



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E TERZO SETTORE

CONFINI E POTENZIALITÀ DEI NUOVI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE E SOSTEGNO PUBBLICO

a cura di

Silvia Pellizzari
Andrea Magliari

2019



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

42

2019

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2019
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-869-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-672-1, con il contributo di Euricse - Istituto europeo di ricerca sull'impresa cooperativa e sociale - e con il supporto della Provincia autonoma di Trento.

Dicembre 2019

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
E TERZO SETTORE

CONFINI E POTENZIALITÀ DEI NUOVI
STRUMENTI DI COLLABORAZIONE E
SOSTEGNO PUBBLICO

a cura di

Silvia Pellizzari

Andrea Magliari

Università degli Studi di Trento 2019

INDICE

	Pag.
<i>Premessa</i>	1

INTRODUZIONE

Silvia A. Frego Luppi	
<i>L'affidamento e la gestione dei servizi di interesse generale</i>	5

RELAZIONI

Andrea Magliari	
<i>L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale attraverso contratto d'appalto</i>	19

Leonardo Parona	
<i>La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale</i>	59

Silvia Pellizzari	
<i>La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore</i>	89

Simone Franca	
<i>Misure di vantaggio economico ed enti del terzo settore. Un focus sulla disciplina della Provincia di Trento nel quadro dei principi generali</i>	115

Samuel Cornella	
<i>Servizi sociali e disciplina europea in materia di aiuti di Stato</i>	143

INDICE

	Pag.
DISCUTONO SUL TEMA	
Carlo Borzaga	185
Giuseppe Guerini	193
Fabrizio Ernesto Pregliasco	209
CONSIDERAZIONI DI SINTESI	
Marco Bombardelli <i>Alcune considerazioni di sintesi sul rapporto tra pubblica ammi- nistrazione e terzo settore</i>	232

MISURE DI VANTAGGIO ECONOMICO ED ENTI DEL TERZO SETTORE

UN FOCUS SULLA DISCIPLINA DELLA PROVINCIA DI TRENTO NEL QUADRO DEI PRINCIPI GENERALI

Simone Franca

SOMMARIO: 1. *Misure di sostegno pubblico degli enti del terzo settore ai sensi della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 nel coordinamento con il codice del terzo settore.* 2. *Il regime generale dei vantaggi economici.* 3. *Il regime specifico dei beni.* 3.1. *Il regime dei beni provinciali.* 4. *Il rilievo economico del bene erogato.* 5. *I riflessi sulla disciplina contabile.* 6. *Alcuni spunti conclusivi.*

1. Misure di sostegno pubblico degli enti del terzo settore ai sensi della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 nel coordinamento con il codice del terzo settore

Attraverso la legge provinciale del 27 luglio 2007, n. 13, la Provincia di Trento, nell'ambito della propria potestà normativa primaria, ha definito il proprio sistema delle politiche sociali, disciplinando anche l'organizzazione dei relativi servizi. In tale sistema, ispirato alla promozione della solidarietà e alla valorizzazione del contributo attivo dei soggetti coinvolti nella sua attuazione, trovano collocazione anche alcune misure di sostegno pubblico.

Ai fini del presente scritto, interessano principalmente due categorie di misure, segnatamente le misure di erogazione monetaria e le misure di dazione di beni pubblici¹. Le norme rilevanti a tale riguardo si rin-

¹ Per una generale classificazione delle misure in parola si rinvia a L. PILON, *Modelli e prospettive di finanza sociale. La riforma del terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale: un'introduzione*, Napoli, 2018, 283 ss., ove si opera una distinzione tra quattro tipi di misure: misure di supporto reale, di sostegno economico, di sostegno finanziario e di sostegno fiscale.

vengono nel capo VI della già menzionata l.p. 27 luglio 2007, n. 13, denominato “Contributi a sostegno dell’offerta di servizi sociali e messa a disposizione di immobili e relative attrezzature”. Alle misure di erogazione monetaria sono dedicati gli articoli 36-*bis*, 37, 38 e 39, che disciplinano contributi funzionali a esigenze tra loro eterogenee. È tuttavia interessante analizzare i tratti di analogia e differenza tra queste misure in riferimento alla procedura di erogazione e ai soggetti beneficiari.

Quanto alla procedura, l’erogazione delle predette misure deve conseguire alla previa individuazione dei criteri e delle modalità di erogazione da parte degli enti competenti; solo nel caso delle misure *ex art.* 36 è prevista espressamente una fase (aggiuntiva) preliminare di individuazione dei servizi suscettibili di poter beneficiare del contributo.

Quanto ai soggetti beneficiari, la situazione si presenta più articolata: i contributi di cui agli artt. 36-*bis* e 37 possono essere assegnati solo ad un gruppo di soggetti, ovvero «il terzo settore, comprensivo di cooperative sociali, organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti di patronato, imprese sociali nonché di fondazioni e altri soggetti privati non a scopo di lucro aventi finalità coerenti con gli obiettivi di questa legge»; i contributi di cui all’art. 38 possono essere erogati a beneficio di «soggetti senza scopo di lucro»; infine, i contributi di cui all’art. 39 possono essere elargiti a «enti pubblici, associazioni, fondazioni, cooperative e altre istituzioni private aventi tra i propri fini lo svolgimento senza scopo di lucro di attività socio-assistenziali».

Con riferimento alle dazioni di beni, il riferimento corre all’art. 40, co. 2, che consente la concessione di beni immobili in proprietà o disponibili a titolo di locazione o di comodato per lo svolgimento di attività socio-assistenziali². I beneficiari di tali erogazioni sono individuati

² Vi è una prima differenza rispetto al soggetto erogante: nel caso di beni in proprietà possono procedere alla concessione enti locali, la Provincia e i rispettivi enti strumentali. Nel caso di beni di cui si ha la disponibilità a titolo di locazione o comodato si fa riferimento solo alla Provincia e agli enti locali. Va poi evidenziato che nel primo caso si fa espresso riferimento alla funzionalizzazione rispetto allo svolgimento di attività socio-assistenziali, mentre nel secondo caso no. Più che una scelta consapevole di differenziazione, tale apparente differenza pare dovuta ad un difetto di coordinamento

dalla legge provinciale nei «soggetti che non perseguono finalità lucrative». Da un primo raffronto tra le norme appena richiamate emerge dunque una certa genericità nel tratteggiare le procedure di erogazione e una sostanziale eterogeneità nella selezione dei soggetti astrattamente beneficiari delle misure.

Alla luce dei recenti sviluppi normativi, la disciplina dianzi richiamata va coordinata con quella contenuta nel Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – d’ora in avanti, CTS)³.

Sebbene il CTS in sé non determini – né avrebbe potuto determinare⁴ – una totale sostituzione del quadro normativo previgente, esso pone una disciplina sistematica delle misure di sostegno, suscettibile di essere coordinata con quella locale dianzi illustrata. Le misure che in questa sede si intendono analizzare sono contenute nei capi III e IV del CTS⁵. In tale nuovo assetto normativo, le disposizioni più rilevanti sono contenute nel corpo normativo compreso tra l’art. 70 e l’art. 73 CTS. Gli

tra le due discipline. Sarebbe infatti irragionevole prevedere una disciplina diversa sul punto in ragione della diversa natura della titolarità sui beni oggetto di concessione.

³ Per un inquadramento generale dell’impatto della codificazione sul terzo settore cfr. P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018, 57 e ss.

⁴ Basti pensare al fatto che le regioni Veneto e Lombardia hanno mosso diverse censure alla disciplina codicistica del terzo settore, proprio rilevando che essa fosse stata emanata in materie riservate alla competenza legislativa residuale delle regioni. La Corte Costituzionale, con sentenza Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 185, ha respinto buona parte delle censure, sull’assunto che le norme impugnate fossero state correttamente adottate nelle materie di competenza legislativa esclusiva statale, quali «ordinamento civile», «tutela della concorrenza», «sistema tributario» e «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Tuttavia, con riferimento alle attività disciplinate dal CTS, la Corte Costituzionale ha anche osservato che «si tratta di attività assai eterogenee e, pertanto, risulta evidente che il Terzo settore, come già il volontariato, non possa essere configurato quale “materia” in senso stretto. La relativa disciplina, quindi, sfugge a una rigida classificazione, poiché le attività in questione sono destinate a svolgersi nei più diversi ambiti materiali, sia di competenza dello Stato, sia di competenza regionale».

