

queste istituzioni

**La compartecipazione amministrativa
nell'ambito sociale:
inquadramento e nuove prospettive.
Verso una co-amministrazione?**

Marco Previtali

Numero 1/2023

31 marzo 2023

La compartecipazione amministrativa nell'ambito sociale: inquadramento e nuove prospettive.

Verso una co-amministrazione?

di Marco Previtali*

Sommario

1. Codice del Terzo settore e rapporti con la P.A. – 2. La svolta della Corte Costituzionale – 3. Il consolidamento della fattispecie e le altre forme di partenariato – 4. I più recenti sviluppi – 5. La definizione di co-amministrazione quale nuovo paradigma?

Sintesi

Il Titolo VII del d.lgs. 117/2017, c.d. Codice del Terzo settore, disciplina le forme di coinvolgimento degli ETS ed i rapporti collaborativi con le PPAA, aprendo così la strada a nuove forme di partenariato sociale e all'affermazione di un nuovo paradigma giuridico, che trova il suo fondamento nei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Gli istituti esaminati sono: co-progettazione, co-programmazione, accreditamento e convenzione. Questi si pongono in necessaria relazione con le procedure di appalto, che seguono il più tradizionale schema ad evidenza pubblica, in particolar modo con l'appalto di servizi sociali.

Abstract

Title VII of d.lgs. 117/2017, c.d. Code of the Third Sector, regulates the forms of involvement of ETS and collaborative relations with PPAA, thus opening the way to new forms of social partnership and the affirmation of a new legal paradigm, which is based on the principles of solidarity and horizontal subsidiarity. The institutions examined are: co-planning, co-programming, accreditation and convention. These are necessary in relation to procurement procedures, which follow the more traditional public evidence scheme, in particular with the procurement of social services.

Parole chiave

Appalti pubblici; Terzo settore; Principio di sussidiarietà; Partenariato pubblico privato; Co-amministrazione.

Keywords

Public procurement; Third sector; Administrative sharing; Public private partnership; co-planning.

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Bergamo.

1. Codice del Terzo settore e rapporti con la P.A.

Il fenomeno giuridico delle collaborazioni tra pubbliche amministrazioni ed enti del privato sociale risulta presentare, ad oggi, un percorso storico ed evolutivo non più così recente. A ciò si aggiunga che il connesso ruolo del terzo settore sta assumendo sempre più rilievo nel nostro ordinamento, soprattutto con riguardo ai legami che possono instaurarsi con quegli enti pubblici che esercitano le funzioni amministrative connesse alla gestione dei servizi sociali e di welfare, ossia gli Enti locali. Dunque il perseguimento dell'interesse generale affidato a dette amministrazioni si pone in necessaria relazione con quei soggetti privati portatori non di interessi individuali ma bensì di interessi collettivi.

Gli istituti giuridici che concretizzano questo rapporto ed offrono agli attori pubblici e privati gli strumenti idonei per attuarlo sono rinvenibili nel Codice del Terzo settore, d.lgs. 117/2017, al Titolo VII, recante «Dei rapporti con gli enti pubblici», composto da tre articoli: 55, 56 e 57, disciplinanti quattro istituti: co-progettazione, co-programmazione, convenzione e accreditamento.

Analizzando la detta disciplina legislativa occorre sottolineare come l'art. 55 abbia realizzato un superamento della natura sinallagmatica del rapporto tra pubblico e privato¹, prediligendo una struttura di tipo collaborativo, articolata in due fasi definite, in gergo anglosassone, come «*rule-making*» e «*adjudication*»². La prima consisterebbe nell'attività di regolamentazione propria dell'amministrazione, mentre la seconda risulterebbe essere un provvedimento amministrativo. Analizzando oltre gli spunti comparatistici può osservarsi come nel disegno approntato dalla riforma la fase di co-programmazione sia concepita come prodromica a quella di co-progettazione. In particolare la co-programmazione è ricondotta dal comma 2 ad una funzione di determinazione *ex ante* dei bisogni accompagnata da una definizione in termini solamente generali delle possibili azioni di intervento e dei relativi costi. Il riferimento all'attività di *rule-making* è da intendersi non come attività di regolamentazione generale, ma piuttosto come programmazione di servizi e attività di interesse generale. Ed in questo contesto la co-programmazione assume il significato di coinvolgimento attivo³ e di programmazione negoziata⁴, sì da indicare come la compartecipazione in questa fase preliminare costituisca momento stipulativo all'interno della procedura. Ben può dirsi quindi che la prospettiva che si è affermata si diriga verso una sempre crescente relazionalità nell'affidamento

¹ In tal senso F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 272 ss.

² In questi termini M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607 ss.

³ In senso critico sull'uso del termine P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 140.

⁴ Sul tema si veda G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2002, 75 ss.

dei servizi⁵, tanto che si è parlato di vero e proprio contraddittorio tra parte pubblica e parte privata⁶. Infatti è pacifico che il tavolo pubblico di programmazione possa essere considerato luogo di dialogo e confronto tra organismi di promozione sociale ed amministrazioni pubbliche, ma la particolarità in questa fattispecie consiste nel fatto che il c.d. contraddittorio non si instaura a causa di divergenze tra le controparti tradizionali, a seguito delle quali la parte privata decide di intervenire nel procedimento, ma si realizza all'interno di un luogo di tendenziale pacifico dialogo tra portatori di interessi e programmatori di servizi. In effetti questo momento si instaura proprio prima dell'attività ordinaria di programmazione generale che le amministrazioni sono chiamate a svolgere, collocandosi quindi in un contesto di definizione delle politiche pubbliche⁷. In termini specifici sono state avanzate alcune riflessioni⁸. La prima attiene all'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, il cui utilizzo viene previsto per i settori di cui all'art. 5 del codice, categoria più ampia degli esclusivi «interventi e servizi sociali» previsti dalla legge quadro del duemila. La seconda riguarda il piano più strettamente procedurale: in particolare è stato sottolineato come, in tema di disciplina di individuazione dei partner, l'unica disposizione espressamente prevista riguardi la co-progettazione e non la co-programmazione. Infatti il comma 4, dell'art. 55, così recita: «Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione precedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner». Sono stati pertanto messi in luce i rischi riguardanti le possibili asimmetrie che si verrebbero a creare. Una soluzione è stata quindi offerta dall'ANAC che, attraverso la determinazione 20 gennaio 2016, n. 32 ha espressamente previsto un obbligo, posto in capo alle amministrazioni, di procedere ad una adeguata attività di programmazione al fine di evitare il ricorso a procedure di urgenza per rispondere ai bisogni emersi, arrischiando la nascita di debiti

⁵ Per riflessioni circa questi sviluppi si rimanda a P. MICHIARA, *Contrattazione e servizi relazionali ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23 Ue e 2014/24 Ue. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2016, 461 ss.

⁶ In questi termini V. TONDI DELLA MURA, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non Profit*, 3, 2017, 48 ss.

⁷ Così F. DAL CANTO, *La conferenza permanente delle autonomie sociali*, in P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, Torino, 2015, 182 ss.; in senso più critico U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 789 ss., il quale ha definito il fenomeno partecipativo come contraddittorio "precoce".

⁸ E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e Terzo settore*, Modena, 2019, 61 ss.; G. DELLEDONNE, *Le ripercussioni sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Non Profit*, 2017, 69 ss.

fuori bilancio. Così facendo si è affermata la necessità di una lettura in c.d. combinato disposto, così appianando le possibili asimmetrie⁹.

Dovendo inquadrare più precisamente, dal punto di vista del diritto amministrativo, cosa sia la co-progettazione, occorre richiamare alcune riflessioni mosse dalla dottrina di settore. Innanzitutto è stato osservato¹⁰ come questa risulti essere un vera e propria attività attuativa di quanto già previsto in fase di programmazione. In quest'ottica quindi si tratterebbe di un'attività di «amministrazione puntuale o di gestione amministrativa»¹¹, conseguente alle attività di regolazione e gestione del potere amministrativo. Nella fattispecie tale istituto è stato qualificato come c.d. dialogo procedimentale¹², ossia come spazio di accordo tra amministrazione ed enti del terzo settore circa la definizione concreta dei servizi. Dunque il significato più pragmatico della co-progettazione è stato individuato nel suo ruolo organizzativo, ossia nella sua esplicazione nella fase preliminare all'affidamento, cioè in quel momento del procedimento in cui si deve ideare e strutturare uno specifico servizio o intervento¹³, con ciò significando che il ruolo degli organismi di promozione sociale risulta essere un ruolo di c.d. *advocacy*, ossia di rappresentanza, sostegno e promozione di un settore, dei suoi attori e delle sue esigenze¹⁴.

Proprio in riferimento alla questione dell'inquadramento giuridico è opportuno segnalare che alcune questioni interpretative sono state sollevate, ed in particolare la giurisprudenza¹⁵ ne ha dato un'interpretazione piuttosto restrittiva. Così l'istituto in oggetto è stato interpretato quale appalto di servizi sociali, all'interno del quale la progettazione condivisa risulta essere una mera modalità di svolgimento del confronto concorrenziale, collocando la fattispecie nell'alveo dei contratti pubblici. Inoltre il giudice amministrativo ha aggiunto come l'utilizzo del termine co-progettazione rischi di essere fuorviante poiché gli interventi e i servizi in oggetto vengono affidati al soggetto selezionato al quale viene versato un corrispettivo che ne assicuri l'equilibrio finanziario, così comportando, attraverso tale inquadramento, anche delle ricadute sul piano processuale: risulterebbe infatti così applicabile l'art. 120 del codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) in materia di c.d. rito speciale appalti. Questa visione restrittiva e rigorosa è stata ripresa dal parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018¹⁶. Specificatamente il

⁹ Documento «Schede di lettura» del codice del Terzo settore elaborato dal Servizio studi del Senato e della Camera dei deputati nel maggio 2017, 89 ss.

¹⁰ L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e app.*, 1, 2018, 15 ss.; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, op. cit., 142 ss.

¹¹ In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2013, 250 ss.

¹² Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 164 ss.

¹³ In questi termini G. LEONARDINI, *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019, 19 ss.

¹⁴ Sul ruolo di *advocacy* si rinvia a S. GALLERINI, *L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di advocacy*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, 181 ss.

¹⁵ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁶ Cons. Stato, comm. spec., 20 agosto 2018, n. 2052 in www.giustiziaamministrativa.it.

fenomeno co-progettuale è stato ricondotto all'interno dell'alveo del partenariato per l'innovazione. Questa soluzione è apparsa, agli occhi dei giudici di palazzo Spada, come risolutiva da un lato e conforme al diritto europeo dall'altro, poiché così si permette di utilizzare un modello comunque flessibile e partecipato in ogni caso rispettando quelli che il Consiglio di Stato ha interpretato come binari rigidi del diritto europeo¹⁷.

Tuttavia quest'ultima impostazione è stata criticata¹⁸ e superata. È stato infatti sostenuto¹⁹ come sia necessario darsi una lettura complessiva che si avvicini di più ai modelli pattizi di relazione tra sfera pubblica e sfera privata, più che ad un modello unidirezionale di affidamento tramite appalto. In un'ottica di contemperamento della tesi più rigorosa si colloca la dottrina che ha immaginato una soluzione che tenga in considerazione anche le ragioni legate alla tutela della concorrenza. In questo senso l'art. 55 legittimerebbe due differenti procedure legate al regime delle soglie comunitarie: la selezione del partner in un contratto sotto soglia può seguire una procedura diversa rispetto a quella del codice degli appalti, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento; viceversa la procedura al superamento delle soglie dovrà rispettare la normativa comunitaria²⁰.

Un'altra prospettiva è stata invece proposta da una parte della giurisprudenza amministrativa²¹ che ha negato la possibilità di inquadrare la co-progettazione nella fattispecie dell'appalto pubblico. In particolare, già prima dell'avvento del codice, è stato stabilito che questo istituto si configuri più come una selezione preordinata ad individuare il partner sulla base di uno schema partecipativo, anche attraverso le procedure ristretta e negoziata, piuttosto che una procedura aperta di selezione dell'affidatario, proprio in virtù della disciplina contenuta nel D.P.C.M. del 2001²². Secondo la ricostruzione successiva al codice, inoltre, si prevede che l'apertura verso un modello di partnership non escluda il dovere dell'amministrazione di condurre il procedimento di selezione nel rispetto di alcuni principi e criteri considerabili pervasivi di tutto il sistema della contrattazione pubblica. Questi sono ricavabili *per relationem*

¹⁷ Sul tema si rinvia a M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 35 ss.

¹⁸ In particolare A. DONATO, *La co-progettazione*, in A. DONATO (a cura di), *L'affidamento dei servizi sociali*, Milano, 2020, 106 ss.

¹⁹ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019, 110 ss.; ma anche L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, op. cit., 2018; M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2, 2018, 10 ss.

²⁰ Tale impostazione è ripresa da A. FABIANO (a cura di), *La co-progettazione e il codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali. Spunti di approfondimento*, in *www.anci.it*, maggio 2017, 10 ss.

²¹ Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 27 febbraio 2015, n. 51; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 28 giugno 2016, n. 890; Tar Lazio, Latina, sez. I, 16 giugno 2016, n. 400; Tar Campania, Napoli, sez. III, 2 luglio 2019, n. 3620; tutte in *www.giustiziaamministrativa.it*; ma anche Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

²² Tale decreto risulta essere la prima fonte che espressamente prevede e disciplinò la co-progettazione quale istituto specifico e autonomo.

dall'art. 1 della legge 241/90²³, dall'art. 97 Cost. e dai principi previsti dalla normativa comunitaria. Quindi, secondo la citata giurisprudenza, non esisterebbe un vero e proprio obbligo di osservanza delle disposizioni del codice dei contratti attivando un partenariato di co-progettazione. Questo filone giurisprudenziale, peraltro non smentito dal Consiglio di Stato in sede di impugnazione della citata sentenza del Tar Campania, sarebbe riconfermato, o meglio anticipato, dalla delibera ANAC 32 del 2016 che, secondo quanto evidenziato da alcuni²⁴, presenterebbe addirittura carattere pionieristico. Questa infatti aveva già sviluppato una sua ricostruzione in merito alla natura giuridica dell'istituto in esame e ne aveva anche delineato una procedura minima. Nella fattispecie l'istituto è stato definito quale accordo procedimentale di collaborazione all'interno di un partenariato tra amministrazione e privato sociale. Sul piano procedurale poi, premettendone il carattere innovativo e sperimentale, l'Autorità ha definito alcune fasi, ad incominciare dal c.d. progetto di massima, ossia un atto, in cui si ritrovano obiettivi, area, durata e caratteristiche essenziali dell'intervento, che costituisce la base per procedere alla selezione dei partner progettuali. Emerge dunque il ruolo chiave dell'amministrazione, la quale è chiamata ad orientare *ex ante* la fase progettuale.

È stato quindi osservato come l'art. 55, comma 4 possa essere letto in combinato disposto con la predetta delibera dell'ANAC, anche alla luce di quanto disposto, in materia generale, dagli artt. 11 e 12 della legge 241/1990²⁵. Così facendo la procedura desumibile risulta articolata in quattro fasi. Il primo momento consiste nella pubblicazione di un avviso, strumento di manifestazione della volontà contenente il progetto di massima e le indicazioni circa modalità e criteri per selezionare il progetto definitivo. Il passaggio successivo consiste nella presentazione delle candidature e nell'individuazione dei soggetti idonei a divenire partner attraverso una verifica circa il possesso dei requisiti, le peculiarità della proposta progettuale ed i relativi costi. Le linee guida dell'ANAC proprio su questo punto si soffermano specificando che i requisiti richiesti non sono solo quelli di ordine generale previsti dal codice dei contratti pubblici, ma anche quelli tecnici e professionali, ai quali si aggiungono quelli c.d. sociali, consistenti nell'esperienza maturata nel settore. Il terzo passaggio consiste nell'avvio vero e proprio del tavolo di co-progettazione e quindi nell'esame e nella revisione del progetto iniziale, all'interno di un percorso condiviso che vede intrecciarsi proposta pubblica e opzioni prospettate dai privati. Il metodo da seguire è quello della progettazione su misura, ossia calibrata secondo le specifiche esigenze territoriali e di comunità, valutando gli apporti concreti ed operativi, in termini anche di costi e mezzi, che emergono dallo scambio tra pubblico e privato. Il passaggio finale consiste dunque nella stipula della convenzione tra l'amministrazione e l'ente del terzo

²³ Ci si riferisce alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

²⁴ In questi termini E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021, 198 e 211.

²⁵ G. CICERI, L. RAIMONDI, *La coprogettazione dal punto di vista amministrativo*, in U. DE AMBROGIO, C. GUIDETTI (a cura di), *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2016, 33 ss.

settore scelto al termine del processo collaborativo che ha portato all'individuazione del progetto ideativo.

Può dunque osservarsi come la lettura che si è data fin qui ricalchi un'impostazione concettuale che tende a valorizzare gli elementi innovativi dell'istituto, pur dovendoli contemperare con le esigenze di tipo pragmatico legate all'utilizzo dell'istituto da parte delle amministrazioni, specialmente degli enti locali, i quali risultano essere i destinatari primari di questa normativa. È proprio una parte della dottrina²⁶ che ha espresso forti convinzioni in merito, al fine di smuovere e rivedere alcune impostazioni ritenute eccessivamente rigide, avanzate dagli organismi competenti, primo tra tutti dal Consiglio di Stato.

2. La svolta della Corte Costituzionale

Un fondamentale punto di svolta, accolto con grande favore dalla dottrina, è rappresentato dalla sentenza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale²⁷. Questa pronuncia è stata definita quale «*pietra miliare*»²⁸, «*svolta*»²⁹ e «*punto di riferimento*»³⁰. Si aggiunga, sintetizzando, che la Consulta sia giunta ad una vera e propria smentita della posizione del Consiglio di Stato, realizzando un nuovo «*fondamento concettuale*»³¹ in cui l'istituto della co-progettazione viene inteso quale strumento cardine del rapporto tra amministrazioni ed enti del terzo settore, anche attraverso una sua procedimentalizzazione.

La pronuncia in esame origina dal ricorso del Governo avverso una legge regionale umbra³², la quale prevede il coinvolgimento delle c.d. cooperative di comunità all'interno del sistema integrato dei servizi sociali, promuovendo nei fatti, secondo il governo, la qualificazione di questi soggetti al rango di enti del terzo settore, così violando la previsione di cui all'art. 55 comma 1 del codice. La Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale. Ma ciò che rileva in questa sede non è tanto la singola vicenda giuridica attinente alla qualificazione delle

²⁶ AA. VV. *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *www.labsus.org*, 1, 2019, 1 ss.; gli autori hanno fondato, nel luglio 2018, il “Club degli amici dell’art. 55” ed hanno firmato un appello, contenente il documento citato, da inviare all’ANAC per rivedere le linee guida, criticando l’impostazione restrittiva del Consiglio di Stato.

²⁷ Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 1439 ss. Per un primo commento: M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale*, nota a Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *www.federalismi.it*, 32, 2020, 88 ss.

²⁸ F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in *www.labsus.org*, 6 luglio 2020.

²⁹ S. PELLIZARI, C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte Costituzionale*, Trento, Euricse, 2020, 5 ss.

³⁰ L. GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *www.impresasociale.it*, 27 giugno 2020.

³¹ E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 3, 2020, 49 ss.

³² L. r. Umbria 11 aprile 2019, n.2, specificatamente art. 5, comma 1, lett. b).

cooperative di comunità, peraltro risolta e liquidata nel senso di subordinarne l'appartenenza agli ETS nel caso in cui queste, all'interno dei rispettivi statuti, presentino natura di impresa sociale, bensì qui interessano le considerazioni giuridico-costituzionali attinenti all'art. 55 della riforma.

Quello che ha realizzato il Giudice delle leggi è un vero e proprio elogio della disposizione in esame, considerandola una delle attuazioni più significative del principio di sussidiarietà orizzontale. In particolare ne è stato evidenziato un elemento innovativo, ossia il fatto di rappresentare una prima procedimentalizzazione legislativa unitaria della compartecipazione sociale al procedimento amministrativo³³. Quindi quella che viene definita come partecipazione sussidiaria (od anche partecipazione in sussidiarietà) si realizza proprio grazie alla norma in esame, che ne rappresenta l'esempio più forte. La Corte così si esprime: «È in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria»³⁴. L'apporto degli enti del TS è apprezzabile dunque, non solo nella misura in cui questi rappresentano la c.d. società solidali, poiché ne sono esponenti di rilievo, ma anche perché essi contribuiscono alla costruzione ed organizzazione di servizi e interventi, alleggerendo gli oneri a carico delle amministrazioni e contribuendo a creare una rete sociale, il più possibile capillare ed attenta alle istanze del territorio.

Un aspetto che assume particolare rilevanza nelle argomentazioni della Corte è quello avente riguardo ad una c.d. terza via, ossia a quelle realtà alternative tanto al mercato quanto allo Stato, permettendo a parte della dottrina di definirla amministrazione condivisa³⁵. Paiono dunque significative le parole della Consulta: «Si è identificato così un ambito di organizzazione delle “libertà sociali” (sentenze n. 185 del 2018 e 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)³⁶. Quest'affermazione, da sola, parrebbe risolvere la diatriba tra tutela della concorrenza e del principio dell'evidenza pubblica da un lato e principi di solidarietà e sussidiarietà dall'altro. Ciò che ne consegue, sul

³³ Sul tema più in generale si rinvia a S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2007, 13 ss.; P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento amministrativo*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 62 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, 1 ss.

³⁴ Considerando in diritto 2.1.

³⁵ Sul tema dell'amministrazione condivisa si veda G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, 1449 ss., nota a Corte cost., 26 giugno 2020, n.131.

³⁶ Considerando in diritto 2.1.

piano giuridico amministrativo, è che l'autonomia disciplinare della co-progettazione risulta chiarita e definita rispetto alla più generale alea dei contratti pubblici, consolidando così una sfera, sottratta sia al mercato che allo stato, nel pieno rispetto della normativa europea in materia di concorrenza³⁷, dunque facendo sì che queste forme di partenariato collaborativo si collochino negli «*interstizi della normativa europea*»³⁸.

Quanto appena esposto è stato ripreso dalla stessa Corte in una sentenza di poco successiva³⁹, la quale ha ulteriormente corroborato l'idea di un regime ad evidenza pubblica «*alleggerita*»⁴⁰, proprio volendo definire quella peculiare situazione nella quale agiscono i rapporti tra ambito sociale ed azione pubblicistica. Ma vi è di più. Questa pronuncia ha fatto richiamo alle modifiche allora introdotte dal c.d. decreto semplificazioni⁴¹, il quale, come noto, è intervenuto modificando il codice dei contratti pubblici⁴² così portando il Giudice delle leggi ad affermare che «sono oggi espressamente fatte salve le diverse modalità previste dal codice del Terzo settore»⁴³, realizzando così quel raccordo tra i due codici che risultava mancante e chiarendo, ancora una volta, che la normativa europea in tema di appalti lasci la possibilità agli Stati membri di affidare i servizi sociali anche attraverso modalità diverse dall'appalto di servizi. E dunque l'autonoma rilevanza del terzo settore può essere apprezzata proprio sulla base di un percorso che parte dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art.118, quarto comma e giunge al principio di solidarietà di cui all'art. 2, secondo comma, della Costituzione⁴⁴, quasi come se si fosse ripresa una storia che si era interrotta dopo la sentenza n. 75 del 1992⁴⁵.

³⁷ Più specificatamente sul tema si veda E. BANI, *Il Codice dei contratti pubblici tra Stato, mercato e non profit*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 241 ss.

³⁸ L'espressione è di F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 97 ss., ripresa in questo contesto da E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, op. cit., 231.

³⁹ Corte cost., 4 novembre 2020, n. 255, in *Giur. cost.*, 2020.

⁴⁰ Più approfonditamente si veda S. PELLIZZARI, *I modelli organizzativi e gestionali ispirati alle logiche solidaristiche*, in *www.labsus.org*, 14 marzo 2021; L. GORI, *La sentenza 255 e i confini interni del Terzo settore*, in *Impresa sociale*, 1 dicembre 2020.

⁴¹ Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁴² In particolare il comma 8 dell'art. 30 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 8, comma 5, lettera 0a), del d.l. 76 del 2020 convertito con legge n. 120 del 2020, nel prevedere un generale richiamo a quanto previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, salvaguarda quanto stabilito non solo dal codice dei contratti e dagli atti attuativi, ma anche le «forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117».

⁴³ Considerato in diritto n. 5.1.

⁴⁴ Così, autorevolmente D. DE PETRIS, *Prefazione*, in S. PELLIZZARI, C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Trento, 2020, 7 ss.

⁴⁵ Corte cost., 17 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. cost.*, 1992. Il parallelismo tra le due pronunce è ripreso da F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021, 211.

3. Il consolidamento della fattispecie e le altre forme di partenariato.

Tuttavia l'evoluzione in materia di compartecipazione non si è qui esaurita, potendo oggi apprezzare ulteriori e significativi passaggi.

Occorre quindi incominciare dall'emanazione del decreto ministeriale 31 marzo 2021, n. 72⁴⁶, recante le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni e terzo settore. Tale atto è il risultato di un lungo percorso di lavoro condiviso, avviato su iniziativa del Consiglio nazionale del Terzo settore che, per mezzo di delibera del 23 gennaio 2020, ha chiesto l'istituzione di un gruppo di lavoro, a tal fine dando mandato al competente Direttore Generale del Ministero di costituire apposito gruppo di lavoro, istituito nel marzo dello stesso anno e di cui hanno fatto parte i livelli di *governance* regionale e locale, oltre all'Associazione maggiormente rappresentativa a livello nazionale degli Enti del Terzo settore. Tale procedimento, che in maniera da un lato simbolica e dall'altro significativa risulta essere esso stesso compartecipato, ha portato alla stesura delle citate linee guida⁴⁷. Preme sottolineare come queste risultino essere il frutto del lavoro di quei soggetti che ne sono anche i primi applicatori, soprattutto per quanto concerne la partecipazione del privato sociale, per così dire, istituzionalizzato, attraverso il sistema del registro unico⁴⁸ e soprattutto del consiglio nazionale del terzo settore.

Nello specifico può evidenziarsi come, proprio in riferimento alla distinzione delle procedure ed alla applicabilità dei due codici, la scelta dell'amministrazione in merito a quale criterio adottare risulta detenere un ruolo centrale. Infatti, come evidenziato in dottrina⁴⁹, il soggetto pubblico è chiamato a scegliere se adottare un criterio di tipo *non profit*, oppure di tipo *profit*, subordinando così a tale scelta l'applicazione del codice dei contratti pubblici o del codice del terzo settore, posti in questo modo in chiave alternativa. Si delineano così due modelli procedurali: uno di tipo collaborativo ed uno di tipo concorrenziale, fondandosi la differenza sulla presenza o meno del fine di lucro, riferito questo al soggetto che pone in essere l'attività, ossia il soggetto privato. Questo quindi potrà essere o un ente del terzo settore così come individuato dal codice ed iscritto al registro unico nazionale, oppure un altro ente di tipo

⁴⁶ Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, 31 marzo 2021, n. 72, 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)*».

⁴⁷ Per un primo commento L. GALLO, *Le linee guida sul rapporto tra PA ed ETS negli istituti collaborativi del codice del Terzo settore. Nota al Decreto ministeriale n. 72 del 31/03/2021 di approvazione delle Linee Guida*, in www.terzjus.it, 1 aprile 2021; L. GORI, *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore*, in www.forumterzosettore.it, 1 aprile 2021.

⁴⁸ Sul tema si rimanda a A. FICI, A. LOMBARDI, *Il registro unico del terzo settore: profili generali*, in AA. VV., *Riforma in movimento*, Napoli, 2021, 199 ss.; A. FICI, N. RICCARDELLI (a cura di), *Il registro unico nazionale del terzo settore*, Napoli, 2021.

⁴⁹ A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.federalismi.it, 21, 2021, 129; A. SANTUARI, *Le linee guida ministeriali sugli istituti giuridici di cooperazione tra PA e ETS*, in www.welforum.it, 20 aprile 2021.

privato. Nel caso in cui questo sia di tipo commerciale o comunque detenga scopi di lucro, troverà applicazione il codice dei contratti. Nella prima fattispecie troverà invece applicazione il codice del terzo settore, così come evidenziato anche dalla successiva giurisprudenza⁵⁰. Tuttavia occorre precisare anche che l'amministrazione potrebbe trovarsi dinnanzi a talune ipotesi individuate dalla normativa regionale⁵¹, per le quali talune tipologie di enti si trovino in una condizione di ibridismo; non risultano essere enti del terzo settore propriamente detti, e quindi a questi non risulta essere applicabile la disciplina del codice del terzo settore, ma risultano essere comunque enti di tipo sociale o non profit. In tal modo allora troveranno applicazione le eventuali disposizioni previste in ambito regionale.

Si intende soffermarsi sugli aspetti procedurali delle linee guida ed in particolare segnalare che, innanzitutto, viene posto al centro il principio di autonomia organizzativa e regolamentare, precisando che gli enti pubblici sono liberi di dare attuazione alle disposizioni del Titolo VII avendo riguardo al proprio assetto organizzativo e normativo, dal punto di vista statutario e regolamentare, avendo comunque facoltà di approvare nuovi e specifici regolamenti. Viene preliminarmente precisato che le amministrazioni nell'applicazione degli istituti qui in esame devono conformarsi ai principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità dell'amministrazione, pubblicità, trasparenza, parità di trattamento, nonché di prevenzione del conflitto di interessi.

Le suddette linee guida hanno inoltre contezza dell'esigenza, messa in luce in fase di stesura proprio dagli enti sociali, di colmare le lacune lasciate dal codice, le quali hanno in parte contribuito all'affermarsi di interpretazioni di tipo restrittivo. Vengono così disciplinati dettagliatamente i singoli procedimenti, prevedendo per la co-programmazione e la co-progettazione l'avvio del procedimento d'ufficio e ad istanza di parte, la pubblicazione di un avviso, il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica ed il ruolo chiave svolto dall'istruttoria. Quest'ultima nella co-programmazione si sostanzia nell'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari per perseguirli e delle modalità di realizzazione degli stessi, mentre nella co-progettazione si concretizza nella definizione ed eventualmente nella realizzazione di specifici progetti di servizio o di interventi. Viene specificato inoltre che la conclusione del procedimento di co-programmazione termina con la stesura di un documento "compartecipato" di sintesi, mentre quello di co-progettazione si definisce con la sottoscrizione di una convenzione,

⁵⁰ Sulla differenza tra appalto e co-progettazione: Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁵¹ Sull'ampio tema del ruolo delle regioni e degli enti locali in materia di terzo settore e PA si rinvia a F. SANCHINI, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti p.a.-enti del terzo settore. La "primogenitura" della regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2021, 201 ss.; A. BONGINI, P. I. DI RAGO, S. SEMERARO, U. ZANDRINI, *La co-programmazione ex art. 55. Connessione e coordinamento con gli istituti programmatori delle autonomie locali*, in *Impresa sociale*, 2, 2021.

contenente la disciplina dei rapporti tra la parte pubblica e quella privata. È opportuno sottolineare la rilevanza della codificazione, seppur in una fonte di c.d. *soft law*, della consequenzialità tra la co-progettazione e la convenzione.

Una particolarità che merita di essere messa in luce è rappresentata dall'iniziativa su istanza di parte⁵², che per quanto concerne la co-programmazione si concretizza in una vera e propria istanza di attivazione, come evidenziano le linee guida, secondo un più classico modello di avvio del procedimento amministrativo. Per quanto attiene invece la co-progettazione gli oneri posti in capo agli enti del terzo settore risultano essere maggiori. Innanzitutto il soggetto sociale proponente deve presentare, contestualmente all'istanza, l'idea progettuale e le attività connesse da affidare al conseguente partenariato, congiuntamente con le risorse che intende mettere a disposizione e quelle che invece intende chiedere all'amministrazione. Vi è però un aspetto da considerare, attinente al principio di legalità: ossia il riferimento normativo che legittimi la possibilità dell'iniziativa ad istanza di parte per il procedimento di co-programmazione co-progettazione, anche alla luce del fatto che il codice non si occupa di dettare discipline di tipo procedimentale⁵³. Dottrina ha individuato il riferimento proprio nell'art. 55, comma 1, il quale, prevedendo in capo alle amministrazioni un generale dovere di coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, nella logica di effettiva attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di fatto aprirebbe alla possibilità, in termini procedimentali, di permettere ai soggetti del privato sociale non solo di partecipare al procedimento, ma anche di poterne dare l'avvio⁵⁴. Per quanto riguarda poi i conseguenti doveri in capo all'amministrazione nel caso di presentazione di istanza, vi è da chiedersi se esista un vero e proprio obbligo di provvedere. La disposizione di riferimento va ricercata nell'art. 2, comma 1, della legge 241/1990, a cui si aggiungono giurisprudenza e dottrina che individuano un obbligo di provvedere in capo alle amministrazioni solo nei casi in cui l'istanza di parte sia prevista a norma di legge, viceversa dovendosi solo operare una delibazione dell'atto⁵⁵ in presenza di mere denunce, sollecitazioni e segnalazioni. Le linee guida sembrerebbero indicare la via dell'obbligo, nei casi in esame, poiché essendo previsto che la mera richiesta non generi un obbligo di risposta, può così desumersi che in presenza invece di regolare istanza tale obbligo sussista. Ad ulteriore conferma di ciò si può leggere la previsione, sempre presente nelle linee guida, per la quale vi è obbligo di riscontro, con succinta motivazione, anche nei casi di proposta inammissibile. In definitiva questa possibilità, che potrebbe essere definita anche nei termini di

⁵² L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urb. e app.*, 1, 2022, 25 ss.

⁵³ Cons. Stato, ad. comm. spec., parere 31 maggio 2017, n. 925, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁵⁴ L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, op. cit., 28.

⁵⁵ Recentemente Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2021, n. 4770, in www.giustiziaamministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. I-quater, 16 luglio 2021, n. 8486, in www.giustiziaamministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 9 giugno 2021, n. 6856, in www.giustiziaamministrativa.it; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 25 ss.

un vero e proprio potere, rappresenta un elemento significativo, anche alla luce del fatto che nelle fasi programmatica e progettuale questa non è regola generale⁵⁶, ma solo previsione in alcuni settori speciali⁵⁷; a conferma di ciò l'art. 13, comma 1, della legge 241/1990 prevede esattamente questo, anche se si sono riscontrati più recenti evoluzioni⁵⁸. Dal punto di vista poi dei poteri posti in capo all'amministrazione una volta presentata l'istanza, potrebbe compiersi un richiamo⁵⁹ a quanto è previsto in tema di partenariato pubblico privato e, specificatamente, avendo riferimento all'istituto della finanza di progetto, disciplinato dall'art. 183, comma 15, del codice dei contratti⁶⁰. Come previsto per quest'ultimo caso può ritenersi che il soggetto pubblico abbia facoltà di esercitare discrezionalità amministrativa⁶¹ e che quindi non debba limitarsi ad un obbligo di verifica meramente formale. Viene però osservato che l'amministrazione in tale fase dovrebbe principalmente limitarsi a verificare la legittimazione del proponente, l'attinenza dell'oggetto della proposta con un'attività di interesse generale nonché la capacità della proposta medesima di rispondere ad un bisogno concreto della comunità, quindi rimandando la fase di maggiore discrezionalità al successivo momento di presentazione delle differenti proposte progettuali a seguito di pubblicazioni di bando. In quest'ultimo secondo momento, dunque, dopo l'esperimento di una fase più propriamente ad evidenza pubblica, può ricorrere una prerogativa più marcatamente di tipo pubblicistico, per la quale, appunto, l'amministrazione si trova a valutare in maniera più pervasiva le proposte progettuali e la relativa documentazione presentate dagli enti del terzo settore partecipanti.

Sicuramente può dirsi che la facoltà appena evidenziata si collochi nel più ampio contesto di riconoscimento e attribuzione⁶² del ruolo che i soggetti sociali svolgono, ruolo che, come già evidenziato, è stato riconosciuto loro dalla stessa Corte Costituzionale, e che le linee guida

⁵⁶ Sul punto si veda L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. e app.*, 1, 2017, 24 ss.

⁵⁷ Lo sono, appunto, i servizi sociali di cui alla legge 8 novembre 2000, n. 328; per un commento G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, 43 ss.

⁵⁸ Ci si riferisce all'istituto, previsto all'art. 22 del Codice dei contratti pubblici, che ha trovato una sua declinazione operativa con il d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76 ed una recente nuova estensione applicativa ad opera dell'art. 46, D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108. Per un commento N. POSTERARO, *Procurement e partecipazione democratica*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Quaderni di Astrid, Bologna, 2021, 321 ss.; M. TIMO, *Gli attori del "Dibattito Pubblico"*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2019, 301 ss.

⁵⁹ In questo senso L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, op. cit., 30.

⁶⁰ Sul punto specifico S. PELLE, *La finanza di progetto ad iniziativa privata dopo il "decreto semplificazioni"*, in *www.lexitalia.it*, 11, 2020; R. CORI, I. PARADISI, *Il protagonismo privato a supporto degli investimenti locali: innovazioni normative e settori di sviluppo*, in M. NICOLAI, W. TORTORELLA, *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 291 ss.

⁶¹ Così Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

⁶² G. MAROCCHI, *Il Terzo settore e il PNRR*, in *www.welforum.it*, 22 giugno 2021.

riprendono e attuano, anche in una più generale ottica di favore nell'ambito della contrattualistica pubblica⁶³.

Per quanto concerne l'accreditamento⁶⁴, viene chiarita la distinzione tra due tipologie: quella c.d. locale, ossia in stregua a quanto disposto dall'art. 55 comma 4 ed invece il differente tipo di accreditamento inteso come forma di affidamento di servizi di cui alla legge n. 502/1992. Stante questa differenziazione, la prima forma risulta essere una forma di autorizzazione per la quale il privato, se in possesso dei requisiti previsti dalla disposizione appena citata, viene abilitato ad eseguire determinate prestazioni e ad erogare certi servizi e di conseguenza inserito nel rispettivo elenco sei soggetti privati autorizzati. Non vi è in questo caso alcun elemento competitivo, poiché il rapporto con l'amministrazione pubblica si riduce ad una verifica dei requisiti e conseguente ammissione al competente elenco, a cui ulteriormente consegue la stipulazione di una convenzione, generalmente denominata patto di accreditamento.

Altro tema che trova spazio e opportune precisazioni è quello delle convenzioni *ex art. 56* e del trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Innanzitutto viene precisato come il rapporto tra le due fattispecie sia di tipo *genus ad speciem*; viene così ripreso dalle linee guida quanto già elaborato in sede legislativa in tema di giurisprudenza euro unitaria, specificatamente avendo riguardo alle sentenze c.d. Casta e Spezzino ed alle successive interpretazioni giurisprudenziali del giudice amministrativo⁶⁵. In particolare viene data una specifica interpretazione alla locuzione di cui all'art. 56 «più favorevole rispetto al ricorso al mercato», così prevedendo che «non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle pubbliche amministrazioni, bensì che si richieda di verificare l'effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina»⁶⁶. Specificatamente poi sull'applicazione dell'art. 57 viene recepita la maggioritaria giurisprudenza amministrativa ed europea⁶⁷ che ha sostanzialmente accolto il principio di non obbligatorietà dell'affidamento tramite gara d'appalto, ma bensì dell'affidamento in convenzione alle organizzazioni di

⁶³ S. VALAGUZZA, *Innovazione di processo nei contratti pubblici: dalla modellazione digitale agli accordi collaborativi*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, op. cit., 373 ss.

⁶⁴ Sul punto si rinvia a L. PARONA, *La gestione dei servizi tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, op. cit., 59 ss.

⁶⁵ Corte giust. UE, 11 dicembre 2014, n. 113/2013, in Foro it., 4, 2015, 151 e Corte giust. UE, sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50/2014, in www.curia.eu ed anche Corte giust. UE, 21 marzo 2019, n. 465/17, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2019, 950; per un commento G. TORELLI, *Le deroghe alla concorrenza per attività di rilevanza sociale: l'affidamento degli immobili pubblici ai comitati*, in *Riv. giur. ed.*, 3, 2020, 191 ss.

⁶⁶ Così recita il paragrafo 4 delle linee guida.

⁶⁷ *Ex multis* Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905, in www.giustiziaamministrativa.it; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32, in www.giustiziaamministrativa.it; Corte di Giustizia UE, sent. 20 giugno 2019, n. C-424/18, in www.curiaeuropa.eu.

volontariato. Le linee guida, sul punto, si limitano a specificare che qualora una fattispecie concreta non ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 57, potrà comunque trovare applicazione il precedente art. 56, proprio in virtù del rapporto *genus ad speciem*⁶⁸.

Le dette linee guida hanno realizzato, in definitiva, un punto fondamentale di svolta nel percorso e nella storia del diritto del terzo settore, forse addirittura più dal punto di vista culturale che giuridico⁶⁹, dato il loro ruolo di legittimazione ed esplicitazione delle possibilità di dialogo concreto tra soggetti del privato sociale e amministrazioni pubbliche.

Certo è che, in tema di recenti accadimenti, non possa tacersi quanto avvenuto durante la pandemia da *Covid-19*, anche in relazione all'utilizzo degli istituti del codice dei contratti pubblici e del terzo settore, soprattutto avendo riguardo agli strumenti co-partecipativi. Appare evidente come, stante le restrizioni legali alla circolazione e tutte le altre, ormai più che note, limitazioni di vario genere, anche l'applicazione di questi istituti ha subito non pochi contraccolpi⁷⁰, dovuti anche dal fatto che la loro esecuzione necessita di modalità collaborative e condivise, nelle quali l'incontro tra diversi e più soggetti si rende necessario. Oltre a ciò anche la gestione degli stessi servizi socio-assistenziali⁷¹ ha avuto evidenti e note difficoltà, soprattutto data dalle fasi più acute della pandemia e dalla loro recrudescenza. Nonostante ciò le amministrazioni sono riuscite nella difficile opera di garantire i servizi di tipo sociale, seppur nella loro ossatura e non nelle forme e modalità ordinarie⁷².

Dal punto di vista poi dell'intervento dello Stato, si segnalano dapprima il c.d. Decreto Cura Italia, ossia il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, e poi il c.d. Decreto Rilancio, d.l. 19 maggio 2020, n. 34. Vengono in questa sede in rilievo poiché l'art. 48 del primo e l'art. 109 del secondo sono intervenuti, nell'ambito di una più ampia opera di sostegno e regolazione dei rapporti delle pubbliche amministrazioni e degli enti privati, a disciplinare i rapporti in essere in tema di servizi socio-assistenziali ed educativi. In questa chiave di lettura⁷³ la co-progettazione,

⁶⁸ E. ZAMPETTI, *Servizio di trasporto sanitario di emergenza e cooperative sociali. Osservazioni a margine di CGUE, 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21*, in *Riv. it. dir., pubbl., com.*, 4, 2022, 522 ss., nota a Corte giust. UE, 07 luglio 2022, n.213, sez. VIII.

⁶⁹ Sul ruolo delle linee guida nell'ordinamento si veda F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2021, 14 ss.

⁷⁰ A. COPPETTI, L. GILI, F. SMERCHINICH, *Coronavirus e contratti pubblici (aggiornato al d.l. 18 marzo 2020 n. 18)*, in www.osservatorioappalti.unitn.it; A. MASSARI, *Gli appalti pubblici nell'annus terribilis del COVID*, in *Appalti&Contratti*, 12, 2020, 2 ss.

⁷¹ M. AMITRANO ZINGALE, *Emergenza da covid-19 in ambito socio-assistenziale: garanzie dei servizi anche in deroga al codice appalti?*, in *Urb. e app.*, 3, 2020, 329 ss.

⁷² Per una ricognizione sull'attività delle amministrazioni circa l'utilizzo degli istituti di cui al Titolo VII durante la pandemia si veda L. GILI, F. SMERCHINICH, *La rimodulazione dei servizi tramite coprogettazione: scelte legislative e prassi delle Amministrazioni in risposta all'emergenza Covid-19*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 5 maggio 2020.

⁷³ L. GALLO, *Sulla possibile ratio e portata dell'art. 48 DL n. 18/2020*, in www.anci.emilia-romagna.it, 2020; R. DONATI, *L'art. 48 del d.l. 18/20 deroga al Codice degli appalti (ma non lo dice). Piccole note sull'art. 48 del Decreto "Cura Italia"*, in www.giurisprudenzappalti.it, 5 aprile 2020.

utilizzata al di fuori dei confini normativi del codice del terzo settore, viene intesa come strumento posto in capo all'amministrazione ed al privato gestore, i quali così possono rimodulare in fase di esecuzione i servizi in essere e la loro gestione, per ovviare alle problematiche organizzative e prestazionali sorte in fase pandemica, sfruttando così la natura elastica di questo istituto.

Si ricorda inoltre la modifica apportata al Codice dei contratti pubblici dall'art.8, d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni, funzionale alla realizzazione del coordinamento con gli istituti del Codice del Terzo settore⁷⁴, la quale ha realizzato per la prima volta un esplicito richiamo al codice del terzo settore all'interno del codice dei contratti.

Alcuni profili di criticità attengono soprattutto al profilo della gratuità, quest'ultima configurandosi nella fattispecie in cui i soggetti erogatori non traggono alcun profitto «né direttamente, né indirettamente»⁷⁵ e non percepiscano alcuna remunerazione per l'attività svolta, ma soltanto i c.d. rimborsi spese o simili, opportunamente rendicontati e necessari per eseguire le loro prestazioni, quindi eliminando qualunque richiamo a rapporti di tipo sinallagmatico. Tale cornice giuridica, se da un lato rappresenta una qualificazione altamente innovativa dei rapporti tra enti pubblici e privato sociale soprattutto in un delicato e difficile ambito quale quello della contrattualistica pubblica, rappresenta anche una non facile sfida per gli enti del terzo settore. Non solo perché a questi viene richiesta una significativa capacità programmatoria e progettuale, ma soprattutto poiché viene subordinato il loro rapporto al difficile canone della gratuità, la quale, probabilmente per alcune tipologie di enti non costituisce grave difficoltà, mentre per altre potrebbe rivelarsi in taluni casi critica⁷⁶.

Pare opportuno compiere alcune riflessioni riguardo al rapporto che può instaurarsi tra il fenomeno ampio del partenariato pubblico-privato e quello partecipativo degli istituti di cui al Titolo VII⁷⁷. In particolare si pongono alcune considerazioni aventi riguardo alla qualificazione giuridica della co-progettazione e degli altri istituti quali specifiche tipologie di PPP oppure quali strumenti procedurali che si collocano anteriormente o antecedentemente rispetto ad un'altra forma di partenariato. Sostanzialmente vi è da chiedersi se la procedura collaborativa della co-progettazione sia una procedura utilizzabile per addivenire alla stipula di un rapporto di tipo partenariale, oppure se sia essa stessa il partenariato. Quel che è certo è che

⁷⁴ Sottolineano gli apporti positivi di tale modifica L. GORI, *Il Codice dei contratti riconosce il rapporto tra P.A. e terzo settore*, in *Cantiere del Terzo settore*, 16 settembre 2020, 2 ss.; F. GIGLIONI, *Anche con il decreto semplificazioni l'amministrazione condivisa guadagna ulteriore spazio nell'ordinamento giuridico*, in *www.labsus.org*, 10 novembre 2020.

⁷⁵ Espressione utilizzata dalle linee guida ministeriali.

⁷⁶ Sul tema si veda anche S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore tra gratuità del rapporto e regime dei rimborsi*. Nota a Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666, in *Impresa sociale*, 4, 2020.

⁷⁷ Sul tema si veda anche P. ROSSI, M. COLOMBO, *Non sarà un'avventura? L'innovazione delle partnership pubblico-privato e la co-progettazione dei servizi di welfare sociale*, in *Stato e mercato*, 3, 2019, 411 ss.

tali istituti rappresentino una trasformazione dell'azione amministrativa, soprattutto per quel che concerne il principio per cui «l'amministrazione conosce per agire», anticipando la fase pubblicistica di evidenza pubblica in un momento progettuale se non addirittura programmatico. Se il fenomeno del partenariato risulta essere, semplificando, un momento dell'agire amministrativo per cui, in applicazione dei principi solidaristico e di sussidiarietà, l'amministrazione si rivolge agli enti privati, certo allora può dirsi, senza indugi, che gli istituti di cui al Titolo VII integrino questa categoria, viepiù se si apprezza l'elemento collaborativo e quasi paritetico che contraddistingue gli stessi. Sul piano invece degli aspetti procedurali può farsi richiamo a quanto già detto in tema di linee guida ministeriali, dovendo sottolineare come l'eventuale rapporto prodromico che può instaurarsi sia rimesso, in qualche misura, alle singole stazioni appaltanti, le quali, dismettendo il tradizionale camice di appaltatori pubblici, si trovano ad essere *partners* pubblici delle realtà sociali, pur detenendo un significativo ed in parte sovraordinato ruolo di persecutori dell'interesse generale.

Interessanti spunti di analisi possono essere offerti dal tema della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo⁷⁸, anche in riferimento all'istituto del baratto amministrativo⁷⁹ e ai c.d. interventi in sussidiarietà. Pare opportuno rinviare a trattazioni specifiche⁸⁰, bastando, in questa sede, sottolineare quanto il delicato rapporto tra il principio di evidenza pubblica e quello sinallagmatico hanno dovuto trovare composizione con le attuazioni del principio di sussidiarietà, anche in ragione della specificità degli istituti rientranti nel fenomeno del c.d. partenariato sociale, il quale tende a prediligere delle forme tanto alternative quanto collaborative di rapporto fra pubblico e privato che pongono al centro un legame, non solo formalmente, ma sostanzialmente diverso da quello tradizionale.

4. I più recenti sviluppi.

Viene in rilievo anche quanto accaduto nella c.d. stagione del PNRR⁸¹, il quale è intervenuto anche in materia socioassistenziale con il fine di finanziare e sostenere il privato sociale⁸². Ciò

⁷⁸ Sul tema si rinvia a: A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" delle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1, 2022, 181 ss.; J. VAVALLI, *Il partenariato quale espressione del diritto amministrativo paritario: proposte per un inquadramento giuridico dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 1, 2022, 215 ss.

⁷⁹ Sull'istituto del baratto amministrativo si rinvia a G. CREPALDI, *Il baratto amministrativo: sussidiarietà, collaborazione ed esigenze di risparmio*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2018, 37 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in *La Co-Città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, di P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), Napoli, 2018, 61 ss.

⁸⁰ Per una ricostruzione sull'utilizzo di modelli consensuali nell'agire dell'amministrazione si veda A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

⁸¹ Sul tema si veda: A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 441 ss.; A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022, 298 ss.

che preme evidenziare è quanto lo stesso PNRR riconosca in tema di terzo settore: infatti è previsto il finanziamento agli ETS proprio in ragione della loro assenza di scopo di lucro. A conferma di ciò possono citarsi le c.d. *missioni* del Piano, in particolari le numero 5 e la numero 6, le quali pongono al centro dell'attività di sostegno e finanziamento i settori delle «Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore» e delle «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale». Appare evidente come l'intenzione sia quella di realizzare un ingente contributo pubblico a sostegno della solidarietà sociale, per mezzo di quegli enti e di quelle strutture sociali che la giurisprudenza costituzionale stessa ha riconosciuto quali attuatori del principio solidaristico.

Tuttavia può notarsi come il Piano non abbia realizzato alcun riferimento ai modelli amministrativi perseguibili, ma anzi abbia piuttosto gettato la luce su interi settori dell'economia e della società, indicandoli quali ambiti ricettivi dell'ingente sostegno economico che lo stesso ha realizzato. È interessante notare come in questo contesto la Pubblica amministrazione risulti essere destinataria di un interesse di riforma, o quantomeno di revisione, sì da correggerne le storture e i malfunzionamenti. Tuttavia, nonostante da un lato sia previsto un significativo finanziamento al settore sociale e dall'altro sia prevista un'azione nei confronti dell'amministrazione, queste tradiscono un'impostazione tradizionale, la quale nulla offre in termini di modelli collaborativi⁸³. Può comunque osservarsi come ciò non precluda in realtà l'utilizzo degli istituti collaborativi, i quali certo scontano, rispetto ai modelli più tradizionali ed ormai consolidati, una necessità di innovazione, quasi culturale, da parte delle amministrazioni e del loro personale.

Un ulteriore ed importante elemento che si aggiunge al quadro sin qui delineato è rappresentato dalle Linee guida di ANAC recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali», approvate con delibera n. 382 del 27 luglio 2022⁸⁴. Queste rivestono un fondamentale ruolo di c.d. *soft law*, che, come già osservato in sede di esame di quelle ministeriali, non solo assumono un'importante funzione di guida procedurale e di normativa secondaria, ma nel contesto giuridico di riferimento vengono a certificare quanto già affermato dal Ministero, così realizzandone un rilevante avallo, vieppiù se si considera la pronuncia favorevole del Consiglio di Stato durante l'*iter* di approvazione. Ma vi è di più, perché occorre inoltre rilevare quanto il ruolo dell'Autorità rappresenti in termini di legittimazione non solo procedurale, ma anche culturale, idonea a promuovere l'utilizzo degli istituti di cui al Titolo VII

⁸² Sul punto si veda A. PATANÈ, *Enti del Terzo Settore e principio di solidarietà. Le opportunità del PNRR per rigenerare una rete a sostegno della società*, in *Società e diritti*, 15, 2023, 55 ss., in particolare l'A. pone in rilievo il ruolo di promozione e sostegno che il PNRR ha assunto nei confronti del settore sociale.

⁸³ Sul punto si veda F. GIGLIONI, *Consolidamento e futuro dell'amministrazione condivisa*, in *www.federalismi.it*, 20, 2022, 204 ss.

⁸⁴ Più ampiamente si veda: A. SANTUARI, *Le nuove linee guida ANAC sull'affidamento dei servizi sociali. L'impatto sulla co-progettazione*, in *www.welforum.it*, 22 settembre 2022.

tra le amministrazioni, in particolar modo quelle più piccole e con strutture meno articolate e personale meno qualificato. Dal punto di vista strettamente giuridico le linee guida Anac riprendono l'impostazione del d.lgs. 50/2016, ossia disciplinano gli appalti nel settore dei servizi sociali, tuttavia richiamando sia il codice del terzo settore, sia le linee guida ministeriali, così suggerendo il quadro normativo di riferimento.

Nello stesso solco giuridico, se così può dirsi, si colloca il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante: «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», che in questa sede rileva in quanto l'art. 18 disciplina i «Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore»⁸⁵. Quest'ultimo, letto in combinato disposto con l'art.10, commi 2 e 4, delinea un quadro giuridico di legittimazione e raccordo con gli istituti partecipativi disciplinati dal codice del terzo settore. Più specificatamente può osservarsi come venga innanzitutto realizzato un richiamo ai principi di sussidiarietà e solidarietà orizzontale, individuando subito dopo gli istituti di cui al Titolo VII del codice quale loro attuazione concreta, definendoli quali rapporti di partenariato. Inoltre, individua questi ultimi quali forme contrattuali idonee alla realizzazione di servizi e interventi riconducibili al servizio pubblico locale a rilevanza economica. Appare inoltre chiaro come in questo modo le attività di interesse generale, di cui all'art. 5 del d.lgs. 117/2017, risultino avere un chiaro legame con i servizi pubblici locali, legame così consolidato anche a livello legislativo. Di opportuna menzione è anche il comma 3, dell'art. 18, il quale prevede che le risorse che le amministrazioni possono mettere a disposizione per l'attuazione delle forme di partenariato non superino il rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli; con ciò significando una riaffermazione di quanto già previsto dal codice del terzo settore in tema di c.d. rimborso spese⁸⁶.

Non possono tacersi infine i più recenti sviluppi in materia che vedono attualmente⁸⁷ all'esame delle Camere la bozza del nuovo codice dei contratti pubblici, già licenziato dal Consiglio dei Ministri.

Nella fattispecie si segnala l'articolo 6 della bozza del nuovo codice, che così recita: «Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore. 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 co-amministrazione, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che gli enti del Terzo settore contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e

⁸⁵ Per un primo commento si veda A. SANTUARI, *ETS e servizi pubblici locali. Novità dal d. lgs. n. 201/2022*, in www.welforum.it, 24 gennaio 2023.

⁸⁶ Si rinvia a A. SANTUARI, *I confini dei concetti di "gratuità" e "non onerosità" nei rapporti di collaborazione tra PA ed ETS*, in www.welforum.it, 25 marzo 2022.

⁸⁷ Ci si riferisce al mese di marzo 2023, momento in cui si scrive.

trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.117».

Volendo osservare la bozza del testo normativo, parrebbe che l'intenzione del legislatore, tanto proprio quanto delegato, sia quella di concretizzare sul piano legislativo quanto già affermato dalla più volte citata giurisprudenza costituzionale in materia. Le finalità quindi, esplicite, dell'art. 6 del possibile nuovo codice dei contratti sarebbero quelle di realizzare in maniera chiara ed evidente, nella parte iniziale del testo legislativo, una forma di raccordo tra il d.lgs. 117/2017 ed il codice stesso. Da un alto infatti il testo riprende quanto già dichiarato dalla Consulta in materia di attuazione dei principi di sussidiarietà e solidarietà, dall'altro viene chiarita la differente applicazione che troverebbero gli istituti di cui al codice del terzo settore, che vengono così esclusi dall'applicazione del codice dei contratti. Inoltre non può non segnalarsi come il testo legislativo utilizzi espressamente i termini di co-amministrazione, escludendo rapporti di tipo sinallagmatico e facendo riferimento al concetto di condivisione della funzione amministrativa coi privati. Paiono dunque espressioni significative.

Tuttavia, a fronte di ciò, non possono non segnalarsi due forti elementi di criticità⁸⁸. Ci si riferisce alle espressioni: «*attività a spiccata valenza sociale*» da un alto e «*principio di risultato*» dall'altro. L'utilizzo della prima espressione apre la porta a molteplici interrogativi circa l'ampiezza del suo significato, dovendo delineare un perimetro di attività da far rientrare nella definizione utilizzata. Una prima ipotesi farebbe riferimento a quelle attività elencate dall'art. 5 del d.lgs. 117/2017, ossia quelle espressamente previste nella categoria delle attività di interesse generale, oppure ancora solo quelle di cui alla lettera a) del citato articolo, ossia i c.d. servizi sociali. Tuttavia è di facile obiezione osservare che nessun richiamo esplicito è stato realizzato. Ancora: ci si può inoltre domandare se in realtà non fosse solo un'espressione scelta per poter indicare, ancora una volta, tutte quelle attività già oggetto di collaborazione tra enti del privato sociale e amministrazioni pubbliche, essendo così, solo una modalità diversa di definirle. Il richiamo invece al c.d. principio di risultato, sarebbe potenzialmente idoneo ad aprire la strada ad una valutazione in termini meramente efficientistici, atta dunque a considerare il risultato quale traguardo veloce e poco dispendioso di risorse, non considerando dunque quell'insieme di apporti e contributi che gli enti del terzo settore realizzano nei confronti delle amministrazioni attraverso le forme collaborative. Viceversa forse vuole farsi riferimento alla necessità di un'attenta selezione affinché tale apporto sia effettivo ed il contributo del privato concreto ed apprezzabile⁸⁹. Appare evidente che dovremo attendere per avere risposte più precise a questi interrogativi.

⁸⁸ Sul punto si veda: A. SANTUARI, G. MAROCCHI, *La co-progettazione "interpretata" dal Codice degli appalti non è utile*, in www.welforum.it, 29 novembre 2022.

⁸⁹ Per alcune riflessioni si rimanda a L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, in www.cantiereterzosettore.it, 12 gennaio 2023.

5. La definizione di co-amministrazione quale nuovo paradigma?

Alla luce di quanto fin qui esposto, occorre compiere alcune considerazioni conclusive.

Innanzitutto è di immediata evidenza la differente scelta dei termini operata dai diversi testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali. In particolare si ritrovano le espressioni «coinvolgimento degli enti del terzo settore», «partenariato», «modelli organizzativi di co-amministrazione», «amministrazione condivisa», quasi a indicare una ancora presente difficoltà di addivenire ad una certa definizione giuridica degli istituti qui in esame, stante l'autorevolezza delle fonti. Si pensi, ad esempio, che la definizione di «amministrazione condivisa» è stata adoperata perfino dalla Corte Costituzionale nella già richiamata sentenza 131/2020, riprendendo dunque quella parte della dottrina che ormai negli ultimi 25 anni ha elaborato e definito la collaborazione tra amministrazioni pubbliche ed enti del privato sociale utilizzando l'appena citata espressione⁹⁰. Sempre in riferimento alle definizioni riportate certo può dirsi che di coinvolgimento si tratti, allorché l'ente privato è chiamato dal soggetto pubblico a realizzare un apporto programmatico e progettuale ed a contribuire alle scelte rientranti nella discrezionalità propria dell'amministrazione. Per le stesse ragioni, altrettanto certo è che la definizione di partenariato sociale appaia calzante, poiché di partenariato si tratta e gli interventi collaborativi rientrano nel c.d. ambito sociale, inteso anche in senso ampio.

Altrettanto interessante ma più innovativa è la definizione di *co-amministrazione*, utilizzata per la prima volta da una fonte di rango legislativo nell'attuale "bozza" del codice dei contratti. Parrebbe forse che la scelta dell'utilizzo di questo termine voglia consolidare un'idea, ossia quella per la quale la condivisione di spazi decisori con gli enti del terzo settore nelle fasi programmatica e progettuale porti alla condivisione dell'amministrazione stessa, intesa nella sua accezione di valutazione delle scelte possibili, analisi costi-benefici ed impiego delle risorse. Sicuramente può dirsi che la scelta di questo termine richiami i vocaboli di *co-progettazione* e *co-programmazione*, quasi che l'utilizzo della locuzione "co" stia a indicare, e riassumere, quel concetto di partecipazione condivisa e di quasi pariteticità che contraddistingue gli istituti in esame. Tuttavia, se con ciò si possa affermare che l'amministrazione sia effettivamente *co-gestita*, è oggetto di attenta riflessione e dibattito⁹¹.

⁹⁰ In dottrina la prima formulazione della definizione in parola si deve a G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1997, 29 ss. Per un commento dell'A. alla giurisprudenza costituzionale si veda: G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, 1449 ss. Da ultimo si veda inoltre: G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Quaderni della Facoltà di giurisprudenza, 62, 2022, Trento.

⁹¹ In senso critico: S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. econ.*, 3, 2021, 109. L'A. conclude le proprie argomentazioni sostenendo che l'amministrazione condivisa è «più una teorica aspirazione che una concreta realtà». Si veda anche A.S. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Ist. fed.*, 3, 2022, 635 ss.

In definitiva parrebbe dunque che il fenomeno giuridico oggetto di analisi in questa sede possa ritagliarsi uno spazio giuridico autonomo e distinto, anche grazie al significativo fondamento costituzionale che ruota attorno al principio di solidarietà, di cui all'art. 2 e al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118 comma 4. Nondimeno parrebbe anche che gli ultimi sviluppi abbiano chiarito (o intendano farlo) il delicato rapporto tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici, attraendo in questa soluzione il connesso rapporto tra l'appalto quale procedura competitiva e co-progettazione e co-programmazione quali procedure aperte e compartecipate, giungendo dunque all'individuazione di due aree giuridiche completamente distinte, seppur collegate⁹².

Infine permangono alcune questioni aperte, soprattutto avendo riguardo a quanto emerge dalla prassi⁹³. Innanzitutto occorre fare riferimento ai settori in cui vengono utilizzati gli istituti di cui al Titolo VII, che risultano essere, per ovvie ragioni, strettamente legati a quello del welfare e da questo raramente discostarsi⁹⁴; si pensi anche ai soggetti pubblici applicatori, i quali appaiono essere costituiti quasi solamente dagli enti locali, nella fattispecie i comuni e le loro forme associative; può immaginarsi un'applicazione diffusa anche ad opera di altre tipologie di organismi di diritto pubblico? Da ultimo non può non riferirsi ad un elemento in parte invisibile agli ETS, ossia il consolidamento della nozione della gratuità, intesa quale concezione di rimborso delle spese vive ed effettivamente sostenute⁹⁵. Si cita quest'ultimo punto in quanto questo elemento può rappresentare fonte di futuri sviluppi, sia in termini di prassi sia in termini di giurisprudenza, proprio in ragione del difficile impegno richiesto ai soggetti sociali, i quali, di certo chiamati a realizzare un prezioso contributo di cui sono effettivamente portatori, quantomeno in termini di conoscenze e *know-how*, si trovano a non poter di certo realizzare un guadagno in termini economici, stante in ogni caso una notevole differenza tra le singole tipologie di ente.

⁹² Si veda ancora sui rapporti tra i due codici: A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 27, 2022, 42 ss.

⁹³ Si rinvia a G. MAROCCHI, *Cosa ci riserverà l'amministrazione condivisa nel 2023?*, in www.welforum.it, 14 febbraio 2023.

⁹⁴ Si pensi ad esempio al settore dell'integrazione dei migranti nel quale, invece, si sono riscontrate alcune sperimentazioni: L. GALLI, *La co-programmazione e la co-progettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, 2022.

⁹⁵ Sul punto si veda G. AGATI, *Coinvolgimento degli enti del terzo settore da parte della p.a. (d.lgs. n. 117/2017) e rapporti con il codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2, 2022, 224 ss., nota a Cons. Stato Sez. V, 07 settembre 2021, n. 6232.