

Ma l'art. 56 del CTS necessita ancora di interpretazioni?

Alceste Santuari, | 08 giugno 2020

L'art. 56, comma 1, d. lgs. n. 117/17 (Codice del terzo settore) stabilisce quanto segue: "Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato (OdV) e le associazioni di promozione sociale (APS), iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato."

La disposizione individua:

1. I soggetti giuridici non profit ammessi alle convenzioni;
2. I requisiti che i medesimi soggetti devono possedere per accedere alle convenzioni;
3. La finalità che le convenzioni sono chiamate a realizzare;
4. Quando le P.A. possono ricorrere alle convenzioni.

L'art. 56 individua - confermando un'impostazione giuridica già presente nelle l. n. 266/1991, 328/2000 e 383/2000 - *altera* rispetto alle logiche di mercato, in quanto stabilisce un rapporto collaborativo e non competitivo tra enti pubblici e soggetti non lucrativi.

Da ciò consegue che i rapporti che si instaurano tra associazioni ed enti pubblici non costituiscono contratti a prestazioni sinallagmatiche, atteso che il *quantum* economico che gli enti pubblici riconoscono alle OdV e alle APS si configura alla stregua di un rimborso delle spese sostenute e documentate.

La previsione secondo cui alle OdV e alle APS spetti soltanto il rimborso delle spese sostenute e documentate non esclude tuttavia che le stesse possano avvalersi di personale retribuito per lo svolgimento delle proprie attività. Si tratta di una possibilità già disciplinata nelle l. n. 266/1991 e 383/2000 e confermata dal CTS, a condizione che il numero del personale retribuito non sia superiore al 50% del numero dei volontari.

I contenuti dell'art. 56 CTS sono stati oggetto di una serie di interventi interpretativi: di seguito se ne analizzano tre, che affermano - in termini sintetici - l'incompatibilità dello schema convenzionale con il principio di concorrenza.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, in data 26 luglio 2018 (numero affare 01382/2018), ha rilasciato un parere richiesto dall'ANAC in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d. lgs. n. 50/2016 e del d. lgs. n. 117/2017. In quel parere, tra l'altro, i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che, in tema di convenzioni ex art. 56 CTS, ciò che rileva è la gratuità delle prestazioni, criterio unico che legittima l'affidamento (senza gara) alle medesime organizzazioni dei servizi.

La gratuità - a giudizio della Commissione speciale - sarebbe inficiata dalla previsione, contenuta nel Codice del terzo settore, di copertura dell'assicurazione obbligatoria per i volontari da parte delle istituzioni pubbliche. Solo il rimborso a piè di lista può escludere la remunerazione del servizio, circostanza che legittima la non riconducibilità dei servizi in parola alla disciplina sugli appalti. In ultima analisi, il Consiglio di Stato ritiene che gli affidamenti dei servizi sociali agli enti non profit risultano esclusi dall'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica soltanto nel caso in cui non siano a carattere selettivo e che il prestatore si impegni a rendere il servizio a titolo gratuito.

Anche l'Agenzia delle Entrate Direzione Regionale dell'Emilia Romagna, con la risposta all'interpello n.909-858/2019, ha ritenuto che il rapporto tra enti pubblici e associazioni debba essere considerato alla stregua di un contratto, ritenendo il rimborso delle spese previsto in tali convenzioni equiparabile ad un corrispettivo e, conseguentemente, assoggettabile ad IVA. Nello specifico caso, l'Erario ha considerato il contributo erogato da un comune quale corrispettivo poiché si sarebbe trattato di un rapporto sinallagmatico, nel quale l'associazione beneficiaria del contributo si "obbliga a specifici adempimenti nell'interesse diretto e preponderante del Comune, oltre che in via sussidiaria nell'interesse generale della collettività". A giudizio dell'Agenzia delle Entrate regionale anche le modalità per risultare il rapporto convenzionale – peraltro previste dall'art. 56, comma 4 CTS – configurassero la convenzione quale corrispettivo.

Da ultimo, si segnala la sentenza del Tar Toscana (Sezione I) del 1 giugno 2020, n. 666, nella quale i giudici amministrativi hanno ravvisato l'illegittimità di un avviso pubblico di un comune che invitava, ai sensi dell'art. 56 CTS, le OdV e le APS a presentare proposte per l'organizzazione e gestione di corsi di lingua straniera. In quell'occasione, la Sezione ha riconosciuto che l'esclusione di una forma societaria dall'avviso pubblico in oggetto debba considerarsi un ostacolo alla concorrenza. Richiamando il parere del Consiglio di Stato del 2018 sopra richiamato, il Tar Toscana ha statuito che la convenzione "non possa dar luogo a qualunque forma diretta o indiretta di remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale ne sia la formale denominazione, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente affidatario".

I termini "affidamento", "senza gara" e "gratuità" impiegati nelle interpretazioni sopra brevemente richiamate non solo non trovano una corrispondenza di diritto positivo nell'art. 56 CTS, ma rischiano anche di fuorviare gli operatori.

I rapporti tra EE.PP. e ETS non individuano una attività/un servizio/una fornitura che, in quanto "in capo" all'ente pubblico, quest'ultimo può decidere di esternalizzare ad un operatore economico (affidamento).

