

Bologna, 19 luglio 2024

Spett.le
A.S.P. Romagna Faentina
Piazza San Rocco n.2
48018 FAENZA (RA)

OGGETTO: Parere *pro veritate* in relazione all'ipotesi di costituzione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI) nella forma della società mista, con un operatore economico individuato mediante procedura di co-progettazione ai sensi del Codice del Terzo Settore, per la gestione di servizi socio-assistenziali rivolti agli anziani.

Riscontriamo la richiesta con cui ci viene chiesto di approfondire l'ipotesi di costituzione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI) nella forma della società mista, con un operatore economico individuato mediante procedura di co-progettazione ai sensi del Codice del Terzo Settore, per la gestione di servizi socio-assistenziali rivolti agli anziani, evidenziando quanto segue.

1. Cenni preliminari di inquadramento: la natura giuridica soggettiva dell'ASP della Romagna Faentina.

L'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona – ASP della Romagna Faentina (d'ora in avanti, solo "ASP"), è un ente pubblico non economico locale, disciplinato dall'ordinamento regionale, individuato quale unica forma pubblica di gestione dei servizi sociali e socio-sanitari nell'ambito distrettuale ai sensi della L.R. n. 12/2013.

L'ASP è stata costituita con DGR n. 54/2015 a seguito dell'unificazione di due Aziende di Servizi alla Persona: l'ASP "*Prendersi cura*" di Faenza e l'ASP "*Solidarietà Insieme*" di Castel Bolognese.

Si configura quale Azienda Multisetore e Multiservizi e ha come finalità l'organizzazione ed erogazione di servizi sociali, socio-sanitari ed educativi nell'ambito territoriale dei Comuni di Faenza, Brisighella, Castel Bolognese, Solarolo, Riolo Terme e Casola Valsenio.

2. Ricostruzione delle vicende pregresse.

Prima di affrontare le questioni oggetto di approfondimento, pare opportuno ricostruire sinteticamente le vicende nell'ambito delle quali si è sviluppato il percorso di co-programmazione e co-progettazione.

In data 20.04.2023, l'ASP ha pubblicato un avviso, approvato con Determinazione n° 45 del 19.04.2023, volto a individuare soggetti del Terzo Settore, in possesso di requisiti generali e specifici, interessati alla **co-progettazione** della gestione dei servizi socio-sanitari, sanitari, assistenziali e riabilitativi rivolti a persone non autosufficienti di età superiore a 65 anni, erogati presso strutture residenziali ubicate sul territorio dell'Unione della Romagna Faentina.

L'avviso è rimasto in pubblicazione fino al 29.09.2023, con possibilità per gli interessati di presentare la propria manifestazione di interesse fino a tale termine.

L'articolo 1 dell'avviso indicava con chiarezza le finalità della co-progettazione e cioè:

– sviluppare un'offerta di servizi di assistenza e cura con le migliori condizioni di accessibilità, sostenibilità ed efficacia;

– realizzare modelli innovativi di integrazione tecnologica, organizzativa e professionale per la continuità di cura con priorità ai bisogni emergenti nel contesto socio-demografico;

– promuovere una cultura di salvaguardia e tutela della salute della persona nelle professioni sanitarie e nello sviluppo delle risorse umane.

Con riferimento ai servizi socio-sanitari le attività gestionali riguardavano servizi accreditati e servizi non accreditati.

Lo stesso art.1 dettagliava inoltre le macro-aree di intervento con riferimento alle quali si richiedeva di sviluppare l'idea progettuale, mentre il successivo art. 4 richiedeva ai partecipanti di presentare un'idea progettuale da sviluppare ed attuare in *partnership* con l'ASP, rimettendo altresì alla discrezione del proponente l'individuazione di idee progettuali per la definizione delle modalità di attuazione della co-progettazione, **espressamente prevedendo, a tal proposito, la possibilità di ipotizzare la costituzione di veicoli (soggetti attuatori) con strutture definite nelle forme ammesse dei partenariati pubblico-privati.**

Entro i termini definiti dall'avviso, è pervenuta la manifestazione di interesse, opportunamente corredata dalla prevista proposta progettuale, da parte di Consorzio Blu, una realtà organizzativa costituita dalle cooperative Ancora Servizi, In Cammino e dalla cooperativa di tipo B Aretè.

