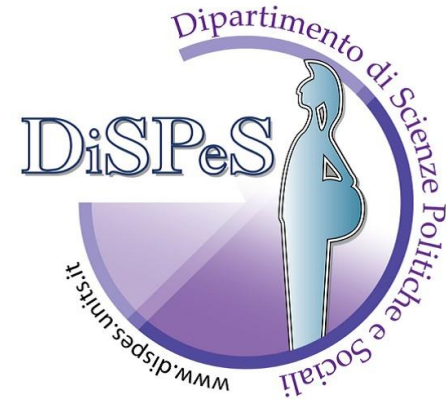




**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TRIESTE**



Diritto del terzo settore e del partenariato pubblico-privato

**19 luglio 2023
Dott. Giacomo Biasutti**

Attività di controllo sugli ETS

A questi specifici compiti si affiancano poi quelli sanzionatori (es. in caso di utilizzo «abusivo» della denominazione ETS da parte di soggetti privi dei requisiti)

Si tratta di provvedimenti amministrativi propriamente intesi, ma occorre verificare che tipologia di atti siano per comprendere se trovi applicazione la l. n. 689/1981 oppure se debbano essere impugnate comunque avanti al T.A.R. in quanto provvedimenti amministrativi.

Attività di controllo sugli ETS

Senza entrare nel dettaglio, reti associative e CSV invece hanno piuttosto funzione di autocontrollo del sistema del terzo settore nel suo complesso. Si tratta di una misura auspicata nel TS ed attuazione del principio di autodeterminazione.

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, invece, assume piuttosto funzioni di indirizzo e coordinamento complessivo del sistema, assumendo una veste più che altro «politica».

Gli enti territoriali invece basano essenzialmente il proprio ruolo su convenzioni o su funzioni delegate.

Attività di controllo sugli ETS

Vi è infine pure il ruolo dell'amministrazione finanziaria, fondamentale nell'ambito di enti che vedono la principale leva promozionale proprio nella disciplina fiscale loro garantita.

In questo caso il ruolo dell'agenzia delle entrate territorialmente competenti è la verifica del rispetto della disciplina fiscale (ad esempio con riferimento all'esercizio di attività di tipo commerciale ed all'utilizzo di patrimoni separati, così come alla partecipazione patrimoniale in soggetti commerciali)

Attività di controllo sugli ETS

Come anticipato, invece, gli enti locali che erogano risorse o garantiscono funzioni debbono verificare in definitiva le modalità con le quali queste risorse vengono ad essere impiegate da parte dell'ETS.

I controlli in questi casi però si declinano diversamente a seconda dell'atto che conferisce il beneficio o assegna le funzioni di gestione del servizio pubblico, pur partendo da un minimo comune denominatore che è costituito dalla verifica di fondo del rispetto delle finalità di interesse generale che debbono essere perseguite dagli ETS e dal rispetto del divieto di distribuzione anche indiretta di utili.

Articolo 56 d.lgs. n. 117/2017: convenzioni ODV e APS

Come abbiamo visto, in ambito europeo, i Trattati non impongono un alcun modello di welfare agli Stati Membri. Questi ultimi sono pertanto liberi di organizzare i propri servizi di interesse generale (SIG) nel modo che ritengono più opportuno.

I SIG sono si servizi rispetto ai quali il prestatore è obbligato dallo stato a adempiere specifici obblighi, poiché essi attengono ed assicurano diritti costituzionalmente garantiti (ad es. vi è l'obbligo dell'azienda affidataria di trasporto pubblico di accettare tutti a bordo dei mezzi).

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

segue

Si ha invece un servizio di interesse economico generale SIEG quando tali servizi hanno pure rilevanza economica.

In tali casi vi è un mercato e il servizio è prestato dietro corrispettivo.

Quanto vi è possibilità di apertura al mercato, vi è la necessità di domandarsi se trovi o meno applicazione la disciplina in materia di appalti pubblici.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Considerando n. 144, Direttiva 2014/24/UE

«certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. (...) Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione».

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

Il Codice del terzo settore ha introdotto una categoria giuridica autonoma: gli Enti del Terzo Settore – ETS.

A questa categoria la legge riconduce oneri ma anche un regime *sui generis*, tra i vari profili, per quanto riguarda i rapporti con la pubblica amministrazione.

Gli ETS sono espressione del principio di sussidiarietà orizzontale e dell'autonomismo civico: per questa ragione i relativi rapporti con la P.A. sono speciali.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

È nell'ottica sussidiaria che il d.lgs. n. 117/2017 reca la possibilità di convenzionamento tra amministrazione ed ETS.

Si tratta di una formula di esecuzione di servizi in favore della comunità alternativa al ricorso al mercato (Corte costituzionale, n. 131/2020).

Anziché affidarsi a soggetti il cui obiettivo è il lucro soggettivo ed oggettivo, ci si affida alla galassia del terzo settore.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e il codice degli appalti

Il problema è sempre stato quello di comprendere quale sia il confine tra l'ambito applicativo del CTS rispetto al Codice appalti e viceversa.

Anzitutto ci si è chiesti se i due si trovino in rapporto di subalternità, ovvero se siano alternativi e il confine debba determinarsi di volta in volta ad opera della P.A.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e il codice degli appalti

Articolo 6 d.lgs. n. 36/2023 («nuovo» Codice dei contratti pubblici)

*In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. **Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017***

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e il codice degli appalti

Oggi insomma vi è un punto fermo: gli istituti del partenariato contenuti nel CTS non sono appalti.

Una previsione analoga si può ricavare nel d.lgs. n. 50/2016, art. 30 e 59.

Il problema della alternatività dei due strumenti, però, non è ancora del tutto risolto.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore

La disciplina e il procedimento

L'istituto della Convenzione è una modalità tipica –già nata nella prassi– attraverso la quale ETS e P.A. collaborano.

L'art. 56 ha portata generale rispetto ai servizi di trasporto di emergenza (art. 57) e codifica di atto la giurisprudenza comunitaria e interna (CGUE 11 dicembre 2017, C-113/13 e 28 gennaio 2016 C-50/2014).

Questa giurisprudenza si è appuntata in particolare sulla garanzia della *gratuità* delle prestazioni e sul fatto che la convenzione persegua finalità sociali nonché di solidarietà pur in un ambito di efficientamento progressivo dell'attività amministrativa.

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

Dal momento che le convenzioni sono strumenti attraverso i quali gli enti del terzo settore eseguono prestazioni in favore della collettività (impersonificata dalla Pubblica Amministrazione), occorre distinguere con rigore il limite concettuale tra questo strumento e un appalto pubblico.

D.lgs. n. 50/2016, art. 2, comma 1, lett. ii) ««appalti pubblici», i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi»

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

All. I, art. 2, d.lgs. n. 36/2023 ««contratti» o «contratti pubblici», i contratti, anche diversi da appalti e concessioni, conclusi da una stazione appaltante o da un ente concedente; b) «contratti di appalto» o «appalti pubblici», i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi»

I partenariati pubblico-privati nel terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

La questione: il confine tra appalti pubblici e terzo settore

Il «nuovo» codice dei contratti pubblici distingue però anche «f) «contratti a titolo oneroso», i contratti a prestazioni corrispettive o che, comunque, prevedono direttamente reciproci vantaggi e sacrifici economici in capo a tutte le parti contraenti; g) «contratti a titolo gratuito», i contratti in cui l'obbligo di prestazione o i sacrifici economici direttamente previsti nel contratto gravano solo su una o alcune delle parti contraenti»

Nel caso dei contratti con ETS, tuttavia, solitamente è previsto il rimborso delle spese vive sostenute.