

Cons. Stato, Sez. V, Sent., (data ud. 17/11/2022) 26/05/2023, n. 5217*OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI) › Servizi e forniture***Intestazione**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3697 del 2022, proposto da Comune di Latina, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Paolo Cavalcanti e Anna Caterina Egeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

P.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

N. Coop. Soc., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), 28 marzo 2022, n. 280.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di P.C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. In data 14 novembre 2021 il Comune di Latina (capofila del distretto "Latina 2", formato anche dai Comuni di Sermoneta, Norma, Pontinia e Sabaudia) ha pubblicato un avviso per l'individuazione di un partner con cui progettare e gestire il servizio di accesso, valutazione e progettazione delle attività di interesse generale da garantire sul territorio, in attuazione del piano sociale di zona 2021-2023, ai sensi dell'art. 55 D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (d'ora in avanti: codice TS), del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 31 marzo 2021 n. 72 e della Delib.G.R. n. 326 del 13 giugno 2017, tra le quali: il servizio di segretariato sociale, il punto unico di accesso, il servizio sociale professionale, il sostegno socio-educativo domiciliare, la mediazione familiare-centro per la famiglia e il pronto intervento sociale.

Alla procedura hanno partecipato il Consorzio di cooperative sociali P. e la società cooperativa N.. All'esito delle operazioni di gara, con determinazione dirigenziale n. 2002 del 29 novembre 2021 la

Società Cooperativa N. è stata individuata quale ente attuatore per l'elaborazione del progetto definitivo del servizio, unitamente ai rappresentati degli enti locali che compongono il Distretto Latina 2.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, il Consorzio P. ha impugnato la suddetta determinazione, deducendo in particolare la violazione dell'art. 55 del codice TS in tema di co-programmazione e co-progettazione dei servizi sociali e dell'art. 56 del medesimo codice, per il difetto della necessaria gratuità del servizio dato in affidamento alle associazioni di volontariato o di promozione sociale.

3. Con sentenza del 28 marzo 2022, n. 280, il T.a.r. ha accolto in parte il ricorso rilevando la violazione dell'art. 56 del codice TS (secondo cui le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale "possono prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate") in quanto la previsione del riconoscimento del rimborso dei costi indiretti a beneficio dell'ente attuatore prescelto, in una misura percentuale dei costi diretti ammessi a rimborso (pari al 14,55%), dimostra l'assenza di collegamento con una effettiva spesa sostenuta, documentata e rendicontata, in contrasto con quanto previsto dal citato art. 56.

4. Il Comune di Latina, rimasto soccombente, ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza sulla base di plurime censure.

5. Resiste in giudizio il Consorzio P., chiedendo la reiezione del gravame.

Il Consorzio propone anche appello incidentale con cui reitera il motivo concernente la violazione dell'art. 55 del codice TS e del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 72/2021 (recante linee guida sul codice del terzo settore), poiché il Comune di Latina avrebbe sostanzialmente omesso la fase di co-programmazione, per il mancato coinvolgimento degli enti del terzo settore nella programmazione dei servizi; e anche la fase di co-progettazione, come si evincerebbe dal fatto che il servizio oggetto della procedura era puntualmente definito in ogni particolare nel documento di massima approvato dai comuni, per cui non sussisterebbe quel collegamento tra co-progettazione e affidamento del servizio di cui all'art. 55 cit.

5. All'udienza del 17 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Con il primo motivo, l'appellante Comune di Latina deduce l'ingiustizia della sentenza per la violazione dell'art. 56 del codice TS, inapplicabile nella fattispecie in esame che ha per oggetto le forme di partenariato di cui all'art. 55 del codice TS, non la stipula delle convenzioni (le sole per le quali l'art. 56 prevederebbe il requisito della gratuità). La co-progettazione, di cui all'art. 55 del codice TS, riguarderebbe progetti innovativi e specifici, che richiedono interventi di tipo organizzativo, economico, gestionale e finanziario; le convenzioni di cui all'art. 56 del codice TS riguarderebbero, invece, attività e interventi esigibili da talune, specifiche, tipologie di enti del terzo settore, le quali si avvalgono in maniera prevalente delle prestazioni dei volontari associati. Le procedure di co-progettazione non debbono necessariamente essere a "costo zero": anzi, il contenuto economico, in specie a fronte di progetti, attività e interventi complessi, costituisce un elemento caratterizzante questa specifica modalità di relazione pubblico privato.

Il primo giudice, quindi, erroneamente ha accomunato le due diverse situazioni contemplate dagli artt. 55 e 56 del Codice TS.