In linea con i principi di corresponsabilità tra enti pubblici e soggetti privati nella gestione dei servizi socio-sanitari e anche con i modelli di partenariato pubblico-privato, Consorzio Blu ha proposto di costituire un soggetto gestore, nella forma della società mista pubblico privata a responsabilità limitata, per la gestione integrata dei seguenti servizi:

- Residenza Bennoli di Solarolo;
- Residenza "Santa Caterina e Don Ciani" di Fognano;

- CRA/Casa di Riposo Residenza “Il Fontanone” di Faenza (sia i servizi oggetto della procedura, sia quelli gestiti dalla cooperativa In Cammino);
- Residenza “Camerini” di Castel Bolognese (sia i servizi gestiti direttamente dall’ASP che quelli gestiti da Cooperativa In Cammino);
- Centro Pluriservizi Residenza “S. Umiltà” di Faenza (servizio attualmente gestito dalla cooperativa In Cammino);
- Residenza e Centro Diurno “Lega - Zambelli” di Brisighella (servizio attualmente gestito dalla cooperativa In Cammino);
- Residenza “S. Antonio Abate e S.S. Filippo e Giacomo” di Casola Valsenio (servizio attualmente gestito dalla cooperativa Zerocento);
- Casa Residenza Anziani “Santa Teresa del Bambino Gesù” di Faenza (servizio attualmente gestito dalla cooperativa In Cammino in forza di contratto di affitto d’azienda);
- Casa Albergo - Casa Residenza per anziani “Villa Stacchini” di Faenza (servizio attualmente gestito dalla cooperativa In Cammino in forza di contratto di affitto d’azienda).

La proposta progettuale è stata valutata positivamente dalla Commissione tecnica ed è stata trasmessa all’Assemblea dell’ASP la quale, con delibera n. 6 del 26.10.2023, ha ritenuto sussistenti i presupposti e l’interesse per l’avvio della successiva fase di co-progettazione incentrata sull’ipotizzata costituzione di un soggetto gestore unico, in forma di società mista pubblico privata a responsabilità limitata, con partecipazione prevalente privata (quota di partecipazione pari al 53%) in considerazione degli assetti gestionali dei rispettivi servizi che si intendono conferire alla gestione unitaria.

La valutazione condotta nell'ambito della fase di co-progettazione si è, peraltro, ultimativamente orientata verso il modello della società consortile a responsabilità limitata, alla luce di alcune considerazioni:

a) la fattispecie prevista dall'art. 2615 ter cod. civ., caratterizzata dagli scopi indicati dall'art. 2602 cod. civ. (istituzione di un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese), appare fortemente coerente col modello organizzativo (soggetto gestore unico in forma societaria) risultante dalla proposta presentata per l'organizzazione e gestione dei rispettivi servizi dell'ente pubblico promotore e dell'ente del terzo settore proponente;

b) l'assenza di finalità lucrativa, propria della società consortile, tesa piuttosto a consentire ai consorziati il conseguimento di un vantaggio mutualistico, appare maggiormente coerente sia con la natura pubblica del soggetto ASP, sia con la natura sociale (socio-sanitaria e socio-assistenziale) dei servizi erogati;

c) risulta più aderente al modello della società consortile anche la scelta dell'ipotizzato conferimento patrimoniale a titolo non oneroso (vedi art. 6.1 bozza statuto) da parte dei soci;

d) la natura consortile della forma societaria considerata pare inoltre offrire, sul piano operativo, maggiore flessibilità rispetto al requisito della responsabilità gestionale unitaria disciplinato dalla normativa regionale in materia di accreditamento dei servizi socio-sanitari che consente maggiori opportunità ai soggetti privati costituiti in forma di A.T.I. o di consorzio.

3. Cenni di inquadramento delle forme di collaborazione tra Amministrazioni e ETS, alla luce del vecchio e del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Come evidenziato nel precedente paragrafo, l'ASP ha individuato nella **co-progettazione e nella co-programmazione** gli strumenti per perseguire il principio della collaborazione e produrre un cambiamento nell'implementazione delle politiche sociali.

A tal riguardo, vale la pena ricordare che nel nostro ordinamento, prima della direttiva 2014/23/UE, vi era una scarsa disciplina delle concessioni di servizi; peraltro, la difficoltà di riuscire ad assimilare i servizi educativi, sociali e culturali a quelli oggetto di appalto, ha portato allo sviluppo di una prassi diretta a valorizzare, per tali servizi, la pratica delle convenzioni e della coprogettazione con *“organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato e altri soggetti privati”* (art. 1, comma 5 della legge 328/2000).

Questa ricca esperienza è stata poi fatta propria dal decreto legislativo n. 117 del 3 Luglio 2017, noto come Codice del Terzo Settore (CTS), i cui articoli 55 e 56 sono appunto dedicati alla co-programmazione, alla co-progettazione e all'accreditamento.

Le citate disposizioni normative disciplinano forme e misure di sostegno ed integrazione fra Enti del Terzo Settore e Amministrazioni Pubbliche, dando così applicazione dell'art. 118, ultimo comma Cost., che – come è noto – valorizza ed agevola la possibile convergenza sinergica, fra Pubblica Amministrazione e soggetti espressione del Terzo settore, su «attività di interesse generale».

