



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 9783 del 2024, proposto da

Società Cooperativa Sociale onlus Spazio Aperto Servizi, in proprio ed in qualità di mandataria della costituenda ATI con Amapola s.r.l. Impresa sociale, Cooperativa Lotta Contro l'emarginazione cooperativa sociale onlus, Cascina Biblioteca società cooperativa sociale di solidarietà a r.l., Società Cooperativa Comunità Progetto, Insula Net Società cooperativa Impresa sociale, Spazio Aperto cooperativa sociale, Consorzio S.I.R. - Solidarietà in Rete s.c.s., Associazione Piano C Ets, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elisabetta Parisi e Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Pregnolato e Giuseppe Lepore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, 15;

nei confronti

Medihospes Cooperativa Sociale, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'ATI con Fondazione Progetto Arca onlus, Associazione Kayros onlus, Cura e Riabilitazione cooperativa sociale, Ambiente Acqua APS, Fondazione International Rescue Committee Italia ETS, Fondazione Progetto Mirasole impresa sociale, Cooperativa sociale Naturalia a r.l. onlus e Fondazione Cumse ETS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Perrone, Angelo Michele Benedetto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Perrone in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sez. II, n. 2533 del 2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Comune di Milano, nonché dell'ATI Medihospes Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2025 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Stefano Soncini, Stefania Pagano e Angelo Michele Benedetto;

FATTO

1.-Il RTI con mandataria la società cooperativa sociale onlus Spazio Aperto Servizi ha interposto appello nei confronti della sentenza 1 ottobre 2024, n. 2533 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sez. II, che ha respinto il suo ricorso ed i motivi aggiunti, rispettivamente, avverso la determinazione dirigenziale del Comune di Milano n. 1438 in data 27 febbraio 2024, di approvazione dei verbali della commissione per la valutazione delle domande di partecipazione all'avviso di istruttoria pubblica finalizzata alla individuazione di soggetti del terzo settore disponibili alla co-progettazione e cogestione della “*Casa dell'accoglienza Enzo Jannacci*” e degli appartamenti situati al viale Ortles, civici 71 e 73, da adibire all'*housing* sociale (da realizzare anche nell'ambito del finanziamento previsto dal PNRR – avviso 1/2022), nonché avverso le precedenti determinazioni di nomina dei componenti della commissione tecnica e i verbali delle varie sedute.

La determinazione impugnata ha affidato la procedura pubblica di progettazione, esperita in conformità degli artt. 55 e 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 (codice del terzo settore), all'ATI Medihospes coop. sociale, che ha conseguito punti 82,00, mentre l'appellante è risultata seconda graduata con punti 79,40.

2. – Con il ricorso in primo grado il raggruppamento Spazio Aperto Servizi ha impugnato l'affidamento disposto dal Comune di Milano deducendone l'illegittimità anzitutto per l'ammissione alla procedura dell'ATI prima graduata, nonostante che tre onlus del raggruppamento non risultassero iscritte al RUNTS, sì da non potere essere considerate enti del terzo settore (requisito richiesto dagli artt. 4, 7 e 9, lett. b, dell'avviso di istruttoria pubblica), e poi per avere l'amministrazione fatto ricorso ad una procedura incompatibile con il d.lgs. n. 117 del 2017, in quanto il rapporto instaurato ha natura sinallagmatica ed onerosa (prevedendo la remunerazione dei fattori produttivi e non il mero rimborso delle spese dei volontari), e per il fatto che il Comune non ha svolto la co-programmazione prescritta dall'art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017.

3. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, affermando che nel vigore del regime transitorio di cui all'art. 101, comma 3, del d.lgs. n. 117 del 2017, è stato disciplinato, con il d.m. n. 106 del 15 settembre 2020, il RUNTS, ma gli enti iscritti all'anagrafe delle onlus sono tenuti a presentare la domanda di iscrizione fino al 31 marzo del periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione europea; detta autorizzazione non è ancora intervenuta, e pertanto non sussiste alcun obbligo per le onlus di chiedere l'iscrizione al RUNTS, bene potendo le stesse mantenere l'iscrizione nel loro registro di settore : *«di conseguenza, considerato che attualmente le onlus non hanno ancora un preciso obbligo di iscrizione al RUNTS, valendo ancora per le stesse il regime transitorio dell'art. 101 del Cts, la scelta del Comune di Milano di consentire la partecipazione a tutte le Onlus non appare certamente contra legem oppure illogica; al contrario l'eventuale divieto di partecipazione alle Onlus avrebbe ridotto in maniera irrazionale ed indiscriminata la platea degli Ets, precludendo all'Amministrazione l'apporto di soggetti attivi nel terzo settore, quali sono appunto le Onlus stesse»*. La sentenza ha altresì ritenuto infondate le censure volte a contestare il vizio motivazionale del provvedimento, od i vizi procedimentali, la cui configurabilità è stata

esclusa in considerazione della peculiarità della procedura, non propriamente competitiva (come è quella per l'aggiudicazione di un contratto). La sentenza ha infine rilevato che l'art. 55 del codice del terzo settore non impone necessariamente una fase di co-programmazione anticipata a quella di co-progettazione.

4.- Con il ricorso in appello il raggruppamento Spazio Aperto Servizi ha sostanzialmente reiterato, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, volte a contestare, in sintesi : a) la carenza del requisito (di idoneità professionale di cui agli artt. 7, 9, lett. b, dell'avviso) per procedere alla co-progettazione in capo all'ATI Medihospes che avrebbe tre enti componenti l'ATI [Fondazione Progetto Area Onlus; Associazione Kairos onlus; Fondazione Cumse ETS] non iscritti al RUNTS (registro enti terzo settore, operativo dal 24 novembre 2021), in violazione della *lex specialis* (avviso di istruttoria pubblica) ed in subordine per erronea attribuzione del punteggio massimo di 18 previsto dall'art. 12 dello stesso avviso; b) l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina di cui al codice del terzo settore in presenza di prestazioni di carattere economico-lucrativo (mediante instaurazione di un rapporto sinallagmatico con scambio di prestazioni tra pubblico e privato), e non già di mero rimborso delle spese vive (nella specie, vengono remunerati tutti i fattori della produzione, compreso il lavoro, per circa 3.000.000 di euro all'anno) : a tale riguardo viene richiesto il rinvio pregiudiziale alla CGUE per verificare la compatibilità con il diritto europeo di una disciplina che consente di pagare l'intera prestazione e non solo di avere il rimborso delle spese sostenute; c) l'illegittimità della procedura per mancanza della fase della co-programmazione, in violazione dell'art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017; la genericità dei criteri di valutazione delle proposte progettuali, in violazione dell'art. 12 dell'avviso; d) il contrasto tra l'avviso di istruttoria e il presupposto atto di indirizzo (di cui alla delibera di Giunta n. 1506 del 2023), prevedendo l'avviso una procedura selettiva, mentre l'atto di indirizzo contemplava un approccio non selettivo, violando il principio dell'autovincolo; e) l'incongruità del PEF dell'ATI Medihospes, in quanto insufficiente a dimostrare la compartecipazione almeno nella misura minima del 5 per cento (sono indicati costi che non rilevano ai fini del cofinanziamento, tra cui, ad esempio, euro 300.000 a titolo di affitto uffici Medihospes); la incongruità delle voci del PEF e del punteggio attribuito; f) la erroneità del punteggio attribuito all'offerta Medihospes ai sensi dell'art. 12 dell'avviso in relazione al criterio D (piano economico-finanziario) e al criterio B (rispondenza tecnico-professionale). L'appellante solleva anche la q.l.c. della "disciplina processuale PNRR" che esclude la tutela in forma specifica.

5. - Si sono costituiti in giudizio il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ed il Ministero dell'economia e delle finanze; in resistenza il raggruppamento Medihospes cooperativa sociale nonché il Comune di Milano puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione nel merito del ricorso in appello.