6.1. Sotto altro profilo denuncia l'erroneità della sentenza per non aver tenuto in considerazione l'impostazione complessiva della lex specialis dalla cui lettura completa e sistematica si ricaverebbe che il valore pari al 14,55 per cento rappresenta solo una soglia non oltrepassabile, entro la quale le spese indirette sono rimborsabili solo se documentate e rendicontate. La previsione, pertanto, non integrerebbe una forma di rimborso forfetario dei costi.

7. L'appello è infondato.

7.1. Considerata la rilevanza della questione sollevata con l'appello in esame appare necessario delineare sinteticamente il complessivo quadro normativo in cui essa si iscrive.

7.2. Secondo l'art. 55 del codice TS:

- "le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento ...";

- "2. 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";

- "3. 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 comma 2";

- "4. 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 procedente, 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".

L'art. 56, con riferimento alle convenzioni che le medesime amministrazioni pubbliche "possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale" (comma 1), stabilisce che detti accordi "possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate".

7.3. La disciplina dettata dal Titolo VII del codice TS si articola, pertanto, intorno ad almeno quattro fasi procedurali. La prima è costituita dalla pubblicazione dell'avviso (in applicazione dei principi di trasparenza e imparzialità contemplati all'art. 55, comma 4) per l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato; la seconda, dalla presentazione delle candidature e dalla selezione del candidato partner dell'ente; la terza, dalla co-progettazione da realizzare tra il soggetto selezionato e l'amministrazione; la quarta è costituita dalla stipula della convenzione con il soggetto che ha collaborato alla progettazione degli interventi e a cui è affidata l'attuazione di questi.

7.4. È in quest'ultima fase che si profila la questione della natura gratuita dei servizi oggetto dell'affidamento, elemento essenziale (anche) della convenzione tra l'amministrazione e il soggetto che ha contribuito alla progettazione degli interventi e a cui viene affidata la realizzazione degli specifici progetti (arg. art. 55, comma 3: "La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione ...").

In tale contesto, per stabilire il contenuto della nozione di gratuità occorre muovere dalle considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016 e il codice del terzo settore (D.Lgs. n. 117 del 2017) nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore. Premesso che, di regola, "l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario" (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi "la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine

euro-unitaria. Ciò accade allorché ... la procedura disciplinata dal diritto interno ... miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito", il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi.

La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e del codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento (in termini anche Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232).

7.5. La formula utilizzata dall'art. 56 del codice TS, facendo riferimento al (solo) "rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate", appare recepire pienamente l'indirizzo affermato dalla Corte di giustizia dell'U.E., secondo cui l'affidamento diretto di servizi alle associazioni di volontariato (nella specie si trattava del servizio di trasporto sanitario di urgenza) si giustifica, nel diritto unionale, solo se "l'attività delle associazioni di volontariato sia svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse" (cfr. Corte di giustizia U.E., sez. V, 11 dicembre 2014 in causa C-113/13, in specie al punto 62).

Ciò posto, è certamente da escludere la possibilità di rimborsare forfetariamente le spese e i costi diretti o indiretti sopportati per l'attività svolta dalle associazioni di volontariato o di promozione sociale, metodo che, per definizione, prescinde dalla verifica di quanto effettivamente speso.

Pertanto, applicando gli enunciati principi al caso di specie, occorre rilevare come le previsioni contenute al punto 9.2-b, del documento di massima allegato all'avviso del 14 novembre 2021, nel prevedere la corresponsione del "valore percentuale del tasso forfetario dei costi indiretti, ammissibile e rendicontabile a fronte di costi diretti eleggibili, ... pari al 14,55%", si discostano dal concetto normativo di rimborso ammissibile secondo l'art. 56, comma 2, del codice TS.

8. In conclusione, l'appello va respinto.

9. Quanto all'appello incidentale autonomo proposto dal Consorzio P., è fondato nei limiti di cui appresso.

9.1. Come anticipato, l'appellante incidentale censura la sentenza per aver respinto il primo motivo di ricorso con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 55 del codice TS e del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 2021 (linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore), in quanto il Comune di Latina non avrebbe promosso alcun coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore nelle fasi di co-programmazione dei servizi.

9.2. Sarebbe mancato, inoltre, il necessario collegamento tra la fase di co-progettazione e l'affidamento del servizio al soggetto che ha contribuito alla progettazione; collegamento che costituirebbe la ratio dell'art. 55 del codice TS, non potendo essere oggetto di tale procedura servizi già in essere. Secondo l'appellante incidentale, infatti, il servizio oggetto della procedura di co-progettazione era già puntualmente definito in ogni particolare nel documento di massima allegato all'avviso pubblico (e corrispondeva al servizio già gestito dal Consorzio ricorrente). Il documento di massima, quindi, finirebbe con il coincidere con un capitolato d'appalto, prevedendo anche un corrispettivo per i servizi appaltati, mascherato come rimborso dei costi diretti e indiretti (i primi rappresentati dai "costi sostenuti per il personale valorizzati al costo orario lordo come indicato dalla tabella del CCNL Cooperative Sociali", i secondi remunerati forfetariamente per il 14,55 per cento dei costi diretti).