La specifica disciplina del terzo settore, tuttavia, non si raccordava pienamente con il previgente Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016). Invero, come osservato nelle Linee Guida sul rapporto tra Pubbliche Amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (DM 72/2021): *“Il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 24 aprile 2016, n. 50, [...] infatti, muove dal generale presupposto che i soggetti privati*

debbano concorrere, fra loro, per acquisire la qualità di controparte contrattuale della P.A. ai fini della conclusione di un contratto pubblico per l'affidamento o la concessione di un servizio. Al contrario, il CTS muove dalla considerazione che le finalità perseguite dagli ETS siano fra loro omogenee (finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) e distinte da quella lucrativa e che le loro attività siano convergenti con quelle svolte dalla P.A. (attività di interesse generale): ne discende, quindi, la non automatica applicabilità di schemi che prevedano la competizione e lo scambio sinallagmatico, e la necessità di prevederne altri che partano da tale carattere genetico degli ETS. In tal modo, l'amministrazione pubblica sarà posta in grado di scegliere, in base alle concrete situazioni, lo schema procedimentale preferibile, assumendo come criterio-guida la necessità di assicurare il "coinvolgimento attivo" degli ETS. [...] Peraltro, ciò non significa assolutamente deflettere dalla necessità di una piena applicazione dei principi che governano il procedimento amministrativo ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di un corpus di principi posti a presidio dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.".

Nel 2020 il Legislatore è in parte corso ai ripari, per superare le riscontrate distonie, con la modifica dell'art. 30 del Codice prevedendo che *"per quanto non espressamente previsto nel presente Codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile"*.

Il percorso evolutivo è giunto a termine nel 2023 con l'approvazione del decreto legislativo n. 36 del 2023, recante nuovo Codice dei contratti pubblici, con cui è stata definitivamente riconosciuta l'equivalenza dell'esternalizzazione a mezzo gara, disciplinata per

l'appunto dal Codice dei contratti pubblici, con il ricorso agli istituti di collaborazione fra Amministrazioni Pubbliche e Enti del Terzo Settore, regolati dagli istituti del Codice del Terzo Settore.

A tal proposito, rileva segnatamente l'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023, il quale dispone che *“in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi i contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017.”*

Attraverso le forme di partenariato pubblico-privato individuate nel CTS, gli Enti del Terzo Settore *“abbandonano il loro ruolo di produttori/erogatori di servizi nell'ambito di un rapporto di committenza pubblica, per divenire organizzazioni definite da una specializzazione funzionale, che le rende **particolarmente adatte a realizzare finalità di interesse pubblico generale al di fuori delle procedure ad evidenza pubblica di carattere competitivo**”*.¹

L'approdo normativo raggiunto rende evidente l'esistenza di uno spazio normativamente riconosciuto di discrezionalità, a disposizione di ciascuna Amministrazione, per scegliere di impostare l'esercizio della funzione amministrativa mediante esternalizzazione

¹ Cfr. C. Golino; A. Santuari, *Gli Enti del terzo settore e la coamministrazione: ruolo della giurisprudenza e proposte de jure condendo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2022, pp. 677-693.

oppure – alternativamente – attraverso la sperimentazione di nuovi modelli collaborativi attraverso i quali stabilire forme, tempi, modi e contenuti dell'azione rispetto a obiettivi condivisi.

Da un lato, le Amministrazioni hanno facoltà di assegnare la gestione di un servizio, di norma standardizzato, mediante affidamento di un contratto pubblico (di appalto o di concessione) ad un operatore economico individuato attraverso un'apposita selezione pubblica di natura competitiva.

Dall'altro lato, grazie all'art. 55 del CTS, le Amministrazioni possono fare ricorso agli istituti della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento, costruendo modelli organizzativi le cui caratteristiche siano l'assenza di rapporti sinallagmatici (che caratterizzano, invece, i rapporti disciplinati dal CCP) e la condivisione della funzione amministrativa.

Come osservato in dottrina, l'art. 55 CTS *“consente di valorizzare una pluralità di prestatori di servizio pubblici e privati e di sostenere attività, anche solo private, nella misura in cui condividano gli obiettivi pubblicistici, arricchendo l'offerta delle prestazioni in risposta ai bisogni della comunità. In questo modo, l'impostazione in parola, non si porrebbe in contrasto, ma in linea con quanto consentito dell'ordinamento dell'Unione Europea”*.²

Secondo le Linee guida ministeriali (DM 72/2021), due sono gli elementi che permettono di distinguere l'attivazione di un rapporto collaborativo, ai sensi del richiamato CTS, dall'affidamento di un contratto pubblico, per l'esecuzione di servizio in appalto: *“il primo*

² Così S. Pellizzari, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, a cura di S. Pellizzari, A. Magliari, Università di Trento - Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 2019, pp. 110-114.

attiene alla discrezionalità delle PP.AA., nel senso che, laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un'attività, la concreta scelta potrebbe essere la conseguenza di un'opzione politica propria della P.A., tesa a valorizzare il principio della tutela della concorrenza degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o, in alternativa, il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi.

Il secondo profilo attiene alla legittimità dell'azione amministrativa delle PP.AA., nel senso che il ricorso agli istituti previsti dal CTS non può, tuttavia, avvenire per eludere i principi e le disposizioni europee ed interne in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato.

Ne deriva che – laddove un ente pubblico agisce quale stazione appaltante, attivando una procedura concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico per lo svolgimento di un servizio, definito dall'ente stesso nel relativo bisogno e nelle obbligazioni e relative prestazioni, economiche e contrattuali, con il riconoscimento di un corrispettivo, idoneo ad assicurare un utile di impresa, determinato sulla base dell'importo a base d'asta – si applicherà il CCP, venendo ad esistenza un rapporto a prestazioni corrispettive.

*A fronte, invece, dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica, ai sensi del Titolo VII del CTS, finalizzata alla selezione degli ETS con i quali formalizzare un rapporto di collaborazione per lo svolgimento di “altre attività amministrative in materia di contratti pubblici”, nelle quali PA ed ETS vengono in relazione, (come previsto dal richiamato art. 30, comma 8, CCP), anche a seguito dell'iniziativa degli stessi ETS, **si applicheranno le disposizioni previste sul procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990 e ss. mm., oltre che quelle specifiche del CTS.***

Nell'ambito di una procedura d'appalto è l'ente pubblico a definire sostanzialmente tutto, ad eccezione dello spazio, lasciato dagli atti della procedura, al contenuto dell'offerta dell'operatore economico concorrente. Il rapporto di collaborazione sussidiaria, che connota gli istituti del CTS, è – per tutta la durata del rapporto contrattuale/convenzionale – fondato sulla co-responsabilità, a partire dalla co-costruzione del progetto (del servizio e/o dell'intervento), passando per la reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto, fino alla conclusione delle attività di progetto ed alla rendicontazione delle spese.”

Quanto appena illustrato trova conferma anche nelle Linee Guida n. 17 - Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali - 27 luglio 2022 di ANAC, le quali, oltre ad individuare e descrivere le fattispecie estranee ed escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, **chiariscono meglio che il codice dei contratti pubblici si applica nei soli casi in cui le stazioni appaltanti decidano di affidare i servizi sociali ricorrendo alle procedure previste dal codice. Sono escluse, quindi, le ipotesi in cui la scelta dell'amministrazione ricada su modalità alternative di svolgimento del servizio, quali la co-programmazione e co-progettazione**, le convenzioni con le Organizzazioni di volontariato e le Associazioni di promozione sociale, le forme di autorizzazione o accreditamento previste dalla legislazione regionale.

Nelle Linee Guida n. 17 appena richiamate, ANAC ha avuto cura di precisare che “*Ai sensi dell'articolo 30, comma 8, del codice dei contratti pubblici, sono estranee all'applicazione del codice medesimo, **anche se realizzate a titolo oneroso:***

a) le forme di co-programmazione attivate con organismi del Terzo settore previste dall'articolo 55 del CTS realizzate secondo le modalità ivi previste;

b) le forme di co-progettazione attivate con organismi del Terzo settore previste dall'articolo 55 del CTS e realizzate secondo le modalità ivi previste;

c) le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le imprese di promozione sociale previste dall'articolo 56 del CTS e stipulate secondo le modalità ivi previste.

*2.2 Le ipotesi indicate al punto 2.1 sono disciplinate dalle disposizioni del CTS e della legislazione speciale vigente in materia. Per la realizzazione di forme di co-programmazione e co-progettazione con enti del Terzo settore e la sottoscrizione di convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le imprese di promozione sociale, si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241. Le amministrazioni possono far riferimento alle indicazioni contenute nel decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31/3/2021 avente ad oggetto *Le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli articoli 55-57 del CTS*.*

Si applica l'articolo 26, comma 2, del decreto legislativo 14/3/2013 n. 33 in materia di trasparenza. Le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare sul sito Amministrazione Trasparente, gli atti relativi agli interventi di cui al presente paragrafo. Ai sensi del comma 3 del citato articolo 26, la pubblicazione è condizione di efficacia del provvedimento. Si applica, altresì, la legge 13 agosto 2010, n. 136 in materia di tracciabilità dei flussi finanziari”.

Ciò comporta, pertanto, che, nei casi come quelli oggetto del presente parere in cui l'Amministrazione opti discrezionalmente per il ricorso agli strumenti del CTS, questa non deve applicare il Codice dei contratti pubblici. Non si tratta, peraltro, di una semplice sottrazione rispetto alle norme di derivazione euro-unitaria che disciplinano il rapporto fra soggetti privati e PP.AA.; invero, si tratta di un'ipotesi che si fonda sull'applicazione di un distinto sottoinsieme normativo che, nel rispetto del quadro normativo europeo e nazionale dettato dalla L. 241/1990, risulta orientato a promuovere forme di sussidiarietà orizzontale, secondo quanto previsto dall'art. 118, comma 4, Cost.

In tali situazioni la co-progettazione darà vita a un accordo o una partnership tra soggetti pubblici e soggetti privati, privilegiando la sinergia dei diversi attori e la messa in comune di mezzi, piuttosto che la competizione per l'individuazione del miglior offerente di un servizio³.

Come autorevolmente chiarito dalla Corte costituzionale n. 131 del 2020, l'istituto giuridico della co-progettazione è, infatti, finalizzato a delineare il quadro di azione nell'ambito del quale pubbliche amministrazioni e Enti del Terzo Settore condividono la definizione, ed eventualmente, la realizzazione dei progetti e degli interventi specifici da realizzare, anche con riferimento agli strumenti di co-programmazione.

In tal senso, in dottrina è stato osservato che “gli istituti giuridici cooperativi di cui al Codice del Terzo settore si applichino ogni qualvolta la pubblica amministrazione e gli enti non profit condividano gli obiettivi, gli strumenti, le modalità e finanche le risorse da destinare alla realizzazione delle attività/progetti/interventi, le quali possono derivare direttamente dagli enti del Terzo settore, quale forma di contributo o di autofinanziamento”⁴.

Non a caso il legislatore, allo scopo di valorizzare il coinvolgimento del Terzo settore anche nella gestione dei servizi pubblici locali, con il d.lgs. n. 201/2022 che reca il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, all'art. 18 ha previsto che “in attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, gli enti locali possono attivare con enti del Terzo settore rapporti di partenariato, regolati dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica”. L'art. 18,

³ Così S. Pellizzari, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, a cura di S. Pellizzari, A. Magliari, op. cit., 2019, pp. 110-114.

⁴ C. Golino; A. Santuari, op. ult. cit.

in maniera innovativa, qualifica il coinvolgimento degli ETS nella gestione dei servizi pubblici locali quale formula equiordinata alle altre previste dall'ordinamento.

Così ricostruita la cornice giuridica, è opportuno inquadrare anche i singoli istituti utilizzati dall'ASP; l'istituto della co-programmazione è disciplinato dal secondo comma dell'art. 55 CTS, a mente del quale “la co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”.

In sostanza, come precisato anche nelle citate Linee guida ministeriali (DM 72/2021), “la co-programmazione si sostanzia in un'istruttoria partecipata e condivisa, nella quale – fermo restando le prerogative dell'ente pubblico, quale “amministrazione procedente”, ai sensi della legge n. 241/1990 – il quadro di conoscenza e di rappresentazione delle possibili azioni da intraprendere è il portato della collaborazione di tutti i partecipanti al procedimento”. L'atto con cui si conclude l'istruttoria può coincidere con la determinazione assunta dall'ente in ordine alle attività ed alle azioni ritenute funzionali alla cura dei bisogni individuati nel corso della co-programmazione.

L'istituto della co-progettazione, invece, è disciplinato dal terzo comma dell'art. 55 CTS, di seguito riportato: “La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2”.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 131/2020 sopra richiamata, qualificando l'istituto della co-progettazione, l'ha definita come modello che “non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione

e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”.

Per questa ragione, **gli istituti di co-programmazione e co-progettazione** “realizzano il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale e non si basano sulla corrispondenza di prezzi e corrispettivi, ma sulla messa in comune di risorse umane, materiali e monetarie, pubbliche e private, che **danno vita a rapporti non fondati su relazioni sinallagmatiche**”⁵. Considerando la co-progettazione esclusivamente sotto il profilo della procedura amministrativa, le Linee guida ministeriali (DM 72/2021) hanno individuato un percorso di implementazione articolato in cinque fasi di lavoro (e cioè: i) avvio del procedimento con atto del dirigente della PA; ii) pubblicazione dell’avviso e dei relativi allegati; iii) svolgimento delle sessioni di co-progettazione; iv) conclusione della procedura ad evidenza pubblica; v) sottoscrizione della convenzione) che vede il momento conclusivo proprio **nella sottoscrizione di una convenzione**, con la quale la Parte Pubblica e gli ETS regolano i reciproci rapporti.

La previsione di una convenzione rimanda chiaramente alla realizzazione di un partenariato pubblico privato di natura contrattuale. Purtroppo, nel silenzio della normativa di riferimento, che nulla dice sulla forma di partenariato da realizzare, è lecito ritenere ammissibile la definizione della co-progettazione mediante un partenariato istituzionalizzato e, più precisamente, attraverso l’ipotizzata costituzione di una struttura societaria detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato.

5 Cfr. S. Pellizzari, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza* (Commento a Corte di giustizia, 14 luglio 2022, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE), C-436/20), in *Le Istituzioni del federalismo*, 2022, pp. 1021-1048.