6. - La mandante Cooperativa Lotta contro l'emarginazione coop. sociale onlus ha dichiarato di rinunciare al ricorso in appello.

7. - All'udienza dell'8 maggio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1.- Il primo motivo di appello contesta l'individuazione dell'ATI Medihospes quale soggetto selezionato per procedere alla co-progettazione a causa della carenza del requisito di idoneità professionale, di cui agli artt. 7 e 9, lett. b), dell'avviso, costituito dall'iscrizione al RUNTS (avviato con decreto direttoriale in data 23 novembre 2021) degli enti del terzo settore componenti il raggruppamento; in particolare, la fondazione Progetto Area onlus, l'associazione Kayros onlus e la fondazione Cumse non risultano iscritte al RUNTS.

Tale mancata iscrizione comporta l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'ATI Medihospes, e comunque detta partecipazione non poteva essere valutata ai fini dell'attribuzione del punteggio massimo di 18 punti (previsto dall'art. 7, commi 3 e 12, in tema di "*aggregazione in ATP*"). Deduce l'ATI Spazio Aperto Servizi come l'art. 4 del d.lgs. n. 117 del 2017 individui quali enti del terzo settore quelli iscritti al RUNTS previsto dall'art. 45 del predetto testo legislativo; al riguardo, la disciplina transitoria *ex* art. 101, comma 3, basata sulla iscrizione ad uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore, operava nelle more dell'istituzione del Registro, avvenuta, come si evince dall'art. 9 dell'avviso, con decreto direttoriale n. 561 del 26 ottobre 2021 a fare tempo dal 24 novembre 2021; critica dunque la statuizione di primo grado che, richiamando l'art. 9, lett. b), dell'avviso, ammette la permanenza del regime transitorio di cui all'art. 101, comma 3, del d.lgs. n. 117 del 2017, il quale consente agli enti del terzo settore di mantenere l'iscrizione ad uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore. Per l'appellante, il periodo transitorio riguarda peraltro solamente il non assoggettamento alla disciplina fiscale prevista dal d.lgs. n. 117 del 2007.

Il Comune di Milano, in contrario avviso, richiama anche il parere della Città metropolitana, ente responsabile della gestione del RUNTS per i soggetti con sede legale nel suo territorio metropolitano, in ordine alla perdurante validità del regime transitorio del Registro delle onlus di cui all'art. 101, commi 3 e 10, del d.lgs. n. 117 del 2017.

Ritiene il Collegio necessario approfondire, sul piano operativo, il tema del funzionamento del regime transitorio, enucleato dall'art. 101 del codice del terzo settore, il cui comma terzo, richiamato anche dall'art. 9, lett. b), dell'avviso di istruttoria pubblica, stabilisce che *«il requisito dell'iscrizione al registro unico nazionale del Terzo settore previsto dal presente decreto, nelle more dell'istituzione del Registro medesimo, si intende soddisfatto da parte delle reti associative e degli enti del Terzo settore attraverso la loro iscrizione ad uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore»*. Ciò in quanto con il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 106 del 15 settembre 2020 è stato istituito il RUNTS (registro unico nazionale del Terzo settore), di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 117 del 2017, sembrando dunque, *prima facie*, venuto meno il regime transitorio; peraltro il suo meccanismo di operatività risulta complesso, specialmente per gli enti iscritti all'anagrafe delle onlus, come emerge anche dall'art. 34, comma 3, del predetto decreto ministeriale, secondo cui gli stessi sono tenuti, ai fini del perfezionamento dell'iscrizione nel RUNTS, a presentare la domanda di iscrizione fino al 31 marzo del periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione europea di cui all'art. 101, comma 10, del d.lgs. n. 117 del 2017.

