

DALL'ESERCIZIO
PRIVATO DELLE
FUNZIONI PUBBLICHE
ALL'ESTERNALIZZAZIONE



QUADERNI
DEL CONSIGLIO REGIONALE
DELLE MARCHE



QUADERNI DEL CONSIGLIO REGIONALE DELLE MARCHE

Dottorato di ricerca in “Diritto Regionale e degli Enti Locali”

DALL'ESERCIZIO PRIVATO DELLE FUNZIONI PUBBLICHE ALL'ESTERNALIZZAZIONE

di:

Francesca Di Lascio



QUADERNI DEL CONSIGLIO REGIONALE DELLE MARCHE



Il quaderno nasce dal progetto di ricerca-inchiesta sui poteri locali delle Marche attivato dal Consiglio regionale con la collaborazione delle quattro Università degli Studi marchigiane (Università degli Studi di Ancona, Camerino, Macerata, Urbino) riunite in consorzio, mediante l'istituzione di un dottorato di ricerca in "Diritto regionale e degli enti locali" e il conferimento di n. 5 borse di studio a laureati meritevoli.

La ricerca, diretta da un collegio dei docenti e coordinata dal Dott. Stefano Michele La Micela Dirigente del Servizio Studi Legislativi e Fattibilità insieme ad alcuni funzionari regionali, è stata in particolare attivata in vista della rielaborazione dello Statuto regionale e della definizione del nuovo quadro normativo e programmatico conseguente alle riforme istituzionali avviate nel corso dell'attuale legislatura rispettivamente con la l. cost. 22 novembre 1999 n. 1 e la l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3 del 2001.

Il dottorato si è concluso in data 31 ottobre 2003 con la presentazione di cinque tesi di ricerca.

I risultati del lavoro svolto vengono ora pubblicati separatamente con l'augurio che possano costituire un utile strumento di orientamento per il legislatore regionale e per gli operatori del settore.

Luigi Minardi
Presidente del Consiglio regionale delle Marche

SOMMARIO

PRESENTAZIONE DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO REGIONALE	5
INTRODUZIONE	9

CAPITOLO PRIMO

IL PERCORSO DI RICERCA

1.1. L'ambito di indagine	19
1.2. Corsi e ricorsi storici nell'esercizio privato di pubbliche funzioni	29
1.3. L'affermazione del principio del risultato quale obiettivo dell'agire amministrativo	38
1.4. Una possibile nozione di esternalizzazione	42

CAPITOLO SECONDO

L'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FUNZIONI PUBBLICHE:

LE NORME

2.1. Premessa	55
2.2. Gli artt. 24 e 29 della legge n. 448/01 per gli Enti locali e le loro aziende	56
2.3. Le funzioni di accertamento e riscossione dei tributi locali	67
2.4. Gli accordi e la costituzione e/o la partecipazione ad associazioni, fondazioni o società del Ministero per i Beni e le Attività Culturali	71
2.5. La fornitura di servizi specialistici relativi agli interventi di sostegno pubblico alle imprese	75

2.6. Le funzioni affidate alle società organismi di attestazione in materia di certificazione delle imprese concorrenti per appalti pubblici	80
2.7. Le funzioni sanzionatorie affidate agli ausiliari del traffico	86
2.8. Il modello Consip s.p.a. per la gestione della funzione acquisti	96

CAPITOLO TERZO

L'OGGETTO E LE MODALITA' DELL'ESTERNALIZZAZIONE

3.1. Alcuni dati quantitativi e qualitativi	109
3.2. La difficoltà di definire l'oggetto dell'esternalizzazione	114
3.3. L'esternalizzazione di attività vincolate a carattere specialistico ..	125
3.3.a <i>L'affidamento all'esterno dell'attività di formazione dei dipendenti pubblici</i>	129
3.3.b <i>Le funzioni di revisione periodica di autoveicoli e motoveicoli</i>	134
3.3.c <i>Risorse per Roma s.p.a. e la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Roma</i>	139
3.4. L'esternalizzazione di attività strumentali allo svolgimento di funzioni discrezionali	147
3.4.a <i>L'outsourcing delle funzioni strumentali nei risultati del Progetto Finalizzato "Esternalizzazione delle funzioni amministrative"</i>	150
3.5. L'esternalizzazione di attività materiali non direttamente collegate ad una funzione amministrativa	152
3.5.a <i>Il contratto di global service per la manutenzione e la gestione del Palazzo delle Finanze</i>	155

CAPITOLO QUARTO

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	165
BIBLIOGRAFIA	173
ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI	189

INTRODUZIONE

L'esternalizzazione (o *outsourcing*) delle funzioni amministrative è un tema che si inserisce trasversalmente nel profondo processo di riforma della pubblica amministrazione avviato a partire dall'inizio degli anni Novanta.

Si tratta, infatti, di un fenomeno estremamente ampio e variegato, che comprende a sua volta ulteriori fattispecie distinte ma convergenti e che, per essere correttamente definito, presuppone e implica lo studio di non pochi istituti tradizionali del nostro sistema di diritto amministrativo.

In generale, peraltro, l'esternalizzazione deve essere ricompresa nel novero degli strumenti che le amministrazioni pubbliche hanno mutuato dal settore privato al fine di "alleggerire" il proprio carico operativo, derivante dal sempre più ampio bagaglio di attività e compiti ad esse attribuiti dal legislatore.

È per questo che, spesso, lo strumento in esame viene confuso con altre modalità gestionali, non meno significative ma certamente distinte quanto alla natura, all'oggetto e, soprattutto, all'assetto del rapporto che viene a configurarsi tra l'amministrazione ed i privati gestori.

La differenza intercorrente tra dette modalità diviene evidente se si pone quale indicatore comparativo la misura dei poteri di regolazione e di controllo esercitati dall'amministrazione ad "alleggerimento" avvenuto.

Nella dismissione, ad esempio, lo Stato si ritira completamente da alcuni ambiti di attività, cessando al contempo l'esercizio dei poteri di regolazione.

Nella privatizzazione, invece, si reputa conveniente trasformare interi plessi organizzativi in strutture di tipo societario, dal che deriva il venir meno della personalità pubblica e l'acquisto di quella privata, senza però il contemporaneo abbandono delle funzioni di indirizzo e controllo da parte dell'amministrazione.

Infine, con la liberalizzazione, l'amministrazione, dopo essersi già ritirata da determinati settori in qualità di gestore, ne consente l'apertura al mercato, permettendo quindi che le società "pubbliche" competano in posizione di parità con quelle private. La conseguenza più rilevante di tale assetto è che il potere di regolazione non viene più esercitato su rapporti di tipo concessorio, ma su rapporti negoziali, in cui il soggetto pubblico, sottoscrivendo un contratto di servizio, non si pone più in una posizione di supremazia rispetto alla propria controparte.

Rispetto agli strumenti gestionali richiamati, si può dire che l'*outsourcing* intervenga in una fase successiva, incidendo cioè sul nucleo di funzioni rimaste in capo all'amministrazione a seguito dei processi descritti: funzioni che, per

loro stessa natura, non sempre impongono il trasferimento all'esterno per essere svolte secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

In generale, infatti, quando si parla di *outsourcing* si fa riferimento a funzioni che, seppure tradizionalmente esercitate *in house* dalle amministrazioni, possono essere opportunamente trasferite all'esterno per elevare il livello di funzionamento di un certo apparato e/o per svolgere in modo più adeguato una determinata attività: in tal modo si intende conseguire un miglioramento sia in termini di riduzione dei costi di gestione, sia in termini di crescita dell'efficienza derivante dalla possibilità di concentrare maggiormente le risorse interne sulle attività del *core business*.

Proprio il richiamo a quest'ultimo concetto di matrice aziendalistica permette di sottolineare come, in verità, non sia possibile perseguire gli obiettivi indicati attraverso l'esternalizzazione di qualsivoglia funzione amministrativa.

Vi sono attività, infatti, che non è possibile esternalizzare se non sulla base di un'apposita previsione legislativa: si tratta di tutte le funzioni appartenenti, appunto, al *core business* di un'amministrazione, che comportano, nella quasi totalità delle ipotesi, l'esercizio di poteri autoritativi e certificativi finalizzati alla formazione ed alla manifestazione della volontà dell'amministrazione.

Nei casi considerati si ricade, dunque, all'interno di una scelta discrezionale, giacché l'amministrazione è chiamata per legge a contemperare e valutare più interessi contrapposti, al fine di trovare l'assetto che risulti più idoneo alla fattispecie concreta.

È per tale ragione che le funzioni in esame non possono essere esercitate da privati estranei all'amministrazione se non nei casi in cui sia lo stesso legislatore a prevederlo ed a conferire espressamente, se necessario, la qualità di pubblico ufficiale a detti soggetti: solo in questo modo, infatti, si realizza la piena legittimazione in capo ai *partner* privati della facoltà di esercizio dei poteri amministrativi richiamati.

Gli esempi più noti (uno di origini assai lontane nel tempo, l'altro emerso dall'esperienza più recente) sono senza dubbio rappresentati dagli ausiliari del traffico e dai notai, soggetti privati cui apposite disposizioni normative hanno conferito la possibilità di esercitare poteri, rispettivamente, autoritativi e certificativi.

La problematica esposta non si pone in maniera così stringente per le attività vincolate, poiché in questa ipotesi il "percorso decisionale" è in buona parte definito a livello legislativo o regolamentare e, quindi, si riduce al minimo la possibilità di porre in essere una decisione che risulti inopportuna e viziata nel merito.

È per questo che, nella realtà operativa, l'esternalizzazione delle funzioni amministrative strumentali è di gran lunga la più diffusa in termini quantitativi nonché la più differenziata in rapporto all'oggetto. Si va, infatti, dall'*outsourcing* di fasi di funzioni, come è il caso dello svolgimento delle preselezioni nelle procedure concorsuali di assunzione oppure dell'istruttoria dei progetti relativi ai patti territoriali ed ai contratti d'area, sino al trasferimento all'esterno di interi procedimenti amministrativi, come avviene per l'attività di formazione dei dipendenti pubblici o per la funzione di approvvigionamento di beni e servizi.

Accanto ai due possibili oggetti di esternalizzazione considerati, ve ne è un terzo: l'*outsourcing* delle attività materiali non direttamente connesse ad una funzione.

Questa fattispecie si riferisce ad attività indispensabili per il funzionamento della "macchina amministrativa" nel suo complesso, attività che, per loro stessa natura, non possono essere classificate né come pubbliche funzioni, né come servizi pubblici. Per questo, si è ritenuto di poter utilizzare la nozione di "servizi amministrativi" per intendere attività quali la pulizia degli edifici oppure le operazioni di gestione del personale utili alla predisposizione degli stipendi mensili.

Come si vedrà, in quest'ambito le amministrazioni stanno sviluppando la tendenza a costruire vere e proprie *partnerships*, in cui un solo soggetto privato diventa responsabile congiuntamente per l'esercizio di uno o più complessi di attività. Nel caso di specie, la regolazione del rapporto tra amministrazione e contraente avviene sulla base di un apposito contratto di *global service*, di cui si analizzeranno nel dettaglio caratteristiche e peculiarità.

Premesso quanto sopra, si dovrebbe iniziare a comprendere come affrontando il tema dell'*outsourcing* non sia possibile fornire a priori una descrizione puntuale dei caratteri che assume il rapporto intercorrente tra l'amministrazione che esternalizza ed il privato cui si rimette l'esercizio della funzione. In altre parole, l'assetto dei poteri pubblici di regolazione, di indirizzo e di controllo, a differenza di quanto avviene per le altre modalità gestionali indicate in precedenza, va studiato caso per caso a seconda del tipo e della dimensione delle funzioni oggetto di trasferimento all'esterno.

Si può, tuttavia, anticipare che dall'analisi dei *case studies* individuati emerge inequivocabilmente una relazione direttamente proporzionale tra la "forza" di detti poteri e la vicinanza della funzione esternalizzata al *core business*: ovvero, quanto più le competenze poste in capo ai privati comportano l'esercizio di poteri autoritativi, tanto più l'amministrazione tende a mantenere alto il grado e la frequenza dei controlli.

Questa tendenza si riflette anche sulla scelta da parte dell'amministrazione dei soggetti con cui avviare la *partnership*. Nel caso di attività vicine al *core business*, infatti, la procedura di *outsourcing* comporta spesso l'apposita costituzione di soggetti giuridici in forma societaria, mentre nell'ipotesi di attività strumentali o di servizi amministrativi si pone in essere una vera e propria procedura ad evidenza pubblica volta alla selezione di contraenti privati già esistenti. È evidente che, nella prima delle due fattispecie, si pone il problema di verificare, mediante un'attenta analisi del sistema di monitoraggio e di controllo sull'andamento dell'attività trasferita, il grado effettivo di autonomia della società costituita, soprattutto laddove la relativa partecipazione azionaria sia interamente o in maggioranza pubblica.

Quanto esposto sinora potrebbe far supporre che l'esternalizzazione delle funzioni amministrative sia uno strumento completamente nuovo, mutuato solo recentemente da ordinamenti esterni a quello del diritto amministrativo e, in particolare, dall'ambito del diritto comune e dell'organizzazione aziendale.

In realtà, la possibilità che soggetti privati esercitino compiti prettamente istituzionali è da lungo tempo riconosciuta nel nostro sistema amministrativo ed è stata inquadrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'istituto denominato come esercizio privato di pubbliche funzioni.

Appare, pertanto, indispensabile procedere, nell'ambito del presente lavoro, ad una verifica dei rapporti che intercorrono, sul piano logico e su quello della concreta disciplina giuridica, tra il suddetto esercizio privato delle funzioni e l'esternalizzazione delle stesse.

Si tratta, in tal senso, di chiarire se sussista un'equivalenza tra i due fenomeni, tenendo presente che il primo è sempre stato considerato come un vero e proprio istituto mentre il secondo è più propriamente classificabile come strumento gestionale, oppure se l'*outsourcing* rappresenti, in realtà, una sorta di novazione della fattispecie tradizionale.

In quest'ottica diventa, altresì, necessario valutare in che modo e in che misura gli attributi propri dell'esercizio privato siano stati "contaminati" dai principi ispiratori del complesso processo di riforma della pubblica amministrazione, cercando di comprendere, in particolare, se l'influenza di detti fattori abbia alterato gli attributi propri dello strumento in esame o, per contro, ne abbia influenzato i soli caratteri accessori.

La questione si presenta estremamente complessa, e questo non solo per il già richiamato carattere di trasversalità che la stessa assume verso molti istituti generali del diritto amministrativo, ma anche a causa dell'assenza di una disciplina normativa organica ed esaustiva in tema di esternalizzazione delle funzioni amministrative. A tutt'oggi, infatti, le uniche disposizioni di carattere generale in materia si rivolgono espressamente agli enti locali ed alle loro

aziende, cui rivolgono, tra l'altro, indicazioni di principio finalizzate prevalentemente alla promozione dello strumento, ma poco utilizzabili per la risoluzione dei problemi applicativi.

L'*outsourcing* è stato, per contro, oggetto di numerosi provvedimenti settoriali, che hanno ammesso per specifiche fattispecie la possibilità di affidare a soggetti privati funzioni amministrative, anche a contenuto autoritativo. Vi è, inoltre, un'amplissima casistica di utilizzo dello strumento al di fuori di un'apposita previsione normativa, soprattutto per quanto concerne il trasferimento all'esterno di funzioni in prevalenza strumentali.

Ben si comprende, quindi, come, nella selezione delle fonti utili alla ricerca, si siano presi in considerazione, oltre alle vigenti norme generali e di settore, alcuni dei casi di esternalizzazione ritenuti più significativi, tra quelli ricavabili dall'esperienza di questi anni, per ciascuna tipologia di funzioni analizzate. In tal modo, si è potuto valutare l'assetto e l'effettivo rilievo dello strumento in esame nella realtà concreta, evidenziando volta per volta i punti di forza ed i punti di criticità delle procedure poste in essere dalle singole amministrazioni.

Si è, invece, tralasciata la disamina della giurisprudenza, fatta eccezione per alcune decisioni ritenute particolarmente utili nella costruzione di un orientamento interpretativo efficace ai fini dell'analisi dei casi pratici. Per un ulteriore approfondimento in tal senso si rimanda, pertanto, ad una differente e più opportuna sede.

I profili generali sinora richiamati sono stati affrontati nel presente lavoro in tre distinte sezioni, la prima delle quali definisce le linee guida del percorso di ricerca, delimitando, innanzitutto, l'oggetto dell'indagine e ponendo al contempo in rilievo come, accanto alla richiamata complessità del tema ed alla sua attualità all'interno del generale processo di riforma, lo strumento dell'esternalizzazione presenti una notevole dinamicità che non rende opportuno operare a priori una rigida delimitazione dei confini dell'analisi.

L'approccio prescelto per la ricerca è stato, pertanto, di tipo empirico, volto cioè ad individuare il nucleo di caratteristiche a partire dal quale le singole ipotesi di esternalizzazione si differenziano tra di loro.

Nell'ottica della elaborazione di una soddisfacente definizione dello strumento oggetto d'esame, si è, inoltre, ritenuto interessante esaminare gli orientamenti espressi dalla dottrina tradizionale, accordando uno specifico rilievo agli esempi storici di esercizio privato di pubbliche funzioni, nonché all'applicazione di tale istituto in ambiti ed in ordinamenti giuridici diversi da quello amministrativo, in particolare quello canonico e quello penale.

Segue la descrizione del contesto in cui si è inserita l'affermazione del principio del "risultato" quale obiettivo ultimo dell'azione amministrativa, nell'ottica del conseguimento di livelli più elevati di funzionalità degli apparati

pubblici, in termini di efficienza, efficacia ed economicità (art. 1, co.1, l. n. 241/90).

Questo profilo è di estrema rilevanza per la comprensione delle motivazioni che hanno stimolato la tendenza ad una sempre più ampia trasposizione nel settore pubblico di nozioni e moduli tipici dell'ambito privatistico, sulla scia dei movimenti riformatori del *New Public Management* e del *Reinventing Government*, diffusi nei paesi anglosassoni a partire dai primi anni ottanta e progressivamente accolti anche nel nostro ordinamento.

Si deve considerare, tuttavia, che, al di là di finalità generali di ammodernamento dell'amministrazione pubblica, la causa principale del ricorso al principio del risultato risiede nella crisi della finanza pubblica, che il legislatore si è trovato a gestire a seguito dell'incontrollato andamento della spesa attuato nel corso degli anni Ottanta, cui si sono associati gli obblighi di derivazione comunitaria connessi al rispetto del patto di stabilità finanziaria.

È in tale ottica che pressoché tutti i significativi provvedimenti di riforma intervenuti hanno previsto, tra le altre finalità, la riduzione dei costi di funzionamento delle amministrazioni, predisponendo a tal fine una serie di rimedi, tra cui, appunto, l'esternalizzazione di compiti ed attività.

Gli elementi ricavabili da questa riflessione confluiscono nella sezione del lavoro rivolta all'analisi comparativa delle definizioni di *outsourcing* proposte dalla dottrina amministrativistica, ma anche da quella di stampo più propriamente aziendale. Il risultato della suddetta comparazione è la formulazione di una nozione "nuova" di esternalizzazione, che trae spunto dai caratteri dell'uno e dell'altro ambito, nell'intento di costruire uno strumento utile non solo sul piano teorico ma anche, e soprattutto, su quello pratico.

La seconda parte del lavoro è, invece, interamente dedicata all'analisi della normativa esistente, con riferimento sia alle disposizioni di carattere generale, sia a quelle di tipo più specialistico, che hanno, cioè, previsto, espressamente l'esternalizzazione in capo a determinati soggetti di funzioni autoritative e discrezionali.

In particolare, dopo aver riportato il contenuto degli artt. 24 e 29 della legge n. 448/01 (legge finanziaria 2002), che, come accennato, si riferiscono agli enti locali ed alle loro aziende, si è esaminata la bozza del regolamento di attuazione del suddetto articolo 29, ricavandone indicazioni estremamente utili anche per l'utilizzo dello strumento da parte di altre tipologie di amministrazioni.

Per quanto attiene, invece, alle fattispecie specifiche, si sono analizzati sia i casi in cui il legislatore ha ammesso l'esternalizzazione di funzioni tradizionalmente ad elevato contenuto specialistico, come ad esempio le attività di accertamento e riscossione dei tributi locali, sia le ipotesi in cui la tecnica nell'esercizio della funzione sembra derivare, direttamente o indirettamente,

dall'ordinamento comunitario, come avviene per la fornitura di servizi specialistici relativi agli interventi di sostegno pubblico alle imprese o, ancora di più, per le competenze affidate alle Società Organismi di Attestazione in materia di certificazione delle imprese concorrenti per appalti pubblici.

Vi sono poi altri casi, nei quali l'opportunità di trasferire all'esterno una data funzione deriva dall'emanazione di norme che accrescono il novero delle competenze proprie di una certa amministrazione, come è avvenuto per la possibilità di stipulare accordi e costituire e/o partecipare ad associazioni, fondazioni o società riconosciuta al Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

Un'ultima tipologia considerata riguarda, infine, l'utilizzo dell'esternalizzazione a seguito di apposite previsioni di legge, la cui *ratio* può essere rinvenuta nella già richiamata necessità di ridurre i costi di funzionamento interno delle amministrazioni. Ci si riferisce, nello specifico, alle funzioni sanzionatorie affidate agli ausiliari del traffico ed alla predisposizione del modello "Consip s.p.a." per la gestione centralizzata della funzione acquisti delle amministrazioni pubbliche.

Dopo aver discusso i caratteri del vigente quadro normativo, nella terza parte dello studio si è sviluppata l'analisi delle diverse modalità e dei possibili oggetti della procedura di *outsourcing*, classificando le diverse ipotesi sulla base della definizione utilizzata nel corso del primo capitolo. In particolare, per ciascuna tipologia di funzioni amministrative considerata, si sono riportati uno o più *case studies* di esternalizzazioni realizzate da soggetti pubblici al di fuori di un'espressa previsione di legge.

Si è ritenuto, inoltre, di far precedere la disamina delle singole modalità teoriche ed operative da alcune considerazioni di carattere generale, in parte di commento ad alcune osservazioni tratte dalla *Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione per gli anni 2000 e 2001*, ed in parte di merito circa le difficoltà di definire l'oggetto dell'esternalizzazione, soprattutto con riferimento alla necessità di distinguere con certezza quali attività siano funzioni e quali invece servizi pubblici.

In questa sede, si sono altresì identificati alcuni profili ritenuti particolarmente problematici, nell'intento di valutare di volta in volta i caratteri che questi assumono in rapporto alle singole fattispecie di *outsourcing*.

Si è, poi, esaminata l'esternalizzazione di attività vincolate a carattere specialistico, con particolare rilievo per l'esposizione degli elementi critici connessi all'affidamento all'esterno dell'attività di formazione dei dipendenti pubblici e delle funzioni di revisione periodica di autoveicoli e motoveicoli. A queste due esperienze, si è ritenuto opportuno affiancare quella di Risorse per Roma s.p.a., società mista costituita dal Comune di Roma costituita con finalità

di gestione, valorizzazione e alienazione del patrimonio immobiliare dell'amministrazione comunale.

L'esposizione prosegue con l'esame delle modalità relative all'esternalizzazione di attività strumentali allo svolgimento di funzioni discrezionali, nei confronti della quali si è ritenuto significativo riportare alcuni dati emersi dai risultati del Progetto Finalizzato *Esternalizzazione delle funzioni amministrative*, promosso dal Dipartimento della Funzione Pubblica nel corso dell'anno 2000. In tal modo, si è cercato di dare conto della dimensione anche quantitativa del fenomeno, senza però tralasciare di porre attenzione ai profili di carattere qualitativo emergenti dalla disamina dei casi concreti. In particolare, alcune differenze significative nell'utilizzo dell'*outsourcing* sono emerse in rapporto alla localizzazione delle amministrazioni sul territorio, nonché alla relativa ampiezza demografica.

Si è, infine, trattata l'esternalizzazione di attività materiali non direttamente collegate ad una funzione amministrativa e, come accennato, si sono approfondite sia le questioni relative alla natura di tali attività, sia gli aspetti giuridici legati all'utilizzo del contratto di *global service* per la manutenzione e la gestione degli immobili di proprietà delle amministrazioni. Nello specifico, si è riportata l'esperienza del Palazzo delle Finanze, sede dell'attuale Ministero dell'Economia e delle Finanze, che rappresenta senza dubbio la fattispecie più significativa, sia per valore economico, sia per complessità della procedura di appalto posta in essere.

Il lavoro si conclude, infine, con lo sviluppo di alcune considerazioni conclusive in rapporto ai profili più problematici e complessi emersi dallo studio dell'esternalizzazione di funzioni amministrative, cui si rimanda per gli specifici contenuti.

CAPITOLO PRIMO

IL PERCORSO DI RICERCA

1.1. L'ambito di indagine

Da molti anni è ormai in atto un incisivo processo di riforma della pubblica amministrazione, che ha gradualmente condotto al “travolgimento” o alla modificazione di istituti e metodologie tradizionali, portando in altri casi all'introduzione di nuovi strumenti, mutuati da ambiti disciplinari esterni a quello del diritto amministrativo con riferimento, principalmente, ai settori del diritto privato e dell'organizzazione aziendale.

Queste “interferenze” tra diritto amministrativo e “altri saperi”, laddove hanno inciso su modelli e strumenti organizzativi preesistenti all'avvio del percorso riformatore, hanno portato a due ordini di conseguenze: talvolta, hanno alterato gli attributi propri degli istituti, dando luogo ad una sorta di novazione della fattispecie, mentre in altre occasioni hanno influito solamente sui caratteri non qualificanti o accessori degli istituti medesimi, in via generale arricchendoli per “contaminazione” con i nuovi principi introdotti dai provvedimenti di riforma⁽¹⁾.

Il presente lavoro si propone, appunto, un'analisi dei principali mutamenti provocati dalla crescente compenetrazione tra i principi, da un lato, del diritto comune e, dall'altro, dell'organizzazione aziendale, su uno strumento tradizionale del diritto amministrativo: l'esercizio privato delle funzioni pubbliche.

L'analisi di questo istituto è, in verità, funzionale allo studio dello strumento dell'esternalizzazione (o *outsourcing*) delle funzioni amministrative, che si ritiene rappresenti l'evoluzione della richiamata figura tradizionale alla luce dei principi derivanti dal suddetto processo di riforma dell'amministrazione nel suo complesso.

Il tema si presenta di rilevante complessità, poiché investe trasversalmente molti istituti generali del diritto amministrativo che, in linea di principio, si renderebbe necessario richiamare ed esaminare in modo quanto più possibile

¹ A riguardo S.Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Giuffrè, 2003, 210, ha parlato di attenuamento sul piano istituzionale del “bipolarismo pubblico – privato”. In senso dinamico, altra dottrina ha richiamato la “grande dicotomia” tra pubblico e privato di N.Bobbio, *Stato, governo, società*, in *Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, 1985, evidenziando l'integrità e l'attualità delle relative virtù euristiche e proponendo al contempo l'individuazione di tre diverse declinazioni del concetto, fondate, rispettivamente, sui confini e gli ambiti di applicazione, sui valori di volta in volta attribuiti all'intervento statale ed al diritto speciale di cui questo si serve nonché sull'originaria lettura in chiave di diritto privato speciale del diritto amministrativo: vedi G.Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 1 e ss.

esaustivo per poter risolvere le problematiche teoriche ed applicative derivanti dall'utilizzo dello strumento in esame.

Ad esempio, per poter comprendere se vi siano dei limiti alle funzioni pubbliche che possono essere esercitate dai soggetti privati, occorre innanzitutto avere ben chiara la natura delle stesse funzioni in rapporto alla specifica finalità istituzionale ⁽²⁾.

È necessario, altresì, valutare se e in che misura le stesse funzioni siano espressione di un potere autoritativo conferito con legge per il perseguimento di un interesse pubblico ben individuato, oppure se si tratti di attività di tipo strumentale o accessorio. In tal senso, quindi, potrebbe porsi il problema di una classificazione delle funzioni amministrative ⁽³⁾, con specifico riguardo al

² L'esame del rapporto tra le funzioni e gli specifici interessi pubblici da queste perseguiti presuppone lo studio del concetto di funzione in senso generale. In proposito, si può fare riferimento, tra gli altri, a F. Benvenuti, voce *Funzione*, in Enc.Giur.Treccani, 1989, che ricostruisce criticamente le teorie più autorevoli sul tema per poi proporre la sua tesi. È riportato, innanzitutto, il contributo della scienza giuridica tedesca, che per prima introduce "una nuova considerazione delle funzioni dello Stato, non più considerate come compiti ma come esercizio di poteri sovrani", affiancando alla divisione dei poteri, intesi questi come "raggruppamenti di organi...competenti ad esercitare poteri di carattere omogeneo", una divisione delle funzioni, riconducibili alle categorie della legislazione, dell'esecuzione e della giurisdizione. Si discute poi della caratterizzazione deduttiva formale della funzione, che trova il suo fondamento nella teoria "pura" del diritto di Kelsen e nell'esistenza che questa postula di una norma fondamentale intesa come "regola...per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico" e, quindi, fonte prima di validità dello stesso ordinamento nel suo complesso (vedi H.Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas libri, 1959). Diversamente, con riguardo alla caratterizzazione sostanziale della funzione, si ricorda la posizione di Romano, che pone in rilievo un diverso concetto di funzione non più collegato ai poteri e alla sovranità dello Stato, ma fondato sulla distinzione tra diritti, obblighi, doveri e potestà, sulla base della quale vengono designate col nome di funzione le potestà esercitate non per un interesse proprio ma per un interesse altrui o un interesse oggettivo; l'Autore afferma infatti che, nel diritto pubblico, la figura delineata è predominante (vedi S.Romano, voce *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1949). F.Benvenuti, invece, prospetta un metodo induttivo per la determinazione del concetto di funzione, che viene individuata quale elemento di connessione tra potere e atto e, quindi, quale "momento di trasmissione dell'energia giuridica contenuta nella potenza della norma e attualizzata nell'atto". Posta questa premessa, l'Autore passa a determinare i tipi di funzione in relazione agli effetti che gli atti producono su altri atti dell'ordinamento e, allo stesso modo, identifica l'efficacia degli atti nei confronti delle posizioni giuridiche dei soggetti cui quelli si riferiscono.

³ In proposito, si richiama la classificazione operata da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, 1993, pag. 7 e ss., secondo cui si deve distinguere tra attività a rilevanza giuridica dotate potestà autoritative (le funzioni) e attività prive di tale

carattere della discrezionalità amministrativa ed alle modalità del suo esercizio, anche laddove la stessa si presenti come discrezionalità tecnica ⁽⁴⁾.

rilevanza, anche se *“tutte le attività svolte nell'interesse generale o nell'interesse altrui sono, di principio, funzionalizzate”* e, quindi, *“l'attività dei pubblici poteri...è...in linea di principio, funzione”*. Posta questa premessa, le funzioni sono classificate come funzioni in senso enfatico, dove viene in rilievo l'attributo contenutistico dato dal carattere autoritativo dell'attività svolta, e funzioni pubbliche episodiche, che si hanno allorché una norma funzionalizzi singoli episodi o parti dell'attività di una figura soggettiva pubblica. Vi sono poi le attività non rilevanti sotto il profilo funzionale, ovvero le attività private delle amministrazioni pubbliche, che sono quelle *“con cui le amministrazioni provvedono a se stesse”*, le attività oggettivamente pubbliche, che, *“pur non avendo il carattere di spettanza necessaria ad un pubblico potere, sono tuttavia sostanzialmente necessarie per una collettività”* e, quindi, devono essere assunte dai pubblici poteri (ad es., l'attività tributaria), e, infine, le attività oggettivamente qualificate per inerenza a pubblici interessi, che sono private in senso soggettivo, poiché l'ordinamento le lascia all'iniziativa dei privati, ma sono pubbliche in senso oggettivo, poiché possono presentare attinenze più o meno ampie con interessi pubblici (ad es., gli ordini professionali). L'Autore opera, inoltre, la distinzione tra attività strumentali delle amministrazioni ed attività di acquisizione di conoscenze, in cui le prime sono volte a permettere lo svolgimento delle seconde. In particolare, si precisa che l'attività strumentale, laddove è funzione, coincide con l'attività organizzativa, con cui l'amministrazione organizza se stessa. Diversamente, si parla di attività acquisitiva di conoscenza (in cui rientrano l'attività consultiva, quella di studio e quella di ricerca scientifica) e di attività di conservazione documentale. Il tema qui richiamato verrà ripreso nel successivo par. 3.3.

⁴ Ancora M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 49, definisce la discrezionalità amministrativa come *“ponderazione comparativa di più interessi secondari, in ordine ad un interesse (pubblico) primario”*. Concorda con tale definizione E.Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in DE, 1998, 3, pag. 509, secondo cui la discrezionalità è *“tradizionalmente concepita come possibilità di operare scelte e di disporre per il caso concreto nel modo più adeguato alle esigenze delle finalità pubbliche affidate alla cura della pubblica amministrazione”*. In generale, il tema, che è uno dei più studiati e dibattuti nella dottrina amministrativistica, si fonda sull'impossibilità che la legge predetermini tutti gli aspetti dell'attività amministrativa che, nella realtà, non è mai *“automatica traduzione di prescrizioni generali in prescrizioni concrete”*. Al contrario, secondo S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000, pag. 444, *“l'attività amministrativa...è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati”*. È per questo che l'amministrazione può godere di ambiti di scelta quali il momento e le circostanze in cui procedere oppure la scelta di provvedere per taluni e non per altri soggetti. G. Corso, *L'attività amministrativa*, Giappichelli, 1999, pag. 124 e ss., contrappone, invece, previsioni di legge esaustive e previsioni di legge incomplete in rapporto alla fattispecie oppure alla determinazione degli effetti giuridici che, seppure indicati, possono essere molteplici. L'Autore ritiene, in particolare, che nel secondo caso spetti all'autorità amministrativa colmare i “vuoti” normativi operando le proprie scelte. Sul tema della discrezionalità amministrativa, vedi anche M.S.Giannini, *Il potere*

Ma in quest'ottica, assume rilievo pure l'opportunità di individuare specifici elementi per una distinzione delle funzioni dai pubblici servizi, in rapporto anche alla nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio⁽⁵⁾.

Potrebbe, infatti, non essere sempre agevole identificare la natura di un'attività amministrativa di tipo prettamente strumentale, come ad esempio la pulizia di un edificio pubblico. In tal caso, solo una corretta e chiara definizione dei confini tra le due nozioni permette di valutare quale regime normativo applicare alla puntuale fattispecie.

Per altro verso, laddove si passi dal profilo oggettivo a quello soggettivo per discutere della natura dei soggetti privati esercenti funzioni pubbliche in rapporto al complesso dell'organizzazione amministrativa, vengono in rilievo le questioni connesse alla nozione di organo indiretto, a quella di *munus* ed a quella più recente di organismo di diritto pubblico di derivazione comunitaria⁽⁶⁾.

discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e natura., Milano, 1939; C.Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, DPub, 1998, 1, pag.127 e ss; U.Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, 1964; G.Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, FA, 1987, pag. 3165 e ss; S.Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Giuffrè, 1993.

⁵ La distinzione tra funzioni e servizi verrà trattata più approfonditamente nel capitolo 3, laddove la stessa risulterà utile ai fini della corretta delimitazione delle attività oggetto di esternalizzazione prese in considerazione nel presente lavoro. A riguardo si premette, tuttavia, che la contrapposizione tra le due nozioni trova in buona parte il suo fondamento nella disciplina del Codice Penale e, in particolar modo, negli articoli 357 e 358, come novellati dalla l. n. 86/90, che forniscono, appunto, la definizione di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica utilità.

⁶ Sul concetto di organo indiretto e di *munus*, si rimanda all'analisi di F.De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, DA, 1995, 3, pag.349 e ss., e Id., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, 2003, pagg. 19 - 89. In entrambi gli scritti, l'Autore ripercorre "il cammino tracciato dagli studi che hanno concorso a delineare il quadro sistematico del vigente diritto amministrativo italiano in ciò che concerne l'esercizio di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati", riportando gli orientamenti di V.E. Orlando, S. Romano, O. Ranalletti, F. Cammeo, G. Zanobini, G. Miele e M.S. Giannini., e giungendo alla conclusione che l'attività di soggetti privati finalizzata alla cura di interesse generale va sottoposta a regole specifiche, non rilevando in tal senso il fatto che detti soggetti siano configurabili come organi indiretti dell'amministrazione oppure come concessionari. Per quanto riguarda la nozione di organismo di diritto pubblico, si evidenzia l'orientamento dottrinale che rinviene l'interesse per tale figura giuridica nella sua "trasversalità" rispetto alle categorie pubblico-privato negli ordinamenti interni, tanto che rientrano nella categoria le s.p.a. e i concessionari che hanno ricevuto un affidamento diretto da enti territoriali, mentre non si può dire altrettanto per gli enti pubblici economici operanti in regime di

Alle problematiche inerenti la natura dei privati si collegano, però, anche quelle relative alla qualificazione degli atti da questi posti in essere nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite, con riguardo, soprattutto, all'ammissibilità o meno di atti amministrativi in capo a soggetti privati e, nel caso, ai profili relativi alla tutela giurisdizionale da parte di terzi verso cui l'azione dei privati si indirizza⁽⁷⁾.

Se, poi, si esamina la natura del rapporto contrattuale tra l'amministrazione che "si spoglia" della funzione e il privato che la assume su di sé, allora non possono non prendersi in considerazione gli aspetti legati alla scelta discrezionale da parte dell'amministrazione dei propri contraenti, ovvero i profili dell'evidenza pubblica⁽⁸⁾.

concorrenza laddove soddisfino bisogni di carattere commerciale o industriale: vedi G.Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000, pag. 210. In generale sul tema, vedi M.P.Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 1999; G.Greco, *L'organismo di diritto pubblico, atto primo*, in RIDPCiv, 1998, pag. 733 e ss.; A.Pioggia, *Sulla natura dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, in RGQSP, 1999, 2, pag. 61 e ss. Da ultimo, per una ricostruzione degli ultimi orientamenti espressi dalla giurisprudenza comunitaria, vedi C.Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in GDA, 2003, 10, pag. 1027 e ss.

⁷ Un autorevole contributo in tema di ammissibilità degli atti amministrativi in capo a soggetti privati è in O. Ranelletti, *Scritti giuridici scelti*, Jovene, 1992, il quale, pur ritenendo nei suoi primi scritti che gli atti dei privati concessionari fossero di tipo negoziale in quanto imputati ad una persona giuridica di natura privata, nelle ultime opere giunge alla conclusione che i medesimi atti, in casi specifici, possono essere soggetti alle stesse regole degli atti amministrativi. In tempi precedenti si era, invece, sostenuto che fosse l'attività a rilevanza pubblica svolta dai soggetti privati a poter essere assoggettata al diritto amministrativo, senza che per questo lo fossero i singoli atti: vedi S.Romano, *Corso di diritto amministrativo italiano*, III ed., Società editrice libraria, 1912, pagg. 294-295. Per quanto riguarda, invece, i profili connessi alla tutela giurisdizionale dei cittadini verso gli atti posti in essere dai privati esercenti pubbliche funzioni, si rimanda a F.De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, 2003, pagg. 227 – 290.

⁸ La questione dell'evidenza pubblica è stata ricondotta al tema dei rapporti tra agente e principale da G.Corso, *L'attività amministrativa*, cit., pag. 247 e ss., secondo il quale, poiché chi contrae per la pubblica amministrazione utilizza risorse non sue, si presenta un rischio di collusione dovuto al perseguimento di un interesse personale: per ovviare a questo rischio, il legislatore ha posto un vincolo alla scelta del contraente, modificando radicalmente una delle manifestazioni più importanti della libertà di contratto ovvero, appunto, la libertà di scegliere la controparte contrattuale. Detto principio è stato poi rafforzato dalla normativa comunitaria. Richiama invece la coerenza con il sistema del diritto amministrativo e, in particolare, col principio di legalità, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 363, il quale ritiene che vi sia anche una ragione pratica alla base dell'introduzione, nel secolo scorso, del contratto ad evidenza pubblica, data dalla volontà

In tal caso, ponendosi in evidenza il momento della scelta da parte dell'amministrazione, l'attenzione andrebbe rivolta ai contenuti della motivazione posta a base del provvedimento di selezione del soggetto privato cui si decide di conferire l'esercizio della funzione ⁽⁹⁾.

In proposito, si deve considerare che, in caso di affidamento diretto, nell'azione discrezionale sembra prevalere l'elemento dell'*intuitu personae*,

di porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specialmente quelli militari. Di orientamento non dissimile è S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pag. 396, che sottolinea l'iniziale legame tra la disciplina della finanza e quella sui contratti ad evidenza pubblica poiché "agli inizi degli anni Venti del XX secolo, la stipulazione di contratti costituiva una delle principali fonti di spesa pubblica. Chi...voleva restaurare la finanza pubblica, doveva porre sotto controllo il sistema contrattuale". Allo stato attuale, invece, poiché "i contratti di ogni tipo, ma specialmente quelli per l'esecuzione di opere pubbliche e quelli per la fornitura di beni e servizi, si prestano a far sorgere fenomeni di corruzione", il legislatore ha cercato di prevedere complessi meccanismi volti a tenere sotto controllo i prezzi dei contratti, come è il caso della "plurirevisionata" l. n. 109/94 in tema di appalti di opere pubbliche. E' dello stesso avviso, G.Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000, pag. 244, secondo cui l'accentuata rigidità della normativa in materia di evidenza pubblica che si può riscontrare nelle più recenti norme comunitarie e in quelle interne di recepimento è dovuta alla volontà di contrastare i diffusi fenomeni di corruzione. Per una ricostruzione più generale dei profili legati all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, vedi G.Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Giuffré, 2000, pag. 155 e ss., e V.Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000, pag. 673 e ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, 2001, pag. 517 e ss.

⁹ In linea di massima, l'atto con cui l'amministrazione esprime le ragioni della sua preferenza per un contraente rispetto agli altri partecipanti alla gara è il verbale di aggiudicazione dell'appalto. Questo documento, intervenendo nella fase di formazione del contratto, è inquadrato nel regime di diritto pubblico e, quindi, è comunemente qualificato come provvedimento amministrativo. In questo senso, vedi G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit, pag. 155. Altra dottrina osserva, tuttavia, che, ai sensi dell'art. 16 del r.d. n.2240/23, contenente disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e della contabilità generale dello Stato, i verbali di aggiudicazione definitiva relativi a pubblici incanti o a licitazioni private equivalgono per ogni effetto legale al contratto. In tal senso, l'aggiudicazione che il verbale registra, sembra coincidere con "la conoscenza dell'accettazione acquisita dal proponente" ovvero col momento della conclusione del contratto ex art. 1326 del Codice Civile. A questo ragionamento si contrappongono, però, le richiamate indicazioni della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'aggiudicazione è impugnabile in quanto provvedimento amministrativo: vedi, G. Corso, *L'attività amministrativa*, cit., pagg. 264 – 265. In generale, sulla motivazione del provvedimento amministrativo e per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali anche anteriori all'emanazione della l. n.241/90, vedi A. Romano Tassone, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Giuffré, 1994, e la bibliografia ivi segnalata.

mentre, in caso di affidamento mediante procedura concorsuale, la motivazione è in parte "condizionata" dai criteri di aggiudicazione indicati nei documenti di gara e resi pubblici in via ufficiale grazie alla pubblicazione degli stessi documenti nelle sedi previste.

Per questo aspetto, è opportuno, quindi, approfondire i profili di merito connessi alla preferenza per una certa modalità di selezione del privato esercente in rapporto ai vincoli imposti dal quadro normativo in vigore, avvalendosi del significativo apporto della dottrina ma anche della giurisprudenza, in particolare contabile⁽¹⁰⁾.

Inoltre, dopo aver effettuato la selezione, l'amministrazione instaura un rapporto di tipo negoziale con il privato, precisando nel dettaglio del contratto tutti gli elementi di rilevanza per la corretta esecuzione del contratto medesimo, tra cui, ad esempio, i vincoli e gli obblighi delle parti in riferimento all'oggetto del rapporto, le modalità di remunerazione, le clausole sanzionatorie, i profili di risoluzione del rapporto e gli eventuali criteri di revisione delle condizioni inizialmente pattuite.

Trattando della natura e della forma dell'atto in questione, è inoltre inevitabile fare riferimento ai problemi legati alle figure giuridiche delle concessioni di lavori e di pubblici servizi, anche in rapporto alle problematiche relative alla natura del contratto di diritto pubblico⁽¹¹⁾.

¹⁰ Un recente caso di giudizio avente ad oggetto, tra l'altro, i criteri posti a base di una scelta discrezionale dell'amministrazione in tema di selezione di privati cui conferire compiti istituzionali di staff agli organi politici, è rappresentato dalla sentenza della Corte dei Conti, sez.II n. 137 del 22 aprile 2002, in DG, 2002, 20, pag. 49 e ss, con nota di Di Stefano. In particolare, con la richiamata decisione si è accertata la responsabilità amministrativa di alcuni membri di una giunta comunale per l'affidamento a soggetti esterni di incarichi professionali *ad personam*.

¹¹ Tradizionalmente, la dottrina ha fatto dipendere la natura dell'atto che regola il rapporto tra privato aggiudicatore e amministrazione contraente dalla posizione di supremazia o di paritarietà assegnata a quest'ultima. Nel primo senso, si è privilegiata una ricostruzione pubblicistica del rapporto, assimilando le concessioni amministrative a provvedimenti, come, ad esempio, in G.Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in RIDPC, 2000, pag. 993 e ss. e Id. *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in DA, 1999, pag. 382 e ss, mentre nel secondo è prevalsa l'idea della natura civilistica e contrattuale degli atti in questione, sostenuta da M.D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Jovene, 1981 e da D.Sorace – C.Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, UTET, 1989. Per quanto concerne, invece, le problematiche connesse all'individuazione della disciplina applicabile ai contratti di diritto pubblico, in merito ai quali si discute, tra l'altro, se possa essere sufficiente fare riferimento all'art. 11 della l. n.241/90, che si limita ad operare un tendenziale rinvio ai principi del Codice Civile, vedi A.Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, 1999; E. Bruti Liberati,

In proposito, si dovrebbe altresì considerare che, se l'oggetto dell'esercizio privato è una pubblica funzione e non un servizio (come è il caso delle vicende trattate nel studio), l'atto che regola il rapporto tra amministrazione e privato esercente potrebbe presentare delle peculiarità rispetto al modello generale applicabile per l'affidamento dei pubblici servizi ⁽¹²⁾.

Sempre sotto il profilo soggettivo, un discorso simile può essere fatto per le modalità di gestione delle funzioni poste in capo a soggetti privati.

In linea generale, infatti, ci si può trovare di fronte a due ipotesi di massima, poiché il trasferimento di funzioni pubbliche in capo a soggetti privati può avvenire sia nei riguardi di soggetti giuridici privati già esistenti (siano essi soggetti persone fisiche, come è il caso dei notai, o persone giuridiche, come avviene per le banche che effettuano l'istruttoria nelle procedure di concessione di finanziamenti pubblici alle imprese ⁽¹³⁾), sia a seguito dell'apposita costituzione di nuovi soggetti (come è il caso delle società per azioni a totale partecipazione pubblica nate col fine di gestire funzioni prima svolte all'interno) ⁽¹⁴⁾.

Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico: tra amministrazione e privati, Giuffré, 1996; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Giuffré, 1984; A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Jovene, 1988. Circa il rapporto tra concessione e contratto di diritto pubblico (o contratto di servizio che dir si voglia), S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pag. 237, ritiene che la distinzione tra i due istituti risieda nel fatto che nel primo atto l'attività oggetto di affidamento è un servizio pubblico, mentre nel secondo si tratta di un'attività privata che diventa di interesse pubblico poiché, occasionalmente, l'amministrazione se ne dà carico.

¹² In realtà, per quanto riguarda le concessioni di pubblici servizi, a livello normativo non esiste un modello generale. Sia le disposizioni comunitarie, sia quelle nazionali fanno, infatti, espresso riferimento alle sole concessioni di lavori pubblici. In merito, vedi A. Mattera, *Il diritto comunitario e la concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in SPA, 2003, 1, pag.5 e ss. Tuttavia, se ci si rifà all'orientamento espresso da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 431 e ss., non si ravvisa la necessità di una normativa che regoli le concessioni di pubblici servizi: l'Autore, infatti, ritiene che la natura di tali atti sia organizzativa, poiché con essi l'amministrazione provvede a dare un titolare ad un proprio ufficio, e poco importa che detto titolare sia un'impresa anziché una persona fisica. All'uso della nozione di concessione viene, quindi, attribuito valore storico, facendo riferimento al momento in cui, essendo ancora in uso la "venalità" degli uffici pubblici, al momento della vendita dell'ufficio venivano trasferiti in capo all'acquirente anche i privilegi su questo gravanti, azione che rendeva necessario un atto di concessione.

¹³ Con riferimento a quest'ultimo caso, si veda *infra* il capitolo 2, par. 2.5.

¹⁴ Nel capitolo 3 si analizzerà, ad esempio, il caso di Risorse per Roma s.p.a., società costituita principalmente per la gestione delle funzioni afferenti alla vendita e valorizzazione del patrimonio immobiliare del Comune di Roma.

E' evidente che, nella seconda ipotesi, sarebbe importante discutere delle questioni relative al rapporto tra amministrazione e privato con riferimento sia al sistema dei controlli sull'andamento dell'attività trasferita all'esterno, sia all'assetto del potere di indirizzo da parte della stessa amministrazione. L'analisi di questi due elementi permette, infatti, di qualificare il rapporto esistente tra i due soggetti e di differenziarlo da altri modelli organizzativi che possono presentare tratti comuni, come ad esempio quello del rapporto tra ministeri e agenzie ⁽¹⁵⁾.

Dall'analisi di questi due profili potrebbero, inoltre, emergere elementi indicativi circa il grado di effettiva autonomia riconosciuto al soggetto privato appositamente costituito. Il problema si presenta soprattutto nel caso in cui la partecipazione del capitale di detto soggetto rimanga interamente in mano pubblica.

Detto profilo potrebbe essere verificato, ad esempio, esaminando la natura dell'atto che regola il rapporto tra amministrazione e soggetto privato oppure prestando attenzione alle procedure di nomina degli amministratori ⁽¹⁶⁾.

Per certi versi, quindi, potrebbero presentarsi alcune delle problematiche già emerse con riferimento all'istituzione di società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici, sulle quali si è sviluppato un ampio e variegato dibattito non ancora del tutto sopito ⁽¹⁷⁾.

¹⁵ Il tema della natura delle agenzie e del rapporto tra queste e ministero di riferimento ha trovato, naturalmente, un forte stimolo a seguito dell'emanazione del d.lgs. n.300/99. A riguardo, si può fare riferimento ai commenti di G.Arena, *Agenzia amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, Giuffrè, 1999, e di F.Merloni, *Le agenzie nel sistema amministrativo italiano*, (note a margine del d.lgs. n.300/1999), in *DPub*, 1999, 3. Per un'indagine anche comparativa sulle esperienze in atto, vedi invece G.Soricelli, *Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Jovene, 2002.

¹⁶ Il rapporto tra l'attuale ministero dell'Economia e la Consip s.p.a., ad esempio, è regolato da una convenzione, mentre l'affidamento della funzione di gestione degli acquisti è avvenuto in via diretta senza svolgimento di procedure ad evidenza pubblica. In proposito, si veda *infra* il capitolo 2, par. 2.8.

¹⁷ La letteratura sul tema è vastissima. Si citano, tra gli altri, G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, 2001, che, pur intervenendo prima dell'entrata in vigore dell'art. 35 della l. n. 448/01, opera una ricostruzione estremamente efficace delle trasformazioni intervenute a partire dal 1990, e F.Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, 2000, pag. 63 e ss. Per una trattazione interdisciplinare del tema, che prende in considerazione sia l'analisi giuridica, sia quella economica, vedi invece L.R.Perfetti – P.Polidori, *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Cedam, 2003. Per ulteriori approfondimenti e spunti critici, si vedano M.Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, Province e Regioni*, Maggioli, 1989; Id., *La società per azione a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di*

Da quanto detto sinora, emerge con chiarezza la richiamata complessità del tema oggetto di indagine, che si associa, tuttavia, all'evidente carattere di attualità di uno strumento che, alla luce dei diversi profili richiamati, è certamente "dentro" più di altri al forte processo riformatore cui si è accennato in apertura.

D'altro canto, proprio la molteplicità degli istituti del diritto amministrativo che un'attuale ricerca sull'esercizio privato di pubbliche funzioni richiama, conferisce al tema una forte dinamicità, che rende difficile (e forse inopportuno) operare a priori una definizione rigida dei confini dell'analisi.

Questo è ancora più vero se si considera che, sinora, il legislatore non è mai intervenuto in maniera organica a disciplinare il tema in esame, se non con specifica attenzione per gli enti locali e le loro aziende ⁽¹⁸⁾.

Il trasferimento all'esterno di funzioni amministrative è stato, tuttavia, oggetto di numerosi provvedimenti settoriali che, con specifico riferimento a casi e situazioni definiti, hanno ammesso o promosso la possibilità che talune attività, anche tradizionali, fossero affidate a soggetti privati ⁽¹⁹⁾.

A ciò deve aggiungersi l'ampissima casistica derivante dall'affidamento di funzioni amministrative a privati anche al di fuori di un'apposita previsione normativa, il che, solitamente, avviene attraverso una "compressione" dello strumento organizzativo all'interno dell'appalto di servizi ⁽²⁰⁾.

Sotto un altro profilo, non si ritiene, inoltre, che questa sede sia adeguata ai fini di un'analisi esaustiva dell'assetto che i richiamati istituti tradizionali

amministrazione, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Giuffrè, 1997; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsoa, 2001; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Giappichelli, 1997.

¹⁸ Si tratta degli artt. 24 e 29 della legge n. 448/01, su cui vedi più approfonditamente *infra* il capitolo 2, par. 2.3.

¹⁹ Si veda, in proposito, il successivo capitolo 2 e le ipotesi ivi analizzate e richiamate.

²⁰ Il fenomeno si verifica soprattutto a livello di amministrazione locale e riguarda, nella maggior parte dei casi, funzioni di tipo non autoritativo. Un ausilio di fondamentale importanza nell'analisi dei casi richiamati è dato dai risultati del Progetto Finalizzato "*Esternalizzazione delle funzioni amministrative*", predisposto nel mese di aprile 2000 dall'allora Ufficio Procedimenti ed Efficienza organizzativa (UPEA) del Dipartimento della Funzione Pubblica. L'analisi delle esperienze condotta all'interno del Progetto, che ha preso a campione un numero estremamente elevato di amministrazioni suddivise per livello territoriale di governo, rappresenta a oggi un "serbatoio" molto prezioso cui attingere per colmare i vuoti lasciati dalla vigente normativa in tema e permette di trarre utili indirizzi in un ambito nel quale gli stessi contributi della dottrina (almeno nazionale) e della giurisprudenza non hanno finora delineato un quadro di principi e di concetti organico e compiuto.

assumono nel loro rapporto con l'esercizio privato di pubbliche funzioni, né tantomeno il presente lavoro può rappresentare l'ambito in cui operare una rilettura complessiva degli strumenti tipici di gestione dell'attività amministrativa.

Questi saranno, quindi, richiamati solo laddove si dimostrino significativi ai fini dell'esposizione, mentre per la loro trattazione generale, nonché per eventuali necessità di approfondimento, si rimanderà alla dottrina di settore.

Nel presente lavoro, si ritiene, quindi, più opportuno adottare un approccio che si può definire empirico, volto cioè ad individuare *“il minimo comune denominatore, il nucleo base a partire dal quale”* le singole fattispecie di esercizio privato di pubbliche funzioni si differenziano ⁽²¹⁾.

L'obiettivo è, dunque, quello di fornire un contributo alla definizione degli elementi che, intervenuti nel corso dell'ultimo decennio di profonde e significative trasformazioni, hanno condotto ad un'evoluzione dello strumento tradizionale dell'esercizio privato di funzioni pubbliche.

Si cercherà di valutare, in particolare, se l'influenza di detti fattori abbia alterato gli attributi propri dello strumento in esame oppure ne abbia inciso solamente caratteri non qualificanti o accessori, arricchendoli con i nuovi principi riformatori.

Nel primo caso, l'ormai diffuso utilizzo del termine “esternalizzazione” (o *outsourcing*) per indicare l'esercizio privato di pubbliche funzioni sarà giustificato quale riferimento ad uno strumento di gestione dell'attività amministrativa del tutto nuovo, mentre nel secondo caso si dovrà chiarire se vi sia o meno equivalenza tra il termine richiamato e quello tradizionalmente ricorrente.

1.2. Corsi e ricorsi storici nell'esercizio privato di pubbliche funzioni

I primi contributi relativi al tema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, a lungo studiato dalla dottrina nell'ambito dell'intervento dei soggetti

²¹ Secondo G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in Dpub, 1998, 661 e ss., il metodo richiamato *“sembra idoneo a ricostruire le categorie giuridiche in un contesto istituzionale e culturale caratterizzato dalla frammentazione”*. Il diritto, infatti, *“non può rinunciare, per propria stessa natura, alla ricerca delle categorie ma forse può trovarle solo procedendo per scomposizioni analitiche da assumere non come una resa alla frammentazione ma come base delle certezze ricostruttive possibili”*.

privati nell'attività amministrativa, si devono a quelli che sono stati definiti come "*i fondatori del diritto amministrativo*"⁽²²⁾.

Il dibattito è poi proseguito con gli autori a questi successivi, che hanno affrontato ed analizzato a fondo il tema, costruendo un percorso dottrinale dal cui esame e confronto è possibile trarre alcune rilevanti indicazioni per uno studio attuale della materia.

Non essendo questa la sede più opportuna per una ricostruzione complessiva dei percorsi critici e delle linee di sviluppo che, nel corso del tempo, hanno avuto ad oggetto l'esercizio privato di pubbliche funzioni, si rinvia a specifici scritti di settore per un'analisi puntuale dei più importanti orientamenti dottrinali⁽²³⁾.

Si ritiene, tuttavia, significativo, ai fini della presente trattazione, riportare la specifica definizione dell'istituto come esposta in uno dei più autorevoli contributi in materia, secondo cui si può qualificare come esercizio privato di pubbliche funzioni "*qualunque forma di attività, dalla quale derivi l'attuazione di fini pubblici, esercitata da privati, ossia da persone fisiche che non abbiano la qualità di organi di enti pubblici, o da società commerciali, o altre persone giuridiche private*"⁽²⁴⁾.

Secondo tale nozione, gli elementi essenziali del concetto sono, quindi, rappresentati dal carattere pubblico dell'attività esercitata, che si desume dalla sua funzionalizzazione al perseguimento dei fini pubblici, e dalla natura privata del soggetto che esercita l'attività medesima.

Tuttavia, in generale, l'attività di persone fisiche rivolta al soddisfacimento ed alla realizzazione di interessi pubblici si identifica con l'attività di un determinato soggetto pubblico che, di per sé, non può avere volontà alcuna (e quindi non può svolgere attività) se non appropriandosi di quella di persone fisiche o giuridiche che agiscono per esso. Per questo, si ritiene che un'attività

²² La locuzione è stata utilizzata con riferimento a V.E. Orlando, S. Romano, e O. Ranelletti da M.S. Giannini nella prefazione a F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 1911-1914, ristampa 1992, I, dove è evidenziato come "*tutti gli scrittori di diritto amministrativo della prima metà del secolo o sono stati allievi o si sono saldamente richiamati all'opera dei tre fondatori*".

²³ Vedi, per tutti, F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, cit., e Id., *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit.

²⁴ G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Società editrice libraria, 1920, II, 3, pp. 235 e ss. Nell'introdurre l'opera citata, F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, cit., pag. 388, parla del "*primo vero studio della materia*".

svolta per il raggiungimento di fini pubblici dovrebbe, di regola, sempre qualificarsi come attività pubblica, e le persone che la esercitano designarsi come organi dell'ente.

L'attività che si ha nell'esercizio privato di funzioni pubbliche è, invece, privata e viene svolta da soggetti privati che non mutano tale loro qualità al mutare della natura dell'attività esercitata.

È evidente, dunque, che, se si muove dal presupposto che l'organizzazione amministrativa sia composta unicamente dall'amministrazione dello Stato e dagli enti autarchici, può diventare difficile trovare una corretta collocazione alla figura del privato esercente pubbliche funzioni ⁽²⁵⁾.

L'orientamento dottrinale di cui si discute ha, tuttavia, ritenuto di poter risolvere i dubbi prospettati affrontando il tema della qualificazione dell'organo di un ente pubblico e degli elementi che permettono di assegnare o meno tale qualità ad un soggetto giuridico determinato.

Posta l'individuazione di tali elementi nello svolgimento dell'attività "a servizio e in servizio" dell'ente pubblico ovvero in rappresentanza dello Stato e nel suo interesse, si giunge alla conclusione che la mancanza del primo fattore è comunque condizione necessaria e sufficiente a far qualificare come privato l'esercizio della funzione pubblica ⁽²⁶⁾.

²⁵ In proposito, S.Romano, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E.Orlando, Società editrice libraria, 1920, 594, e Id., voce *Decentramento amministrativo*, ora in *Scritti minori*, Giuffrè, 1990, pag. 57 e ss., parla di amministrazione diretta e amministrazione indiretta, intendendo nel primo caso l'attività che si svolge nella sfera di un'unica personalità (in generale l'amministrazione statale) e nel secondo l'attività che, al contrario, presuppone distinte personalità. Si tratta, cioè, dell'amministrazione autarchica, intendendo col termine autarchia l'attività "compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse, oltre che dello Stato, anche proprio".

²⁶ G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., ritiene, in particolare, che il criterio più sicuro per distinguere l'organo dal privato sia riconoscere la qualità del primo alla persona o al complesso di persone fisiche che sono preposte a un ufficio statale, precisando tuttavia che, nella pratica, non è sempre facile decidere quando ad una pubblica attività corrisponda un pubblico ufficio. Per questo si ritiene necessario evidenziare alcuni elementi secondari della definizione di organo, il primo dei quali riguarda lo svolgimento dell'attività "a servizio e in servizio" dell'ente pubblico ovvero in modo tale che, esteriormente, la personalità del titolare dell'organo sparisca nella personalità dello Stato e che la medesima attività sia eseguita nell'interesse dello Stato. Per contro, i caratteri propri dell'esercizio ufficiale dell'attività pubblica sono di non essere dispiegata né nel nome della persona fisica che la esegue, né nel suo specifico interesse. Perché si configuri esercizio privato di funzioni pubbliche è, dunque, sufficiente che manchi il primo dei due elementi ovvero che la persona agisca in nome proprio. La mancanza del secondo fattore, infatti, non è condizione né sufficiente, né necessaria allo stesso fine. Si osserva, però, che, se in generale l'esercizio privato si ha quando il soggetto

D'altro canto, si evidenzia come, nella maggior parte dei casi, in prima istanza anche il requisito dell'interesse potrebbe difettare. E' naturale, infatti, che il soggetto privato, esercitando funzioni pubbliche in suo nome e, quindi, esponendosi direttamente alla responsabilità derivante da tale esercizio, sia portato a svolgere tale attività nel proprio interesse e non in quello dello Stato⁽²⁷⁾.

Tuttavia, la realtà dimostra che i due interessi spesso sono coincidenti: è quanto accade, ad esempio, per la gestione dei servizi pubblici.

Se ciò avviene, si può legittimamente assumere che l'azione del soggetto privato sia svolta in nome di un interesse pubblico e, quindi, lo stesso può essere qualificato come pubblica amministrazione.

In particolare, poiché il suddetto soggetto è tenuto al perseguimento di fini propri e, al contempo, dello Stato, si è ritenuto legittimo qualificarlo come ente autarchico e non come ente (o persona) di natura privata⁽²⁸⁾.