Ne consegue che *naturaliter* i rapporti di partnership tra enti pubblici e ETS non contemplano una gara: la procedura ad evidenza pubblica è rispettata in quanto l'ente pubblico procedente in forma trasparente e non discriminatoria comunica a tutte le organizzazioni interessate l'intenzione di procedere all'attivazione di una convenzione e, una volta raccolte le disponibilità delle associazioni interessate, svolge un confronto comparato sulla base dei criteri indicati nell'avviso pubblico (es. esperienza nel settore di riferimento, capacità progettuale, personale qualificato, et similia). L'art. 56 individua il percorso (valutazione comparativa), le modalità (la convenzione) e i contenuti della medesima. L'azione degli enti locali è dunque positivamente ancorata nella riforma del terzo settore, che attribuisce alla P.A. – ad esito di confronto comparativo – di individuare l'associazione con la quale – anche a seguito di proposta proveniente dalla medesima o da altre associazioni (cfr. art. 55, comma 3 CTS, che opera un espresso riferimento alla l. n. 241/1990) – definire la convenzione.

Per quanto attiene, infine, alla gratuità, il Consiglio di Stato e il Tar sembrano confondere l'assenza di retribuzione in capo ai volontari impiegati nell'attività, progetto o servizio con l'assenza di economicità degli stessi. Al contrario, anche un'attività di volontariato sostiene dei costi, richiede un certo livello di organizzazione, nonché mobilita risorse di vario genere. Di tal che, la convenzione deve prevedere le "voci" di rimborso necessarie a coprire le spese sostenute per la realizzazione di uno o più scopi di solidarietà sociale e non per lo svolgimento di prestazioni sorrette da un interesse economico. Di qui la possibilità di non identificare l'economicità con il corrispettivo.

Per quanto in questa sede interessa in modo particolare, si richiama l'obbligatorietà (non l'opzione) di riconoscere alle associazioni convenzionate il solo rimborso delle spese. Benché quest'ultimo non possa (ovviamente) paragonarsi alla gratuità (come peraltro, erroneamente era stato sostenuto dal Consiglio di Stato nel parere di luglio 2018), non può nondimeno essere equiparato ad un corrispettivo.

In quest'ottica, pur ammettendo che l'ordinamento giuridico valorizzi e riconosca in modo particolare rapporti di carattere

sinallagmatico e si trovi in difficoltà, conseguentemente, ad accogliere, accettare e riconoscere altri tipi di rapporti, non può revocarsi in dubbio che le convenzioni rappresentano il momento finale di un rapporto di partnership tra P.A. ed enti associativi (e di terzo settore in genere) nel quale (come peraltro anche ribadito da ANAC in passato oltre che dalla giurisprudenza amministrativa, commentata su questo sito) i due soggetti (pubblico e privato non profit) condividono obiettivi, modalità di azione, finalità degli interventi. Ne consegue che le convenzioni (nomen iuris affatto diverso da contratto) non contemplano un soggetto affidante (la P.A.) e un soggetto (economico) affidatario, come nel caso classico degli appalti.

L'Associazione convenzionata, in questo senso, si impegna a realizzare un obiettivo condiviso: certo si impegna a fronte di un riconoscimento economico che, come nel caso di specie, non copre nemmeno tutti i costi sostenuti. Ma l'Associazione, impegnandosi, si rende responsabile delle azioni e degli interventi dedotti in convenzione, sui quali la P.A. - in questo caso sì - quale ente esponenziale della collettività locale e quale ente che eroga il contributo - svolge la propria (opportuna e raccomandabile) azione di controllo, verifica e monitoraggio. Azione dalla quale può anche discendere - come peraltro deve essere previsto nelle convenzioni di cui all'art. 56, comma 4 CTS - la necessità di risolvere il rapporto convenzionale. E questa circostanza eventuale - a parere di chi scrive - non può assurgere ad indice di corrispettività del rapporto convenzionale, poiché è nella "natura delle cose" che la P.A. si riservi di censurare eventuali comportamenti ovvero inadempimenti che, prima di essere contrattuali, attengono alla possibile mancata realizzazione della finalità comune e condivisa (come riportato nella convenzione di cui si discute). Si deve, al riguardo, peraltro, segnalare che le convenzioni possono altresì prevedere la risoluzione del rapporto sotteso alle medesime su istanza dell'associazione nei casi in cui, per esempio, la P.A. dovesse risultare morosa nell'effettuazione del rimborso delle spese ovvero quando dovesse risultare compromesso lo schema valoriale e finalistico sul quale la convenzione è sottoscritta.

L'art. 56, comma 1 finalizza le convenzioni "allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale[...]". Si tratta, pertanto, di attività non rivolte alla P.A. procedente e quindi non configurabili alla stregua di attività strumentali alla stessa, come potrebbe essere un'attività di manutenzione del verde comunale da parte di una cooperativa sociale di tipo b). Le attività di interesse generale, si potrebbe affermare, sono naturaliter rivolte alla collettività e non alla P.A., a meno di ritenere (ancora) gli enti pubblici come gli unici interpreti del bene comune (cfr. a contrariis art. 2 Cost.).

Il CTS ha disegnato un sistema di rapporti tra P.A. ed enti non profit fondato sulla condivisione e non sulla competizione (anche, se come è stato già sottolineato, si richieda una valutazione comparativa tra diverse associazioni), circostanza che esclude la possibilità che si instaurino rapporti sinallagmatici.

E ciò permette di ritenere che i due codici, segnatamente, il Codice dei Contratti pubblici e il Codice del Terzo settore, operino su piani equiordinati e, laddove necessario, coordinati e non su base di primazia gerarchica del primo rispetto al secondo.