⁵ Ai fini del presente scritto non si prendono in considerazione i profili di dettaglio connessi altre misure o profili di dettaglio contenuti nei predetti Capi del CTS. In riferimento a tali misure si vedano, per tutti, P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *op. cit.*, 155 ss.; A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore*, Torino, 2017, 209-214; L. PILON, *op. cit.*, 283 ss.

artt. 70 e 71 CTS sono dedicati principalmente alla disciplina delle misure di agevolazione tramite dazione di beni. Entrambe queste norme riprendono, in sostanza, quanto era già previsto agli artt. 31 e 32 l. 7 dicembre 2000, n. 383⁶ con la differenza che ora i benefici disposti da tali norme vengono estesi a tutti gli enti del terzo settore⁷.

In base alla lettura degli artt. 70 e 71 CTS, possiamo isolare tre ipotesi di dazione di beni agli enti del terzo settore da parte di Stato, Regioni, Province autonome ed enti locali: a) l'ipotesi di concessione gratuita di beni immobili appartenenti agli enti territoriali per lo svolgimento di particolari manifestazioni da parte dei beneficiari (art. 70, co. 1 CTS); b) l'ipotesi di concessione in comodato di immobili appartenenti agli enti territoriali – non utilizzati per fini istituzionali – per lo svolgimento di attività istituzionali degli enti beneficiari (art. 71, co. 2 CTS); c) l'ipotesi di concessione a canone agevolato di immobili culturali appartenenti agli enti territoriali per lo svolgimento di particolari attività di interesse generale⁸ da parte dei beneficiari, ai fini della riqualificazione e riconversione dei medesimi beni tramite interventi di recupero, restauro e ristrutturazione a spese del concessionario (di cui all'art. 71, co. 3 CTS).

Con riferimento invece alle misure di agevolazione tramite erogazioni monetarie, il quadro normativo è così articolato. L'art. 72 introduce un nuovo strumento finanziario, il Fondo per il finanziamento di progetti e di attività di interesse generale nel terzo settore, destinato a

⁶ Gli artt. 31 e 32 della l. 7 dicembre 2000, n. 383 (oggi abrogati e trasfusi nel codice del terzo settore), i quali prevedevano, rispettivamente, possibilità di utilizzo non oneroso e concessione in comodato di beni pubblici alle associazioni di promozione sociale e alle organizzazioni di volontariato.

⁷ Vi è però l'esclusione delle imprese sociali nell'ipotesi di cui all'art. 71, co. 2 CTS.

⁸ Segnatamente, le attività di cui all'art. 5, co. 1 lett. f), i), k) o z), ossia, rispettivamente «interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni»; «organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale» di cui all'art. 5 CTS; «organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso»; «riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata».

sostenere lo svolgimento di attività di interesse generale attraverso il finanziamento di iniziative e progetti promossi da organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale e fondazioni comprese tra gli enti del terzo settore. A tale strumento si affiancano poi alcune risorse finanziarie già contemplate da previgenti disposizioni di settore⁹, risorse che, ai sensi dell'articolo 73 CTS, sono ora considerate unitariamente, nella loro dimensione finalistica di sostegno agli enti del terzo settore. Ciò che interessa maggiormente, tuttavia, è la procedura di erogazione delle risorse, che è costruita in modo sostanzialmente analogo per le risorse stanziare ai sensi di entrambi gli artt. 72 e 73 CTS. La procedura è strutturata in due fasi.

In primo luogo, tramite atti di indirizzo, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali determina annualmente¹⁰, e con riferimento ad

⁹ A titolo meramente esemplificativo, possono ricordarsi: l'art. 12 della l. 2 agosto 1991, n. 266, che prevedeva lo stanziamento di 2 milioni di euro, nell'ambito del Fondo per il volontariato, per sostenere finanziariamente i progetti sperimentali elaborati, anche in collaborazione con gli enti locali, da organizzazioni di volontariato, per far fronte ad emergenze sociali e per favorire l'applicazione di metodologie di intervento particolarmente avanzate; l'art. 1 della l. 15 dicembre 1998, n. 438, che disponeva lo stanziamento di 5,16 milioni di euro, nell'ambito del contributo statale previsto dall'art. 1 della legge 19 novembre 1987, n. 476, a favore di associazioni ed enti di promozione sociale; l'art. 96, co. 1, della l. 21 novembre 2000, n. 342, che prevedeva lo stanziamento di 7,75 milioni di euro per l'acquisto, da parte delle associazioni di volontariato e organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), di autoambulanze e di beni strumentali utilizzati direttamente ed esclusivamente per attività di utilità sociale che per le loro caratteristiche non sono suscettibili di diverse utilizzazioni senza radicali trasformazioni; gli artt. 12 e 13 della l. 7 dicembre 2000, n. 383, disponente lo stanziamento di 7,05 milioni di euro, per il sostegno delle iniziative di formazione e di aggiornamento per lo svolgimento delle attività associative, nonché di progetti di informatizzazione e di banche dati nei settori disciplinati dalla citata legge, nonché relativi a progetti sperimentali elaborati, anche in collaborazione con gli enti locali, dalle associazioni iscritte nei registri disciplinati dalla legge, per far fronte a particolari emergenze sociali e per favorire l'applicazione di metodologie di intervento particolarmente avanzate.

¹⁰ Con riferimento all'art. 72, tuttavia, è prevista anche una previa fase di intesa con la Conferenza Stato-Regioni aggiunta con la già citata (*supra* nt. 5) sentenza Corte cost. n. 185/2018. Tale pronuncia, infatti, contiene una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 72, co. 3 Cost. «nella parte in cui non prevede che l'atto d'indirizzo con cui il Ministro del lavoro e delle politiche sociali determina annualmente «gli obiettivi generali, le aree prioritarie di intervento e le linee di attività finanziabili nei limiti delle ri-

ogni erogazione, gli obiettivi generali; le aree prioritarie di intervento; le linee di attività finanziabili nei limiti delle risorse disponibili¹¹. Superata questa fase di indirizzo, devono poi essere individuati i soggetti beneficiari mediante «procedure poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241»¹². Come emerge anche dalla relazione illustrativa al CTS, ciò implica che in questa fattispecie troverà applicazione l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241¹³.

Pertanto, sul fronte delle misure di agevolazione aventi ad oggetto erogazioni monetarie o dazioni di beni pare che si sia cercato di offrire un modello di incentivazione del settore che mantiene un carattere omogeneo con riferimento ai diversi livelli territoriali e, almeno di regola, alle categorie di beneficiari coinvolti; al tempo stesso, la disciplina codicistica pare assicurare una sufficiente flessibilità.

Sebbene la disciplina nazionale appaia più lineare e sistematica di quella provinciale, già ad un primo raffronto non sembra che sia ad essa integralmente sostituibile. Dal punto di vista dei beneficiari, infatti, la disciplina provinciale sembra meno restrittiva rispetto alle categorie di soggetti individuabili come destinatari delle misure di sostegno. Sul punto, basta riflettere sulla circostanza che l'art. 40 l.p. prevede la messa a disposizione di beni a favore di soggetti che non perseguano uno scopo di lucro, consentendo l'inclusione anche delle imprese sociali¹⁴, a

sorse disponibili sul Fondo medesimo» sia adottato previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano».

¹¹ Tuttavia, per fruire del fondo di cui all'art. 73 è richiesto che il Ministero specifichi anche la destinazione delle risorse nell'ambito di tre finalità predefinite dalla legge, ovvero: a) sostegno alle attività delle organizzazioni di volontariato; b) sostegno alle attività delle associazioni di promozione sociale; c) contributi per l'acquisto di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e beni strumentali.

¹² Così dispongono gli artt. 72, co.4 e 73, co. 3 CTS.

¹³ Cfr. Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'art. 1, co. 2, lett. b), della legge 6 giugno 2016, n. 106", 29-30.

¹⁴ Il menzionato articolo prevede infatti come tratto distintivo delle imprese sociali l'assenza di scopo di lucro, inteso in senso soggettivo: in altri termini, a mente della disciplina delle imprese sociali l'impresa sociale è costitutivamente caratterizzata dal divieto di distribuzione anche indiretta di utili. Sul punto cfr., per tutti, P. CONSORTI,

mente dell'art. 3 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112; mentre le imprese sociali sono espressamente escluse, ad esempio, dall'ambito di applicazione dell'art. 71, co. 2 CTS. Sul piano della procedura applicabile, inoltre, entrambe le discipline, provinciale e nazionale, non danno indicazioni particolarmente puntuali.

Più in generale, dal momento che tanto nella disciplina provinciale quanto in quella nazionale si è fatto a più riprese riferimento alla predeterminazione dei criteri e delle modalità di erogazione, si impone un'analisi centrata sull'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che disciplina in via generale tali elementi con riferimento alla predisposizione delle misure di vantaggio economico.

2. *Il regime generale dei vantaggi economici*

Come anticipato, nell'ambito delle misure di vantaggio economico assume rilievo l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Va tuttavia precisato che nell'ambito territoriale afferente alla Provincia di Trento la norma in parola non trova applicazione; sicché, a ben vedere, si dovrebbe fare riferimento all'art. 19 della l.p. 19 luglio 1990, n. 23. Tuttavia, dato che il menzionato art. 19 è di tenore pressoché analogo all'art. 12, si può fare riferimento agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidatisi con riferimento al secondo¹⁵.

Come si è già avuto modo di osservare, questa norma disciplina i provvedimenti attributivi di vantaggi economici. La norma in questione è invero espressiva di numerosi principi, quali il principio di buon an-

L. GORI, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 123; F.M. SALVETTI, *Le modifiche statutarie per le "nuove" imprese sociali*, in *Fisco*, 2018, 2548 e ss.

¹⁵ Rispetto all'ambito di applicazione dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 nei diversi livelli istituzionali va rilevato che la norma in parola non è individuata tra le disposizioni elencate all'art. 29, co. 2 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, funzionali a determinare il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m) Cost. Nondimeno, in dottrina è stato osservato come sia sostenibile l'applicazione generalizzata della norma anche per le regioni e gli enti locali. Sul punto cfr. F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 671.

damento, imparzialità, affidamento e trasparenza¹⁶. Con riguardo al contenuto dell'art. 12, si rileva come esso disponga quattro ordini di doveri in capo all'amministrazione¹⁷, qualora questa intenda procedere all'erogazione di vantaggi economici: in primo luogo, il dovere di adottare un provvedimento che predetermini i criteri e le modalità cui atte-

¹⁶ In A. CIOFFI, *La predeterminazione dei criteri nelle concessioni di vantaggi economici*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2013, 430 si chiarisce come questo sia l'orientamento della giurisprudenza. Significativamente, la giurisprudenza riconosce l'aggancio costituzionale della norma in parola con l'art. 97 Cost.: sul punto cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005, n. 2345. Con riferimento alla dottrina, va segnalato che la norma di cui all'art. 12 è stata oggetto di numerose letture. Parte della dottrina, ad esempio, ha visto nella norma in parola l'estrinsecazione del più generale concetto di autolimita (P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990). La dottrina in parola si pronunciava in tal senso con riferimento all'art. 13 del disegno di legge del 9 marzo 1987, che fu poi sostanzialmente trasfuso nell'odierno art. 12. Pur mostrando adesione all'approvazione della norma in parola, si ravvisava che la stessa soffrisse due difetti: il primo, che non fosse applicabile anche ai provvedimenti sfavorevoli; il secondo, che non fosse prevista la possibilità per l'amministrazione, a determinate condizioni, di discostarsi dal proprio autolimita. Cfr. sul punto P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 516-521. Altra parte della dottrina, invece, ha visto nella medesima norma il consolidamento di un processo di progressiva obiettivazione delle cosiddette norme interne, ovvero di riconoscimento in tale categoria di atti di un'efficacia prescrittiva paragonabile a quella delle norme giuridiche in senso stretto. Sul punto cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1996, 221 e ss. Degna di rilievo è anche l'interpretazione in base a cui, nella prospettiva della c.d. coalizione decisionale, l'art. 12 veniva inteso come «un modo di “memorizzare” nella struttura del campo decisionale – in un momento intermedio tra la definizione generale ed astratta dei suoi confini e la precisazione degli stessi nel corso dell'azione concreta – dei criteri di relazione alla cui individuazione le diverse componenti della coalizione decisionale possono riferirsi per rintracciare e riconoscere sempre il “senso” di compatibilità che deve guidarle verso la realizzazione dell'interesse generale». Cfr. sul punto M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 318.

¹⁷ S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, 2011, 2134 ss.

nersi per procedere all'erogazione del vantaggio¹⁸; in secondo luogo, il dovere di pubblicare i suddetti criteri e modalità di erogazione¹⁹; in terzo luogo, il dovere di rispettare i limiti autoimposti; infine, uno specifico dovere di motivazione, dato che la pubblica amministrazione è tenuta a dare atto dell'osservanza dei criteri e delle modalità prescelti nel provvedimento finale che dispone l'erogazione²⁰.

Sul punto è poi opportuno specificare come l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) abbia emanato un atto denominato "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" in cui specifica il contenuto delle procedure svolte *ex art. 12* legge 7 agosto 1990, n. 241, laddove siano finalizzate ad attribuire vantaggi economici a soggetti del terzo settore²¹.

Quanto alla forma dell'atto di predeterminazione, tale atto deve essere adottato «nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti»: l'ampia

¹⁸ In F. GIGLIONI, *op. cit.*, 674-675 si mette in rilievo il duplice riferimento ai criteri e alle modalità. Mentre il riferimento ai criteri implica la necessità di una previa individuazione dei criteri su cui basare il giudizio finale in ordine all'erogazione del vantaggio, il riferimento alle modalità concerne i profili organizzativo-procedimentali dell'erogazione medesima.

¹⁹ Tale obbligo non è contenuto nell'art. 12, ma si evince dal coordinamento con l'art. 26 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, a mente del quale le pubbliche amministrazioni che intendano procedere alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari sono tenute a pubblicare gli atti con cui si determinano i criteri e le modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.

²⁰ Ciò si desume dall'art. 12, co. 2. Tale espressa previsione di un obbligo di motivazione, a ben vedere, dovrebbe indurre ad evitare di ricorrere ad una motivazione *per relationem*. In argomento, F. GIGLIONI, *op. cit.*, 676.

²¹ Cfr. ANAC delibera del 20 gennaio 2016, n. 32 (la deliberazione può trovarsi nel sito *internet* dell'Autorità nazionale anticorruzione). In particolare, l'ANAC puntualizza come negli atti di predeterminazione debbano essere contenuti i seguenti elementi: ambiti di intervento; gli obiettivi da perseguire; le categorie di beneficiari; la natura e la misura dei contributi o delle sovvenzioni; il procedimento da seguire per il rilascio dei benefici, con indicazione delle modalità e dei termini per la presentazione delle istanze; i criteri di valutazione delle richieste pervenute e di scelta dei beneficiari degli interventi, che devono essere rispettosi dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento; le azioni di controllo finalizzate alla verifica dell'effettivo impiego dei contributi per il perseguimento delle finalità per cui sono stati stanziati, delle modalità di realizzazione degli interventi e del perseguimento degli obiettivi prefissati. Cfr. Anac delibera n. 32/2016, 32-33.

latitudine della formulazione induce a ritenere che non vi sia una determinata tipologia di atto di predeterminazione, ma che, al contrario, la forma dell'atto possa coincidere con quella di un regolamento, di una delibera, di un decreto ministeriale etc.²². Quanto all'ambito di applicazione della norma in parola, è ormai pacifico che l'art. 12 si applica non solo alle erogazioni come le sovvenzioni, i contributi, i sussidi e gli aiuti finanziari²³, ma anche nel caso di attribuzione di vantaggi economici in senso lato, come nel caso di concessione di beni pubblici a canone gratuito o agevolato: in questi casi, infatti, è proprio la gratuità o la riduzione del canone a costituire in sé il vantaggio economico²⁴.

In questa prospettiva, l'art. 12 assume la valenza di un principio avente carattere generale²⁵, perciò anche le misure di agevolazione di-

²² Così I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo. Partecipazione, diritto di accesso, semplificazione dell'azione amministrativa. Commentario alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, Bologna, 1993, 134; in termini, D. PONTE, Art. 12, in S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo. La l. 241 del 1990 e successive modificazioni*, Padova, 2007, 493. In una prospettiva più ampia, ossia nel quadro delle numerose forme di predeterminazione conosciute dall'ordinamento, in A. POLICE, *op. cit.*, 239 ss. si ravvisa la sussistenza di un generale principio di libertà delle forme, che costituisce, per certi versi, espressione del principio di informalità che avrebbe dovuto trovare espressione nella legge 7 agosto 1990, n. 241. Come noto, tuttavia, il riferimento al principio di informalità contenuto nel progetto redatto dalla Commissione Nigro fu stralciata dal testo finale. Per maggiori approfondimenti su tale questione, si rinvia alla letteratura richiamata in A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, nt. 191.

²³ È stato correttamente rilevato come tanto il legislatore, quanto la dottrina non adottino una terminologia uniforme in tema di vantaggi economici. Cfr. sul punto R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 855. Una descrizione delle diverse figure richiamate espressamente o implicitamente dalla norma è rinvenibile in D. PONTE, *op. cit.*, 507.

²⁴ Cfr. la giurisprudenza citata in A. CIOFFI, *op. cit.*, 434-435; F. GIGLIONI, *op. cit.*, 673. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914. Ancora in A. CIOFFI, *op. cit.*, 434-435 si osserva anche come la ragione che spinge ad applicare l'art. 12 riposi sulla mancanza di un corrispettivo rispetto all'erogazione del vantaggio.

²⁵ La qualificazione dell'obbligo di predeterminazione dei criteri come principio a portata generale con riferimento alla materia dei contributi pubblici è affermata nella giurisprudenza: cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1552; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6612. In questo senso coglie nel segno la critica contenuta

sciplinate dagli artt. 70 e 71 del CTS, così come dagli artt. 36-bis, 37, 38 e 39 della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 dovrebbero ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241²⁶. Tuttavia, a ben vedere, si rende necessaria una analisi più approfondita della disciplina applicabile alle concessioni di beni che, oltre all'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, consideri la portata dei principi di derivazione eurounitaria.

3. Il regime specifico dei beni

Lo strumento giuridico principale tramite cui si perviene all'assegnazione delle utilità sottese ai beni pubblici²⁷ ai privati è la concessio-

in A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, 44, a mente della quale la disposizione ha una collocazione impropria, essendo stata inserita nel capo III dedicato alla partecipazione, invece che essere ricompresa tra i principi generali. La dottrina ha peraltro riscontrato come, nel tempo, lo spettro applicativo della norma sia andato a ricomprendere forme di vantaggio che ulteriori rispetto alle sovvenzioni, i sussidi, i contributi e gli ausili finanziari espressamente richiamati dalla norma. In questo senso, oltre alle dazioni di beni, sono state ricomprese nel fenomeno dell'art. 12 anche le agevolazioni fiscali. Cfr. sul punto, F. GIGLIONI, *op. cit.*, 673 e D. VAIANO, *Art. 12. Provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in A. BARTOLINI, G. FERRARI, S. FANTINI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 325-326.

²⁶ Più in generale è il caso di osservare come l'art. 12 non rivesta il ruolo di norma primaria: in altri termini, esso non può rappresentare la fonte di un potere di erogazione di un vantaggio economico a prescindere dall'esistenza di una norma di legge che conferisca tale potere. In passato, si era posto il dubbio se tale norma avesse carattere primario o sussidiario: il dubbio, nondimeno, è stato risolto dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. gen., 28 settembre 1995, n. 95), la quale ha rilevato che l'art. 12 rappresenta una norma sussidiaria, la cui attivazione dipende dal fatto che vi sia una norma (primaria) che disponga l'erogazione di un determinato vantaggio economico.

²⁷ Come noto, la classificazione contenuta nel Codice civile contiene l'individuazione di tre categorie di beni: i beni demaniali, i beni del patrimonio indisponibile e i beni del patrimonio disponibile. I beni immobili possono rientrare astrattamente in ciascuna delle predette categorie: tuttavia, a mente dell'orientamento consolidato della Corte di Cassazione (Cass., III, 19 maggio 2000, n. 6482; Cass., III, 22 giugno 2004, n. 11608; Cass., III, 19 dicembre 2005, n. 27931) solo qualora un immobile appartenga al demanio o al patrimonio indisponibile, l'affidamento a soggetti privati della gestione del

ne²⁸. La invero poco armonica²⁹ disciplina della concessione di beni pubblici – come, più in generale, le procedure di affidamento *tout court* – pur ispirata originariamente a esigenze di ordine contabile è stata fortemente influenzata dall’approccio proconcorrenziale riannodabile al diritto eurounitario³⁰. Il riferimento al profilo sovranazionale risulta

bene – attesa la sua destinazione alla soddisfazione dell’interesse pubblico – deve avvenire mediante lo strumento della concessione. Nel caso di un immobile afferente al patrimonio disponibile, infatti, la pubblica amministrazione interviene nella gestione del bene tramite lo strumento della locazione. Si badi, tuttavia, come secondo M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell’ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 38, i principi dell’evidenza pubblica (come corollario dell’applicazione del regime della concessione) debbano applicarsi anche nel caso di concessione di beni afferenti al patrimonio disponibile.

²⁸ In questo senso si accoglie la nozione di “uso concesso” argomentata in V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 219 ss. In termini, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 3.

²⁹ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 2-3; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 223.

³⁰ Sulla duplice natura, contabile e proconcorrenziale, della disciplina delle procedure di affidamento si vedano, *ex plurimis*, M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l’evoluzione della disciplina dell’evidenza pubblica*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 258; R. DIPACE, *Il danno alla concorrenza tra giudice amministrativo e contabile*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2014, p. 160; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007, 424 ss.; E. PICOZZA, *L’appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 29 ss. Con specifico riferimento alla concessione di beni pubblici, la persistenza di una disciplina anfibia viene evidenziata anche in E. SANTORO, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici (nota a C. conti, sez. contr. St., 13 maggio 2005, n. 5)*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 2388 ss. Recentemente, si è riscontrata una maggiore armonizzazione tra le due “anime” della procedura di affidamento in forza del tenore delle nuove direttive in tema di contratti pubblici: tra gli obiettivi delle direttive, infatti, figura anche l’accrescimento dell’efficienza della spesa pubblica, sintomo di un’attenzione non solo alle esigenze del mercato, ma anche alle esigenze di risparmio delle stazioni

fortemente valorizzato dalla giurisprudenza interna. Sebbene la concessione di beni non sia stata interessata³¹ dal processo di armonizzazione di matrice eurounitaria³², va rilevato come l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa – ispirato alle interpretazioni della Commissione europea³³ e della Corte di Giustizia³⁴ – affermi che la

appaltanti. Sul punto, cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 141.

³¹ L'esclusione della fattispecie delle concessioni di beni dalla disciplina comunitaria concernente i contratti pubblici si ricava dal considerando n. 15 della direttiva 2014/23/UE. Tuttavia, è stato correttamente rilevato che, talvolta, scindere la fattispecie della concessione di beni da quella della concessione di servizi non è agevole: spesso, infatti, è difficile capire se l'oggetto prevalente dell'affidamento al concessionario sia rappresentato dal bene o da un servizio connesso al bene medesimo. Sul punto, cfr. M. CERUTI, *op. cit.*, 4 ss. Da questo punto di vista, si osserva che la giurisprudenza comunitaria ha elaborato alcuni criteri per distinguere le concessioni di servizi da quelle di beni: sul punto cfr. G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, 104-105 e la giurisprudenza ivi citata. Si badi, peraltro, che le concessioni di servizi «aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni» sono comunque escluse dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (art. 17, co. 1, lett. a) Codice dei contratti pubblici).

³² Nella materia dei contratti pubblici il diritto eurounitario ha progressivamente agito quale fattore di torsione della disciplina dei contratti pubblici nei singoli Stati membri, superando le categorizzazioni degli ordinamenti nazionali e comportando un sostanziale ravvicinamento delle diverse legislazioni in materia. Sul punto cfr. J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" unione europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, 293. In termini, si veda anche M. FROMONT, *L'évolution du droit des contrats de l'administration – Différences théoriques et convergences de fait*, in R. NOUGELLOU, U. STELKENS, H. SCHRÖDER (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruxelles, 2010, 263 ss. È ben noto che la disciplina eurounitaria abbia investito più parti della regolazione dei contratti pubblici, ma è significativo che essa abbia avuto un impatto significativo anche sulle categorie di base come la distinzione tra contratti pubblici e contratti privati o la tipologia di contratti (cfr. N. ATHANASIADOU, *Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht*, Tübingen, 2017, 291 ss.). Un caso significativo è quello tedesco dove, di fatto, la teoria dei contratti pubblici di matrice civilistica ha dovuto cedere il passo ad un regime dei contratti pubblici di stampo pubblicistico. In argomento, *ex multis*, si veda P.M. HUBER, *The Europeanization of Public Procurement in Germany*, in Eur. Publ. law, 2001, 33 ss.

³³ L'opinione in tal senso si radica sulla ricognizione dei principi desumibili dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comuni-

concessione di un bene rappresentante un'occasione di guadagno per gli operatori del mercato debba necessariamente seguire all'esperimento di una procedura di evidenza pubblica³⁵.

tario del 12 aprile 2000. Cfr. anche le circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie, del 1° marzo 2002, n. 3944 (dedicata alle procedure di affidamento delle concessioni di servizi e lavori) e del 06 giugno 2002, n. 8756 (dedicata alla normativa applicabile agli appalti pubblici “sottosoglia”). La menzionata Comunicazione ha suscitato notevole interesse in dottrina: cfr. *ex multis* A. BARONE, U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi (nota a Commissione Ce 29 aprile 2000)*, in *Foro It.*, 2000, 389 ss.; C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (commento a Commissione delle Comunità Europee, comunicazione interpretativa 12 aprile 2000)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1253 ss.; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, 1071 ss.

³⁴ Si fa riferimento al noto caso Teleaustria, Corte di Giustizia CE, V, 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, 1 ss. di poco successivo alla pubblicazione della citata Comunicazione della Commissione. È significativo peraltro che la Corte non faccia riferimento al principio di concorrenza in sé considerato nella sentenza. Sotto tale riguardo, in dottrina è stata enfatizzata la differenza che sussiste tra le procedure concorrenziali e le regole di concorrenza: mentre le prime sono strumentali al controllo sull'imparzialità dell'attività amministrative, le seconde sono predisposte per un corretto funzionamento dei mercati. Ciò evidentemente non preclude un nesso tra le procedure concorrenziali e l'economia di concorrenza. Per maggiori approfondimenti a tale riguardo, si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 730 e ss.

³⁵ Tale principio viene originariamente affermato nelle sentenze Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168. Con particolare riferimento alla portata della seconda sentenza richiamata si vedano R. CARANTA, *Concessioni di beni e regola della gara (nota a Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168)*, in *Urb. e App.*, 2005, 329 ss.; B. TONOLETTI, *op. cit.*, 413 ss.

Invero, la nozione di evidenza pubblica³⁶ individua³⁷

ogni selezione, più o meno formalizzata, operata da un soggetto pubblico al fine di stipulare un contratto con un soggetto privato, la cui regolazione sia frammista di elementi pubblicistici e di strumenti privatistici, così da realizzare i principi costituzionali dell'imparzialità e della trasparenza.

Sicché essa può avere una portata anche diversa e più ampia rispetto a quella contenuta nelle direttive comunitarie e, di conseguenza, nel

³⁶ La dottrina è concorde nel ricondurre l'elaborazione del concetto di evidenza pubblica a M.S. Giannini: sul punto, C. BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza (nota a Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035)*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 1528, nt. 3 e S. VALAGUZZA, *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione restrittiva della giurisdizione amministrativa negli appalti sotto soglia: alcune perplessità (nota a Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 514, in part. nt. 8. Nella sua definizione di evidenza pubblica, Giannini valorizzava la natura bifasica di tale procedura: la procedura, secondo l'Autore, consta di una fase definita come "procedimento di formazione della volontà contrattuale" disciplinato da norme di diritto privato e un'altra fase individuata come "procedimento amministrativo" dove l'amministrazione spiega le ragioni di diritto pubblico per cui si è risolta a concludere un contratto con un terzo. Questo ulteriore procedimento è sottoposto ad una disciplina a carattere pubblicistico. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 363.

³⁷ C. BENETAZZO, *op. cit.*, 1529. In termini, cfr. S. VALAGUZZA, *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione*, cit., 516, ove si afferma che «l'evidenza pubblica consta di una serie di procedimenti, disciplinati in modo più o meno pregnante dal diritto positivo, a seconda del valore e del tipo del contratto, che, in considerazione della natura pubblica del soggetto contraente, hanno come finalità quella di introdurre delle regole capaci di indirizzare la scelta dell'amministrazione all'attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e trasparenza, consentendo, di conseguenza, il controllo giurisdizionale sulle opzioni effettuate dall'autorità aggiudicataria». Tale prospettiva, invero, trova un aggancio nella teoria di Giannini, nel momento in cui l'Autore rileva che la procedura ad evidenza pubblica ricomprende atti che possono essere considerati omologhi sul piano funzionale, ma possono essere strutturati diversamente dalle varie amministrazioni (M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 365).

Codice dei contratti pubblici³⁸. Evidentemente, ciò non preclude alle amministrazioni la possibilità di autovincolarsi, tramite l'utilizzo delle procedure previste nel Codice dei contratti pubblici³⁹: nondimeno, il diritto eurounitario delinea in queste fattispecie un "diritto di trasparenza", piuttosto che uno specifico obbligo di gara⁴⁰.

È poi il caso di osservare che l'evidenza pubblica così intesa debba essere necessariamente strumentale a logiche di natura economica, potendo dare spazio alla valorizzazione delle iniziative di cittadini singoli e associati poste nell'interesse generale della collettività in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale⁴¹. In questo modo, dunque, il richiamo all'evidenza pubblica si determina come suscettivo di potenzialità ulteriori e non riducibili alla logica che generalmente governa il Codice dei contratti pubblici⁴².

³⁸ Sul punto, cfr. C. BENETAZZO, *op. cit.*, 1528 ss.; G.F. NICODEMO, *Concessione a favore di terzi: illegittimo l'affidamento di beni pubblici senza gara* (Nota a Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914), in *Giur. it.*, 2017, 2185 ss.

³⁹ In tal senso depone anche un consolidato orientamento giurisprudenziale: cfr. *ex multis* sul punto Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2016, n. 4129. Evidentemente tuttavia, laddove l'amministrazione si autovincoli ad adottare una determinata procedura, tale vincolo costituirà parametro di legittimità dell'azione amministrativa: sicché, laddove l'amministrazione non applichi in concreto la procedura cui ha deciso di vincolarsi, ciò determinerà l'illegittimità della procedura concretamente adottata.

⁴⁰ C. BENETAZZO, *op. cit.*, 1531.

⁴¹ Sul punto sia consentito rinviare a S. FRANCA, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa: spunti ricostruttivi*, in *Munus*, 2018, 60 ss. Con riferimento al ruolo del principio di sussidiarietà orizzontale con specifico riferimento al fenomeno della gestione dei beni comuni si veda, da ultimo, M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 559 e ss.

⁴² Peraltro, anche nel Codice dei contratti pubblici, in ispecie a seguito del correttivo, è possibile ravvisare la sussistenza di una visione non strettamente economicistica dell'evidenza pubblica. Sul punto si veda A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale attraverso contratto d'appalto*, in *questo Volume*. Un analogo favor nei confronti delle misure di stampo solidaristico sembra emergere anche in una disciplina in più circostanze "tangente" quella dei vantaggi economici, ossia la disciplina degli aiuti di Stato. Sul punto cfr. S. CORNELLA, *Beni comuni e disciplina europea sugli aiuti di Stato*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, 219 ss.

3.1. Il regime dei beni provinciali

Nell'ambito della Provincia di Trento, il quadro dei principi dell'evidenza pubblica va opportunamente integrato alla luce della l.p. 19 luglio 1990, n. 23, denominata "Legge sui contratti e sui beni provinciali"⁴³. Tale legge trova applicazione con riferimento all'assegnazione dei beni provinciali.

Per regola generale a mente dell'art. 17 della l.p. 23/1990, la scelta del contraente nell'ambito dei contratti che determinano un'entrata⁴⁴ per l'amministrazione avviene tramite l'asta pubblica, salvo che la Provincia scelga motivatamente di ricorrere ad un'altra modalità di scelta, tra cui la licitazione privata e la trattativa privata. Con specifico riferimento alle concessioni di beni, a mente dell'art. 39 della l.p. 23/1990, l'amministrazione provinciale può concedere in uso beni del patrimonio disponibile previo esperimento di una procedura di asta pubblica, salvo quanto previsto dall'art. 38. Questo articolo prevede che l'amministrazione possa concedere a titolo gratuito i propri beni per motivi di interesse pubblico anche a soggetti privati senza scopo di lucro operanti in provincia di Trento.

Emerge dunque dalla disciplina provinciale che le concessioni a titolo oneroso seguono la procedura di asta pubblica, mentre quelle a titolo gratuito seguono una disciplina per certi versi derogatoria. Una simile differenziazione diviene chiara nel momento in cui la disciplina provinciale viene letta alla luce dei principi generali dell'evidenza pubblica menzionati *supra*. In altri termini, dovrebbe essere chiaro che laddove tramite la concessione si dia un'occasione di guadagno ai privati, la concessione debba essere onerosa e la procedura debba essere regolata

⁴³ Più in generale, va aggiunto che le Province autonome e le Regioni speciali conservano spazi di autonomia nella regolazione del fenomeno dei contratti pubblici. Per un'analisi di tali margini di autonomia, negli interstizi della disciplina europea e della disciplina statale, si veda in part. F. GUELLA, *La disciplina sugli appalti e le competenze dell'autonomia speciale, dai lavori ai contratti pubblici*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 279 ss.