Ma, al di là delle suggestioni problematiche richiamate, che renderebbero necessari ben altri approfondimenti, l'orientamento esposto ha suscitato interesse anche per un altro aspetto, che attiene, in verità, ad un profilo prettamente storico dello strumento in esame.

agisce in nome proprio e per il proprio interesse, la qualificazione è la medesima anche qualora manchi il primo dei due elementi citati (ovvero la rappresentanza), mentre sorgono dei dubbi in assenza del secondo (ovvero l'interesse). Si pensi, ad esempio, ai casi in cui, pur riconoscendosi l'esercizio privato di funzioni pubbliche, si deve escludere che il privato abbia un interesse proprio da conseguire, come avviene quando l'esercizio della funzione pubblica deriva da un obbligo di legge (ad esempio, l'obbligo della prestazione di testimonianza in giudizio oppure quello di assistenza agli organi dello Stato in caso di tumulti, calamità o fragranza di reati). Parte della dottrina ha, tuttavia, riconosciuto l'esercizio privato di funzioni pubbliche anche nei casi citati. Vedi S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, Società editrice libraria, 1912, pag. 166 e pagg. 258-260. Diversa ancora è la posizione di chi agisce in nome dello Stato ma per fini propri: in questo caso, infatti, possono verificarsi le ipotesi di concussione, abuso d'autorità o usurpazione di pubbliche funzioni. La rilevanza dell'elemento dell'interesse rispetto a quello della rappresentanza è dunque manifesta. La complessità della questione affrontata è evidente ed è in tal senso che deve essere inteso il richiamo fatto dall'Autore all'acceso dibattito della dottrina del suo tempo in merito alla nozione di organo, in ordine al quale lo stesso rinvia, in particolare, a O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, 1912, ora in *Scritti giuridici scelti*, Jovene, 1992.

²⁷ L'utilizzo del termine "Stato" oggi può apparire anacronistico, ma è coerente con il quadro storico in cui si inserisce la dottrina di cui si sta riportando l'orientamento. Volendo comunque rendere attuale il termine, si può potrebbe fare riferimento all'ormai riconosciuto significato del termine "pubblico".

²⁸ G. Zenobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit.

Ci si riferisce, in particolare, all'idea secondo cui "*il sistema di valersi di privati e di società private per conseguimento di fini pubblici è proprio di ogni tempo e di ogni ordinamento*" ⁽²⁹⁾, a sostegno della quale vengono richiamate alcune interessanti fattispecie di esercizio privato di pubbliche funzioni disposto per l'attuazione dell'interesse pubblico in tempi bel lontani da quelli odierni.

Ad esempio, già nel periodo di vigenza del diritto romano, si verificavano molti appalti di funzioni amministrative ai privati, come è il caso della riscossione dei tributi e delle gabelle affidati ai *publicani* ed ai *conductores vectigalium*. Questi soggetti, che godevano di particolari privilegi nelle esazioni dei crediti fiscali, furono tuttavia sempre considerati come privati nell'esercizio delle loro funzioni e questo si rispecchiava nel sistema della tutela.

I loro diritti ed i loro interessi all'esercizio delle funzioni di esattori dovettero, infatti, essere spesso strenuamente difesi con lotte contro gli organi della Repubblica e dell'Impero nonché contro i governatori delle Province. A tal fine, essi si riunivano in *societates vectigalium*, equiparate a vere e proprie società civili, per meglio conseguire i loro intenti. Un altro elemento a sostegno della natura privata di tali soggetti può essere rinvenuto nel fatto che questi assumevano presso di sé propri impiegati, che non erano dipendenti dalla Repubblica.

Sempre nel periodo romano, possono essere ricordate le azioni popolari, utilizzate per far valere gli interessi dello Stato e dei municipi. Queste procedure erano, però, ammesse anche per promuovere una vasta quantità di azioni penali, nel corso delle quali era permesso anche a soggetti privati di assumere la posizione di pubblico accusatore.

Avanzando sino al periodo feudale, non può non farsi menzione dell'istituto dell'immunità, affermatosi soprattutto presso i Franchi come effetto dell'indebolirsi dell'azione dello Stato.

L'immunità era concessa come privilegio a singoli proprietari terrieri e comportava il divieto per gli organi dello Stato o del governo locale di introdursi nel territorio immune e di esercitarvi qualsiasi funzione di pubblico potere, ivi compresa l'esazione dei tributi e la giurisdizione. Da ciò derivava il diritto di azione positiva, da parte del titolare della concessione, che si sostituiva ai funzionari locali nell'autorità di provvedere al governo nonché alla disciplina interna del suo dominio, assumendo su di sé, tra l'altro, il potere di richiedere il pagamento delle imposte e quello di esercitare il diritto di giurisdizione sui propri dipendenti.

²⁹ G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., pag. 387.

Quest'ultima facoltà, prima attivabile solo per le cause non pertinenti al territorio immune, fu poi estesa anche ai privilegi speciali ovvero alle cause più gravi in corrispondenza della giurisdizione comitale⁽³⁰⁾.

Nel periodo delle conquiste coloniali, invece, è stata molto forte la tendenza ad investire di poteri pubblici i soggetti e le società private ai fini della gestione dei territori coloniali.

Le colonie che le repubbliche marittime acquistavano in Africa e in Oriente erano, infatti, affidate a speculatori privati o a società private di commercio e di navigazione, affinché queste le sfruttassero e le amministrassero in vece e in luogo della Repubblica, che si riservava solo l'alta sorveglianza sulla medesima colonia. I concessionari esercitavano, quindi, sia le funzioni di carattere amministrativo, sia quelle legislative e giurisdizionali.

Il sistema si è poi evoluto verso i grandi Stati coloniali, che si servirono frequentemente di società private non solo per l'amministrazione di colonie ma anche per l'acquisto medesimo dei domini.

In tempi più recenti, parte della dottrina ha ravvisato un caso di esercizio privato di pubbliche funzioni nella gestione del sistema assistenziale durante il periodo liberale.

La funzione assistenziale, "*mai del tutto misconosciuta come oggetto di interesse pubblico*", fino all'emanazione della l. n. 753/1862 restò incentrata sul sistema delle Opere pie, istituzioni caritatevoli private, aventi di solito natura di fondazione, il che le vincolava nello svolgimento della loro attività alla volontà del relativo fondatore⁽³¹⁾.

Da questo derivava la totale assenza di un sistema di diritti all'assistenza in senso proprio; a ciò deve aggiungersi l'esistenza di un controllo solo formale da parte dello Stato, che raramente esprimeva indirizzi o regole pervasive.

Si può altresì discutere dei casi in cui l'esercizio privato di pubbliche funzioni trova applicazione in ordinamenti diversi da quello statuale. Se è vero, infatti, che il concetto di organo è stato formulato per essere applicato a

³⁰ Si ritiene che il regime dell'immunità rappresenti l'estensione massima mai ricevuta dall'esercizio privato di funzioni pubbliche per mezzo di privati. Vedi G.Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E.Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Società editrice libraria, 1920, II, 3, pp. 235 e ss.

³¹ Vedi, S.Sepe – L.Mazzone – I.Portelli – G.Vetritto, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana*, Carocci, Roma, 2003, pag. 65 e ss. Si consideri, tuttavia, che, secondo la nozione di esternalizzazione che si accoglierà avanti, l'assistenza andrebbe classificata tra i servizi e, quindi, non verrebbe presa in considerazione ai fini del presente lavoro.

qualunque società organizzata ed a tutte le persone giuridiche, lo stesso può dirsi della nozione di organo improprio ⁽³²⁾.

In tal senso, è legittimo richiamare, ad esempio, due significativi casi di privati esercenti pubbliche funzioni nell'ordinamento religioso.

Si tratta, in primo luogo, del battesimo. Questa funzione, infatti, seppure ordinariamente amministrata dal sacerdote, può, in caso di urgenza, essere svolta da qualunque fedele ⁽³³⁾.

Un altro caso è quello della denuncia degli impedimenti matrimoniali, secondo cui tutti i fedeli che siano a cognizione di detti impedimenti, in seguito alle pubblicazioni fatte dalla chiesa di un matrimonio progettato, diventano obbligati a rivelarli. La fattispecie potrebbe essere assimilata in parte all'istituto della testimonianza obbligatoria in giudizio, proprio della procedura giudiziaria canonica come di quella laica.

Sotto un altro profilo si osserva che, pur parlandosi in generale di esercizio privato di funzioni e servizi amministrativi, non sembra vi siano ostacoli all'applicazione dell'istituto anche alla funzione giurisdizionale ed alla funzione legislativa.

Per quanto concerne il primo aspetto, sul piano storico si può, ad esempio, pensare al conferimento a determinati giuristi privati, da parte di molti imperatori a partire da Augusto, del *jus publice respondendi*, che dava ai loro responsi valore obbligatorio non solo in riferimento al caso controverso che aveva occasionato la decisione, ma originando altresì un vincolo per il giudice a valere anche per tutti i casi simili e le liti dell'avvenire ⁽³⁴⁾.

Un istituto cui si può far riferimento nei tempi odierni è, invece, quello dei poteri conferiti agli arbitri privati giurisdicenti, che decidono della controversia in seguito al mandato ricevuto dalle parti contendenti.

Nel secondo caso, invece, è significativa l'attività di attribuzione del valore legislativo ad opere giuridiche, già compilate con intenti scientifici o pratici, da privati giureconsulti svolta dagli organi ufficiali nel periodo romano ⁽³⁵⁾.

³² Vedi, G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit.

³³ In effetti, poche altre funzioni sono così strettamente pubbliche come quella richiamata, che ha per effetto l'ammissione di un estraneo alla cittadinanza ecclesiastica.

³⁴ G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., richiama Gaio, *Istituzioni*, lib. I, cap. 7, secondo cui "*opiniones eorum qui permissionem habent jura condendi*", ovvero le opinioni di coloro cui è permesso di "creare diritto nuovo".

³⁵ In tal senso, si pensi alla legge delle citazioni nel diritto romano, con la quale l'autorità imperiale attribuiva valore di legge alle opere di alcuni giureconsulti trapassati oppure alla compilazione dei Digesti giustinianeî, attraverso cui le opere giuridiche private assumevano la dignità di fonti del diritto con efficacia spesso *ex tunc*, confermando una pratica

La pratica descritta ha, in verità, trovato applicazione anche in momenti successivi, come è avvenuto con il riconoscimento, per azione spontanea dei cittadini o tacito assenso dei tribunali, di molte compilazioni giuridiche, quali la tavola amalfitana e il libro del consolato del mare per il diritto mercantile marittimo.

Passando ad un altro e diverso profilo, si ritiene che, per rintracciare esempi di norme giuridiche fatte dai privati e riconosciute dallo Stato, non si possa far riferimento a quelle regolamentari talvolta emanate dai soggetti privati per disciplinare l'esercizio dei servizi pubblici loro affidati.

Esempi di vera produzione giuridica da parte dei privati possono, invece, ritrovarsi in tutte quelle fattispecie in cui il diritto riconosce efficacia alla consuetudine nel campo del diritto privato. Si ritiene cioè che i privati, dispiegando le loro proprie attività, in loro nome e nel loro privato interesse, possano comunque concorrere alla formazione di alcune parti dell'ordinamento giuridico poiché l'esercizio di funzioni pubbliche, anche se svolto in forma privata, produce un ampliamento della sfera di attività individuale in campi che ad essa non apparterrebbero naturalmente, dal che deriva un restringimento più o meno sensibile della naturale libertà del privato.

In ogni caso, si consideri che, tra i diversi ordinamenti giuridici in cui può rilevare l'esercizio privato di pubbliche funzioni (che generalmente è studiato in rapporto all'attività amministrativa), le questioni più rilevanti si pongono senza dubbio con riferimento alla posizione dei privati esercenti funzioni nei confronti della legge penale. In tale campo, infatti, viene in rilievo il possesso della qualità di pubblico funzionario per diversi e rilevanti aspetti, che producono conseguenze ed effetti differenti.

Innanzitutto, vi sono delitti che possono essere commessi solo da chi riveste la qualità di funzionario ovvero il peculato, la concussione, la corruzione, l'abuso d'autorità e la falsità in atti. In secondo luogo, esistono delitti che, pur potendo essere consumati da qualunque persona, assumono una gravità particolare se l'autore è investito di pubbliche funzioni: è ciò che avviene per i delitti contro le libertà pubbliche commessi da funzionari pubblici e per i delitti connessi alla libertà personale ed alla violazione di domicilio o di sigilli.

Per altro verso, però, vi sono anche disposizioni rivolte a proteggere l'attività svolta dai pubblici funzionari e dagli incaricati di pubblico servizio, come, ad esempio, per la violenza e resistenza all'autorità. Anche in questo senso si pone, quindi, il problema di capire quali soggetti devono essere considerati pubblici ufficiali, ovvero se chiunque eserciti funzioni pubbliche o

precedente in cui nella *communis opinio* e nell'*usus forensis* queste opere giurisprudenziali erano state ritenute fonti autentiche e di diritto speciale.

solo chi tali funzioni esercita in qualità di organo dello Stato o di altro ente, escludendo cioè coloro che esercitano le funzioni in questione in nome proprio⁽³⁶⁾.

Secondo l'orientamento dottrinale che si riporta, la soluzione è in questo secondo senso e, alla domanda su chi debba intendersi persona legittimamente incaricata di un pubblico servizio, si deve rispondere: qualunque impiegato di una pubblica amministrazione che sia adibito a mansioni puramente esecutive e materiali, escluso ogni elemento di autorità o discrezionalità⁽³⁷⁾.

Quanto detto sinora, conferma, da un lato, la valenza tradizionale della figura giuridica che si è posta a base del presente studio e, dall'altro, la sua duttilità in termini applicativi anche in ordinamenti che, seppur contigui, non sono coincidenti con quello di origine.

Tuttavia, per valutare se si possano rintracciare elementi di attualità nelle fattispecie richiamate, suscettibili di un'applicazione all'odierna modalità di utilizzo dello strumento in esame da parte delle amministrazioni pubbliche, è opportuno analizzare più da vicino l'incidenza dimostrata da alcuni dei principi introdotti dalle norme di riforma emanate a partire dal 1990 ad oggi.

I principi in questione hanno, infatti, contribuito più di altri a "contaminare" la logica tradizionale dell'agire amministrativo con le logiche tipiche dell'organizzazione aziendale, rendendo necessario in parte l'uso di strumenti gestionali del tutto nuovi e in parte il ripensamento di strumenti esistenti.

Fino ad oggi, la forza riformatrice dei suddetti principi è stata tale da stimolare l'utilizzo di una nuova concezione della stessa pubblica amministrazione, se intesa nell'accezione di mezzo di realizzazione degli obiettivi ultimi imposti dalle disposizioni di riforma: ci si riferisce al concetto di "amministrazione di risultato".

³⁶ Nel successivo par. 3.1, trattando della distinzione tra funzioni e servizi pubblici, verrà approfondita anche la questione, ivi richiamata, degli "indici di riconoscimento" della qualità di pubblico ufficiale. Sotto il profilo delle conseguenze pratiche di tale distinzione, vedi il par. 2.7 e le problematiche sorte in rapporto alla qualificazione, in uno dei due sensi indicati, degli ausiliari del traffico.

³⁷ Vedi, G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit.. La nozione così formulata, in verità, sembrerebbe escludere i privati poiché si limita ad individuare l'elemento di discriminazione nell'attribuzione della qualità di organo dello Stato nell'assenza di un potere discrezionale, contraddicendo, almeno in parte, quanto detto in apertura. L'Autore richiama, tuttavia, V.E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, V° ed., Barbera, Firenze, 1915, pag. 42, laddove evidenzia la possibile trasmissione dell'esercizio della funzione pubblica anche a istituti di origine meramente privata, come ad esempio le società di gestione ferroviaria i cui impiegati sono rivestiti di pubblica funzione per il mantenimento della sicurezza nell'esercizio della via. In quest'ottica, i soggetti citati sono considerati pubblici ufficiali.

1.3. L'affermazione del principio del risultato quale obiettivo dell'agire amministrativo

L'espressione "amministrazione di risultato" ha cominciato ad essere utilizzata in maniera esplicita, dal legislatore prima e dalla dottrina poi, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso: si tratta, quindi, di una terminologia relativamente recente.

Prima del periodo indicato, infatti, l'espressione richiamata era considerata meramente servente al principio di buon andamento, nei confronti del quale si poneva quale criterio *"sussidiario...di interpretazione di volta in volta del comando legislativo o, in mancanza, direttamente dei principi costituzionali enunciati in materia, o del dovere di efficienza in sede di attuazione o, infine, più raramente, come presidio della effettività del disposto normativo"* ⁽³⁸⁾.

In altre parole, il principio del risultato veniva inteso quale mero indicatore del buon andamento, e ciò accadeva in un quadro normativo e istituzionale in cui i caratteri del processo decisionale erano rilevanti soltanto nell'ottica della legittimità dell'azione amministrativa. È questa la motivazione posta a base della lunga "marginalità" del principio in questione, che rimase a lungo recessivo rispetto al dominante principio di imparzialità nell'ambito dei canoni dettati dall'art. 97 della Costituzione ⁽³⁹⁾.

³⁸ M.Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002 - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 108.

³⁹ A riguardo, è interessante l'osservazione di G.Di Gaspare, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in *DPub*, 2001, 2, pag. 657, secondo cui *"il buon andamento in particolare, come principio di efficienza, è stato la leva per ridurre l'ambito di applicazione del principio di legalità nella 'organizzazione della pubblica amministrazione"*. Per un'approfondita disamina degli orientamenti giurisprudenziali in tema di buon andamento vedi G.D'Alessio, *Il buon andamento nei pubblici uffici*, Clua, Ancona, 1993. Lo stesso Autore, in un saggio antecedente osserva come *"non sembra trovare giustificazione e supporto nel materiale giurisprudenziale l'ipotesi di una esclusione reciproca, di una contraddittorietà tra una visione del buon andamento intesa ad affermare con forza la necessità di apparati pubblici...<<bene amministrati>> ...e una concezione del buon andamento che si richiama ad una amministrazione <<corretta>>"*. Tuttavia, è *"ormai largamente preponderante una lettura del buon andamento in termini di efficienza"* e, infatti, *"la giurisprudenza centrata sul momento <<garantistico>> risulta meno ampia e meno ricca"*; Id., *Interpretazioni e applicazioni giurisprudenziali del principio del buon andamento*, in *Democrazia e amministrazione*, in *ricordo di V. Bachelet*, Marongiu – De Martin (a cura di), Giuffrè, 1992, pag. 50 e ss.

Oggi, al contrario, parlando di "amministrazione di risultato", si pone in evidenza come l'obiettivo ultimo dell'azione amministrativa non sia rappresentato dalla sola legittimità ma, al contrario, a questa deve accompagnarsi anche il concreto raggiungimento di specifici risultati in termini di efficienza, efficacia ed economicità.

L'evocazione di questi criteri, introdotti per la prima volta in maniera espressa nel nostro ordinamento dall'art. 1, co.1, della l. n. 241/90⁽⁴⁰⁾, richiama inevitabilmente la più ampia concezione dei movimenti riformatori definiti come *New Public Management* e *Reinventing Government*, diffusi nei paesi anglosassoni già a partire dai primi anni Ottanta e progressivamente entrati anche nel nostro ordinamento. È sulla scia di questi movimenti, infatti, che, nell'obiettivo di un generale ammodernamento delle amministrazioni pubbliche, si è avviato un graduale ma costante innesto a livello gestionale e organizzativo di strumenti, metodologie e procedure tipici del *management* delle imprese private⁽⁴¹⁾.

Dopo l'emanazione della citata l. n.241/90, molti altri provvedimenti hanno accordato un esplicito rilievo giuridico al principio del risultato, il che ha inevitabilmente reso necessaria una ridefinizione non solo del rapporto tra

⁴⁰ Art.1, co.1, l. n.241/90 – “L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti”. Sulla rilevanza dei principi richiamati, vedi, tra gli altri, G.Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario 2002 - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 127 e ss., e V.Cerulli Irelli, relazione introduttiva al convegno “*Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*”, Roma, 22 marzo 2002, ora in *Annuario 2002 - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 3 e ss..

⁴¹ In proposito, S.Cassese, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal Rapporto Giannini*, in *GDA*, 2000, 1, pag. 100 e ss., definisce il movimento del *New Public Management* come una “scatola di attrezzi” che comprende “la riduzione delle funzioni amministrative (*contracting-out* e *outsourcing*), la riduzione delle dimensioni amministrative (*agencification*), il ridisegno dei processi di decisione..., l'introduzione del calcolo economico e la comparazione dei costi..., l'accollo a privati di compiti pubblici (*private-public partnership*)”. Si tratta, secondo l'Autore, di rimedi che muovono nella direzione dell'economia applicata all'amministrazione e che possono essere utili sia per il settore pubblico che per quello privato. Richiamano i movimenti citati anche G.Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 17, e A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, relazione tenuta al convegno su “*La gestione patrimoniale dell'Ente Locale alla luce delle novità legislative*”, Avezzano, 9 maggio 2003, pag. 2. Per quanto riguarda la dottrina straniera, è fondamentale il riferimento a C.Harlow – R.Rawlings, *Law and administration*, II. ed., London, 1997.

politica e amministrazione, ma anche di quelli esistenti, da un lato, tra normazione ed organizzazione e, dall'altro, tra poteri di indirizzo e poteri di controllo.

Si è evidenziato, in particolare, come il principio in questione sia divenuto un riferimento fondamentale nella disciplina dei rapporti tra ministro e dirigenti, ora fondati (almeno in linea teorica) sul sistema delle direttive e delle verifiche dei risultati.

Lo stesso può dirsi anche per la riconosciuta valenza al criterio del risultato quale parametro di ripartizione delle risorse tra le diverse articolazioni dell'organizzazione amministrativa nell'ambito della riforma del bilancio, oppure quale indice per la definizione della quota variabile della retribuzione dirigenziale, nonché quale presupposto per la tutela degli utenti attraverso il sistema delle carte dei servizi ⁽⁴²⁾.

Altra dottrina ha, invece, osservato come, mentre il principio gerarchico ha costituito il "connettivo interno" del modello di amministrazione legalitario – burocratico fondato sulla legislazione nell'inizio del secolo scorso, il principio di legalità assicura l'equilibrio tra esercizio del potere gerarchico e garanzia dell'imparzialità nell'agire amministrativo. Tuttavia, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, il buon andamento e l'imparzialità sono sempre più apparsi come principi complementari e indipendenti rispetto a quello di legalità, tanto che il loro perseguimento quali fini ultimi dell'attività amministrativa ha, in molti casi, giustificato un'applicazione riduttiva del principio originario ⁽⁴³⁾.

Ma, al di là del rilievo per le fonti originarie e per le conseguenze più evidenti che l'introduzione ed il graduale rafforzamento del principio del risultato ha prodotto sull'organizzazione amministrativa, nella presente sede si ritiene necessario porre in evidenza quella che può essere identificata come la causa principale del ricorso a detto principio, ovvero la crisi della finanza pubblica.

A partire dall'inizio degli anni Novanta, infatti, il legislatore si è trovato a gestire le difficili conseguenze dell'andamento incontrollato della spesa pubblica verificatosi nel periodo precedente, il cui risvolto immediato era stato la drastica perdita di efficienza delle amministrazioni pubbliche.

⁴² M.Cammelli, *Amministrazione di risultato*, cit., pag. 108.

⁴³ G.Di Gaspare, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, cit., pag. 657. Con riferimento agli orientamenti espressi sul tema dalla Corte Costituzionale, l'Autore richiama C.Pinelli, *Art.97. La pubblica amministrazione*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G.Branca e continuato da A.Pizzorusso, Zanichelli, 1994.

A ciò deve aggiungersi la necessità di ricondurre la gestione del bilancio e quella delle spese all'interno dei parametri di convergenza fissati dalle disposizioni sull'integrazione nell'Unione Europea, stante l'obbligo di rispettare gli *steps* di costituzione della moneta e del mercato unico.

È per questo che la legislazione di delega di questi anni, che ha dato avvio ai complessi meccanismi di riforma, si fonda sull'obiettivo di un contenimento generalizzato a medio termine della spesa pubblica: obiettivo che ispira ogni aspetto dei profondi processi di riqualificazione delle politiche pubbliche, e che richiama anche la necessità di ridurre, da un lato, l'incidenza delle amministrazioni sui costi di produzione dei servizi resi agli utenti e, dall'altro, i costi interni di funzionamento delle medesime amministrazioni ⁽⁴⁴⁾.

Quest'ultimo aspetto è chiaramente quello che presenta maggiore importanza per uno studio del tema relativo all'esternalizzazione delle funzioni amministrative.

Si può dire, infatti, che i rimedi organizzativi previsti dal legislatore per il raggiungimento dell'indicato obiettivo di riduzione dei costi interni di funzionamento delle strutture amministrative siano stati orientati prevalentemente secondo due direttive principali.

In primo luogo, si è cercato di attuare una razionale riorganizzazione degli apparati esistenti. In tal senso, si è operato in parte tramite norme di settore, come quelle relative alla riforma dei Ministeri e della Presidenza del Consiglio dei Ministri di cui ai decreti nn. 300/99 e 303/99 (e successive modificazioni e integrazioni) oppure a quelle concernenti il riordino di altre amministrazioni come, ad esempio, il d.lgs. n. 419/99 per il sistema degli enti pubblici nazionali. In parte, sono state, invece, emanate disposizioni, per così dire, "trasversali", ovvero applicabili ad ampi comparti di amministrazioni (è il caso, estremamente significativo, del d.lgs. n. 286/99 di riforma del sistema dei controlli interni) ⁽⁴⁵⁾.

⁴⁴ Ci si riferisce soprattutto alla l. n.421/92. Vedi G.Di Gaspare, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, cit..

⁴⁵ Sulla riforma del sistema dei controlli, vedi su tutti G.D'Auria, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Giuffrè, 2000, pag. 1217 e ss.; Id., *I controlli amministrativi*, in AAVV, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario al d.lgs. n.29/1993*, F.Carinci (a cura di), Giuffrè, 1995. Vedi, inoltre, C.D'Orta, *Controllo di gestione e responsabilità dirigenziale nelle recenti riforme della p.a.*, in RTDP, 1994, pag. 1007 e ss.; C.Pinelli, *Responsabilità per risultati e controlli*, in DA, 1997, pag. 385 e ss.; Banca d'Italia, *I controlli delle gestioni pubbliche*, Atti del Convegno di Perugia del 2-3 dicembre 1999. Sulla misurazione e sulla valutazione dell'azione amministrativa e delle politiche pubbliche, vedi in particolare, B.Dente, *Il*

A questa tendenza si è contrapposta o, meglio, si è intrecciata la volontà di operare per le funzioni amministrative come si già si stava operando per i servizi pubblici, soprattutto a livello locale.

Si è deciso cioè di stimolare il trasferimento verso soggetti privati delle attività e dei compiti la cui gestione *in house* risultasse troppo onerosa o dal cui spostamento all'esterno potesse derivare un significativo risparmio di risorse da reimpiegare all'interno. Tutto questo, ovviamente, nel limite dell'intangibilità delle prerogative istituzionali proprie delle singole amministrazioni.

Da quanto detto, si dovrebbe comprendere quale può essere la ragione di un attuale interesse per il tema dell'esercizio privato delle funzioni pubbliche.

Ancora di più, tuttavia, i profili richiamati possono dare una prima suggestione in merito alle possibili "contaminazioni" che lo strumento in esame può aver subito nel suo rinnovato utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche a partire dai primi anni Novanta.

Per giungere ad un'indicazione quanto più puntuale possibile dei mutamenti in tal senso intercorsi, si procederà, quindi, in primo luogo alla formulazione di una "nuova" definizione dello strumento oggetto d'esame.

Successivamente, tale definizione verrà "testata" attraverso la verifica della sua applicabilità ai casi di esternalizzazione previsti dalla vigente normativa di settore, per poi valutare la sua "tenuta" anche in rapporto ad alcuni dei principi generali ai quali inevitabilmente deve farsi richiamo nel momento di utilizzo dello strumento in questione.

1.4. Una possibile nozione di esternalizzazione

Come si è già accennato in precedenza, l'esternalizzazione (o *outsourcing*) è uno strumento gestionale che nasce nel settore privato e che solo in tempi recenti ha cominciato a trovare applicazione anche in ambito pubblicistico.

È per questo che, a tutt'oggi, la maggioranza delle definizioni fornite dalla dottrina sono applicabili *sic et simpliciter* alle sole imprese private.

Spesso, infatti, la nozione di *outsourcing* viene costruita con riguardo ai soli profili dell'organizzazione aziendale e nell'ottica del raggiungimento di

controllo dei risultati dell'azione amministrativa, in AAVV, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Atti del Convegno di Roma del 31 gennaio 2002, G.C.De Martin - G.Berti (a cura di), Luiss, Roma, 2002, e G.Rebora, *La valutazione dei risultati nelle amministrazioni pubbliche*, Guerini, 1999. Per un primo commento dell'impatto della riforma costituzionale di cui alla l.cost. n.3/01 sul sistema dei controlli, vedi F.Petronio, *Controlli, cambio di rotta senza bussola*, in GEL, 2001, 21, pag. 18-22.

obiettivi quali la concentrazione degli investimenti sul patrimonio di risorse legate alle attività del *core business* (di cui si ricerca la massimizzazione della redditività), la riduzione dei costi strutturali delle attività esternalizzate nonché l'acquisizione di una maggiore flessibilità nella struttura aziendale, tale da consentire un maggior adeguamento ai mutamenti del mercato.

È evidente che detti obiettivi, rilevanti senza dubbio anche per un'amministrazione pubblica che decida di esternalizzare una o più attività di propria competenza, non esauriscono le motivazioni che la stessa deve opportunamente porre alla base della decisione di utilizzare l'*outsourcing* piuttosto che un altro strumento gestionale, quale potrebbe essere, ad esempio, la riorganizzazione interna della propria struttura amministrativa.

È per questo che, per fornire una nozione di esternalizzazione che funga da punto di avvio e da "bussola" nell'analisi puntuale del processo di *outsourcing*, occorre operare un esame interpretativo che permetta di trarre la maggior utilità possibile dalle definizioni a tutt'oggi proposte dalla dottrina aziendalistica, la quale dovrà necessariamente essere arricchita sulla base delle indicazioni desumibili dagli orientamenti di carattere giuridico-amministrativo.

Si è già detto, infatti, che, in generale, i contributi sinora offerti presentano "anime" molto distanti tra loro, riferendosi, per un verso, ai suddetti profili organizzativo-aziendalistici e, per l'altro, a quelli giuridici ricavabili dalle (poche) norme di riferimento nonché dai principi generali che informano l'attività delle amministrazioni pubbliche. Questi ultimi, poi, sono spesso interpretati in chiave restrittiva, tanto da non permettere di valorizzare al meglio gli aspetti di "creazione del valore" connessi con l'utilizzo dello strumento in esame.

Nessuno dei due profili indicati, preso singolarmente, può quindi fungere da guida per le amministrazioni che si accingono ad avviare una procedura di *outsourcing*. Quanto detto emerge con evidenza se si osservano alcune delle definizioni offerte dalla dottrina.

In un primo caso, ad esempio, l'*outsourcing*, è stato definito come "*fenomeno della trasferibilità (e dell'esercizio) di attività e relative organizzazioni svolte antecedentemente all'interno dell'impresa*" oppure come costituzione di "*organizzazioni nuove senza trasferimento di strutture precostituite*"⁽⁴⁶⁾.

La definizione riportata viene fornita quale risposta al dibattito circa le condizioni di legittimità dei processi di *outsourcing*, con specifico riferimento al trasferimento di rami di azienda. A riguardo, infatti, si è discusso se queste

⁴⁶ L.Fumagalli – P.Di Cioccio, *L'outsourcing e i nuovi scenari della terziarizzazione*, FrancoAngeli, 2002, pag. 19.

ultime potessero sempre essere oggetto di cessione a soggetti esterni oppure se ciò potesse avvenire solo laddove fosse accertabile, per dette strutture, il possesso *in nuce* delle caratteristiche stesse di un'azienda⁽⁴⁷⁾.

La questione è stata risolta sostenendo che eventuali limitazioni dell'*outsourcing* alle sole attività ed organizzazioni già presenti all'interno dell'impresa avrebbero il deleterio effetto di "rallentare" l'utilizzo dello strumento in questione, ma non riuscirebbero comunque ad ostacolarlo.

Lo stesso orientamento, infatti, evidenziando il legame esistente tra *outsourcing* e terziarizzazione, elemento quest'ultimo caratterizzante tutti i moderni sistemi economici, implicitamente sostiene l'irrinunciabilità del ricorso a procedure di esternalizzazione. La terziarizzazione, infatti, in quanto frutto della progressiva specializzazione delle attività d'impresa, rende sempre più spesso necessario l'affidamento di compiti a soggetti esterni specializzati, che siano in grado di garantire gli elevati livelli di sofisticazione richiesti dal mercato⁽⁴⁸⁾.

È anche vero, però, che non esiste una perfetta biunivocità tra i due fenomeni in esame. Una delle caratteristiche principali di un rapporto di *outsourcing*, infatti, è l'instaurazione di un rapporto duraturo ed, in un certo modo, esclusivo tra committente e fornitore. In altre parole, tra i due soggetti deve nascere una forte integrazione, che richiede complessi meccanismi di governo delle relazioni, tanto da permettere l'utilizzo del termine *partnership*⁽⁴⁹⁾.

È in tal senso che si prospetta anche un'assimilazione con il modello delle organizzazioni a rete, in cui l'imprenditore, attraverso *partnership* con aziende in grado di offrire servizi di eccellenza nei diversi settori di attività, riesce ad

⁴⁷ Questa viene definita da L.Fumagalli – P.Di Cioccio, *L'outsourcing e i nuovi scenari della terziarizzazione*, cit., come "l'insieme dei beni organizzati per il conseguimento di un'attività d'impresa" e gli Autori pongono l'attenzione sulla difficoltà di definire un'impresa economica, salvo l'identificazione di un'illegittimità di scopi e salvo identificarla nella produzione di beni e servizi suscettibili di interesse da parte di terzi disposti ad acquistarli.

⁴⁸ Per un quadro esaustivo delle motivazioni poste a base della sostenuta crescita delle attività del terziario negli ultimi decenni vedi, tra gli altri, E.Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, Il Mulino, 1995; D.De Masi – A.Signorelli, *Sociologia del lavoro e dell'organizzazione*, FrancoAngeli, 1994; A.Fazio – P.Donati – H.Fitte, *Il lavoro all'inizio del nuovo secolo*, Edizioni Lavoro, Roma, 2001.

⁴⁹ Sull'importanza del concetto di *partnership* nella relazione di *outsourcing* e sulle modalità ottimali di gestione della medesima relazione, vedi A.Duguid, *Marry in haste, repent at leisure?*, in *The Executive Agencies Quarterly*, 1996, pagg. 28-29, ma anche L.Cantone, *Outsourcing e strategie di creazione di valore*, in AA.VV., *Outsourcing e creazione del valore*, L.Cantone (a cura di), Il Sole 24 Ore, 2003, pag. 2-3.

avvalersi di competenze, processi e tecnologie ad altissimo contenuto qualitativo, con l'obiettivo ultimo di "gareggiare" sul mercato in qualità di "operatore eccellente" ⁽⁵⁰⁾.

Un'altra definizione costruita con attenzione ai soli profili organizzativo-aziendalistici è quella secondo cui l'*outsourcing* va inteso come "trasferimento all'esterno delle attività della catena del valore non di particolare criticità nei processi competitivi e/o per le quali le imprese non dispongono delle necessarie competenze distintive o avrebbero difficoltà ad acquisirle" ⁽⁵¹⁾.

Si precisa, tuttavia, che, mentre in origine l'esternalizzazione ha riguardato in prevalenza attività ritenute non essenziali ovvero non inserite nel *core business* dell'azienda (come sembra desumersi in via generale dall'utilizzo della locuzione "attività...non di particolare criticità nei processi competitivi"), negli ultimi anni si sta assistendo all'utilizzo dell'"*outsourcing strategico*", inteso questo come modalità fondamentale di creazione di nuovo valore nonché di leva per le risorse dell'impresa ⁽⁵²⁾.

Ciò vuol dire che, sempre più spesso, vengono trasferite all'esterno anche attività rientranti nel *core business*, gestite poi attraverso complesse e personalizzate forme di partnership con soggetti altamente specializzati. È ciò che avviene, ad esempio, quando si verifica una modifica della struttura della domanda tale da rendere periferiche le competenze distintive dell'impresa, oppure in caso di inserimento in mercati emergenti verso i quali l'azienda non possiede né competenze tecnologiche, né specifiche conoscenze di mercato o, infine, quando l'impresa è in ritardo rispetto ai principali concorrenti e si trova per questo costretta ad acquisire rapidamente nuove competenze per ridurre la distanza competitiva ⁽⁵³⁾.

⁵⁰ C.L.Acabbi, *BPM vuol dire eccellenza*, in *Mondo Economico*, 18.9.1995, Sul modello organizzativo dell'impresa a rete, vedi F.Butera, *Il castello e la rete. Impresa, Organizzazione e Professione nell'Europa degli anni 90*, FrancoAngeli, 1990, e E.Rullani, *La conoscenza e le reti: gli orizzonti competitivi del caso italiano e una riflessione metodologica sull'economia d'impresa*, in *Sinergie*, 1993, 2, pp. 49-86.

⁵¹ AA.VV., *Outsourcing e creazione del valore*, L. Cantone (a cura di), *Il Sole 24 Ore*, 2003, pag. IX.

⁵² Sul concetto di *outsourcing strategico*, vedi M.Alexander – D. Young, *Strategic outsourcing*, in *Long Range Planning*, 1996, vol.29, n.1.

⁵³ Questo accade spesso nel caso delle competenze informatiche, la cui evoluzione, come ben noto, è molto più rapida di altri ambiti di attività. L'*outsourcing* del sistema informatico, infatti, è una delle procedure poste in essere più di frequente ed è una modalità di esternalizzazione relativamente ricorrente anche nel settore pubblico. Secondo Assinform, ad esempio, la dimensione complessiva del mercato italiano nell'ambito considerato è stata, nel 1999, pari a 2.850 mld di lire, pari a circa il 20% del mercato complessivo dei servizi informatici e con una crescita annua rispetto al 1998 del 25%. Per

Di contenuto non dissimile alla nozione sopra riportata, è quella secondo cui, con riferimento alla derivazione del termine *outsourcing* dalla prassi commerciale sviluppatasi negli Stati Uniti a partire dagli anni cinquanta, lo strumento è identificabile come *"il fenomeno attraverso il quale imprese, aziende o enti tendono a trasferire a soggetti esterni lo svolgimento di determinate attività, solitamente, ma non necessariamente, complementari o strumentali a quelle che ne costituiscono il core business"* ⁽⁵⁴⁾.

A differenza, pertanto, della prima definizione, che poneva l'attenzione sulla struttura competente per l'attività da esternalizzare, ipotizzando strutture interne preesistenti o nuove strutture appositamente costituite, negli ultimi due casi si evidenziano, invece, i caratteri dell'attività oggetto di *outsourcing*, che possono essere la complementarità o la strumentalità alle attività di core business, la mancanza delle necessarie competenze distintive in capo all'azienda oppure la difficoltà di acquisizione delle stesse competenze. Entrambi i profili, come si vedrà in seguito, hanno un loro rilievo nell'applicazione dello strumento in esame alle amministrazioni pubbliche.

Si ritiene, infine, opportuno riportare una definizione che, seppure più specifica, rileva per l'espressa menzione dello strumento contrattuale quale mezzo giuridico di regolazione del rapporto cliente-fornitore. Nello specifico, il riferimento è all'*outsourcing* del sistema informatico, che viene definito come *"la delega ad un fornitore esterno, attraverso un contratto, di tutte le risorse tecnologiche, le risorse umane e le responsabilità di gestione (o di parte di esse) associate alla fornitura di servizi di information technology"* ⁽⁵⁵⁾.

Tra le definizioni sinora riportate, quest'ultima è certamente quella che presta maggiore attenzione agli aspetti giuridici del rapporto di *outsourcing*, contenendo due rilevanti indicazioni di utilità anche per il settore pubblico.

La prima, come accennato, riguarda il riferimento al contratto quale strumento di regolazione del rapporto giuridico tra l'amministrazione-cliente ed il fornitore, dal quale può farsi derivare un sostegno alla possibile assimilazione con la figura dell'appalto di servizi piuttosto che con un rapporto di tipo concessorio.

In secondo luogo, la locuzione utilizzata sembra privilegiare un'esternalizzazione che riguardi tutto il complesso delle risorse tecnologiche e umane e delle responsabilità gestionali afferenti ad una data attività e non,

un'analisi del quadro normativo, anche con riferimento alla pubblica amministrazione, vedi, F.Tosi, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Giuffrè, 2001.

⁵⁴ F.Tosi, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, cit., pag. 5.

⁵⁵ L.P. Willcocks – M.Lacity, *Strategic sourcing of information systems*, Wiley & Sons, Chichester, 1998, pag. 4.

invece, uno spostamento parziale di competenze. In effetti, in tal modo, il soggetto che trasferisce la funzione può esercitare in modo molto più opportuno i necessari poteri di controllo e monitoraggio sui compiti esternalizzati ⁽⁵⁶⁾.

Come premesso, le nozioni di *outsourcing* riportate sinora sono l'espressione di orientamenti di stampo aziendalistico. Ciò non vuol dire, però, che non si possa far riferimento anche ad alcuni contributi di matrice giuspubblicistica che, pur muovendo dalle citate nozioni, le arricchiscono e le "tipizzano" rispetto al "cliente" amministrazione pubblica.

Si è osservato, ad esempio, che l'esternalizzazione non deve essere trattata alla stregua di un istituto del diritto amministrativo poiché, in realtà, si discute di *"una tecnica gestionale-organizzativa della quale si servono le aziende per semplificare o ridurre la loro struttura organizzativa e per adeguarla alle esigenze del mercato"*. In particolare, la figura in questione consiste *"nell'affidamento per contratto a soggetti esterni (imprese) o "estranei all'organizzazione", dello svolgimento di prestazioni e servizi o... nella ricerca e nell'utilizzo di fornitori esterni (alla struttura organizzativa di un'impresa o un ente) per lo svolgimento di compiti propri..., senza intaccare le prerogative tipiche ed istituzionali del soggetto che se ne vale"* ⁽⁵⁷⁾.

In rapporto alle definizioni precedenti, il carattere distintivo di quella da ultimo riportata risiede senza dubbio nella precisazione relativa alla non tangibilità delle competenze proprie dell'ente che ricorre all'esternalizzazione, aspetto che si rivela di particolare rilevanza laddove il "protagonista" del rapporto di *outsourcing* è un'amministrazione pubblica.