Questo è tanto più plausibile se si considera la co-progettazione, non solo come dispositivo amministrativo, **bensì come metodo organizzativo centrato su collaborazione e interazione tra soggetti *partner* di natura diversa**; in letteratura (Ascoli et al. 2002; Guidetti 2018; Maino 2023) si individuano tre diversi livelli di co-progettazione (istituzionale, progettuale e gestionale) che aiutano a identificare il percorso e a chiarire quale tipo di partecipazione è richiesta ai soggetti coinvolti.

Il livello istituzionale rappresenta una fase strategica rispetto alla costituzione e/o al mantenimento di una relazione di paritarietà tra i diversi soggetti coinvolti e consta di momenti di confronto, condivisione e approfondimento tra i rappresentanti apicali delle organizzazioni, al fine di instaurare un rapporto di collaborazione.

Il livello progettuale costituisce la fase centrale e generativa in cui si definiscono concrete proposte operative di intervento, mentre quello gestionale, operativo e finanziario riguarda la realizzazione del progetto in un'ottica collaborativa. **È a questo livello che si definisce una *governance* capace di valorizzare non soltanto le competenze e le risorse di ogni singolo ente partner, ma di potenziarne e moltiplicarne l'efficacia grazie alla presenza congiunta di tutti i soggetti coinvolti.** Sovente questo livello viene denominato “cogestione” (Ranci Ortigosa 1999; Guidetti 2018; Frediani 2021), poichè rappresenta il momento pratico e decisivo della sinergia e corresponsabilità paritaria tra partner, superando la tradizionale suddivisione tra enti operativi ed erogatori che realizzano gli interventi ed enti che si occupano di indirizzarli e monitorarne l'attuazione.

Del resto, è pacificamente acclarata la sussistenza della capacità giuridica piena da parte della Pubblica amministrazione, in conformità con quanto disposto dall'art 11 c.c., senza la necessità che vi sia una norma che autorizzi la Pubblica Amministrazione ad utilizzare gli strumenti privatistici, in quanto di per sé gode di autonomia privata.

Da ciò deriva la generale capacità delle Pubbliche Amministrazioni di costituire società di capitali; peraltro, il modello delle società pubbliche, pur non avendo una base costituzionale ed europea esplicita, trova un'indiretta legittimazione nell'art. 43 Cost. (mancata riserva allo Stato dei servizi pubblici essenziali), nell'art. 345 TFUE (principio di indifferenza comunitaria agli assetti proprietari degli organismi chiamati alla gestione dei servizi pubblici), nonché nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica e nel Codice dei contratti pubblici.

Resta però inteso che ricorso allo strumento societario da parte della Pubblica Amministrazione, sia che si tratti di costituzione di un organismo nuovo sia nel caso di acquisizione di partecipazioni in organismi esistenti, **deve ritenersi circoscritto ad esigenze eccezionali e a preminenti ragioni di interesse pubblico**, nel quadro di un rapporto di indispensabilità o insostituibilità della partecipazione societaria dell'ente **in ragione delle sue finalità istituzionali** (Corte dei Conti, Sez. Controllo Regione Marche, deliberazione n. 115/2022).

Infatti, gli articoli 3 e 4 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, danno indicazioni della tipologia di società in cui è ammessa la partecipazione e impongono le precise finalità che devono essere perseguite mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, sotto il profilo della necessaria coerenza della *mission* della società con le finalità istituzionali dell'ente partecipante.

Nella specifica ipotesi oggetto del presente parere, si ritiene che i limiti imposti dal legislatori siano stati rispettati dal momento che l'ASP intende costituire una società consortile a responsabilità limitata, che è una forma espressamente contemplata dal legislatore, per la gestione di attività perfettamente aderenti alla finalità istituzionale di ASP, vale a dire dei servizi socio-sanitari, sanitari, assistenziali e riabilitativi rivolti a persone non autosufficienti di età superiore a 65 anni, erogati presso strutture residenziali accreditate ubicate sul

territorio dell'Unione Romagna Faentina ed eventualmente in misura complementare e/o sussidiaria di analoghi servizi non accreditati.

Di talché, pare plausibile ritenere percorribile l'ipotesi, peraltro *ab origine* contemplata da ASP, che si è poi concretizzata nel divenire del procedimento di co-progettazione, di ricorrere, ai sensi del CTS, ad una forma di partenariato istituzionalizzato per la gestione dei servizi socio-assistenziali di cui si discute, nella veste della società mista.

Del resto, il partenariato comprende una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, tra i quali vi è anche la costituzione di società miste; invero, nell'esperienza nazionale, *“la società a partecipazione mista si stia effettivamente imponendo – non solo nella prassi – quale modello generale, se non addirittura privilegiato, per la realizzazione a livello locale di forme di partenariato tra enti pubblici e soggetti privati”*.⁶

Questa, d'altronde, è anche la direzione verso cui si muovono sia il CTS, sia i legislatori regionali; l'Emilia-Romagna, ad esempio, nell'art. 18 della L. 3/2023, definisce la co-progettazione come **metodologia mediante la quale**, anche a seguito degli esiti dei procedimenti di co-programmazione, nonché sulla base di quanto previsto dagli atti a contenuto regolamentare e generale, le amministrazioni pubbliche e gli Enti del Terzo Settore, **attivano forme di collaborazione e di amministrazione condivisa**, finalizzata allo svolgimento di una o più attività di interesse generale in favore della comunità locale e del perseguimento dell'interesse generale.

⁶ T. Bonetti, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, pp. 37-46.

La co-progettazione è **uno strumento partecipativo a vocazione generale**⁷, il cui futuro è senza dubbio legato all'idea di un diritto amministrativo fondato su modelli flessibili, di strumenti innovativi di interlocuzione tra pubblico e privato che servono per aggregare interessi pubblici e privati in funzione della gestione di utilità collettive.

4. La selezione del *partner* privato compiuta a monte attraverso la procedura ex art. 55 CTS e la compatibilità dell'operazione con il Testo Unico Società Pubbliche.

Ci è stato chiesto di verificare se la costituzione di una società mista a seguito di co-progettazione richieda, o meno, l'espletamento di una procedura di gara a doppio oggetto ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

L'art. 17 in parola richiede che nelle società miste costituite per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio di interesse generale, **avente ad oggetto esclusivo l'attività inerente all'appalto o alla concessione**, la quota di partecipazione del soggetto privato non sia inferiore al 30% e lo stesso venga selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica c.d. a doppio oggetto (da un lato, l'attribuzione della qualità di socio mediante sottoscrizione o acquisto di quote societarie e, dall'altro lato, il contestuale affidamento del contratto di appalto o di concessione). Inoltre, è previsto che la partecipazione privata alla società non possa essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto deve prevedere meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.

⁷ Così si esprime in più occasioni E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 224 ss.

In altri termini, l'art. 17 del TUSP impone alle Amministrazioni, che vogliono costituire un organismo societario a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni, di scegliere il socio privato con una procedura selettiva caratterizzata da un doppio oggetto: l'attribuzione della qualità di socio e l'affidamento di una determinata attività sulla base di un contratto pubblico d'appalto o di concessione.

Con la gara a doppio oggetto si intende realizzare un affidamento con procedura di evidenza pubblica della specifica attività operativa al partner privato della società mista, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo (Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214), in tal guisa assicurando le medesime garanzie – rilevanti ai fini del rispetto dei principi pro-concorrenziali – che dovrebbero essere rispettate nell'ipotesi di esternalizzazione mediante gara del contratto pubblico di appalto o di concessione.

Non a caso, d'altronde, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto l'eurocompatibilità dell'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato *“costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per gli appalti e/o le concessioni”* (cfr. C.G.E., 15 ottobre 2009, causa C-196/08, Acoset S.p.A.; sul medesimo tema, si vedano, *ex multis*: Cons. Stato n. 1555/2009 cit.; Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2011, n. 4527; Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2015, n. 992).

Venendo al caso di specie, come già ampiamente illustrato nel paragrafo precedente, ASP ha legittimamente ritenuto di ricorrere all'istituto della co-progettazione per la gestione delle attività ed interventi inerenti servizi socio-assistenziali rivolti alla popolazione anziana.

Vale a dire che ASP si è avvalsa di una **modalità alternativa** rispetto all'ipotesi di esternalizzazione mediante affidamento di un contratto pubblico ex d.lgs. n. 36/2023, a cui l'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 riconnette l'obbligo di indizione della gara cd. a doppio oggetto.

Modalità – quella di cui si è avvalsa ASP – disciplinata da un distinto sotto-insieme normativo, rappresentato dal CTS e dalla L. 241/1990, parimenti rispettoso dei principi di evidenza pubblica, sia pure nel contesto concorrenziale attenuato in cui rientra la specifica tipologia di attività oggetto di affidamento (servizi socio-assistenziali) a cui si riconnette, peraltro, la peculiare natura dei potenziali *partner* privati (enti del terzo settore, titolari di accreditamento) a cui è riservata la procedura in questione.

Questo è il senso dell'art. 55 del CTS: la co-progettazione impone che il *partner* privato venga individuato con meccanismi idonei a soddisfare la tutela della concorrenza in relazione agli specifici servizi cui si riferisce.

E così è, in effetti, avvenuto nel caso in esame. ASP ha effettuato una procedura ad evidenza pubblica all'esito della quale è stato individuato il *partner* privato (Consorzio Blu) con il quale realizzare la procedura di co-progettazione.

Ciò posto, al fine di dirimere la questione oggetto del presente approfondimento, è determinate osservare che l'avviso pubblico per la scelta dell'ETS espressamente conteneva la possibilità di costituire soggetti attuatori con strutture definite anche nelle forme ammesse dei partenariati pubblico-privati.