In particolare appare necessario, ai fini del decidere, comprendere se il regime transitorio che ha consentito la protrazione dell'iscrizione delle onlus nei registri vigenti (diversi dal RUNTS) abbia portata generale ovvero solo quale scelta con rilievo fiscale, come sembrerebbe desumersi dall'art. 101, comma 10, che subordina l'efficacia di alcune disposizioni (artt. 77, 79, comma 2-*bis*, 80 e 86) del codice del terzo settore all'autorizzazione della Commissione europea su richiesta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (peraltro nel testo novellato dell'art. 101, comma 10, è solamente la disposizione dell'art. 77, concernente i titoli di solidarietà, subordinata all'autorizzazione europea) ed anche dalla *Comfort Letter* della Commissione europea, Direzione generale per la concorrenza, in data 7 marzo 2025.

Si tratta di un profilo significativo ai fini del decidere, in quanto la sentenza di primo grado ha ritenuto che non avendo, al momento, le onlus ancora un obbligo di iscrizione al RUNTS, e valendo ancora il regime transitorio di cui all'art. 101 del codice del terzo settore, la scelta del Comune di Milano di consentire la

partecipazione a tutte le onlus non può ritenersi *contra legem*, oppure illogica; ed anzi discriminatoria avrebbe dovuto ritenersi la preclusione alla partecipazione delle onlus.

Tale esigenza istruttoria impone al Collegio una richiesta di chiarimenti al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Dipartimento per le politiche sociali, del terzo settore e migratorie, onde acquisire la sua motivata valutazione con specifico riguardo all'ambito di applicazione del regime transitorio relativo alle onlus; l'incombente istruttorio dovrà tradursi in una relazione scritta da depositare presso la Segreteria della Sezione entro quarantacinque giorni dalla comunicazione della presente ordinanza.

Giova rilevare che la richiesta di chiarimenti può essere rivolta anche nei confronti dell'amministrazione parte del giudizio; e peraltro nella presente controversia il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è stato intimato in giudizio in quanto parte ai sensi dell'art. 12-*bis* del d.l. n. 68 del 2022, vertendosi in un contenzioso in materia di PNRR.

2. – Il secondo motivo di appello deduce poi il vizio motivazionale della sentenza nella parte (capo 1.7) in cui ha respinto la censura volta a contestare la scelta del Comune di indire una procedura basata sul codice del terzo settore, anziché finalizzata alla stipula di un appalto di servizi -di assistenza sociale e servizi affini- (come sempre era accaduto per la *“casa dell'accoglienza Enzo Jannacci”*), in modo illegittimo in relazione alla tipologia di attività che l'amministrazione ha inteso affidare. Deduce, in particolare, che l'affidamento della co-progettazione ai sensi del d.lgs. n. 117 del 2017 presuppone l'assenza dell'attribuzione agli operatori di somme diverse dai rimborsi, con esclusione dunque di qualsiasi finalità di lucro, e, ancora prima, della configurabilità stessa di un rapporto sinallagmatico; deve, per l'appellante, escludersi qualunque forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (capitale e lavoro), potendosi ammettere solamente il rimborso delle spese. Al contrario, per l'appellante, nel caso di specie, la convenzione stipulata con il raggruppamento Medihospes prevede, secondo quanto evincibile dal PEF predisposto dallo stesso raggruppamento, il pagamento, da parte del Comune, dell'intero valore dei fattori produttivi, compreso il lavoro (compensi per lavoratori ed esperti), con un importo pressoché identico a quello del precedente contratto di appalto; contesta dunque la sentenza limitatasi ad affermare che la scelta del modello (appalto o procedura del terzo settore) è ampiamente discrezionale, e rinviene il proprio fondamento nella delibera di Giunta comunale n. 1506 del 2023, atto di indirizzo politico secondo cui la gestione di Casa Jannacci doveva avvenire con procedura di tipo non competitivo.

A questo proposito, il Comune di Milano allega che la co-progettazione non prevede alcuna forma di pagamento dei servizi resi, ma soltanto il rimborso non forfetario, correlato alla dimostrazione dei costi sostenuti, con valenza compensativa e non corrispettiva; quanto ai costi per il personale impiegato, sono stati indicati nel PEF sia dal raggruppamento appellante che da quello controinteressato.