⁴⁴ Tra i contratti che determinano un'entrata per l'amministrazione (cd. contratti attivi) rientrano a rigore le concessioni di beni, nella misura in cui si richiede un canone di concessione.

dall'asta pubblica; viceversa, laddove i beni erogati non siano suscettibili di rilievo economico tale da offrire un vantaggio competitivo al concessionario rispetto ad altri potenziali concorrenti, si possa procedere a forme di affidamento meno rigorose, nell'ambito di concessioni a titolo gratuito.

4. Il rilievo economico del bene erogato

Occorre ora approfondire il presupposto di applicazione delle regole di evidenza pubblica secondo il citato orientamento della giurisprudenza amministrativa, ovvero la circostanza che la concessione di un bene rappresenti un'occasione di guadagno per gli operatori del mercato.

L'elemento della rilevanza economica del bene oggetto di affidamento è infatti ampiamente valorizzato nella giurisprudenza⁴⁵. In particolare, occorre precisare che essa enfatizza la sussistenza di un vantaggio competitivo attribuito al concessionario, seppure con formulazioni differenti: ad esempio, rilevando che si fornisce una «occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato»⁴⁶ ovvero che si verte in un caso di «beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico»⁴⁷.

Tale circostanza va interpretata alla luce dell'orientamento generale affermatosi nella giurisprudenza amministrativa, a mente del quale i principi in materia di evidenza pubblica debbono avere una applicazione proporzionata e congrua all'importanza economica della fattispecie⁴⁸. Da un lato, ciò induce a ritenere che la rigidità della procedura

⁴⁵ Cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914; Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016 n. 889; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7616.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2914. È rilevante che in tale sentenza si ravvisi che l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 debba fungere da parametro di legittimità della procedura ad evidenza pubblica.

⁴⁸ Tale orientamento si richiama espressamente alla Comunicazione della Commissione del 12 aprile 2000 (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005,

concretamente adottata possa essere diversamente modulata in dipendenza delle potenzialità, dal punto di vista economico, del bene affidato; dall'altro lato, un simile approccio implica che, laddove la suscettibilità di sfruttamento economico del bene concesso sia pressoché inesistente, anche la pregnanza dei principi di evidenza pubblica possa essere conseguentemente contenuta. In altri termini, se la rilevanza economica del bene oggetto di concessione costituisce l'elemento dirimente per l'applicazione delle regole di evidenza pubblica, è legittimo dedurre che, laddove tale rilevanza difetti, l'amministrazione potrebbe affidare un bene anche in assenza di una previa procedura ad evidenza pubblica.

Sembra possibile desumere un simile approccio da parte dalle sentenze di alcuni giudici di prime cure⁴⁹. Significativamente, nelle ipotesi in cui è stata rilevata l'assenza di un'utilità economica riconducibile al bene affidato, non viene ritenuto necessario il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario. In questa giurisprudenza, la deroga all'evidenza pubblica viene usualmente giustificata tramite una consistente valorizzazione delle finalità pubbliche o di interesse generale per cui il bene è assegnato in concreto⁵⁰. Nondimeno, la giurisprudenza più attenta non statuisce un regime di discrezionalità illimitata in simili circostanze, ravvisando che pur in presenza di beni privi di rilevanza economica l'amministrazione sia comunque chiamata a fare applicazione dei principi di pubblicità, imparzialità e buona amministrazione⁵¹.

Invero, a parere di chi scrive, sembrano esserci margini per ritenere che anche nel caso di affidamento di beni non suscettivi di sfruttamento

n. 168; TAR Campania, Napoli, 8 maggio 2015, n. 2571; TAR Lazio, Roma, 23 dicembre 2013, n. 11129; TAR Piemonte, Torino, 23 gennaio 2009, n. 201).

⁴⁹ Cfr. TAR Liguria, Genova, 10 gennaio 2014, n. 67; TAR Marche, Ancona, 13 gennaio 2012, n. 41; TAR Sardegna, Cagliari, 5 febbraio 2010, n. 140.

⁵⁰ Ci si potrebbe chiedere se il fatto che l'affidatario non svolga attività a carattere commerciale possa costituire un elemento che consenta di derogare al dovere di esperire una procedura ad evidenza pubblica. La giurisprudenza sembra dare una risposta negativa al quesito, precisando che, in tale caso, l'obbligo della gara non dipende dal carattere commerciale dell'iniziativa, bensì dal suo carattere intrinsecamente economico e dall'astratta contendibilità delle utilità ritraibili attraverso il suo esercizio. Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5063.

⁵¹ Così TAR Liguria, Genova, 10 gennaio 2014, n. 67.

economico debba trovare applicazione l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Pur se il bene concesso non sia suscettibile di sfruttamento economico da parte dell'affidatario, infatti, non si può negare che il bene affidato sia suscettivo di una valutazione economica potenziale e che, pertanto, tramite la sua attribuzione si conceda comunque un'utilità, sebbene non suscettibile di essere sfruttata economicamente dal concessionario. Peraltro, anche la circostanza che il principio di predeterminazione venga considerato, entro certi limiti, come un principio a carattere generale nell'ambito delle procedure di attribuzione di vantaggi sembra porsi a favore di un'applicazione dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 anche nel caso di concessioni di beni non suscettivi di sfruttamento economico⁵².

Pare poi opportuno precisare che, indipendentemente dalla rilevanza economica del bene oggetto di concessione e in applicazione del già richiamato principio di sussidiarietà orizzontale, sembra che vi siano margini sufficienti affinché l'amministrazione possa procedere all'assegnazione di beni, senza seguire una logica di evidenza pubblica strettamente economicistica, dando rilievo, alle iniziative di interesse generale proposte dai cittadini singoli o associati tramite la gestione dei beni affidati⁵³.

⁵² Sul carattere generale del principio in parola, si veda *supra* par. 2.

⁵³ A questo riguardo può rivelarsi utile riflettere sulla conformazione di una procedura competitiva che coinvolga, quali concorrenti, una società e un'associazione, perciò un ente lucrativo e un ente *non profit*. Una simile situazione ha ingenerato una controversia che è stata decisa dal Consiglio di Stato. Il caso concerneva l'affidamento in concessione di alcuni porti turistici: alla procedura di affidamento concorrevano un'associazione e una società e l'amministrazione, da ultimo, sceglieva come affidatario l'associazione. Il fattore problematico consisteva nel fatto che la procedura si articolava diversamente per i due soggetti. Mentre la società veniva sottoposta a consistenti accertamenti, il bene veniva affidato all'associazione senza svolgere particolari accertamenti. Secondo il Consiglio di Stato, in presenza di più soggetti aspiranti alla assegnazione di beni, aventi diversa natura (essendo perciò improntati a diverse modalità di gestione del bene o del servizio), la procedura può avere luogo e può astrattamente riconoscere l'uno o l'altro soggetto come affidatari. Nondimeno l'amministrazione, nel corso della procedura, deve fare applicazione dei principi generali, in particolare del principio generale della parità di trattamento fra gli aspiranti all'assegnazione del bene o del servizio, non potendo operare un trattamento differenziato solo in ragione della natura dell'ente candidato all'affidamento del bene. Infatti, pur essendo la disciplina costituzionale impron-

Alla luce di quanto sinora esposto, è possibile desumere un regime di massima applicabile alle disposizioni nazionali e provinciali richiamate in tema di misure di agevolazione. Quanto all'art. 40, co. 2 della l.p. 27 luglio 2007, n. 13 e agli artt. 70, co. 1 e 71, co. 2 CTS, in sede applicativa dovrà necessariamente essere svolta una valutazione preliminare in ordine alla rilevanza economica del bene oggetto di affidamento. In base a tale valutazione, sarà possibile appurare se si verta in un'ipotesi in cui è consentito procedere all'affidamento del bene solo all'esito di una previa procedura a evidenza pubblica o se invece ci si debba muovere nella prospettiva dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Allo stesso tempo, nulla vieta che si faccia ricorso a procedure contenute nel Codice dei contratti pubblici, nel caso in cui si intenda avere una maggiore certezza della conformità della procedura posta in essere ai principi generali in tema di evidenza pubblica.