Sicché, è da ritenere, da un lato, che l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica nelle forme richieste dall'art. 55 del CTS per l'individuazione del *partner* privato abbia garantito l'integrale assolvimento degli oneri derivanti dal principio di tutela della concorrenza (**primo oggetto**), secondo una modalità alternativa – ma, nel contempo, assolutamente equiordinata – alle procedure competitive ad evidenza pubblica previste dal d.lgs. n. 36/2023, che avrebbero dovuto applicarsi nella diversa ipotesi in cui la costituenda società mista dovesse risultare destinataria dell'affidamento di un contratto di appalto o di concessione.

Dall'altro lato, la co-progettazione espressamente contemplava *ab origine* la possibilità che l'attuazione del partenariato, anziché assumere una dimensione solo negoziale, potesse realizzarsi attraverso la costituzione di un soggetto di scopo (**secondo oggetto**), nelle forme consentite dall'ordinamento, tra cui è evidentemente da annoverare la società mista.

In definitiva, pare che ambedue le componenti che caratterizzano la gara cd. a doppio oggetto disciplinata dall'art. 17 del TUSP siano state contemplate nella originaria selezione indetta da ASP ai sensi dell'art. 55 del CTS.

Resta, peraltro, da osservare che – nel caso di specie – ASP ha garantito il rispetto dei principi di concorrenza, pubblicità e non discriminazione, a presidio del quale è stato concepito l'art. 17 del TUSP (e non le specifiche regole in materia di affidamento previste dal d.lgs. n. 36/2023, che non rilevano nella fattispecie in esame dal momento che non si discute dell'aggiudicazione di un contratto pubblico di appalto o di concessione).

A ciò si aggiunga che la partecipazione del socio privato è prevista in misura superiore al 30% che, nella situazione di cui si discute, si ipotizza pari al 53%.

Inoltre, in conformità con quanto previsto dall'art. 17, l'avviso pubblicato da ASP per la selezione del *partner* ai sensi dell'art. 55 CTS ha individuato in maniera puntuale

l'oggetto della co-progettazione, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisce una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica.

Invece, del tutto comprensibilmente, non sono stati allegati all'avviso la bozza dello statuto e gli eventuali accordi parasociali in quanto, nel rispetto delle finalità previste dal CTS, tale documentazione deve essere sinergicamente predisposta nell'ambito del percorso di co-progettazione il quale, lo si ribadisce, è un modello proceduralmente alternativo.

5. Il controllo preventivo della Corte dei conti sugli atti deliberativi di costituzione della società mista.

Ci è stato chiesto di verificare se la decisione di costituire la società mista debba essere sottoposta al vaglio della Corte dei conti.

A parere di chi scrive, l'inciso “*anche nei casi di cui all'articolo 17*” contenuto all'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 175 del 2016 lascia intendere che il controllo della Corte dei conti sia esteso ad ogni ipotesi di costituzione di nuovo soggetto giuridico, quindi anche se questa decisione deriva da un partenariato pubblico privato istituzionalizzato realizzato ai sensi del CTS e della L. 241/1990.

L'atto deliberativo da inviare alla Corte dei conti deve dare atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

. L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, come modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022 , prevede che “*a eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga*

*in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, **anche nei casi di cui all'articolo 17**, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”.*

L'art. 5, di fatti, ha istituito una nuova forma di verifica sugli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta), prevedendo che l'atto suddetto sia trasmesso dall'Amministrazione pubblica procedente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla Corte dei conti, che deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

La norma precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'Amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione.

La finalità dei controlli rimessi al Giudice contabile è teleologicamente orientata alla razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche nelle società ed è in questa chiave che va letto il disposto di cui all'art. 5.

Orbene, alla luce di tutto quanto esposto e al fine di evitare contestazioni (in ipotesi, di natura erariale), pare opportuno inviare l'atto deliberativo di costituzione della società alla Sezione di controllo regionale della Corte dei Conti.

Nell'applicazione del principio di leale collaborazione istituzionale e al duplice fine di consentire, per un verso, all'organo di controllo il vaglio istruttorio della richiesta formulata dall'Ente ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, Tusp, e, per altro verso, di fornire all'Ente un quadro esaustivo degli approfondimenti necessari, la Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia-Romagna, con Deliberazione n. 32/2023, ha messo a disposizione delle amministrazioni un questionario che dovrà essere allegato alla richiesta, precisando che in assenza di completamento del predetto questionario, il giudizio della Corte si concluderà con un esito negativo.

Unitamente al questionario e alla delibera con cui ASP assumerà la decisione di costituire una società mista con il Consorzio Blu, dovranno necessariamente essere allegati: *i)* lo Statuto della Società e gli eventuali patti parasociali; *ii)* il Business plan o il Piano di gestione del servizio con una proiezione a 3/5 anni, formalmente approvati.

Restando a disposizione per ogni necessario chiarimento e/o approfondimento, si pongono cordiali saluti.

Prof. Avv. Marco Dugato

Prof. Avv. Giuseppe Piperata