L'ATI Medihospes, da parte sua, richiama l'art. 6 dell'avviso di istruttoria pubblica, che, in tema di *“risorse della co-progettazione”*, stabilisce che le stesse sono da ricondurre alla categoria dei contributi e che *«per la sua natura compensativa e non corrispettiva, tale importo sarà erogato, alle condizioni e con le modalità stabilite dalla convenzione, solo a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute, rendicontate e documentate dal soggetto selezionato per la realizzazione dei servizi e degli interventi co-progettati. A consuntivo, quindi, l'importo potrà altresì subire riduzioni qualora il piano economico finanziario rendicontato sia inferiore alle previsioni di spesa indicate»*.

Anche sotto questo profilo emerge un dato problematico, dedotto in appello, con riguardo principalmente al fattore produttivo derivante dal lavoro, essendo previsto il pagamento di un significativo importo per il

“personale interno” (pari ad euro 17.323.996,00) e di un importo per i “professionisti a partita IVA” (pari ad euro 1.973.700,00), e poi anche per le “spese di gestione diretta” (euro 2.761.244,70), per le “spese direttamente riconducibili alla presa in carico dei beneficiari” (euro 977.880,00) e per i “costi indiretti (costi generali di gestione, etc.)” (nella misura di euro 1.009.924,37).

Non dubita il Collegio che la remunerazione del fattore lavorativo (e dunque il compenso per il lavoro svolto dagli enti del terzo settore coinvolti nel progetto) sia un elemento essenziale della co-progettazione.

Un dubbio residuale riguarda però il novero delle voci del “costo del lavoro” indicate dall’ATI Medihospes, tenendo conto non solo di quanto previsto dall’art. 6 dell’avviso di istruttoria pubblica, ma anche di quanto stabilito in via generale dall’art. 56, comma 2, del d.lgs. n. 117 del 2017, alla cui stregua *«le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate»*. Occorre dunque definire se tutte le voci di spesa riconducibili alla remunerazione del fattore lavorativo siano coerenti con la nozione di “rimborso delle spese” e se la prefissazione di tutte queste voci sia compatibile con il modello organizzativo ed elastico prefigurato dall’art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, basantesi sul coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore, i quali, come rilevato in giurisprudenza, *«costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, in grado di mettere a disposizione dell’ente pubblico preziosi dati informativi e un’importante capacità organizzativa e di intervento, con risparmio di risorse e aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate in favore della “società del bisogno”»* (Cons. Stato, V, 22 maggio 2024, n. 4540).

A tale scopo ritiene il Collegio opportuno richiedere documentati chiarimenti al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Dipartimento per le politiche sociali, del terzo settore e migratorie, nei limiti, ovviamente, di una valutazione di congruità del modello di co-progettazione oggetto di controversia, anche rispetto alle “Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117 del 2017”, di cui al decreto n. 72 del 31 marzo 2021 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Anche in tale caso l’incombente istruttorio dovrà tradursi in una relazione scritta da depositare presso la Segreteria della Sezione entro quarantacinque giorni dalla comunicazione della presente ordinanza (naturalmente, in relazione ai due incombenti istruttori disposti, può procedersi con un’unica relazione articolata in due sezioni). Per l’adempimento istruttorio è consentito al Dipartimento per le politiche sociali, del terzo settore e migratorie, l’accesso ai documenti versati agli atti del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando, riservata ogni decisione nel rito e nel merito, dispone l’incombente istruttorio di cui in motivazione, nei termini e con le modalità ivi indicate.

Fissa per la discussione l’udienza pubblica del 18 dicembre 2025.

Dispone che la presente ordinanza sia comunicata alle parti costituite, nonché al Direttore del Dipartimento per le politiche sociali, del terzo settore e migratorie, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2025 con l’intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO