

Oggetto: Codice del Terzo settore. Coinvolgimento degli Enti del Terzo settore nei rapporti con gli enti pubblici.

Con il presente documento si intende fornire un contributo ai lavori del tavolo tecnico, istituito presso l'ANAC, ai fini dell'aggiornamento 2018 del Piano Nazionale Anticorruzione, così come richiesto dall'ANAC medesima all'esito della riunione del 22.5. u.s.

Esso illustra il quadro normativo dei rapporti tra PP.AA. ed enti del Terzo settore, alla luce delle disposizioni di cui agli artt.55 e 56 del decreto legislativo n.117/2017, per poi formulare alcuni spunti di riflessione e di proposte strettamente inerenti alla tematica dell'anticorruzione.

Sotto il profilo metodologico, si è operata una scelta espositiva atta a fornire una lettura costituzionalmente orientata degli istituti contemplati dalla disposizioni sopra citate, in coerenza con l'esplicito richiamo fatto dall'articolo 1 del d.lgs. n.117/2017 agli artt. 2,3,4,9,18 e 118, comma 4 della Costituzione.

Il Terzo settore costituisce un insieme di enti giuridici con particolari caratteristiche, che li identificano e distinguono da tutti gli altri enti giuridici. L'articolo 4, comma 1 del codice del Terzo settore (CTS) ci offre una definizione chiara di quali enti facciano parte del Terzo settore e conseguentemente anche di quest'ultimo.

Difatti, secondo la norma citata, "sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”.

Da questa definizione discende che gli elementi essenziali dell'ente del terzo settore (ETS) sono:

- a) la forma giuridica di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione o altro ente di carattere privato diverso dalle società;
- b) L'indipendenza da PPP.AA, formazioni e associazioni politiche, sindacali, di categoria, ecc.
- c) lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più attività di interesse generale (elencate nell'articolo 5 del codice), in forma non sola gratuita, volontaria o erogativa, ma anche mutualistica o imprenditoriale
- d) il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale;
- e) l'assenza di fine lucrativo;
- f) l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (RUN)

Il fine perseguito e dichiarato dal legislatore è quello di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono in forma associata al perseguimento del bene comune attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale, applicando, attraverso l'esplicito richiamo all'articolo 118 della Costituzione, il principio di sussidiarietà orizzontale, secondo il quale "Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale" (art.118, comma 4, Cost.)

Il principio di sussidiarietà orizzontale si atteggia quale criterio propulsivo in coerenza al quale deve svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di interesse collettivo. Ciò trova riscontro in una visione secondo cui lo Stato e ogni altra autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal sociale e si impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte.(CdS, Atti norm. n.1354/2002).

L'art.5 del CTS individua, attraverso un elenco di 26 voci, le attività di interesse generale che costituiscono l'oggetto sociale degli ETS, da esercitarsi in via esclusiva o principale per il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche di utilità sociale.

Alla luce di tali disposizioni deve essere letto il profilo dinamico delle relazioni tra P.A. ed ETS, i quali concorrono allo svolgimento delle attività di interesse generale, il cui esercizio non può essere considerato appannaggio esclusivo dei pubblici poteri. L'estrinsecazione della funzione pubblica secondo modelli partecipativi e collaborativi tuttavia non fa venir meno la sua natura di attività procedimentalizzata inerente la funzione pubblica. Difatti, come espressamente previsto dall'art.55, comma 2, che parla di amministrazione procedente (e analogo concetto è implicitamente contenuto nel successivo art.56) compete alla P.A. l'attivazione dei procedimenti di coinvolgimento degli ETS.

Il CTS contiene una disciplina dettagliata delle forme relazionali tra PP.AA. ed enti del Terzo settore, che abbracciano tanto la fase ascendente di programmazione ed organizzazione dei servizi afferenti ai settori di attività di interesse generale, quanto la successiva fase discendente di progettazione ed attuazione dell'intervento, caratterizzata dalla previsione di forme di partecipazione e collaborazione tra pubblico e privato.

In tale prospettiva, il CTS individua una filiera di strumenti di coinvolgimento attivo degli ETS nelle fasi sopra dette, funzionali al perseguimento dell'obiettivo di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie della P.A. in ordine a tali scelte.

Tali strumenti sono:

- a) la co-programmazione;
- b) la co-progettazione;
- c) l'accreditamento
- d) la convenzione

Ai primi tre istituti è dedicato l'articolo 55 del CTS, in relazione al quale possono individuarsi i seguenti elementi caratterizzanti:

- a) la portata applicativa generale della norma, sotto il profilo dell'ambito oggettivo, in quanto essa abbraccia la programmazione e l'organizzazione degli interventi e dei servizi in tutti i settori afferenti alle attività di interesse generale di cui all'art.5 del CTS, sicché tali strumenti

non sono più limitati all'originario ambito dei servizi sociali (art.5 L. n.328/2000), né tantomeno sono utilizzabili solo per interventi dotati di innovatività o sperimentali (come nel caso della co progettazione, ex art.7, D.P.C.M. 30.3.2001);

- b) l'analoga generalità dell'ambito soggettivo di applicazione, che riguarda tutti gli enti del Terzo settore;
- c) la definizione degli istituti contenuta in una fonte normativa statale di rango primario;
- d) la procedimentalizzazione della funzione, ancorata alle regole dell'evidenza pubblica ed in particolare agli artt. 6bis, 10,11 e 12 della legge n.241/1990 ed al conseguenziale rispetto dei canoni di trasparenza, imparzialità, partecipazione, parità di trattamento;
- e) la chiara investitura del ruolo di regia attiva e promozionale in capo alla P.A. procedente cui spetta la pre-definizione di quanto necessario affinché gli istituti sopra richiamati possano dispiegarsi compiutamente e armonicamente in relazione a :
 - 1) definizione dell'oggetto del procedimento;
 - 2) previsione dei criteri di individuazione dei soggetti con cui attivare le speciali forme di partenariato all'esito delle procedure comparative;
 - 3) dispiegarsi del procedimento nelle diverse fasi;
 - 4) esito atteso e modalità di formalizzazione di eventuali accordi con cui i procedimenti trovano conclusione.

Per effetto dell'innovazione introdotta dal CTS, tutti i soggetti del Terzo settore possono collaborare con tutte le PP.AA. per lo svolgimento di tutte le attività di interesse generale.

Inoltre, la stessa attività di interesse generale è intesa in una prospettiva procedimentalizzata, non rilevando più esclusivamente nella fase dell'esplicazione dell'attività privata, per come sviluppata in relazione all'obiettivo perseguito, ma anche nella fase iniziale del percorso di programmazione ed organizzazione.

Coerentemente con un simile impianto normativo, i singoli istituti vanno visti in un *continuum* che si sviluppa da azioni programmatiche di carattere generale e, attraverso specifiche forme di progettazione condivisa di dettaglio, può approdare ad accreditamenti o partenariati.

Prima di entrare nel dettaglio delle singole procedure, va evidenziato che il riconoscimento in capo agli ETS della titolarità piena ed originaria – in quanto costituzionalmente fondata sul principio di sussidiarietà orizzontale – dell'esercizio di attività di interesse generale, comporta di conseguenza che i servizi afferenti ai settori di attività di interesse generale non necessariamente devono essere affidati mediante i tradizionali istituti dell'appalto o della concessione, ma sono riconosciuti come afferenti ad una programmazione e progettazione costruita su basi di conoscenza e di opzioni operative condivise e coordinate in un disegno armonico di intervento, del quale la P.A. è, al contempo, promotrice e garante.

Tale prospettiva va costruita e tutelata con un apparato regolamentare e di presidio dai rischi di corruzione ad un tempo solido ed originale. Occorre al riguardo mettere a punto:

- provvedimenti di normazione regionale e/o settoriale;
- regolamenti specifici delle PP.AA. interessate;
- schemi di avvisi pubblici, di convenzioni di partenariato, ecc.

In ordine alla coprogrammazione, un ambito di applicazione di immediata evidenza è rappresentato dalla predisposizione dei piani di zona, previsti dalla legge n.328/2000, in materia di servizi sociali.

Dall'assetto definito in sede di co-programmazione, potranno discendere coerenti procedure di co-progettazione in grado di sfociare in accreditamenti o partenariati.

Svolte le considerazioni di carattere generale, è possibile passare al tema di specifico interesse del tavolo tecnico.

I possibili rischi di corruzione legati a tali procedure sono da esplorare con grande attenzione, anche facendo tesoro di ambiti, come quello sanitario, nei quali l'accreditamento è criterio normale, pur non discendendo da trasparenti procedure di co-programmazione e co-progettazione:

- 1) Inosservanza delle regole procedurali a garanzia dei canoni dell'evidenza pubblica;
- 2) Previsione di requisiti personalizzati;
- 3) Motivazione generica degli atti di individuazione dei partner;
- 4) Uso distorto della discrezionalità, in specie laddove non possono essere introdotte modifiche progetto tali che, se originariamente previste, avrebbero potuto determinare una diversa individuazione del partner.
- 5) Carenze di controlli.

Possibili misure di prevenzione:

- 1) Trasparenza totale della procedura, attraverso forme di pubblicità preventiva e successiva;
- 2) Atti adeguatamente motivati;
- 3) Redazione di regolamenti che governino lo sviluppo dei procedimenti amministrativi secondo modalità predefinite;
- 4) Controlli sull'esecuzione dell'intervento, sia in ordine all'attuazione che di natura amministrativo-contabile, attribuiti anche a strutture diverse da quella che ha indetto l'avviso

L'articolo 56 del CTS è dedicato alle convenzioni: anche in tale materia traspare evidente l'obiettivo perseguito dal legislatore di operare una sistematizzazione, in chiave evolutiva, rispetto alla scarna disciplina previgente (art.7 della legge n.266/1991, per le organizzazioni di volontariato; art.30 della legge n. 383/2000, per le associazioni di promozione sociale).

Le PP.AA di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 possono sottoscrivere convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi nel RUN, finalizzate allo svolgimento di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato, da espletarsi in favore di terzi.

L'ambito soggettivo di applicazione della norma è confermativo del regime giuridico preesistente: le convenzioni non sono sottoscrivibili con la generalità degli enti del Terzo settore, ma soltanto con talune tipologie di essi, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale. Tale limitazione è giustificata dal fatto che tali tipologie di soggetti sono caratterizzati ed accomunati dal fatto di avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontari. Tale caratteristica conferisce loro una connotazione di tipo solidaristico ancora più marcata rispetto ad altre tipologie di ETS.

Parimenti confermativo è il principio della rendicontazione a costi reali delle spese effettivamente sostenute e documentate dall'organizzazione, che potrà pertanto ricevere il relativo rimborso, con esclusione di qualsivoglia margine di profitto ricavabile dall'esercizio delle attività oggetto della convenzione.

Sotto il profilo dell'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, lo strumento convenzionale sarà attivabile per lo svolgimento di attività e servizi sociali di interesse generale.

Il CTS esplicita due principi rilevanti che devono necessariamente guidare l'azione della P.A. procedente: la necessaria procedimentalizzazione del percorso amministrativo, che deve condurre all'individuazione della controparte del rapporto convenzionale, attraverso un solido ancoraggio alle regole dell'evidenza pubblica, da svilupparsi ai sensi dell'art.12 della legge n. 241/1990, nel rispetto

dei canoni di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e par condicio; la sussistenza di un maggiore vantaggio per la P.A.(da esplicitare nell'impianto motivazionale del provvedimento amministrativo di indizione della procedura) derivante dal ricorso allo strumento convenzionale piuttosto che all'apertura al mercato.

Sotto quest'ultimo profilo, il giudizio sulla maggiore vantaggiosità dell'opzione per lo strumento convenzionale non si deve ritenere esaurito esclusivamente da valutazioni di carattere finanziario, legate al minor onere sostenuto dall'erario pubblico in conseguenza della limitazione della copertura dei costi del servizio o dell'attività al solo rimborso delle spese sostenute e documentate (rispetto al medesimo servizio fornito a fronte del pagamento di un corrispettivo), ma dovrà includere anche profili valutativi di impatto sociale, intendendosi per tale la "valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato" (art.7, comma 3, della legge n.106/2016), anche alla luce del processo di definizione in corso delle relative linee guida. In altri termini, l'opzione convenzionale sarà più favorevole rispetto al ricorso al mercato, non solo in quanto consente una minore spesa pubblica, ma anche perché consente di rendere un servizio fruibile in condizioni qualitativamente migliori, in relazione ai profili di accessibilità del servizio (livelli più ampi di copertura dei bacini di utenti) e di tutela dei diritti (livelli più elevati in relazione alle modalità di svolgimento dell'attività).

La disposizione in esame prevede anche, in capo alle amministrazioni pubbliche, la potestà di individuare, naturalmente in via preventiva, specifici requisiti di moralità professionale e di adeguatezza da valutarsi in base ad una serie specifica di parametri, puntualmente elencati dalla norma quali: la struttura dell'associazione o organizzazione, l'attività concretamente svolta, le finalità perseguite, il numero degli aderenti, le risorse a disposizione e la capacità tecnica e professionale. Quest'ultimo requisito viene definito dalla norma quale concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto della convenzione; a titolo esemplificativo, vengono individuati alcuni criteri valutativi afferenti all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari.

Un ulteriore sforzo compiuto dal legislatore è rappresentato dall'individuazione del contenuto necessario (o tipico) della convenzione: anche in questo caso il salto qualitativo rispetto alla disciplina previgente è notevole, in termini sia di ampliamento delle disposizioni ritenute essenziali, sia di specificazione di prescrizioni già contemplate.

Sotto il primo profilo si fa riferimento alla necessaria previsione del rispetto di standard organizzativi e strutturali eventualmente previsti dalla normativa nazionale o regionale; alla durata del rapporto regolato dalla convenzione stessa; al contenuto delle attività da svolgersi da parte dei volontari e alle relative modalità d'impiego degli stessi; al numero e all'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività oggetto della convenzione; alle modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici; alle modalità di risoluzione del rapporto.

Sotto il secondo profilo, rileva la disciplina dei rapporti finanziari, in ordine ai quali viene espressa l'esigenza della definizione delle condizioni e dei criteri di ammissibilità delle spese rimborsabili (tra le quali devono necessariamente figurare quelle relative alla copertura assicurativa dei volontari); viene ribadito il principio dell'effettività della spesa rimborsabile e viene ammesso il riconoscimento in quota parte dei costi indiretti, secondo il criterio della loro diretta riconducibilità all'attività oggetto della convenzione.

Attraverso la convenzione si perfeziona, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, un accordo collaborativo tra la P.A. e organizzazione di volontariato o associazione di promozione sociale volto al perseguimento di finalità solidaristiche, attraverso lo svolgimento di attività di

interesse generale, con il quale la P.A. mette a disposizione della controparte le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti e controlla, verifica e valuta la conformità dell'operato dell'ente alle prescrizioni convenzionali. In tale prospettiva la convenzione può essere inquadrata nella cornice normativa degli accordi amministrativi previsti dall'articolo 11 della legge n. 241/1990, aventi natura pubblicistica. Da tale qualificazione discende altresì la sottoposizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La convenzione, pertanto, deve essere tenuta distinta dal contratto d'appalto sia sotto il profilo della causa che sotto quello della sinallagmaticità. Più specificamente, la causa della convenzione non consiste nello scambio tra la prestazione del servizio e il pagamento del corrispettivo, ma nel sostegno anche finanziario della P.A. allo svolgimento da parte dell'ente del Terzo settore di un'attività di interesse generale finalizzata al soddisfacimento dei bisogni della comunità. La convenzione non prevede un corrispettivo, ma soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e rendicontate con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di profitto (con conseguente differente regime fiscale ai fini IVA, cfr. circolare Agenzia Entrate n. 34/E del 21.11.2013). L'assenza del corrispettivo ed il perseguimento di finalità solidaristiche sono elementi qualificatori essenziali ai fini della necessaria distinzione rispetto al contratto di appalto. Al di là del *nomen iuris* attribuito all'atto, si dovrà prestare particolare attenzione agli aspetti qualificatori dello stesso, a partire dall'elemento del rimborso, al fine di evitare che esso mascheri un corrispettivo per la prestazione di un servizio; parimenti, la previsione di penalità per inadempimento o la presenza di clausole risolutive espresse costituiscono indici della sussistenza del nesso di sinallagmaticità, con conseguente impossibilità di riconduzione dell'atto alla fattispecie della convenzione.

La tradizionale dicotomia tra convenzioni e contratti di appalto, che ha comportato la conseguente tensione tra il principio di solidarietà ed il principio di concorrenza, trova oggi un punto di equilibrio nell'art.56 del CTS, che recependo gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, associa all'elemento del risparmio economico il profilo teleologico del perseguimento effettivo di finalità solidaristiche.

Sinteticamente, le fasi della procedura si possono così riassumere:

- 1) pubblicazione dell'avviso: al riguardo, la più specifica fissazione, da parte della P.A. procedente, dei contenuti dell'intervento da sostenere, impone la necessità che l'avviso pubblico contenga una disciplina maggiormente particolareggiata, che deve comprendere i seguenti aspetti: obiettivi; linee di attività finanziabili; misura del finanziamento concedibile; requisiti di partecipazione; criteri e limiti di eleggibilità delle spese (nella prassi, questa Amministrazione fa richiamo, anche sui fondi nazionali, in via analogica, alle regole del FSE, come positivizzate nelle relative circolari ministeriali - Circolare n. 2/ 2009, pubblicata sulla GURI n. 117 del 22 maggio 2009; criteri di valutazione; contenuti della convenzione regolativa; garanzie; monitoraggio e controllo; irregolarità e sanzioni. E' auspicabile la tipizzazione dei modelli di proposta progettuale e del relativo piano finanziario
- 2) Valutazione dei progetti presentati e approvazione della relativa graduatoria;
- 3) Sottoscrizione della convenzione;
- 4) Attuazione del progetto e controllo pubblico in itinere ed ex post sia in relazione alla conformità delle attività svolte rispetto ai contenuti del progetto finanziato, che in relazione alla regolarità delle spese sostenute e rendicontate

Per quanto attiene ai rischi di corruzione e alle possibili misure, valgono *mutatis mutandis*, le medesime considerazioni sviluppate precedentemente.

In conclusione, ai fini del soddisfacimento dei bisogni emergenti dalle aree di attività di interesse

generale, l'ordinamento giuridico mette a disposizione della P.A. procedente due differenti linee d'approccio. Nella prima, la P.A. fornisce direttamente o indirettamente i servizi e le prestazioni, attraverso un soggetto individuato secondo la procedura di gara, di natura competitiva, disciplinata dalle norme del codice dei contratti pubblici. Nella seconda, la P.A. opera attraverso strumenti di natura collaborativa e sinergica, sviluppando una procedura di evidenza pubblica rispettosa delle regole procedurali della legge n. 241/1990.