10. Il primo profilo è infondato.

10.1. Come bene ha rilevato il primo giudice, la fase di programmazione dei servizi e degli interventi - seppure svolta con le modalità procedurali previste dall'art. 48 della L.R. Lazio 10 agosto 2016, n. 11, in tema di piano sociale di zona - ha visto il coinvolgimento anche dei rappresentanti degli enti del terzo settore e in specie delle reti associative (quali Forum Terzo Settore, Coordinamento Vialibera, CSV e F.L.) che, ai sensi degli artt. 4, comma 1 e 41, comma 1, codice TS, sono soggetti del terzo settore.

10.2. Peraltro l'art. 55, primo comma, solo genericamente prevede che le amministrazioni "assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore", senza prescrivere specifiche modalità procedurali attraverso le quali debba svolgersi la programmazione né indicare strumenti mediante i quali individuare i soggetti da coinvolgere. Sul punto la norma (come a suo tempo segnalato anche dal parere del Consiglio di Stato, commissione speciale, 31 maggio 2017, reso sullo schema di codice del terzo settore) si limita a richiamare i principi di cui alla L. n. 241 del 1990 e a rinviare alle norme "che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare quelle relative alla programmazione sociale di zona". Né potrebbe essere estesa alla co-programmazione la disciplina dell'art. 55, comma 4 (secondo la quale "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 procedente, 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": comma 4) testualmente dettata "ai fini di cui al comma 3", ossia per la diversa fase della co-progettazione.

10.3. Ne consegue che non appare censurabile la modalità procedurale scelta dal Comune di Latina che trova sostegno anche nel testuale rinvio, operato dall'art. 55 cit., alle norme "relative alla programmazione sociale di zona" (nella specie, come già segnalato, si è proceduto ai sensi dell'art. 48 della L.R. Lazio 10 agosto 2016, n. 11, in tema di approvazione del piano sociale di zona).

11. Il secondo profilo di censura è fondato.

11.1. Nell'articolato sistema dell'art. 55 del codice TS, dalla co-programmazione dovrebbero emergere, in primo luogo, i bisogni da soddisfare, i servizi da promuovere e gli interventi da realizzare, oltre alla ricognizione delle risorse disponibili nei diversi settori di cui all'art. 5 del codice TS. La co-progettazione, invece, ha la funzione di attuazione concreta di quanto è stato programmato; e la procedura di evidenza pubblica delineata dal comma 4 dell'art. 55 (già richiamato sopra) è funzionale alla individuazione del soggetto appartenente al Terzo settore con il quale collaborare nella stesura della puntuale progettazione degli interventi previsti nell'atto programmatico, insieme con l'amministrazione procedente. Solo all'esito della fase progettuale dei singoli servizi o interventi si può procedere alla definizione dei contenuti della convenzione per la realizzazione degli interventi progettati.

11.2. Nel caso di specie, il "documento di massima" allegato all'avviso pubblico del 14 novembre 2021 prefigura nei dettagli i profili dei vari servizi, che pure dovrebbero scaturire dalla co-progettazione con il soggetto selezionato all'esito della procedura di evidenza pubblica. Il ruolo, la finalità partecipativa, la componente collaborativa e ideativa che la norma assegna alla fase della co-progettazione appaiono, quindi, del tutto assenti, rendendo incerta la qualificazione della fattispecie e illegittimo l'utilizzo di un modello derogatorio delle ordinarie procedure di affidamento di un appalto di servizi (e a tale incertezza contribuisce anche la previsione di un rimborso delle spese e dei costi che non rispetta - come si è veduto esaminando l'appello principale - il criterio dell'art. 56, comma 2 del codice TS). In altri termini, la sostanziale assenza della fase di co-progettazione impedisce di configurare il modello di partenariato delineato dall'art. 55, commi 3 e 4, del codice TS, e induce a ricondurre la vicenda a un ordinario appalto di servizi sociali.

12. In conclusione, l'appello principale va respinto; l'appello incidentale va accolto e, in parziale riforma della sentenza impugnata, va accolto anche il primo motivo del ricorso di primo grado.

13. Considerata la novità delle questioni esaminate, nonché la parziale soccombenza reciproca, si giustifica la compensazione tra le parti delle spese giudiziali per il doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- rigetta l'appello principale;
- accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina (Sezione Prima), 28 marzo 2022, n. 280, accoglie il ricorso di primo grado anche quanto al vizio di cui al punto 11 ss. della motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Conclusione

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore