzionale della comunione degli interessi da perseguire deve necessariamente prevalere sull'elemento soggettivo della pluralità delle parti. Quest'ultimo elemento, quindi, può esserci come può non esserci. In altri e più chiari termini, riprendendo le considerazioni dell'autorevole dottrina del Ferri, l'elemento dei soggetti che caratterizza il contratto con pluralità di parti «degrada ad

⁵⁶ Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2002, 199 e ss.; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, 18;

⁵⁷ Cfr. A. RAVA, *Lezioni di diritto civile sopra i contratti in generale*, Italia, Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1932, 10; G. OSTI, *Voce Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, 471. Tra i più graditi negatori della natura contrattuale dei negozi con comunione di scopo vi era certamente il Messineo. Cfr. sul punto MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale* in *Annuario della Università cattolica del Sacro Cuore e dello Istituto superiore di magistero "Maria Immacolata"*, Vita e Pensiero, 1928, 53.

⁵⁸ Cfr. T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. comm.*, cit., 201: «il fenomeno associativo viene identificato in una particolare categoria contrattuale, detta dei contratti con comunione di scopo; rivela i propri caratteri nel confronto con l'antitetica categoria cosiddetta dei contratti di scambio. (...) nei contratti associativi la prestazione di ciascuna è, invece, preordinata al conseguimento d'uno scopo comune a tutte le parti». Si veda anche F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 154: «L'esigenza logica della figura del negozio plurilaterale deriva dalla considerazione che, giusta l'art. 1420 c.c., quando, insieme, e con la pluralità delle parti, non vi sia comunione di scopo fra le parti, si è fuori dal campo del contratto bilaterale; ma, d'altra parte, è legittimo concepire una figura così fatta, che presenti, insieme, pluralità di parti ed eterogeneità di scopo fra esse parti. Il negozio plurilaterale occupa, appunto, un'area, che non è coperta dal contratto plurilaterale e dalla sua causa. Infatti, la causa del negozio plurilaterale si plasma sul fatto che le prestazioni sono tra loro contrapposte (e non concorrenti, o convergenti, come nel contratto plurilaterale): a un dipresso, come nel contratto di scambio (a due parti)».

elemento accidentale dato che contratti con comunione di scopo, e cioè con quei caratteri funzionali e strutturali, possono porsi anche tra due parti»⁵⁹. Anche la dottrina del Maiorca si pone sulla medesima lunghezza d'onda specificando che i contratti plurilaterali sono contratti «ad assetto di interessi mediato da un programma»⁶⁰

Dunque, quando si tratta di contratti non sinallagmatici non si fa solo riferimento ai contratti gratuiti ma si fa altresì rimando alla categoria dei contratti con comunione di scopo che si caratterizzano dai primi in quanto le prestazioni delle parti sono indirizzate al perseguimento di un “programma” comune (*rectius*: scopo comune). In questo senso depongono non solo gli artt. 1420,1444,1459 e 1466 del codice civile che trattano della figura dei contratti plurilaterali; ma altresì l'art. 1321 c.c. nella parte in cui postula che il contratto è quell'accordo siglato tra due o *piu parti*, nonché lo stesso art. 2247 c.c. in riferimento al contratto di società.

La dicotomia tra contratti sinallagmatici e con comunione di scopo si lascia apprezzare quindi sul tema della causa negoziale. Se nei primi attraverso lo scambio (che costituisce lo strumento) si persegue un determinato risultato finale (come, per esempio, il sorgere di situazioni giuridiche soggettive immediate come diritti di credito o diritti reali), nei contratti associativi, i singoli conferimenti, e cioè le singole prestazioni, sono volte al perseguimento di un risultato comune alle parti. Detto diversamente, i conferimenti convergono verso la realizzazione un fine unitario.

Ulteriore rilevante distinzione che attiene ai contratti con comunione di scopo rispetto a quelli sinallagmatici risiede nel momento esecutivo. Il contratto con comunione di scopo, invero, può essere eseguito da uno solo dei contraenti ovvero da entrambi. In quest'ultimo caso si distingue ulteriormente tra vincolo associativo “esterno” ed “interno”. Se con la prima le parti si presentano nei rapporti esterni come un centro di imputazione unitario, nel secondo, invece, il vincolo non ha nessuna rilevanza all'esterno. In tal senso, un chiaro esempio di associazione meramente interna è rappresentato dal contratto di *joint venture* dove due o più imprese stipulano un accordo volto a perseguire, in collaborazione, un progetto comune. A ben vedere, nulla osta a far rientrare in questa categoria contrattuale, ovvero nei contratti con comunione di scopo con vincolo meramente interno, anche le convenzioni di coprogettazione siglate tra pubblica amministrazione ed ETS ai sensi dell'art. 55 Cts⁶¹. Invero, come anche ribadito dalla Corte costituzionale, il rapporto collaborativo che si instaura tra le parti dell'accordo è fondato sulla comunanza di interessi ed in particolare sul partecipare insieme (attività amministrativa condivisa) alla realizzazione del progetto finalizzato al

⁵⁹ G. FERRI, voce *Contratto plurilaterale*, in *noviss. Dig. It.*, 679. L'autore inoltre afferma «Mentre l'uso della formula contratti plurilaterali può essere giustificato per il fatto che i contratti con comunione di scopo sono suscettibili di porsi, e normalmente si pongono, tra più parti, mentre questa possibilità è esclusa per i contratti di scambio i quali necessariamente si pongono tra due parti, anche se ciascuna di queste formata da più persone»

⁶⁰ cfr. S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 5

⁶¹ Sulla validità della categoria dei contratti associativi in senso stretto e cioè con rilevanza meramente interna si veda anche F. VALENZA, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Giappichelli, 2005, 272 il quale afferma «La categoria in esame, così delineata, si rivela idonea a ricomprendere, nel suo ambito, non solo i contratti associativi in senso stretto e cioè con rilevanza esterna, ma anche i contratti associativi con rilevanza meramente interna, come i cartelli, i sindacati azionari, e soprattutto i contratti normativi, ed infine i contratti di gioco e scommessa collettivi e talune speciali convenzioni «in cui possono essere coinvolti anche enti pubblici, e che valgono a costituire un sistema di “regole”, eventualmente destinate ad operare anche al di là delle parti contraenti, per disciplinare attività non negoziali» (cfr. S. MAIORCA, *op. cit.*, 12)»

perseguimento dell'interesse generale. Da quanto sin qui brevemente tratteggiato, risulterebbe quindi disconosciuta l'inferenza per cui non sinallagmaticità corrisponde a gratuità. Si è potuto constatare come la Corte costituzionale in primis e il legislatore successivamente con l'art. 6 del d. lgs. 36 del 2023 abbiano voluto riferirsi con “*non sinallagmaticità*” a quella categoria di negozi a causa associativa i cui “conferimenti” son volti al perseguimento di un fine comune.

Tuttavia, se certamente dimostrata è l'esistenza e l'autonomia del contratto con comunione di scopo, meno pacifica è, invece, la disciplina ad essa applicabile. Esautorando il tema dall'oggetto della presente analisi, che mira invero a dimostrare la non biunivocità tra la categoria del contratto sinallagmatico e gratuito, in termini generali occorre comunque evidenziare che non è da ritenersi ad essa incompatibile la disciplina prevista dal titolo II del IV libro del codice civile che pertanto potrà trovare piena applicazione salvo, ovviamente, disposizioni speciali che regolano la singola figura contrattuale⁶².

Ciò tanto evidenziato, risulta necessario soffermarsi su un altro decisivo aspetto. La giurisprudenza amministrativa, invero, sembrerebbe erroneamente porre sullo stesso piano il concetto di gratuità con quello di non lucratività.

Eppure, non v'è dubbio che il legislatore più che di gratuità tratta, con riferimento al mondo variegato del Terzo settore, di assenza di lucratività fondando dunque su di essa la distinzione tra mercato e mondo solidale. Categorie, quella della lucratività (oggettiva e soggettiva) e della gratuità, che devono essere mantenute del tutto distinte e che non possono essere equivocate.

Orbene, sul punto si rileva che il legislatore delegato all'art. 4 della legge delega 106 del 2016 ha imposto agli enti del Terzo settore il divieto di distribuzione, anche in forma indiretta, degli utili o degli avanzi di gestione e del patrimonio dell'ente. Tale divieto di distribuzione trova poi effettivo riscontro all'interno del Cts nell'art. 8.