Inoltre, proprio il fatto che le funzioni esternalizzate siano e rimangano pubbliche distingue lo strumento organizzativo in esame da tutte le altre modalità di "dismissione" di funzioni in senso lato ⁽⁵⁸⁾.

Pone, invece, in rilievo nuovamente l'oggetto dell'*outsourcing* (ma questa volta con specifico riguardo alle attività pubbliche) la nozione secondo cui col termine "esternalizzazione" ci si riferisce *"all'affidamento a soggetti esterni all'Amministrazione di attività rivolte alla fornitura di beni, di servizi, di attività strumentali e/o dell'esercizio di pubbliche funzioni"* ⁽⁵⁹⁾.

⁵⁶ Le due questioni, ora solo accennate, verranno approfonditamente discusse nel proseguo della trattazione.

⁵⁷ F. Trimarchi, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'"outsourcing" nella Pubblica Amministrazione (Prime riflessioni)*, in DE, 2002, 1, pag. 1 e ss.

⁵⁸ Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, all'affidamento di attività a terzi (concessione di servizi pubblici), alle privatizzazioni oppure all'attribuzione di funzioni amministrative a soggetti che agiscono con logiche privatistiche quali le Agenzie.

⁵⁹ E' interessante la posizione di A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, relazione tenuta al

In questo caso, ribadendo quanto detto circa l'indifferenza del processo di *outsourcing* sulla natura pubblica delle funzioni esternalizzate, si evidenzia come, mentre spetta senza dubbio al legislatore la decisione circa gli ambiti di attività amministrativa da "de-amministrativizzare", privatizzare o liberalizzare, deve rimanere in capo all'amministrazione il potere di valutare l'opportunità o meno di affidare in gestione a soggetti esterni determinate attività.

È in quest'ottica che si ritiene di fondamentale importanza "*verificare quali circostanze e sulla base di quali presupposti le Amministrazioni pubbliche possono ritenersi legittimate ad esternalizzare persino funzioni amministrative*"⁽⁶⁰⁾.

A riguardo, ci si domanda pertanto se detti presupposti non possano più agevolmente essere delineati "a contrario", ovvero individuando a priori alcune tipologie di attività comunque esternalizzabili rispetto al complesso delle competenze spettanti ad un'amministrazione.

La *ratio* sembra essere stata posta alla base dell'ultima definizione di *outsourcing* che si vuole richiamare, in base alla quale lo strumento in questione è indicato come "*l'affidamento all'esterno di segmenti di funzioni amministrative, fasi del procedimento amministrativo o attività specifiche e circoscritte*"⁽⁶¹⁾.

Non si ipotizza, dunque, che un'amministrazione possa esternalizzare interamente una funzione amministrativa in senso proprio ovvero una competenza che, per essere esercitata, impone all'amministrazione l'adozione di una scelta discrezionale. Ciò vuol dire che il privato-fornitore del servizio di *outsourcing*, fatta salva l'ipotesi di un'apposita normativa *ad hoc*, non può vedersi assegnata la gestione di un'attività amministrativa che richieda per il suo svolgimento un ampio margine di potere discrezionale.

convegno su "*La gestione patrimoniale dell'Ente Locale alla luce delle novità legislative*", Avezzano, 9 maggio 2003, che, in luogo di rintracciare i possibili limiti della devoluzione a soggetti privati dell'esercizio di pubbliche funzioni, ne ricava la legittimazione "a contrario", desumendola dal combinato disposto del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, co.4, della Costituzione, e dell'art. 3, co.5, del d.lgs. n.267/00, ai sensi del quale gli enti locali "*svolgono le proprie funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*".

⁶⁰ A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, cit..

⁶¹ Progetto Finalizzato *Esternalizzazione delle funzioni amministrative*, Dipartimento della Funzione Pubblica – UIPA, Rapporto sullo svolgimento delle attività preliminari alla fase di ricognizione dei casi e delle esperienze, 15 maggio 2000.

La definizione da ultimo data fa, perciò, riferimento ai casi in cui l'attività amministrativa sia di tipo vincolato e, come tale, in quanto regolata in ogni suo aspetto dalla legge, non richieda esercizio di discrezionalità, oppure ai casi in cui l'attività sia strumentale all'attività discrezionale, concernendo operazioni materiali di accertamento, di mera esecuzione o, comunque, riguardanti attività di tipo organizzativo poste in essere dall'amministrazione a supporto dell'attività amministrativa in senso proprio. Si può parlare, quindi, di "segmenti" di funzioni amministrative.

Ma la nozione richiama anche le "*attività specifiche e circoscritte*", che non sembrano poter essere ricomprese nelle due tipologie appena individuate. Piuttosto, nella fattispecie in esame, sembra poter essere di aiuto quanto detto in precedenza riguardo agli effetti della terziarizzazione, che in tal caso può essere intesa come progressiva specializzazione delle attività di servizio offerte all'utenza dall'amministrazione.

Sia pure in notevole ritardo rispetto al settore privato, infatti, negli ultimi anni sono state avviate profonde innovazioni anche nell'ambito pubblico, la maggior parte delle quali sono connesse, oltre che alle riforme organizzative di carattere generale di cui si è discusso nel capitolo precedente, all'introduzione di nuove tecnologie informatiche. È proprio questa tendenza a rendere sempre più necessario anche per le amministrazioni pubbliche il ricorso alle competenze di soggetti esterni altamente specializzati, in grado di soddisfare anche esigenze specifiche che non sempre richiedono la costituzione di una struttura organizzativa stabile all'interno degli apparati esistenti ⁽⁶²⁾.

L'ipotesi esposta è avvalorata da quanto affermato nella *Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione per gli anni 2000 e 2001*, laddove, i dati ricavabili dalle esperienze di esternalizzazione svolte dalle amministrazioni centrali oggetto d'indagine consentono di rinvenire due tipologie principali di attività: quelle di natura strumentale e quelle aventi un carattere specialistico. Nel primo caso si tratta di compiti facilmente tipizzabili, mentre nel secondo, al contrario, "*si è di fronte a scelte "atipiche" derivanti dalla combinazione di fattori molteplici e inerenti, in genere, alla particolarità dei compiti delle singole amministrazioni*" ⁽⁶³⁾.

⁶² A conferma della tesi indicata, si può considerare che già l'art. 7, co. 6, del d.lgs. n. 29/93 (ora art. 7, co.6, del d.lgs. n.165/01) come modificato dall'art.5 del d.lgs. n. 546/93, ha ammesso che, per esigenze cui non è possibile far fronte con personale in servizio, le amministrazioni facciano ricorso ad esperti esterni di comprovata esperienza cui conferire incarichi di consulenza individuali.

⁶³ *Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione per gli anni 2000 e 2001*, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica, 2003, pag. 83 e ss.

A conferma del fatto che le attività di carattere specialistico sono legate ai processi di riforma in corso e, spesso, vengono esternalizzate proprio perché non rendono conveniente la costituzione di una struttura stabile oppure richiedono per il loro svolgimento competenze difficilmente reperibili all'interno dell'amministrazione, si può ricordare, a titolo esemplificativo, che vengono fatte rientrare nella categoria in esame le ipotesi di realizzazione di *software* e processi informatici, il progetto e l'esecuzione di campagne informative nei confronti dell'utenza nonché le attività di *e-procurement*.

Alla luce delle informazioni tratte dalle definizioni riportate si può ora cercare di individuare quali siano i caratteri che, sotto il profilo teorico, sembrano in prima istanza presentarsi come "propri ed esclusivi" dello strumento "esternalizzazione".

Innanzitutto, con questo termine si intende uno "spostamento all'esterno" di attività prima svolte all'interno della struttura organizzativa e, in tal senso, poco rileva che questa struttura appartenga ad un'azienda o ad un'amministrazione pubblica. La natura giuridica del soggetto che esternalizza, non sembra, quindi, che possa incidere significativamente sulla scelta di rimettere la gestione ad un soggetto esterno preesistente oppure di costituire un nuovo soggetto a ciò appositamente deputato ⁽⁶⁴⁾.

Vi è invece una differenza sostanziale sia per ciò che attiene alla costruzione della *partnership* con il fornitore del servizio di *outsourcing* (e, prioritariamente, alle modalità di scelta di detto soggetto), sia per quanto riguarda l'oggetto dell'esternalizzazione.

Per quanto riguarda il primo punto, infatti, mentre le aziende private godono di totale discrezionalità nella scelta del soggetto contraente e possono rifarsi alle generali regole civilistiche per la sottoscrizione del contratto, le amministrazioni pubbliche sono tenute ad avvalersi di procedure ad evidenza pubblica volte a garantire la massima pubblicità del procedimento di scelta. Come ben noto, questo incide, oltre che sulla fase di scelta, anche sulla natura dell'atto contrattuale e sullo svolgimento del rapporto con il fornitore del servizio.

Se questa è fuor di dubbio una differenza radicale tra l'utilizzo dello strumento in esame nel settore privato ed in quello pubblico, il vero discrimine è rappresentato dall'oggetto dell'*outsourcing*.

Per l'impresa privata, infatti, la scelta relativa alle competenze da esternalizzare si basa solamente su una ponderazione di tipo strategico, in cui all'individuazione delle funzioni rientranti nel *core business* (come tali

⁶⁴ Si vedrà tra breve, tuttavia, che l'art. 24 della legge n. 448/01 suggerisce anche altre possibili modalità di esternalizzazione.

necessariamente gestibili in via diretta dall'organizzazione) viene fatta seguire l'analisi dei compiti che, proprio perché ritenuti di non particolare criticità nei processi competitivi o perché necessitano di competenze distintive che le imprese non posseggono oppure hanno difficoltà ad acquisire, possono essere trasferiti e affidati alla gestione di soggetti esterni.

Per un'amministrazione pubblica il processo descritto, che pure deve collocarsi alla base della decisione di avvalersi dello strumento in questione, assume una connotazione peculiare, dovuta appunto alla modalità di definizione del "paniere" di funzioni appartenenti al *core business*.

Queste, infatti, non possono essere individuate in via totalmente discrezionale dai soggetti responsabili, poiché sono in generale enumerate con legge o con altro atto normativo e, per il tramite detti provvedimenti, sono assegnate alla competenza di una certa amministrazione che, come detto, non può arbitrariamente spogliarsi delle funzione assegnata.

Ciò vuol dire che, mentre nel settore privato l'oggetto dell'*outsourcing* non subisce limitazioni se non quelle derivanti da una scelta di opportunità dei vertici aziendali, nel settore pubblico vi saranno funzioni a priori non esternalizzabili.

Volendo, quindi, proporre una definizione preliminare di esternalizzazione che sia applicabile alle amministrazioni pubbliche potremmo dire che questa è *uno strumento gestionale che permette di trasferire a soggetti esterni alla struttura amministrativa istituzionalmente competente, scelti mediante procedura ad evidenza pubblica o appositamente costituiti, attività di tipo vincolato a carattere specialistico, attività strumentali allo svolgimento di attività discrezionali ed attività di tipo meramente materiale*.

Si precisa che la nozione così costruita ha, per il momento, valenza meramente teorica e non è possibile valutare a priori la misura della sua efficacia operativa, che sarà discussa esaminando alcune delle fattispecie concrete di esternalizzazione sinora poste in essere dalle amministrazioni.

CAPITOLO SECONDO

L'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FUNZIONI PUBBLICHE: LE NORME

2.1. Premessa

Sotto il profilo della regolazione normativa, la trasposizione dell'*outsourcing* dal settore privato a quello pubblico presenta senza dubbio dei tratti comuni ad altri strumenti gestionali mutuati dall'ambito aziendalistico.

La progressiva espansione dell'uso degli strumenti tipici del diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni è stata, infatti, spesso accompagnata, almeno in fase iniziale, da una certa "diffidenza" del legislatore che si è tradotta in una sorta di "prevalenza" della prassi sulla normazione positiva.

Si pensi, ad esempio, all'utilizzo dei contratti di sponsorizzazione, la cui legislazione generale di riferimento è rappresentata dall'art. 39 della l. n. 449/97 e dall'art. 119 del d.lgs. n. 267/00 (c.d. Testo Unico degli Enti Locali). Si tratta di due disposizioni di principio che pongono alcuni rilevanti criteri guida (relativi soprattutto ai vincoli e limiti nell'utilizzo dello strumento), ma non forniscono alcuna indicazione sulla procedura operativa da porre in essere per costruire un rapporto di *sponsorship*, che rimane così rimessa all'autonomia delle singole amministrazioni.

Si può, quindi, affermare che, nel caso in esame, il legislatore si sia limitato a "prendere atto" della prassi secondo cui, già da tempo, le amministrazioni si avvalevano dei contratti di sponsorizzazione alla luce della propria generale capacità di diritto privato ⁽⁶⁵⁾.

Nel caso dell'esternalizzazione, il processo di recepimento è stato, almeno in parte, simile poiché le sole norme generali di riferimento in materia (l'art. 24, co.8, e l'art. 29, co.1, della l. n. 448/01), sono intervenute quando lo strumento era già utilizzato in via di prassi dalle amministrazioni per trasferire all'esterno tratti di funzioni amministrative, anche se quasi sempre questo processo avveniva mediante "compressione" all'interno di una procedura di appalto di servizi ⁽⁶⁶⁾.

A differenza di quanto è avvenuto per i contratti di sponsorizzazione, tuttavia, nel caso dell'*outsourcing* il legislatore ha nel tempo ritenuto opportuno regolare espressamente alcuni casi di utilizzo dello strumento e ciò è avvenuto, in particolare, nel caso di funzioni amministrative discrezionali e tendenzialmente molto vicine ad attività proprie del *core business*.

⁶⁵ Sull'utilizzo dei contratti di sponsorizzazione nel settore pubblico sia consentito rinviare a P.Testa (a cura di), *Guida operativa alle sponsorizzazioni nelle amministrazioni pubbliche*, Maggio 2003, Dipartimento della Funzione Pubblica, Rubbettino, Roma.

⁶⁶ Si fa riferimento alle tipologie di attività indicate al termine del paragrafo precedente ovvero attività di tipo vincolato, attività strumentali allo svolgimento di attività discrezionali ed attività di carattere specialistico.

Si ritiene quindi utile procedere all'analisi delle possibilità ammesse dalle norme generali, per poi esaminare alcuni casi di "esternalizzazione normata" presi in considerazione, in parte, per loro attualità e, in parte, per alcune significative problematiche da questi sollevate ⁽⁶⁷⁾.

Si è giudicato, inoltre, di non richiamare in questa sede alcune ipotesi "tradizionali" di esercizio privato di pubbliche funzioni già lungamente esaminate dalla dottrina nonché oggetto di orientamenti giurisprudenziali. Ci si riferisce, in particolare, al caso dei notai e della loro qualificazione come *munera* legali, la cui possibilità di adempiere pubbliche funzioni è stata ammessa già dagli artt. 2699 e 2703 del Codice Civile i quali consentono a detti soggetti di esercitare attività costitutive di certezza pubblica ⁽⁶⁸⁾.

2.2. Gli artt. 24 e 29 della legge n. 448/01 per gli enti locali e le loro aziende

Se si fa riferimento alla l. n. 448/01 (legge finanziaria 2002), la prima attenzione solitamente viene rivolta al discusso art. 35, che ha introdotto

⁶⁷ La volontà del legislatore di stimolare l'utilizzo dell'*outsourcing* emerge con evidenza nel Documento di programmazione economica e finanziaria (DPEF) 2000 – 2003 laddove, nella sezione riguardante la descrizione della struttura degli interventi correttivi previsti tra gli obiettivi programmatici della manovra finanziaria (cap. III, par. 2.3) si prevede "il potenziamento delle iniziative dirette ad aumentare il concorso dei privati all'esercizio di attività e di servizi pubblici sia attraverso il finanziamento dei progetti di investimento, sia attraverso l'esternalizzazione di alcuni segmenti di attività pubblica". La disposizione, nonostante abbia carattere programmatico e non precettivo, ha rivestito comunque una notevole importanza ai fini della diffusione della tecnica gestionale in esame.

⁶⁸ Art. 2699 Codice Civile – "L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da un altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato". Art. 2703, co.1, Codice Civile – "Si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato". Uno degli studi più rilevanti sul tema è quello di M.Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1996, pag. 1375 e ss. Vedi anche S.Cassese, *L'esercizio notarile di funzioni statali*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Giuffrè, 1996, pag. 109 e ss. In generale sulle professioni, vedi G.Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Giuffrè, 2003, pag.1139 e ss.; AAVV, *Per una riforma delle professioni*, G.Della Cananea – C.Tenella Sillani (a cura di), Jovene, Napoli, 2002; AAVV, *Professioni e ordini professionali in Europa*, S.Cassese (a cura di), Il Sole 24 Ore, 1999. Sulle modifiche derivanti dalla riforma costituzionale, vedi invece G.Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni dopo la riforma costituzionale*, in GDA, 2003, 1, pag. 92 e ss., e L.Castelli, *La legislazione regionale in materia di professioni*, Id., 2003, 4, pag.345 e ss.

rilevanti modifiche in materia di gestione dei servizi pubblici locali riformulando *ex novo* l'art. 113 del d.lgs. n. 267/00 (c.d. Testo Unico sugli Enti locali), in tema di servizi a rilevanza industriale, e introducendo all'interno dello stesso decreto l'art. 113 bis, in tema di servizi a rilevanza non industriale⁽⁶⁹⁾.

Il suddetto articolo non esaurisce, però, tutte le innovazioni in tema di forme di gestione delle attività pubbliche e, infatti, nella presente sede, un'importanza ancora maggiore deve essere riconosciuta agli artt. 24 e 29 della legge citata, che recano elementi di particolare rilievo in tema di esternalizzazione delle attività amministrative⁽⁷⁰⁾.

In particolare, il primo dei due articoli richiamati, che contiene disposizioni in tema di patto di stabilità interno per Province e Comuni, dopo aver ammesso espressamente la possibilità che gli Enti locali aderiscano alle convenzioni centralizzate stipulate da Consip s.p.a. per l'acquisto di beni e servizi (co. 6), stabilisce che gli stessi enti e le aziende di relativa proprietà *“devono promuovere opportune azioni dirette ad attuare l'esternalizzazione dei servizi al fine di realizzare economie di spesa e migliorare l'efficienza gestionale”* (co. 8)⁽⁷¹⁾.

Il disposto è stato, però, ulteriormente (ed opportunamente) dettagliato dal successivo art. 29 che, nell'introdurre misure volte al perseguimento dell'efficienza, autorizza le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/01, anche in deroga alle vigenti disposizioni:

⁶⁹ La bibliografia sui nuovi artt. 113 e 113 bis e sui problemi applicativi da questi prospettati è in larga misura riferibile a soli commenti di carattere operativo, difettando per ora interventi di più ampia riflessione giuridica. Nel senso indicato, si citano, fra gli altri, M. Alesio, *Servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla Finanziaria 2002*, in Prime Note, Atrial, 2002; A. Caroselli, *Primi dubbi e perplessità sulla compatibilità costituzionale dell'art. 35 L. 448/2001*, su www.giust.it, 2002, 3; C. Calvieri, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 35 L. 448/01 e sua compatibilità con processi di riorganizzazione in atto*, su www.diritto.it, 2002, 4; G. Belloni-G. Nicoletti, *I servizi pubblici locali nella finanziaria 2002*, *Commento all'art. 35, legge n. 448/2001*, in AI, 2002, 2, inserto.

⁷⁰ G. Belloni, *Esternalizzazione, forme di produzione e gestione, contenimento delle spese*, in AI, 2002, 4, pag. 233 e ss., sostiene che il minore interesse suscitato dagli artt. 24 e 29 della l. n. 448/01 rispetto all'art. 35 della stessa norma dipende dalle attese già suscitate dai d.d.l. nn. 1388, 4014 e 7042, discussi ma mai approvati definitivamente nelle precedenti legislature, nonché dalla tanto attesa riforma complessiva del settore che la disposizione in esame ci si attendeva introducesse.

⁷¹ In tal modo, si è riportato in termini normativi quanto già disposto a fini di indirizzo dal Documento di programmazione economico – finanziaria 2000 – 2003, che aveva già espresso diversi orientamenti in tema di crescita dei servizi e di *outsourcing*.

a) ad acquistare sul mercato i servizi originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione;

b) a costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità indicate dalla lettera precedente, soggetti di diritto privato cui affidare lo svolgimento dei servizi precedentemente svolti all'interno;

c) ad attribuire, attraverso procedure ad evidenza pubblica oppure tramite adesione alle convenzioni centralizzate, la facoltà di svolgimento dei servizi prima svolti dall'amministrazione a soggetti di diritto privato già esistenti ⁽⁷²⁾.

Una prima osservazione da svolgere in merito ai due articoli in commento attiene al carattere non obbligatorio delle disposizioni ivi contenute, che si fondano su criteri di opportunità e non di vincolatività. Si tratta, quindi, di una disposizione che il legislatore introduce per ribadire alle amministrazioni la possibilità di scegliere tra diverse modalità di gestione delle proprie attività istituzionali, secondo forme organizzative in varia misura già presenti nell'ordinamento ma mai accomunate espressamente in qualità di strumenti di *management* finalizzati all'*outsourcing* di attività pubbliche.

In tal senso, si è evidenziato il carattere promozionale delle disposizioni in esame, sulla base del quale si ritiene che vi sia un vero e proprio obbligo per l'amministrazione di aprire un'istruttoria volta a verificare la redditività o l'economicità dell'atto di esternalizzazione. In presenza di una norma promozionale, quindi, la libertà negoziale dell'amministrazione potrebbe essere suscettibile di tradursi in una posizione di doverosità, alla quale possono corrispondere aspettative giuridicamente tutelate di soggetti terzi ⁽⁷³⁾.