Quanto all'art. 71, co. 3 CTS, occorre ricordare che esso prevede l'applicazione di una specifica procedura selettiva. Come emerge già dalla Relazione illustrativa al CTS, tramite questa previsione si è voluta disciplinare la fase selettiva preliminare alla concessione di immobili culturali per finalità di restauro e apertura alla pubblica fruizione, prevedendo che a tale fattispecie si applichi la procedura di partenariato di cui all'art. 151, co. 3 del Codice dei contratti pubblici⁵⁴. In ogni caso, all'amministrazione dovrebbe essere consentito valorizzare, in un'ottica conforme al principio di sussidiarietà orizzontale, anche usi del bene

tata a principi personalistici (artt. 2, 3, 32, 41, 42 Cost.) e pur essendo le associazioni una forma organizzativa ispirata a tali principi, non può dirsi che nell'assegnazione dei beni pubblici in linea di massima siano sempre da favorire le istanze presentate da soggetti aventi finalità altruistiche, ben potendo l'interesse pubblico essere efficacemente coniugato con modalità imprenditoriali di gestione. In termini generali, dunque, l'interesse pubblico può essere efficacemente coniugato con (o senza) modalità imprenditoriali di gestione. Ciò significa che, *a priori*, non si determina una preferenza verso una tipologia di ente concessionario, pertanto enti *non profit* e enti *for profit* possono liberamente competere tra loro, in una prospettiva paritaria. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2002, n. 3159.

⁵⁴ Anche dal fatto che il legislatore abbia previsto l'applicazione, in questo caso, di una specifica procedura ad evidenza pubblica (cfr. anche Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, 28-29), sembra potersi ricavare che la norma sia pensata, prevalentemente, per ipotesi di beni suscettivi di sfruttamento economico.

che, sebbene non determinino un arricchimento dell'amministrazione in termini economici, vadano comunque a beneficio della collettività⁵⁵.

5. I riflessi sulla disciplina contabile

La problematica della concessione di vantaggi economici riveste interesse anche ai fini della disciplina contabile. L'eventuale illegittima concessione di un vantaggio economico può infatti determinare l'insorgere di una responsabilità amministrativa dei funzionari che hanno gestito la procedura. Anche con riferimento alla responsabilità contabile conviene operare una distinzione in relazione al tipo di vantaggio economico disposto in concreto, alla luce delle riflessioni sinora svolte.

Nel caso dei beni suscettivi di sfruttamento economico, si è visto che, ai sensi dei principi di evidenza pubblica, il loro affidamento può avvenire solamente all'esito di una procedura competitiva. Di conseguenza, qualora la procedura ad evidenza pubblica non venga svolta – ovvero, pur venendo svolta, presenti profili di illegittimità – può insorgere un duplice ordine di danni erariali. In primo luogo, un danno erariale indiretto. Si pensi al caso in cui non venga svolta (o venga svolta illegittimamente) una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario e un terzo, contestata la procedura, ottenga il risarcimento del danno per essere stato illegittimamente escluso o pretermesso. In tale caso, si verificherà un danno erariale, corrispondente nell'ammontare all'esborso dovuto al terzo a titolo di risarcimento del danno, di cui il funzionario dovrà rispondere, in presenza di tutti gli elementi della fattispecie di responsabilità amministrativa⁵⁶. In secondo

⁵⁵ Si badi peraltro che, nella prospettiva del CTS, la co-progettazione può rivestire un ruolo significativo, potendo avviare una collaborazione tra amministrazione e enti del terzo settore in cui possono trovare spazio anche le misure di agevolazione di cui agli artt. 70-73 CTS. Sul punto cfr. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in questo Volume.

⁵⁶ Il tema del rapporto tra responsabilità civile della pubblica amministrazione e responsabilità amministrativa è oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Su tale questione cfr. *ex multis*, S. CIMINI, *Cattiva amministrazione da attività provvedimentale illegittima e responsabilità amministrativa*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti*

luogo, potrebbe anche configurarsi quello che la giurisprudenza contabile ha definito come danno alla concorrenza. Pur se il danno alla concorrenza è stato oggetto di alternative ricostruzioni, sembra condivisibile l'orientamento a mente del quale esso equivale al risparmio di spesa di cui la pubblica amministrazione non ha potuto giovare, in ragione del mancato ricorso ad una procedura competitiva⁵⁷. L'impiego di questa tipologia di danno si rinviene principalmente nei giudizi contabili vertenti su procedure di appalto, ma è stata invocata anche nel caso di procedure di concessione di beni pubblici⁵⁸. In questo caso, l'ammontare del danno corrisponderà, per esempio, alla differenza tra il canone

dell'incontro preliminare AIPDA, Torino, 2016, 63 ss.; S. CIMINI, *Responsabilità provvedimento della p.a., responsabilità erariale e principio di buon andamento*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1041 ss.; M. RISTUCCIA, *Note sulla responsabilità civile dell'amministrazione e sulla responsabilità verso i terzi e verso l'amministrazione del funzionario pubblico*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 227 e ss. Cfr. inoltre F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 682 ove il risarcimento dei danni da attività illegittima viene qualificato come un "moltiplicatore" dei casi di danno erariale.

⁵⁷ Sussistono tre nozioni di danno alla concorrenza: oltre a quella che si è illustrata nel testo, sussistono altri due orientamenti. Secondo un primo orientamento tale danno equivale al danno dei concorrenti estromessi: il problema di tale concezione del danno alla concorrenza è che, di fatto, individua come danno erariale un danno su cui è competente a pronunciarsi il giudice amministrativo. Alla luce di un ulteriore orientamento il danno alla concorrenza rappresenta un pregiudizio all'imparzialità amministrativa e al funzionamento regolare del mercato: in questo caso, tuttavia, il danno si risolve, al più, nel danno all'immagine. Cfr. sul punto M. CAFAGNO, *Considerazioni sulla funzione deterrente della responsabilità amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018, 29 ss. In generale, sul danno alla concorrenza, si vedano M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 251 ss.; A. CORSETTI, *Il danno alla concorrenza giudicato dalla Corte dei conti (nota a C. conti, sez. giur. - Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447)*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 2735 ss.; R. DIPACE, *op. cit.*, 159 ss. È stato tuttavia notato come si stia affermando un orientamento nella giurisprudenza contabile, volto a risolvere il danno alla concorrenza nella figura di danno da tangente (cfr. sul punto, R. DIPACE, *op. cit.*, 171). In base a quanto sinora rilevato e a quanto si rileverà in tema di quantificazione del danno alla concorrenza (cfr. *infra* nt. 60) tale riconduzione del danno alla concorrenza nella figura del danno da tangente non sembra condivisibile.

⁵⁸ Cfr. Corte conti, sez. giur. - Abruzzo, 24 gennaio 2012, n. 27; Corte conti, sez. giur. - Lazio, 8 giugno 2011, n. 883.

che l'amministrazione avrebbe potuto richiedere in presenza di un mercato concorrenziale e il canone che in concreto ha ricevuto⁵⁹. La stessa soluzione dovrebbe invero applicarsi anche nell'ipotesi di attribuzione di vantaggi economici *ex art. 12* della legge 7 agosto 1990, n. 241, sebbene permangano profili di criticità circa la determinazione del *quantum*, in assenza di un canone che possa fungere da parametro di determinazione del danno⁶⁰.

Con riferimento invece ai beni non suscettivi di sfruttamento economico, in linea con la giurisprudenza amministrativa già richiamata⁶¹, l'assegnazione di tali beni può essere disposta sulla base di interessi a carattere generale, che prescindono dalle esigenze di concorrenza⁶². Sicché un danno alla concorrenza difficilmente potrebbe realizzarsi in queste fattispecie. Tuttavia, nel caso in cui la selezione del beneficiario avvenga in difformità dai principi che regolano l'attività amministrativa, potrà comunque determinarsi un danno che l'amministrazione si veda costretta a risarcire. Con la conseguenza che, anche in questo ca-

⁵⁹ Anche la soluzione qui prospettata in tema di quantificazione del danno non è unanimemente condivisa nella giurisprudenza contabile. La dottrina ha infatti rilevato la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali che concepiscono il danno alla concorrenza come danno *in re ipsa*. Sembra tuttavia di condividere la prospettiva di chi – unitamente al giudice contabile di secondo grado (cfr. Corte conti, sez. III - app., 20 dicembre 2012, n. 830) – osserva come il danno alla concorrenza vada concepito come danno da differenza; ragionando altrimenti, il danno alla concorrenza non solo si risolverebbe in una superfetazione concettuale, ma anche in ulteriore fattore di accrescimento del timore dei funzionari nell'adempimento delle proprie mansioni. Sul punto cfr. M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 254. Si tenga conto, comunque, che potrebbe comunque applicarsi la disciplina dei vantaggi compensativi: sul punto cfr. *infra* nt. 64.

⁶⁰ Giova osservare, inoltre, come non si rinvenano orientamenti giurisprudenziali che facciano applicazione dell'ipotesi di danno alla concorrenza nel contesto delle controversie relative ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

⁶¹ Cfr. *supra* par. 4.

⁶² D'altronde la mancanza di una rilevanza economica del bene posto in concessione induce a ritenere che per l'*id quod plerumque accidit*, l'amministrazione non dovrebbe trovarsi nella condizione di ritrarre un'utilità dall'assegnazione del bene medesimo ai privati. In questo caso, dunque, il danno alla concorrenza parrebbe essere ontologicamente non verificabile.

so, i funzionari potrebbero essere responsabili per la causazione di un danno erariale indiretto.

È appena il caso di osservare, tuttavia, che sussiste un orientamento della Corte dei conti⁶³, propugnato tanto dalle sezioni consultive, quanto dalle sezioni giurisdizionali, il quale guarda con particolare favore alle ipotesi di concessione di beni a canone agevolato o gratuito, riconoscendo che tramite esse possa essere perseguito un interesse pubblico equivalente o addirittura superiore rispetto a quello che si potrebbe raggiungere mediante lo sfruttamento economico di un dato bene. Ciò sull'assunto che gli enti territoriali si qualificano come enti a fini generali, orientati cioè, attraverso la propria azione, allo sviluppo della comunità amministrata e non solo al perseguimento di logiche meramente economiche. Secondo questo orientamento, dunque, l'utilità sociale riconducibile all'attività svolta dal concessionario può essere valorizzata come elemento di esclusione della responsabilità contabile⁶⁴.

Tutti gli orientamenti del giudice contabile sinora richiamati sono chiaramente estensibili anche alle ipotesi delle misure contenute agli artt. 36-bis, 37, 38, 39 e 40 della l.p. 27 luglio 2007, n. 13, nonché agli artt. 70, 71, 72 e 73 CTS. Di conseguenza, qualora l'erogazione delle misure sopra analizzate non avvenga tramite le procedure imposte dai principi di evidenza pubblica e dall'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i funzionari potranno incorrere nelle sopraelencate ipotesi di responsabilità amministrativa. Inoltre, si può ipotizzare che in considerazione degli orientamenti premiali sanciti dal giudice contabile, da un lato, e della disponibilità di plurime basi giuridiche a livello provinciale e nazionale, dall'altro, l'amministrazione possa avvantaggiarsi di un ampio margine di manovra, sempre nel perimetro della legalità.

⁶³ Corte conti, sez. contr. - Molise, 15 gennaio 2015, n. 1; Corte conti, sez. contr. - Lombardia, 6 maggio 2014, n. 172; Corte conti, sez. giur. - Sardegna, 16 settembre 2013, n. 234.

⁶⁴ Appare rilevante anche sottolineare come, indipendentemente dal rilievo economico dei beni, si dovrebbe tener conto anche dei c.d. vantaggi compensativi, così come disciplinati dal tuttora vigente art. 1, co. 1 bis della l. 15 gennaio 1994, n. 20. Secondo tale norma, infatti, nell'accertamento del danno deve tenersi conto non solo degli effetti lesivi della condotta oggetto del giudizio contabile, ma anche degli eventuali vantaggi che essa possa aver arrecato.

6. Alcuni spunti conclusivi

Alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi è possibile sviluppare alcune brevi riflessioni conclusive.

La legislazione nazionale e provinciale costruisce un quadro piuttosto articolato di misure che differiscono non solo per l'appartenenza a diversi livelli istituzionali, ma anche per i presupposti e per le procedure che governano la loro erogazione.

In particolare, è emerso come il riferimento alla disciplina dei vantaggi economici e ai principi dell'evidenza pubblica, oltretutto delle specifiche disposizioni di livello provinciale, permetta di plasmare procedure di tipo differente, in ragione della diversa rilevanza economica dell'utilità messa a disposizione come forma di sostegno pubblico.

Ne emerge un quadro piuttosto incerto, dove non è sempre facile distinguere i casi in cui all'amministrazione è consentito fare ricorso ad un determinato tipo di procedura o ad un'altra.

Al fine di semplificare la scelta tra le diverse procedure, l'amministrazione potrebbe, come si è già accennato, autovincolarsi ad impiegare le procedure di evidenza pubblica previste nel codice dei contratti pubblici, in particolare quelle più rigorose sul piano della trasparenza, come le procedure aperte. In tal modo, e cioè garantendo la massima apertura della procedura, l'amministrazione si dovrebbe porre generalmente al riparo da possibili contestazioni.

Una simile opzione parrebbe tuttavia non esattamente in linea con i principi europei che governano gli affidamenti sulla base di più circostanze.

In primo luogo, il rigore delle procedure e, in particolare, la loro iper-regolamentazione possono comportare una riduzione della concorrenzialità del mercato⁶⁵.

In secondo luogo, si può quantomeno porre in dubbio che la predisposizione indiscriminata di procedure rigide e caratterizzate da una consistente dispendiosità⁶⁶, come le procedure aperte, sia sempre con-

⁶⁵ S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 103.

⁶⁶ Dal secondo dopoguerra, i costi e il formalismo della procedura di asta pubblica (prototipo dell'attuale procedura aperta) hanno spinto l'amministrazione a preferire procedure come la licitazione privata o la trattativa privata (cfr. A. CARULLO, voce *Appalti*

forme ai principi di buon andamento ed economicità sanciti all'art. 97 Cost.⁶⁷.

In terzo luogo, la dottrina ha posto in luce che le procedure caratterizzate da un eccessivo formalismo possono sollevare anche altre criticità: in particolare, esse sembrano essere uno dei fattori scatenanti del fenomeno dell'amministrazione difensiva⁶⁸. In altri termini, si ritiene che il funzionario – posto dinanzi al rischio che il ricorso a procedure eccessivamente articolate lo possa condurre a commettere degli errori che gli potrebbero essere poi opposti in sede di responsabilità contabile – potrebbe essere indotto ad un atteggiamento “difensivo” inerte, *i.e.* potrebbe preferire l'inazione rispetto al rischio di commettere un'azione illegittima.

Sembra dunque che la risposta apparentemente più semplice, consistente nell'applicazione indiscriminata delle procedure previste nel codice dei contratti pubblici, sia in grado di determinare alcune problematiche.

Al contrario, sembra che per discernere la difficoltà delle misure di erogazione il funzionario debba accogliere una prospettiva differente, recuperando il senso più proprio dell'evidenza pubblica. Solo in questo

pubblici, in *Enc. dir.*, V, 2001, 104; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Le procedure di scelta del contraente*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al codice 2016*, Torino, 2017, 77). Peraltro, nell'evoluzione successiva, anche con riferimento alla licitazione privata (antenata della procedura ristretta) si è riscontrato un progressivo aumento del formalismo della procedura (cfr. C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in *Id.* (a cura di), *Autorità e consenso*, cit., 5 ss.).

⁶⁷ Si tenga conto in particolare di quanto si rinviene in M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 81 ss. dove nell'art. 97 Cost. si rinviene la previsione di un principio di elasticità o puntualità dell'azione amministrativa: tale principio dovrebbe enfatizzare «l'apporto creativo (creativo giuridicamente) dell'amministrazione nel processo di decisione», trovando applicazione tanto con riferimento al contenuto dell'attività amministrativa, quanto al suo modo di esplicarsi. Sul punto cfr. anche M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1996, 42 ss.

⁶⁸ Per alcuni riferimenti con riguardo al tema dell'amministrazione difensiva, si vedano in particolare S. BATTINI, S. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 625 ss.

modo, cioè conformandosi ai principi generali e soprattutto agli obiettivi dell'attività amministrativa, e non limitandosi ad una pedissequa esecuzione di una procedura sclerotizzata in un testo normativo, è possibile valorizzare appieno le peculiarità di ciascuna forma di sostegno disponibile, nell'ottica di un più proficuo rapporto tra operatori del terzo settore e pubblica amministrazione⁶⁹.

In una simile prospettiva, anche il principio di sussidiarietà orizzontale può essere opportunamente valorizzato, come fattore di inclusione di tutti gli interessi rilevanti nella procedura di evidenza pubblica e, conseguentemente, di maggiore tenuta della procedura medesima⁷⁰.

È peraltro emerso nel corso della trattazione come anche la Corte dei conti abbia dato supporto a simili prospettazioni, nella misura in cui ha valorizzato le ipotesi di concessioni gratuite o agevolate come strumentali rispetto al perseguimento dei fini generali attribuiti agli enti.

Accogliendo questa impostazione, anche l'articolazione in due livelli di disciplina, provinciale e nazionale, non si rivela un limite, ma piuttosto un'occasione aggiuntiva per realizzare in modo più pieno la soddisfazione dei bisogni della comunità di riferimento.

⁶⁹ In questo senso, suscitano particolare interesse le proposte dettate in generale per il mercato dei contratti pubblici in S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 134 ss.

⁷⁰ Sul punto cfr. F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, 97 e ss., in part. 105.