L'assenza di lucro soggettivo, che si distingue nettamente dal lucro oggettivo, nulla ha a che vedere con il profilo della gratuità della prestazione. Quindi, l'assenza di lucro soggettivo non deve essere affatto tradotta come esercizio di attività in forma gratuita e né tantomeno in perdita o come impossibilità assoluta di produrre un utile (lucro oggettivo), ma solo nel divieto di distribuire quell'utile, in forma diretta ed indiretta, tra gli associati. Tale dato incontestabile risulta confermato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 131 del 2020. Pertanto, anche sotto questo punto, si può agevolmente sostenere che non è affatto vero che le procedure di coprogettazione debbano essere necessariamente a costo zero per l'amministrazione sotto pena di avvio di gara pubblica. Il dato

⁶² Sul punto si consideri ancora una volta F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. comm*, cit., 202: «a questa importanza storica del concetto non ha tuttavia, fatto riscontro una sua corrispondente rilevanza normativa: l'individuazione di una categoria contrattuale contrapposta a quella dei contratti di scambio non ha, sul terreno tecnico-interpretativo, rivelato il medesimo valore delle altre classificazioni dei contratti. (...). Non si è, invece, riusciti ad enucleare una disciplina unitaria dei contratti con comunione di scopo, diversa, dalla disciplina dei contratti di scambio ed applicabile ai primi in quanto caratterizzati dalla comunione di scopo». Per una ricostruzione recente della categoria si rimanda alle interessanti considerazioni di R. CIPPITANI, *I contratti con comunione di scopo*, Giappichelli, 2020.

legislativo si pone a tutti gli effetti a favore dell'erogazione di un apporto economico a titolo di rimborso e a sostegno per il lavoro impiegato e per il capitale investito.

In conclusione, tale distinzione, pone ulteriori elementi a favore per la equiordinazione e alternatività tra mondo solidale e mercato. Essi sono posti sullo stesso piano ed espressione di modelli diversi e distinti. Il primo, a differenza del secondo, non afferisce a quello degli egoismi e del ritorno personale ma è fondato sulla solidarietà e costruito su un rapporto di natura non sinallagmatica. Assenza di sinallagmaticità, come si è potuto dimostrare indagando attraverso le categorie privatistiche, non si traduce affatto in gratuità della prestazione quanto, invece, in un impegno dei paciscenti per il perseguimento di un fine comune. Parimenti, le reciproche prestazioni effettuate dalle parti devono essere considerate non come corrispettivo quanto invece come reciproco "conferimento" di risorse (specularmente a quanto avviene nel contratto associativo) per il perseguimento di un fine comune.

Neppure alcuna rilevanza assume l'assenza di lucratività soggettiva con la gratuità della prestazione. Essi afferiscono a categorie del tutto differenti che non possono essere ridotte ad unità. Pertanto, gli ETS, nell'esercizio della loro attività in coprogettazione con la pubblica amministrazione ben potranno essere destinatari di risorse economiche e finanziarie a rimborso, purché ben rendicontate ed adeguatamente destinate. Gli ETS, invero, possono perseguire a tutti gli effetti un lucro purché sia di natura oggettiva ed orientato al reinvestimento dello stesso per finalità sociali ed altruistiche.

6. *Il principio di risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

Il coordinamento tra principio di sussidiarietà e principio di tutela del mercato e della concorrenza si è connotato di ulteriori interessanti, quanto problematici, risvolti grazie alla recente introduzione dell'art. 6 del d.lgs 36 del 2023⁶³. Quest'ultimo, che rappresenta un chiaro recepimento dell'orientamento espresso dalla Consulta con la nota sentenza 131 del 2020, segna il punto di approdo di un lungo *iter* storico (che si è brevemente tratteggiato nelle pagine precedenti) che termina in modo definitivo con l'introduzione normativa dell'amministrazione condivisa quale modello stabile ed alternativo rispetto al mercato⁶⁴. Il coordinamento tra i due paradigmi antitetici, uno fondato sull'azione sussidiaria (a cui non si applica la disciplina del Ccp) e l'altro sulla concorrenza,

⁶³ Cfr. l'art. 6 Ccp rubricato *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore*, che prevede: «In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi i contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017». Per un approfondimento sul tema si vedano N. VETTORI, cit.; A. SANTUARI, *La co-progettazione nel Codice dei contratti pubblici. Brevi riflessioni in merito agli artt. 1, 6 e 7 del d. lgs. n. 36/2023*, in *Persona e Danno*, 22/5/2023; L. FURNO, cit.,.

⁶⁴ Sulla portata innovativa dell'art. 6 si consideri il prezioso contributo di E. CARUSO, *L'amministrazione pubblica condivisa: terzo settore, contratti, servizi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, I, 209: «In ogni caso, non si può mettere in dubbio l'intenzione dei redattori del Codice di dar seguito alle indicazioni della Corte costituzionale (sent. n. 131/2020) nel senso della "stabilizzazione" "degli strumenti di amministrazione condivisa, così da rendere il loro utilizzo una soluzione ordinaria e, di contro, da impedirne la "marginalizzazione" cui sembravano destinati dopo il noto parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato».

è teleologicamente rivolto, come anche evidenziato nella relazione al codice, ad apportare ai consociati un modello efficace, efficiente e di qualità, promuovendo la capacità dei privati spesso più rapida di quella della pubblica amministrazione.

Come noto, una grande novità del codice è il c.d. principio del risultato. A tal proposito, l'art. 6 del nuovo Ccp prevede che la pubblica amministrazione può apprestare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici purché contribuiscano al perseguimento di finalità sociali «in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al *principio del risultato*»⁶⁵. Esso costituisce uno dei principi più importanti del nuovo codice, al punto tale da essere definito dall'autorevole dottrina come la “*Grundnorm dell'operazione di codificazione*”⁶⁶. Lo stesso articolo uno del Codice viene rubricato come “principio del risultato” e al comma 4 del medesimo articolo, il principio in commento viene rappresentato come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto. Tuttavia, il c.d. *super principio primo*⁶⁷ potrebbe a tutti gli effetti collidere con i principi di solidarietà sociale e pluralismo su cui si fonda invece l'amministrazione condivisa, visto che quest'ultima è, come noto, del tutto avulsa da qualsiasi logica concorrenziale orientata al mero risultato⁶⁸. Ancora oggi, rimane del tutto incerta la portata applicativa di tale principio.

Eppure, il principio del risultato potrebbe, al contempo, rappresentare un fondamentale propulsore verso la definitiva affermazione dell'amministrazione condivisa permettendo da una parte l'arretramento dell'applicazione del modello concorrenziale (quale uno dei tanti strumenti del perseguimento del fine pubblico) e dall'altra l'attestazione della coprogettazione quale modello ordinario per l'esercizio dell'attività amministrativa.

Si auspica, in tal senso, che tale principio suffraghi ulteriormente le ragioni per il tanto atteso *revirement* giurisprudenziale in ordine al concetto di non onerosità dell'affidamento del servizio in coprogettazione. Infatti, si evidenzia sin da ora, un servizio reso gratuitamente è certamente meno efficace di uno in cui vi è un sostentamento pubblico. Parimenti, un servizio reso secondo la disciplina sul *public procurement* non è assolutamente detto che sia efficace quanto uno reso mediante coprogettazione.

Per una riflessione sul principio di risultato, seguendo un approccio dogmatico e nel tentativo di dare una lettura quanto più fedele alla *ratio* legislativa, non resta che partire dalla Relazione al Codice dei contratti pubblici. Quest'ultima riporta testualmente all'art. 6 che «il modello proposto intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi promuovendo

⁶⁵ Corsivo aggiunto per maggiore enfasi.

⁶⁶ In questi termini A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Diritto Pubblico*, 2024, 2, 349.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ In tal senso L. GORI, cit., il quale ritiene che il rischio sia quella di «una interpretazione del principio del risultato che porti a ritenere che il principio del risultato imponga una sorta di comparazione fra ricorso all'amministrazione condivisa e applicazione degli istituti del codice dei contratti pubblici: vale a dire, in tanto si può applicare l'amministrazione condivisa in quanto, comunque, gli esiti siano equivalenti».

la capacità di intervento dei privati, spesso più rapida di quella delle amministrazioni»⁶⁹. La relazione continua disponendo: «a tal fine si prevede che gli enti affidatari dei servizi debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato)».

Il primo dato lampante che emerge dalla relazione è che il modello proposto è finalizzato prioritariamente a creare un sistema per la collettività più efficiente. Sarebbe pertanto anche quello economico il fondamento che legittima il modello di amministrazione condivisa. Nulla di nuovo se si considera che il modello sussidiario, come si è potuto tratteggiare in breve nella prima parte dello scritto, è stato introdotto anche al fine specifico di fronteggiare il problema del sovraccarico dei compiti dello Stato e dunque quale soluzione al fallimento del *welfare state*. Tale assunto risulta essere peraltro pacificamente confermato anche dallo stesso Consiglio di Stato dove, nel parere 01801 del 4 giugno 2014 avente ad oggetto la garanzia della parità di genere nelle società a capitale pubblico o misto, ha avuto modo di ribadire che la sussidiarietà orizzontale rappresenta una soluzione ad una società esponenzialmente più complessa e al contempo esigente, «generando la necessità di incrementare le capacità di regolazione del mondo».

L'amministrazione condivisa rappresenta, infatti, un modello non solo alternativo alla concorrenza ed attuativo dei principi di sussidiarietà orizzontale e di solidarietà sociale, ma altresì in grado di apportare, molto spesso, vantaggi e risultati ben più efficaci ed efficienti rispetto a quelli che potrebbero ottenersi facendo ricorso al mercato. Su questa lunghezza d'onda si è peraltro espressa la stessa Corte costituzionale con la sentenza del 2020 testé menzionata nella parte in cui ha affermato che gli ETS sono in grado di produrre spesso effetti positivi «sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno”»⁷⁰. Emerge, quindi, anche in tale passaggio, che il fine ultimo di tali modelli organizzativi è non solo quello dello sviluppo dell'etica solidale e del dono ma anche il più efficiente ed efficace perseguimento dell'interesse pubblico.

In questo senso potrebbe essere, pertanto, letto il principio del risultato, il quale esalterebbe al massimo grado la valutazione del caso concreto ampliando «i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile»⁷¹.

Pertanto, la scelta discrezionale dell'ente sul ricorso alla procedura di co-progettazione potrà trovare piena tutela fintantoché essa sia idonea a garantire risultati (in ordine agli obiettivi individuati dall'ente) migliori rispetto a quelli che si otterrebbe facendo ricorso ad altri modelli. In tal senso, giova sottolineare, l'elemento della riduzione dei costi di erogazione del servizio non deve essere considerato l'unico profilo determinante; esso deve, piuttosto, considerarsi solo uno dei tanti elementi che dovranno essere valutati dall'amministrazione nella sua discrezionalità orientata al

⁶⁹ Relazione al codice dei contratti pubblici elaborata dal Consiglio di Stato il 7 dicembre 2022 e consultabile al seguente link: <https://www.giustizia-amministrativa.it/schema-del-codice-dei-contratti-pubblici-elaborato-dal-consiglio-di-stato>

⁷⁰ Corte cost. n. 131 del 2020.

⁷¹ Cons. st., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

perseguimento dell'interesse pubblico. Tali elementi, ovviamente, dovranno poi essere adeguatamente motivati e analizzati nella motivazione a cui è tenuta la PA.

A tal fine, fondamentale sarà predisporre degli adeguati sistemi di valutazione di impatto sociale cioè dei «meccanismi di valutazione qualitativa e quantitativa degli effetti sul breve e lungo periodo delle attività svolte sulla comunità di riferimento (...)»⁷². Infatti, come indica lo stesso art. 1 comma 4 del Ccp «il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'*individuazione del caso concreto*⁷³».

Da quanto sin qui evidenziato, chi scrive ritiene che grazie all'introduzione del principio di risultato, il ricorso all'amministrazione condivisa ne esce certamente rafforzato in quanto si permette all'ente pubblico di sostenere la ragionevolezza della propria scelta non sulla base di una valutazione astratta, ma in concreto facendo riferimento ad una serie di parametri qualitativi e quantitativi che andranno determinati. Come già sottolineato, il ricorso allo strumento della coprogettazione è spesso più favorevole rispetto a quello del mercato, e non solo in termini di economicità, visto che il terzo settore è intrinsecamente vicino ai cittadini e dunque spesso in grado di leggere, meglio e più velocemente di altri, i bisogni della comunità (le c.d. risorse immateriali del Terzo settore). Invero, gli ETS, come anche sostenuto dalla Consulta nella sentenza citata, sono in grado di mobilitare interventi efficaci che spesso nessun altro è capace di fare. In tal senso, gli effetti positivi per la collettività sono doppi: da una parte si ottiene un risultato più efficiente ed efficace per i consociati e dall'altro si persegue lo sviluppo della persona umana che all'interno delle formazioni sociali persegue fini altruistici e solidali sempre a vantaggio della comunità stessa. Come anche rilevato dall'autorevole dottrina, dunque, l'art. 6 costituirebbe «un potenziale enorme per il radicamento e il rafforzamento dell'amministrazione condivisa»⁷⁴.

Su questa falsariga, inoltre, potrebbe trovare ulteriore appiglio il superamento del concetto di gratuità così come interpretato, come visto, dalla pacifica giurisprudenza amministrativa⁷⁵. Se davvero è richiesta l'adozione di un modello amministrativo orientato al risultato e quindi all'efficienza ed efficacia dell'azione, allora non v'è dubbio che sarà dovere della pubblica amministrazione contribuire come può, e quindi anche mediante corresponsione di un rimborso, al suo raggiungimento, ricordando sempre che i destinatari diretti delle esternalità positive della coprogettazione, non sono mai gli enti del Terzo settore quanto invece la collettività a cui il servizio è destinato⁷⁶. Peraltro, tale

⁷² In questi termini E. CARUSO, cit., 235

⁷³ Corsivo aggiunto.

⁷⁴ F. GIGLIONI, *L'Amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Labsus.org*, 17 aprile 2023.

⁷⁵ Si vedano a tal proposito le considerazioni di Ibidem: «Tale garanzia del risultato ha un potenziale significativo in termini di responsabilità dei funzionari pubblici, che possono così motivare e spiegare il ricorso alla soluzione concreta di amministrazione condivisa, senza dover per forza ricercare l'appiglio specifico legislativo a cui ancorare la scelta. Il principio del risultato può esaltare l'amministrazione responsabile a scapito di quella difensiva, senza naturalmente violare la legalità». *Contra* L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, cit., il quale afferma: L'amministrazione condivisa non si fonda sulla corresponsione di prezzi a fronte di prestazioni; non è improntata alla concorrenza fra operatori economici; non è funzionalizzata a conseguire il miglior risultato mediante affidamento ad un soggetto terzo. Su questo punto, il legislatore dovrebbe mutuare, ancora una volta, la prospettiva della riforma del Terzo settore».

⁷⁶ Cfr. sul punto anche le interessanti considerazioni di E. CARUSO, cit., 243: «Per altro verso, l'approccio "più realista del re" dei giudici amministrativi sembra porsi in contrasto anche con la logica del risultato amministrativo che dovrebbe

interpretazione del concetto di gratuità, come economicità, si porrebbe in perfetta aderenza non solo con la volontà del legislatore (cfr. art. 18, co. 3 del d.lgs. 201 del 2022) ma altresì con gli orientamenti maturati fino ad oggi da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Nondimeno, sembrerebbe deporre nei medesimi termini anche lo stesso art. 6 del d. lgs 36 del 2023 il quale offre a tutti gli effetti il criterio orientativo che deve seguire il giudice amministrativo nel vaglio di legittimità delle scelte effettuate dall'amministrazione. Questo, infatti, non deve essere mai fondato sulla verifica della gratuità, posto che è lo stesso art. 6 del Ccp ad indicare che i modelli di amministrazione condivisa devono essere privi di rapporti sinallagmatici e fondati sulla condivisione dell'attività amministrativa con gli ETS⁷⁷ (c.d. comunione di scopo).

Il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, anche in virtù del nuovo principio del risultato, dovrebbe quindi concentrarsi in primo luogo sulla ragionevolezza e sostenibilità della motivazione offerta dall'ente pubblico in ordine alle scelte effettuate. Pertanto, come anche evidenziato dall'autorevole dottrina, la scelta della coprogettazione sarà giustificata «nella misura in cui essa rappresenti, alla luce di uno scrutinio strettamente aderente al caso concreto, la soluzione migliore in relazione alla qualità e fruibilità delle prestazioni da parte dei destinatari finali dei servizi»⁷⁸.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui visto si può certamente concludere che la coprogettazione costituisce un modello innovativo ed efficace di amministrazione da tutelare ed incentivare anche attraverso l'erogazione di risorse economiche pubbliche a rimborso. Tali risorse, come anche precisato dalla Consulta, non rappresentano utilità a vantaggio dell'ente quanto, invece, dei meri “conferimenti” per la realizzazione in comune di un fine pubblico. Pertanto, nel sostegno economico attribuito agli ETS è del tutto assente qualsiasi profilo sinallagmatico fondato sulla logica del *do ut des*.

Anzi, si è potuto dimostrare che spesso è esattamente vero il contrario. Come anche rilevato in un interessante studio empirico⁷⁹, se davvero si vuole mirare ad un miglioramento delle politiche di *welfare*, non può prescindere da un impegno serio e costante di tutti gli attori sociali e pubblici in collaborazione. Tale impegno, fondato sulla fiducia reciproca, sulla leale collaborazione e sulla condivisione delle competenze trasversali, passa anche attraverso la corresponsione di risorse monetarie pubbliche a sostegno. In caso contrario, si profilerebbe uno scenario tutt'altro che positivo:

invece permeare tutte le scelte organizzative delle amministrazioni, incluso il ricorso agli strumenti in esame: pare invero innegabile che assumerla categoria della gratuità quale elemento costitutivo del ricorso al diritto del Terzo settore significa porre in secondo piano il tema della qualità del servizio del continuo miglioramento delle prestazioni erogate ai cittadini.»

⁷⁷ In tal senso N. VETTORI, cit., evidenzia: «è significativo al riguardo, e merita di essere valorizzato, il fatto che l'art. 6 non menzioni la categoria della non onerosità e che (diversamente dall'art. 56 Cts) non subordini i partenariati in esame alla valutazione di maggior convenienza rispetto al ricorso al mercato; ciò dimostra la volontà di non accogliere le improprie interpretazioni che erano state prospettate dalla giurisprudenza amministrativa»

⁷⁸ E. FREDIANI, *Il buon governo della co-progettazione*, cit., 709

⁷⁹ Cfr. C. BORZAGA, L. FAZZI, A. ROSIGNOLI, *Co-progettare i servizi sociali: nuove traiettorie del welfare locale in Italia?*, in *Politiche Sociali*, 2024, 1, 3-24.

il ricorso allo strumento della coprogettazione potrebbe tradursi come un pericoloso tentativo di deresponsabilizzazione dell'ente pubblico volto alla dismissione di attività e impegni pubblici a favore di enti del Terzo settore magari dovute a scelte politiche locali di mancato investimento. Il tutto a danno della comunità visto che un servizio reso in perdita il più delle volte si traduce come inefficiente oltreché assente del controllo pubblico a garanzia. Tale modo di intendere l'amministrazione condivisa apparirebbe, peraltro, anche in aperto contrasto con il nuovo principio di risultato, che rappresenta a tutti gli effetti la nuova stella polare che deve orientare l'amministrazione nel suo operato.

Quindi, l'orientamento granitico del Consiglio di Stato pare certamente condivisibile nella parte in cui richiede che l'approccio delle parti sia sospinto da un intento collaborativo e solidaristico valutato in concreto (sotto pena di trasformare l'amministrazione condivisa in appalto dissimulato)⁸⁰. Tuttavia, si profila passibile di plurime censure, e non solo giuridiche, quando omette di considerare che l'impegno della pubblica amministrazione potrà dirsi serio, effettivo ed orientato ad un risultato efficiente a favore della comunità anche e soprattutto attraverso la previsione di rimborsi. Tali apporti, invero, non costituiscono mai un corrispettivo quanto invece dei contributi per la realizzazione di un fine comune a vantaggio dell'interesse generale.

Tale dato giuridico, come visto, risulta essere ulteriormente suffragato dall'indagine attraverso le categorie privatistiche dove tra la categoria del contratto sinallagmatico e quella del contratto gratuito, se ne individua un'ulteriore quale quella del contratto associativo con comunione di scopo. Quest'ultima, soprattutto in una realtà economica globalizzata, non ha soli profili teorici poiché ad oggi risulta avere molteplici applicazioni e concretizzazioni. Nondimeno, nessuna norma vieta la possibilità per gli ETS di perseguire un tipo di lucro oggettivo essendo, invece, vietata la distribuzione degli eventuali utili (sia in forma diretta che indiretta) dell'ente. A tal proposito, si è potuto anche dimostrare che gratuità e non lucratività (in senso soggettivo) afferiscono a categorie assolutamente diverse e in quanto tali da mantenere ben distinte.

Pertanto, anche sotto tale profilo le considerazioni avanzate dal Consiglio di Stato appaiono certamente ingiustificate.