È evidente, dunque, che, sia pure indirettamente, la legge assegna un ruolo fondamentale agli organi gestionali delle amministrazioni, i quali dovranno di volta in volta essere in grado di selezionare la modalità organizzativa ottimale ai fini del raggiungimento di un più elevato grado di efficienza, finalità questa necessaria, come chiaramente indicato dall'art 29 in commento ⁽⁷⁴⁾.

⁷² In merito alle indicate modalità di esternalizzazione, si è osservato che l'acquisizione diretta sul mercato di cui alla lettera a sembra coincidere con la possibilità di attribuire la gestione delle attività tramite procedura ad evidenza pubblica a soggetti di diritto privato già esistenti. La differenza tra le due fattispecie potrebbe semmai ridursi al fatto che, nel primo caso, l'oggetto dell'esternalizzazione siano beni materiali mentre, nel secondo, si tratti di servizi immateriali. Vedi G.Belloni, *Esternalizzazione, forme di produzione e gestione, contenimento delle spese*, cit..

⁷³ L'orientamento è sostenuto da G.Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 89.

⁷⁴ Uno strumento gestionale che sembra richiamare la *ratio* descritta sono senza dubbio i contratti di sponsorizzazione. L'utilizzo di detta forma di rapporto coi privati, infatti, nasce dall'esigenza di fornire alle amministrazioni una modalità agevole e poco "burocratizzata"

In secondo luogo, dal confronto con l'oggetto dell'art. 35 si rafforza la convinzione che i servizi richiamati dagli art. 24 e 29 della l. n. 448/01 non riguardino, in realtà, i servizi pubblici in senso stretto ovvero quelle attività di prestazione dell'amministrazione che presuppongono un rapporto finale con l'utenza, cui sono esclusivamente destinate. Ci si riferisce, invece, ad attività strumentali ed ad attività di carattere specialistico che, in alcuni casi, possono anche essere di ausilio nell'erogazione finale dei suddetti servizi.

Se così non fosse, non si comprende quale possa essere la *ratio* che abbia ispirato il legislatore nel disciplinare una stessa materia (la gestione dei servizi pubblici locali) prima in via generale come è nell'art. 29 e, subito dopo, in maniera estremamente dettagliata come avviene nell'art. 35. L'orientamento è supportato anche dal richiamo alle convenzioni centralizzate stipulate dalla Consip s.p.a. che sono, appunto, riferite alla funzione di acquisto di beni e di servizi ad uso interno delle amministrazioni⁽⁷⁵⁾.

In particolare, con riguardo a dette convenzioni, la dottrina ha sostenuto che il richiamato comma 8 dell'art. 24, laddove impone la promozione di azioni volte all'esternalizzazione dei servizi, fa riferimento alle attività che rimangono "scoperte" rispetto a quelle gestite mediante il sistema Consip s.p.a.⁽⁷⁶⁾.

Il dettato del successivo art. 29 non sembra, tuttavia, trovare corrispondenza con tale visione "residuale" dello strumento *outsourcing* il cui utilizzo, al

di reperimento di risorse alternative a quelle stanziare in bilancio che, tuttavia, non è posta quale obbligo ma come possibilità aggiuntiva rispetto agli ordinari strumenti di gestione. È evidente, tuttavia, che avvalersi dei rapporti di sponsorship potrebbe rappresentare per il dirigente responsabile una via per raggiungere più facilmente i propri obiettivi operativi, oltre a dar luogo ad all'aumento della propria retribuzione accessoria derivante in misura percentuale dai proventi ottenuti con la sponsorizzazione. In generale sul tema vedi P. Testa (a cura di), *Guida operativa alle sponsorizzazioni nelle amministrazioni pubbliche*, Maggio 2003, Dipartimento della Funzione Pubblica, Rubbettino, Roma; D. Bezzi-S. Sanviti, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Giuffrè, 1998; A. Barbiero, *Sponsorizzazioni: uno strumento per acquisire risorse*, in *AI*, 1999, 5; M. Iacubino, *Il reperimento di risorse alternative da parte delle pp.aa.: il contratto di sponsorizzazione. Ipotesi applicative*, su www.diritto.it; A.D. Masuelli, *Commento all'art. 119*, in "La riforma degli Enti Locali", commentario diretto da F. Piterà - R. Vigotti, UTET, 2002; AA.VV., *La sponsorizzazione: dagli enti locali alla sanità*, V. Lodolo D'Oria (a cura di), FrancoAngeli, 2001.

⁷⁵ L'ipotesi è supportata da A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, relazione tenuta al convegno su "La gestione patrimoniale dell'Ente Locale alla luce delle novità legislative", Avezzano, 9 maggio 2003.

⁷⁶ G. Belloni, *Esternalizzazione, forme di produzione e gestione, contenimento delle spese*, cit..

contrario, è ammesso “*anche in deroga alle vigenti disposizioni*”. L'unico limite imposto dalla disposizione in esame è, infatti, ravvisabile nella necessità che l'esternalizzazione comporti “*economie di gestione*”, come indicato sia per l'ipotesi di acquisizione diretta sul mercato, sia per quella dell'apposita costituzione di soggetti di diritto privato.

È evidente, però, che il limite ora evidenziato non indica una preferenza del legislatore rispetto ad una delle due modalità gestionali (*outsourcing* e adesione alle convenzioni centralizzate), né tanto meno amplia, anche indirettamente, il quadro dei soggetti che devono obbligatoriamente ricorrere al sistema di acquisti Consip s.p.a.. Questi, infatti, sono ben individuati (e con loro, le relative modalità di adesione alle convenzioni) dalle diverse leggi finanziarie che nel tempo hanno regolato la materia e, a dire il vero, gli Enti locali sono tra i soggetti nei confronti dei quali la nuova normativa in tema di acquisti sembra dimostrarsi meno stringente⁽⁷⁷⁾.

La criticità più rilevante per le amministrazioni sembra, quindi, essere quella di dimostrare che la sostituzione della tradizionale gestione in economia con il trasferimento all'esterno dell'esercizio di una o più attività istituzionali produca un effettivo vantaggio economico per l'amministrazione. La questione si pone, soprattutto, in rapporto ai controlli successivi sulla gestione operati dalla Corte dei Conti.

Un utile strumento in tal senso può essere rappresentato dallo svolgimento di un'approfondita analisi costi-benefici a monte della promozione delle azioni di *outsourcing*, al fine di operare un utile confronto economico-tecnico tra l'attuale volume in termini di costi della produzione *in house* delle attività che si intende trasferire e quello che potrebbe derivare dall'acquisizione esterna delle medesime attività. Il confronto tra le due grandezze dovrebbe dare la misura dell'effettivo risparmio derivante dall'operazione di *outsourcing* e, quindi, la misura dell'economia di gestione attesa⁽⁷⁸⁾.

L'osservazione esposta fa emergere, almeno in parte, la rilevante complessità della materia trattata dagli artt. 24 e 29 della l. n. 488/01, la cui

⁷⁷ La questione è stata approfondita nel paragrafo precedente, che si richiama anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Per una puntuale descrizione dell'incidenza della legislazione in esame sulle singole categorie di amministrazioni, vedi L.Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, in GDA, 2003, 4, pag. 329 e ss.

⁷⁸ Un ausilio circa le modalità di verifica della richiesta condizione di economicità può essere rinvenuto negli artt. 3 e 6 dello “*Schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell'articolo 29 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in materia di disciplina dei servizi trasferibili*”, di cui *infra*.

definizione puntuale è, infatti, rimessa dal legislatore all'emanazione di un successivo regolamento di attuazione, ex art. 17, co.1, della l. n. 400/88.

Il comma 5 dell'art. 29 prevede, in particolare, che su proposta del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro interessato e con il Ministro per la Funzione Pubblica, si provveda a definire:

- la tipologia dei servizi esternalizzabili;
- le modalità per l'affidamento;
- i criteri per l'esecuzione dei servizi e per la determinazione delle relative tariffe;
- le altre eventuali clausole di carattere finanziario, fatte salve le funzioni delle Regioni e degli Enti locali.

A differenza di quanto previsto dal successivo art. 35 in tema di servizi a rilevanza industriale e non industriale, nel caso di specie la competenza per l'emanazione del regolamento è di tipo interministeriale, invece che pienamente governativa. Il legislatore non ha, inoltre, ritenuto necessario fissare un termine per l'adozione dell'atto, come al contrario accaduto dal suddetto art. 35.

Ad oggi, il regolamento non è ancora stato emanato (al pari di quello di cui all'art. 35), ma è possibile trarre alcuni spunti significativi esaminando alcuni indirizzi espressi in via preliminare dal legislatore nel relativo schema che, essendo in stato di avanzata elaborazione, si presuppone venga adottato in tempi non eccessivamente lunghi.

Il provvedimento, che dovrebbe constare di sette articoli, presenta un ambito di operatività molto esteso poiché, nel fornire le definizioni cui fare riferimento per la lettura del testo, chiarisce che le amministrazioni richiamate (e quindi soggette al regolamento) sono quelle di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/01 nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato, con esclusione delle Regioni, delle Province, dei Comuni e delle Comunità montane (art. 1).

Segue poi l'indicazione delle tipologie dei servizi trasferibili all'esterno in base alle modalità ammesse dall'art. 29 della l. n. 448/01, che sono identificati secondo due differenti modalità. Lo schema di regolamento, infatti, fa in primo luogo riferimento ai *“servizi per i quali è previsto il pagamento di un corrispettivo da parte dell'utenza”* e poi compie un'elencazione puntuale di tutte le altre tipologie di attività (art. 2, co.1)⁽⁷⁹⁾.

⁷⁹ L'art. 2 dello schema di regolamento cita, in particolare:

- a. i servizi di manutenzione e riparazione;
- b. i servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere;
- c. i servizio di trasporto di posta per via terrestre e aerea;
- d. i servizi di telecomunicazione;

In un'ottica di flessibilità, l'art. 2, co.2, prevede altresì che l'identificazione delle suddette tipologie si applichi ai servizi svolti fino alla data di entrata in vigore della disciplina regolamentare, nonché a quelli della medesima categoria che sono affidati alle amministrazioni da norme primarie successivamente a tale data.

A riguardo, ci si domanda se, entrato in vigore il regolamento, l'elencazione delle attività esternalizzabili da questo riportata debba considerarsi tassativa per tutte le amministrazioni pubbliche o solo per quelle direttamente destinatarie della disposizione.

In merito, si è detto che l'art. 1 del regolamento presenta un ambito di operatività molto esteso che, tuttavia, non contempla espressamente gli Enti locali. Si pone quindi un contrasto con gli artt. 24 e 29 della l. n. 448/01 che, invece, fanno riferimento proprio agli Enti locali ed alle loro aziende e non alle altre amministrazioni indicate dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/01.

È, dunque, possibile ipotizzare che per i soggetti richiamati dalla legge finanziaria 2002 sussistano limiti relativi alle sole modalità con cui realizzare l'esternalizzazione e non, invece, alle tipologie delle attività oggetto della stessa. Diversamente, per le amministrazioni richiamate nel regolamento attuativo (sempre che questo vengano emanato come dalla bozza esaminata) i vincoli sono di portata maggiore, afferendo ad entrambi i profili esaminati.

La *ratio* di questa previsione potrebbe non irragionevolmente rinvenirsi nel fatto che le amministrazioni di cui all'art. 29 della l. n. 448/01 sono comprese tra quelle non finanziate *“direttamente o indirettamente a carico del bilancio*

-
- e. i servizi finanziari, assicurativi e bancari;
 - f. i servizi informatici ed affini;
 - g. i servizi di ricerca e sviluppo;
 - h. i servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili;
 - i. i servizi di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica;
 - j. i servizi di consulenza gestionale e affini;
 - k. i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata, attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica, servizi affini di consulenza scientifica e tecnica, nonché di sperimentazione tecnica ed analisi;
 - l. i servizi pubblicitari;
 - m. i servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari;
 - n. i servizi di editoria e di stampa in base a tariffa o a contratto;
 - o. i servizi di eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti, disinfestazione e servizi analoghi;
 - p. i servizi alberghieri e di ristorazione;
 - q. i servizi legali, ad esclusione di quelli attribuiti all'Avvocatura dello Stato;
 - r. i servizi relativi all'istruzione, anche professionale;
 - s. i servizi ricreativi, culturali e sportivi.

dello Stato" (art.1, co.1, bozza regolamento attuativo). Occorrerà, tuttavia, attendere l'adozione formale del regolamento per chiarire definitivamente i dubbi prospettati.

Proseguendo nell'esame dello schema, gli artt. 3 e 6, come anticipato, offrono alcune utili indicazioni in merito alle modalità di definizione del vantaggio in termini di risorse risparmiate, elemento di attestazione del necessario requisito di economicità richiesto dall'art. 29, co.1, della l. n. 488/01.

In particolare, il primo dei due articoli stabilisce che la suddetta condizione *"si intende soddisfatta se, nel rispetto del criterio di cui all'articolo 6, comma 2, del presente regolamento, il costo del servizio risulta inferiore a quello precedentemente sostenuto dalle amministrazioni, calcolato considerando gli oneri relativi al personale, ai mezzi ed alle strutture necessari per la produzione e l'espletamento del servizio"* ⁽⁸⁰⁾.

Si prevede altresì che le modalità di calcolo siano determinate:

- per le amministrazioni statali, mediante decreto di natura non regolamentare del Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze;
- per le restanti amministrazioni pubbliche con atto dell'organo di governo, da emanare su parere dei relativi organi di controllo interni.

Dette disposizioni sono integrate da quelle contenute nell'art. 6, co.1, che indica i criteri di esecuzione delle attività che le amministrazioni sono tenute a considerare nell'affidare lo svolgimento delle stesse a soggetti esterni. Nello specifico, gli elementi determinanti che vengono richiamati dallo schema e che devono essere indicati in sede di scelta del contraente sono:

- il livello minimo della qualità e della quantità del servizio che dovrà essere erogato nonché le modalità di gestione del medesimo servizio;
- l'importo iniziale della tariffa, ove prevista, da praticare all'utenza a titolo di compartecipazione alle spese ed i relativi criteri di adeguamento;
- le modalità per la valutazione, da parte delle amministrazioni, della qualità del servizio prestato;
- i poteri di controllo sulla gestione del servizio.

Per quanto riguarda, invece, le modalità di affidamento dei servizi, lo schema di regolamento chiarisce quali siano le ipotesi in cui lo svolgimento degli stessi possa essere affidato direttamente ovvero senza il ricorso a

⁸⁰ L'art 6, co.2, dello schema di regolamento recita: *"Le amministrazioni sono tenute a verificare che il livello di prestazione dei servizi svolti dai soggetti di diritto privato e le caratteristiche della loro erogazione non siano qualitativamente e quantitativamente inferiori a quelli dei servizi in precedenza svolti"*.

procedure ad evidenza pubblica ed, in tal senso, richiama le fattispecie relative alla costituzione *ex novo* di soggetti privati (art. 29, co.1, lett. b, l. n. 448/01) ed all'attribuzione a soggetti di diritto privato già esistenti, a condizione che questi siano *“geneticamente sottoposti ad un controllo gestionale e finanziario dell'amministrazione di riferimento in conformità ai principi comunitari in materia di affidamento in house”* (art. 4, co.1).

Il secondo comma dell'art. 4 precisa, inoltre, che i soggetti richiamati devono avere unica ed esclusiva funzione di servizio nei confronti delle amministrazioni interessate e che devono operare unicamente sulla base degli indirizzi da questa stabiliti. In mancanza di detti requisiti, l'affidamento delle attività a soggetti di diritto privato già esistenti può avvenire soltanto:

a) per attività il cui valore di stima è pari o superiore a quello stabilito dall'art. 1, co.1 e 2, del d.lgs. n. 157/95, nel rispetto delle disposizioni che recepiscono nell'ordinamento nazionale la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi ⁽⁸¹⁾;

b) per i servizi il cui valore di stima sia inferiore agli importi di cui al suddetto d.lgs. n. 157/95, in conformità a quanto previsto dalla normativa in materia di contabilità generale dello Stato di cui al r.d. n. 2440/23.

Lo schema di regolamento ipotizza, quindi, l'ipotesi di affidamento diretto nel caso in cui la controparte dell'amministrazione nella procedura di *outsourcing* sia un soggetto privato già esistente, ma con una stretta funzione di strumentalità nei confronti della stessa amministrazione appaltante.

Potrebbe essere il caso, ad esempio, in cui un Ministero decida di affidare alcune attività istituzionali proprie ad un'agenzia ad esso funzionalmente collegata oppure un ente locale reputi conveniente trasferire ad una società per azioni da esso interamente partecipata uno o più *“servizi amministrativi”* ⁽⁸²⁾. Non sembra, pertanto, che si faccia riferimento a soggetti privati dotati di reale

⁸¹ La soglia disposta dal d.lgs. n. 157/95 è pari, salvo alcune specifiche eccezioni, al controvalore in euro di 200.000 diritti speciali di prelievo (DPS), IVA esclusa, sogli identica a quella prevista dal d.lgs. n. 358/92 per gli appalti di forniture. L'art. 1, co.4, rimette, inoltre, al Ministro dell'Economia e della Finanze la competenza sulla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del controvalore in euro dei DPS da assumere a base per la determinazione degli importi previsti, che avviene in base alle comunicazioni pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee dalla Commissione europea. Il suddetto valore ha efficacia per un biennio a decorrere dal primo giorno del secondo mese successivo alla data di pubblicazione o da altra data espressamente precisata in sede di pubblicazione. L'efficacia del previsto valore dei DPS è poi subordinata a successive indicazioni, conformi a nuove eventuali comunicazioni della Commissione europea.

⁸² La questione è diffusamente affrontata nel successivo capitolo 3.

autonomia, stante anche l'obbligatorietà della soggezione "genetica" al controllo gestionale e finanziario dell'amministrazione di riferimento⁽⁸³⁾.

Si consideri, inoltre, che spetta all'amministrazione anche la definizione degli indirizzi sulla base di quali i soggetti in esame devono svolgere la propria attività e, in tale ambito, devono essere ricompresi sia gli obiettivi dell'azione, sia le scelte gestionali e finanziarie. In altre parole, si può dire che i soggetti privati cui si fa riferimento possano assumere in autonomia le sole decisioni esecutive.

Se così non fosse, tuttavia, e si ammettesse l'ipotesi di affidamento diretto anche per soggetti distinti e autonomi dall'amministrazione, non sarebbe possibile rispettare il principio di *"conformità ai principi comunitari in materia di affidamento in house"* di cui all'art. 4, co.1, dello schema e, quindi, si configurerebbe l'obbligo di assegnare il servizio mediante procedura ad evidenza pubblica.

In coerenza con tale orientamento, la bozza di regolamento pone delle regole peculiari anche nel caso in cui, in luogo dell'affidamento a mezzo gara, si proceda all'assegnazione diretta a soggetti di diritto privato appositamente costituiti. In particolare, l'art. 5 stabilisce che la costituzione di detti soggetti sia effettuata:

- per le amministrazioni statali, dal Ministro competente d'intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze;
- per le restanti amministrazioni, con delibera dell'organo di governo, sottoposta all'approvazione del Ministro competente di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Al comma successivo si precisa, tuttavia, che, qualora la forma dei soggetti privati cui trasferire le attività sia quella della società per azioni, la relativa costituzione possa essere effettuata anche con atto unilaterale. In tal caso, se trattasi di società costituite da amministrazioni statali, le azioni devono essere attribuite al Ministero dell'Economia e delle Finanze, che esercita i diritti dell'azionista d'intesa con il Ministro competente (art. 5, co.3)⁽⁸⁴⁾.

In merito alla fattispecie della costituzione di soggetti di diritto privato cui trasferire la titolarità delle funzioni esternalizzate, si è sostenuto che la previsione di cui alla l. n. 448/01 apre interessanti prospettive sotto il profilo

⁸³ L'espressione utilizzata non sembra perfettamente aderente al lessico giuridico, ma non si può obiettare in merito alla sua inequivocabilità e chiarezza espressiva.

⁸⁴ Un esempio in tal senso può certamente essere rappresentato da Consip s.p.a., il cui intero capitale azionario è di proprietà del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

del partenariato pubblico-privato per la gestione delle attività connesse a dette funzioni ⁽⁸⁵⁾.

Nello specifico, l'esempio considerato è quello di una società in cui l'amministrazione pubblica di riferimento possessa la maggioranza del pacchetto azionario e in cui i soggetti privati coinvolti siano, in realtà, ex dipendenti della medesima amministrazione prima adibiti allo svolgimento delle attività date in *outsourcing*.

Il primo dei due elementi considerati (la proprietà maggioritaria pubblica) ha, in particolare, la funzione di distinguere l'ipotesi in esame da quelle relative all'acquisto dei servizi sul mercato e all'affidamento a soggetti privati mediante gara. In entrambi i casi, infatti, le attività vengono esternalizzate a soggetti non solo formalmente ma anche sostanzialmente privati ed è proprio la reale distinzione tra amministrazione e contraente che impone lo svolgimento di una procedura comparativa per la selezione dello stesso.

Diversamente, stando a quanto dispone in via indiretta l'art. 29 della l. n. 448/01 ed espressamente l'art. 4 dello schema di regolamento, in caso di apposita costituzione di un soggetto privato a maggioranza pubblica l'affidamento delle funzioni da porre in *outsourcing* può essere diretto.