Quanto, invece, alla neutralizzazione di nascosti intenti elusivi, profilo giustamente temuto dalla giurisprudenza amministrativa, occorre evidenziare che un ottimo strumento in tal senso è rappresentato dalla verifica precisa e puntuale delle motivazioni a cui è tenuto l'ente pubblico in virtù dell'art. 3 della l. 241 del 1990⁸¹. Come ribadito anche dall'autorevole dottrina, l'adeguata motivazione si pone quindi come strumento idoneo a garantire la trasparenza «sia nei confronti degli enti non profit (...) sia nei confronti di tutti gli altri soggetti giuridici, ivi compresi quelli economici,

⁸⁰ Sul punto A. SANTUARI, *Diritto delle organizzazioni socialmente responsabili*, 699 afferma «le procedure di coprogettazione, per essere genuine, devono poter favorire un effettivo coinvolgimento degli Enti del terzo settore».

⁸¹ T.A.R. Liguria n. 310 del 2024 afferma sul punto: «Ciò, tuttavia, non esime l'amministrazione dall'obbligo di motivare la scelta di ricorrere al primo o al secondo modello, in ossequio al principio generale dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990: pertanto, qualora opti per gli stilemi procedurali del codice del terzo settore, dai quali sono escluse le imprese profit, l'ente pubblico deve indicare i profili di preferenza di tali procedure, nella concreta vicenda rispetto ad un'ordinaria gara d'appalto».

che possono dunque conoscere l'orientamento assunto dall'ente pubblico a favore degli enti non profit, così da garantire anche la giustiziabilità delle scelte operate dalla pubblica amministrazione»⁸².

Si è avuto modo di evidenziare, altresì, che la buona riuscita del modello dell'amministrazione condivisa passa anche e soprattutto da una riconcettualizzazione e riorganizzazione dell'ente pubblico. Risulta, infatti, necessario che le pubbliche amministrazioni siano le prime ad operare uno sforzo concreto e serio per l'adeguamento del proprio apparato organizzativo e professionale in maniera tale da accogliere e rendere proficua, continua ed efficiente la partecipazione attiva della cittadinanza alle operazioni di *decision making*. In tal senso, occorre che l'ente pubblico abbia il coraggio di cambiare la propria etica amministrativa rendendo la collaborazione pubblico privato più che l'eccezione, la regola.

Non può, infine, non farsi un cenno conclusivo al vero plusvalore dell'amministrazione condivisa e del Terzo settore: Esso non è affatto da rinvenirsi nel raggiungimento di un risultato economico migliore (in termini di risparmio di spesa per la pubblica amministrazione) quanto, invece, nella realizzazione dell'essere umano e dello sviluppo della solidarietà sociale. Invero, la coprogettazione e il binomio Terzo Settore-Pubblica amministrazione merita di essere fortemente incentivato in quanto modello virtuoso e capace di veicolare al massimo livello un vero e proprio progetto culturale fondato sull'etica del dono e dell'impegno di ciascuno alla costruzione del bene comune tendendo così all'eguaglianza sostanziale tra i popoli.

Soprattutto in questo preciso frangente storico, rappresentato dalla corsa agli armamenti e dalle tragiche esperienze belliche in Medio Oriente e in Ucraina, l'etica della condivisione, della solidarietà e dell'inclusione appaiono quanto più fondamentali e probabilmente il più importante risultato da perseguire. In questo senso, l'amministrazione condivisa, espressione massima del principio di solidarietà, può dirsi rivoluzionaria rappresentando uno straordinario baluardo per lo sviluppo e per la tutela dei diritti e dei principi democratici ed in grado di "creare una nuova mentalità che pensi in termini di comunità, di priorità della vita di tutti rispetto all'appropriazione dei beni da parte di alcuni"⁸³.

⁸² Cfr. A. SANTUARI, cit., 670

⁸³ Così PAPA FRANCESCO nell' "Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium*" del 24 novembre 2013.

Abstract

La coprogettazione ex art. 55 d.lgs. 117 del 2017 incarna un modello di amministrazione collaborativo, fondato sulla sussidiarietà orizzontale e sull'alleanza tra pubblica amministrazione e Terzo Settore per il perseguimento dell'interesse generale. Essa è alternativa al mercato e in molti casi più efficiente in quanto il *no profit*, capillarmente presente sul territorio e vicino ai cittadini, è in grado di leggere meglio i bisogni della comunità apportando vantaggi che spesso nessun altro è capace di realizzare.

Tuttavia, l'approccio restrittivo attuato dalla giurisprudenza amministrativa ne ha frenato l'attuazione, subordinandola alla gratuità del servizio.

L'introduzione del principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36 del 2023) consente oggi di superare questa *impasse*, legittimando la coprogettazione come strumento efficace e non sinallagmatico, idoneo a produrre soluzioni di qualità e impatto sociale.