Questo aspetto permette di accostare per analogia le società in questione con quelle finalizzate alla gestione dei servizi non industriali di cui al novellato art. 113 bis del d.lgs. n. 267/00. Anche in tal caso, infatti, si ammette l'ipotesi dell'affidamento diretto e si richiede lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica solo per la scelta di eventuali soci privati cui cedere parte del pacchetto azionario ⁽⁸⁶⁾.

Uno dei possibili vantaggi derivanti da una siffatta assimilazione risiede senza dubbio nella decadenza delle motivazioni poste alla base dei ricorsi proposti prima dell'entrata in vigore della l. n. 448/01 in tema di legittimità dell'attribuzione senza gara di specifiche attività, da parte di Comuni a proprie aziende o società ⁽⁸⁷⁾.

⁸⁵ Vedi G. Belloni, *Esternalizzazione, forme di produzione e gestione, contenimento delle spese*, in AI, cit., pag. 235.

⁸⁶ Vedi l'art. 113 del d.lgs. n.267/00, come novellato dall'art.35 della l. n.448/01.

⁸⁷ G. Belloni, *Esternalizzazione, forme di produzione e gestione, contenimento delle spese*, cit., richiama, in particolare, la sentenza del T.A.R. Friuli - Venezia Giulia n.171 del 23 aprile 2001, in RIDPC, 2002, pag. 166 e ss, con nota di L.R.Perfetti, e fa l'esempio dei servizi cimiteriali e di quelli inerenti la gestione del calore.

2.3. Le funzioni di accertamento e riscossione dei tributi locali

Nel vasto ambito delle funzioni amministrative di spettanza degli enti locali, quelle riguardanti la fiscalità sono state molto spesso oggetto di concessione a soggetti privati. In particolare, tra i poteri impositivi che, nel tempo, i Comuni hanno ritenuto opportuno trasferire all'esterno si possono esemplificativamente ricordare il dazio sui consumi, l'imposta comunale sulla pubblicità, i diritti sulle pubbliche affissioni e la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche.

In proposito si è rilevato che, fino all'inizio degli anni novanta, le funzioni esternalizzate a mezzo di concessione riguardavano l'intero procedimento relativo ad un dato tributo o, in alternativa, l'insieme dei procedimenti che, nel complesso, costituivano il potere impositivo relativo ad una competenza specifica. In altre parole, venivano affidate ai concessionari le fasi della liquidazione, dell'accertamento e della riscossione della singola imposta o tassa⁽⁸⁸⁾.

Successivamente, l'intervento di due atti normativi ha modificato l'assetto preesistente, muovendo in direzione di un *outsourcing* sempre più marcato delle funzioni in esame.

Il primo provvedimento cui si fa riferimento è il d.lgs. n. 507/93, il cui art. 71, co. 4, ha previsto che l'azione di accertamento fosse potenziata attraverso la stipulazione, da parte dei Comuni, di apposite convenzioni con soggetti pubblici e privati cui assegnare l'attività di individuazione delle superfici territoriali da sottrarre, in tutto o in parte, alla tassazione.

A ben vedere, però, la fattispecie richiamata non riguarda direttamente l'esternalizzazione delle funzioni tributarie prima affidate a terzi.

Si tratta, infatti, di trasferire all'esterno attività che hanno carattere di supporto e/o sono preparatorie all'esercizio del potere impositivo vero e proprio, come ad esempio la redazione di atti propedeutici all'emanazione del provvedimento quali gli avvisi di liquidazione o di accertamento. Per detto potere, invece, rimane in vigore la tradizionale alternativa tra gestione diretta da parte dell'ente locale e affidamento in concessione⁽⁸⁹⁾.

⁸⁸ P. Rossini, *Considerazioni sull'esternalizzazione delle funzioni amministrative nelle autonomie locali*, in OA, 2001, 2, pag. 3.

⁸⁹ La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto la disposizione in esame applicabile estensivamente anche ad altri tributi comunali, sia in considerazione del fatto che la norma in questione non presenta carattere eccezionale ma generale, sia a causa della sua collocazione all'interno del d.lgs. n. 507/93 nella capo dedicato alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani. L'opportunità è stata sfruttata da non pochi Comuni, che hanno

L'art. 71 citato ha, altresì, stabilito che i requisiti di capacità e di affidabilità dei soggetti da impiegare devono essere indicati all'interno del capitolato d'oneri. I criteri di selezione del soggetto esterno che gestirà la funzione sono, dunque, interamente rimessi all'amministrazione locale, nel rispetto della capacità di autorganizzazione delle funzioni proprie, riconosciuta agli Enti locali già dall'art. 2, co.5, della l. n. 142/90 (ora art. 3, co. 5, d.lgs. n. 267/00).

Si consideri, però, che l'art. 71, facendo riferimento alla stipulazione di convenzioni con soggetti pubblici e privati e non di contratti, non sembra imporre lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta dei soggetti in questione e, se anche fosse, sembra ammettere la sola licitazione privata. Se così fosse, la selezione potrebbe avvenire in larga misura sulla base dell'*intuitu personae*, sia pure "contemperato" dall'obbligo del possesso di alcuni "*requisiti di capacità e di affidabilità*".

Il secondo intervento normativo di rilievo cui si è fatto riferimento in materia di esternalizzazione delle funzioni impositive proprie degli enti locali è quello intervenuto con l'art. 53, co. 5, del d.lgs. n. 446/97, provvedimento che ha operato un generale riordino dei tributi locali, prevedendo, tra l'altro, anche l'istituzione dell'Imposta regionale sulle attività produttive (IRAP).

Per quanto di interesse nella presente sede, l'art. 53 citato ha previsto che l'ente locale possa esercitare le proprie funzioni in materia di tributi secondo tre modalità differenti:

- operando la gestione diretta;
- effettuando la funzione di accertamento dei tributi secondo le forme associate di cui agli artt. 24, 25, 26 e 28 della l. n. 142/90 (oggi artt. 30, 31, 32 e 27 del d.lgs. n. 267/00) ovvero convenzioni, consorzi, unioni di Comuni e Comunità montane;
- affidando a terzi, anche disgiuntamente, le funzioni di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di tutte le altre entrate.

In quest'ultimo caso, la norma prevede tre ulteriori possibilità, ovvero:

- a) l'affidamento mediante convenzione alle aziende speciali;
- b) l'affidamento alle società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, i cui soci privati siano stati scelti tra soggetti iscritti all'albo dei soggetti abilitati di cui all'art. 53, co.2, dello stesso

esternalizzato le funzioni del tipo descritto anche per altri tributi soggetti ad elevata complessità gestionale come, ad esempio, l'Imposta comunale sugli immobili (ICI).

d.lgs. n. 466/97 oppure siano già costituite prima della data di entrata in vigore del medesimo decreto⁽⁹⁰⁾;

c) l'affidamento, per la gestione presso altri Comuni, alle società miste, ai concessionari di cui al d.P.R. n. 43/88 ed ai predetti soggetti iscritti all'albo⁽⁹¹⁾.

Per le fattispecie sub b) e c), l'art. 53 impone espressamente il rispetto delle procedure vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, che attualmente sono quelle contenute negli artt. 113 e 113 bis del d.lgs. n. 267/00, come novellati dall'art. 35 della l. n. 448/01.

Da ciò deriva che, per l'esternalizzazione delle funzioni impositive, l'affidamento dell'incarico dovrà essere espletato tramite contratti pubblici stipulati a seguito di procedure di gara aperte e non invece con il sistema della licitazione privata previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 507/93.

La motivazione che ha indotto il legislatore a prevedere una differente modalità di selezione del soggetto esterno nei due casi in esame è evidente.

L'esternalizzazione di cui al d.lgs. n. 507/93 riguarda, come detto, attività di supporto all'esercizio del potere impositivo vero e proprio, mentre la possibilità ammessa dal d.lgs. n. 446/97 attiene all'affidamento di funzioni (o fasi di funzioni) proprie, potendo giungere sino al trasferimento all'esterno ad un unico soggetto dell'intero procedimento riguardante un singolo tributo o, addirittura, tutte le entrate di una data amministrazione.

In questo secondo caso, quindi, è la "vicinanza" dell'attività oggetto di *outsourcing* con il *core business* istituzionale a rendere necessaria una procedura di scelta del contraente che sia quanto più possibile trasparente,

⁹⁰ Le ragioni che hanno indotto all'istituzione dell'albo devono essere ricercate nell'espresso riconoscimento alla potestà regolamentare degli enti locali nel settore delle proprie entrate, operato dall'art. 52 del d.lgs. n. 446/97.

⁹¹ Il funzionamento dell'albo dei soggetti abilitati alla liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e delle altre entrate di Province e Comuni, previsto dall'art. 53, co. 3, del d.lgs. n. 446/97, è stato regolato dal d. m. n. 289/00, a partire dall'emanazione del quale detto albo sostituisce quello dei concessionari di cui all'art. 25 e ss del d.lgs. n. 507/93. E' evidente che la pubblicazione da parte del Dipartimento per le politiche fiscali del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dell'elenco degli iscritti all'albo potrebbe consentire, in tempi relativamente brevi, la realizzazione di importanti obiettivi, primi fra tutti un'opportuna semplificazione degli adempimenti fiscali per i contribuenti e una riduzione dei costi di riscossione, con conseguente miglioramento del servizio in termini di efficienza e di efficacia per le amministrazioni coinvolte (Province e Comuni).

l'amministrazione palesa l'applicazione dei criteri di selezione indicati nei documenti di gara ⁽⁹²⁾.

⁹² Un caso significativo in tema di esternalizzazione delle funzioni di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi è rappresentato da Gemma s.p.a., società per azioni a partecipazione mista pubblico-privata costituita nel 1999 dal Comune di Roma, che detiene il 20% del pacchetto azionario contro l'80% rimesso alla proprietà di soci privati. Gemma opera, in particolare, per la regolarizzazione delle posizioni tributarie (ICI, TaRsu, ICIAP) e per le verifiche sul territorio in tema di condono edilizio e di rilascio delle concessioni edilizie in sanatoria.

2.4. Gli accordi e la costituzione e/o la partecipazione ad associazioni, fondazioni o società del Ministero per i Beni e le Attività Culturali

L'art. 10 del d.lgs. n. 368/98, norma istitutiva del Ministero per i Beni e le Attività culturali, ha stabilito che *“ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni ed, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali e ambientali”* il Ministero possa stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e soggetti privati (co.1, lett. a) nonché costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società secondo le modalità ed i criteri definiti con successivo regolamento (co.1, lett. b).

In attuazione del suddetto art. 10 è stato emanato il d.m. n. 491/01, che disciplina l'ipotesi della fondazione di partecipazione. Il citato regolamento prevede, in particolare, che il Ministero svolga una specifica e penetrante attività di vigilanza e gestione sulle fondazioni costituite o partecipate, esercitando tra l'altro poteri in materia di approvazione delle modifiche statutarie, adozione di atti di indirizzo generale (tra cui quelli inerenti i criteri e requisiti di partecipazione dei soggetti privati alla fondazione), sospensione temporanea degli organi di amministrazione e controllo nonché revoca della concessione d'uso dei beni culturali conferiti.

Il regolamento ribadisce, inoltre, la previsione di cui all'art. 10, co.2, del d.lgs. n. 368/98 in merito alla possibilità che il Ministero partecipi al patrimonio delle fondazioni, prevedendo che ciò possa avvenire anche tramite il conferimento in uso di beni culturali posti sotto la propria tutela. Se ciò avviene, tuttavia, l'atto costitutivo o lo statuto devono obbligatoriamente prevedere che, in caso di estinzione o di scioglimento, i beni citati ritornino nella disponibilità del Ministero.

Si consideri però che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 979, co.2, e 1026 del Codice Civile, il conferimento in uso del bene non può comunque superare i trenta anni ⁽⁹³⁾.

L'art. 10 del d. lgs. n. 368/98 è stato successivamente modificato dall'art. 33 della l. n. 448/01 che, nell'ottica di introdurre elementi di concorrenzialità anche nella gestione dei servizi dei beni culturali, ha ammesso la possibilità che il Ministero dia in concessione a soggetti diversi da quelli statali *“la gestione di*

⁹³ Per un primo commento al d.m. n. 491/01 vedi S.Foà, *Il regolamento sulle fondazioni culturali a partecipazione statale*, in GDA, 2002, 8, pag. 829 e ss.

servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico" (co1, lett. b-bis) ⁽⁹⁴⁾.

La norma ha rimesso l'indicazione delle modalità, dei criteri e delle garanzie alla luce di quali deve avvenire l'affidamento dei servizi, ad un successivo regolamento, che dovrebbe stabilire, tra l'altro, *"le procedure di affidamento dei servizi, che dovranno avvenire mediante licitazione privata, con i criteri concorrenti dell'offerta economica più vantaggiosa e della proposta di servizi qualitativamente più favorevole dal punto di vista della crescita culturale degli utenti e della tutela e valorizzazione dei beni"* ed *"i meccanismi per la determinazione della durata della concessione per un periodo non inferiore a cinque anni"*.

Lo schema del regolamento citato, presentato al Consiglio di Stato per l'acquisizione del parere obbligatorio, ha però ricevuto una pronuncia sfavorevole ⁽⁹⁵⁾.

Il giudizio espresso, tuttavia, non si fonda su osservazioni critiche connesse alla formulazione del regolamento, ma riguarda, invece, il nuovo assetto delle competenze come delineato dalla l. cost. n. 3/01 di riforma del Titolo V della Costituzione. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, attualmente, la materia inerente la gestione dei beni culturali (indicata dal regolamento come scopo primario delle società ivi contemplate), rientra all'ambito della potestà legislativa concorrente.

A seguito delle modifiche operate dalla suddetta l.cost. n. 3/01, infatti, la potestà esclusiva statale è esercitabile solamente con riguardo alla tutela dei beni culturali e non anche alla loro valorizzazione e promozione, funzione rimessa, appunto, alle Regioni. Da ciò deriva l'impossibilità per lo Stato di disciplinare la materia con un proprio regolamento.

In merito, è stato osservato che una prima "risposta" elaborata dal "centro" ai rilievi formulati dal Consiglio di Stato, può essere senza dubbio rinvenuta nella modifica introdotta dall'art. 80, co.52, della l. n. 289/02 (legge finanziaria 2003), ai sensi del quale si stabilisce che le attività ed i servizi che possono

⁹⁴ Per un commento sulla disposizione citata e, in generale, sull'art. 10 del d.lgs. n. 368/98, vedi M. Cammelli, *Buscar oriente e tomar occidente (ovvero: i beni culturali nella finanziaria 2002)*, su www.aedon.mulino.it, 2001,3; M. Cammelli, *Decentramento e "outsourcing" nel settore della cultura: il doppio impasse*, in DPUB, 2002, 1, pag. 161 e ss.; E. Bruti Liberati, *Il ministero fuori dal Ministero*, su www.aedon.mulino.it, 1999, 1; C. Barbati, *Pubblico e privato per i beni culturali: ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, su www.aedon.mulino.it, 2001, 3.

⁹⁵ Parere n. 1794 del 26.8.2002, reso dalla Sezione consultiva per gli Atti Normativi. Per un commento al parere vedi C. Barbati, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del Titolo V: la separazione delle funzioni*, in GDA, 2003, 2, pag. 145 e ss.

essere esternalizzato dal Ministero sono quelli aventi ad oggetto la “*gestione dei servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale*”, come individuati dall'art. 2, co.1, lett. b e c, del d.P.R. n. 283/00 ⁽⁹⁶⁾.

In ogni caso, ammessa l'illegittimità del regolamento attuativo dell'art. 10 per ciò che attiene alla regolamentazione statale delle funzioni di valorizzazione e gestione dei beni culturali, occorre chiedersi se questo impedisca o meno la possibilità che lo Stato si avvalga dello strumento dell'*outsourcing* per trasferire a soggetti privati l'esercizio delle discusse funzioni.

In proposito si ritiene ragionevole assimilare le attività oggetto della disposizione in esame ai c.d. servizi aggiuntivi, disciplinati prima dall'art. 4 del d.l. n. 433/92 (convertito con modificazioni e integrazioni nella l. n. 4/93) e ora dagli artt. 112 e 113 del d.lgs. n. 409/99 (c.d. Testo Unico sui beni culturali) ⁽⁹⁷⁾.

L'ipotesi è avvalorata dal fatto che sia i servizi aggiuntivi di cui al citato art. 112, sia i servizi “*finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico*” di cui alla lett. b-bis hanno una funzione di accrescimento della qualità nei modi di fruizione dei beni culturali da parte dell'utenza. In altre parole, si tratta di attività volte alla valorizzazione della primaria funzione istituzionale delle amministrazioni museali, in un caso, e dell'amministrazione ministeriale, nell'altro ⁽⁹⁸⁾.

Non sembra, pertanto, errato sostenere che, anche in assenza di un regolamento di disciplina puntuale della materia, il Ministero possa fare riferimento per analogia a quanto disposto dal suddetto Testo Unico, ai sensi del quale i servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico di cui all'art. 112 “*possono essere affidati in concessione a privati, qualora risulti finanziariamente conveniente e i servizi medesimi non possano essere assicurati mediante le risorse umane e finanziarie dell'amministrazione*” (art. 113, co.1).

Ci si domanda, a questo punto, se il trasferimento in capo a soggetti privati della facoltà di esercizio dei servizi aggiuntivi possa o meno rientrare nella nozione di esternalizzazione indicata al termine del paragrafo precedente. La definizione ricordata, infatti, fa riferimento a tre tipologie di attività: le attività

⁹⁶ Vedi C. Barbati, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del Titolo V: la separazione delle funzioni*, cit., pag. 145.

⁹⁷ Per un commento alle disposizioni contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 490/99, vedi A.Papa, *Commento all'art. 113*, in *Testo unico sui beni culturali – Commento al D.Lgs. n. 29 ottobre 1999, n. 490*, A. Papa – M. Bignami – C. Cepelli – V. Fidani – C. Linzola – L. Poniz – G. Ruggeri (a cura di), Giuffrè, 2000.

⁹⁸ In termini aziendalistici, si potrebbe parlare di attività esterne al *core business* che, tuttavia, rimangono comunque di elevato contenuto strategico per il raggiungimento di miglioramenti nell'andamento dell'impresa.

di tipo vincolato a carattere specialistico, le attività strumentali allo svolgimento di attività discrezionali e le attività materiali non direttamente riferibili ad una funzione amministrativa.

In merito, se non vi sono dubbi circa l'esclusione dei servizi aggiuntivi dalle prime due categorie di attività, occorre verificare se essi possano essere a pieno titolo inclusi nella terza tipologia.

In tal senso, non risulta essere di ausilio la genericità della lett. b-bis, che non offre alcuna indicazione puntuale sulla natura di dette attività, limitandosi a definirle come finalizzate *“al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico”*.

Diversamente, se si esamina il contenuto dell'art. 112 del d.lgs. n. 409/99, emerge con chiarezza il carattere di specialità insito nelle attività ricomprese tra quelle in esame che, proprio per le loro caratteristiche di elevata tecnicità in alcuni casi e di forte complessità in altri, possono rendere necessario e/o opportuno il ricorso a soggetti esterni altamente qualificati ⁽⁹⁹⁾.

Nel caso in esame, dunque, si è in presenza di attività che possono essere ricondotte alla categoria dei c.d. servizi amministrativi, di cui si discuterà ampiamente in seguito ⁽¹⁰⁰⁾.

Per quanto concerne, invece, la scelta della modalità di gestione di dette attività, stante l'assenza di indicazioni da parte dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/98 circa la preferenza per l'una o l'altra forma organizzativa fra quelle previste, deve essere cura del Ministero ponderare caso per caso se lo svolgimento efficace delle proprie funzioni istituzionali e l'ottimale valorizzazione dei beni posti sotto la sua tutela possano rendere necessario esternalizzare talune attività oppure se detto obiettivo possa essere più agevolmente raggiunto con la costituzione o la partecipazione a soggetti giuridici separati dalla propria struttura organizzativa.

⁹⁹ L'art. 112, co.1, richiama, tra gli altri, il servizio editoriale e di vendita riguardante i materiali informativi e le riproduzioni di beni culturali, la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni, i servizi di accoglienza nonché l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali e di iniziative promozionali.

¹⁰⁰ Vedi i successivi par. 3.5 e 3.5.a.

2.5. La fornitura di servizi specialistici relativi agli interventi di sostegno pubblico alle imprese

Un ulteriore intervento di esternalizzazione normata riguarda la fornitura di servizi ad alto valore specialistico connessi con gli interventi di sostegno pubblico alle imprese.

La fattispecie ha avuto sinora due differenti applicazioni, la prima delle quali ha riguardato l'applicazione delle procedure previste dalla l. n. 488/92 che, al fine di conformare la normativa interna con le regole di trasparenza imposte dalla Commissione Europea, ha sostituito la molteplicità di misure di incentivo alle imprese con un'unica concessione di un contributo, determinato sulla base delle spese per investimenti produttivi ed erogato secondo modalità ispirate a quelle utilizzate per gli affidamenti bancari⁽¹⁰¹⁾.

In sede di attuazione della norma, il Governo, in attuazione della delega di cui all'art. 3, lett. b, della l. n. 488/92, ha conferito al Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato (ora Ministero delle attività produttive ex art. 2, co.1, d.lgs. n. 300/99), le competenze relative agli adempimenti tecnici, amministrativi e di controllo per la concessione e l'erogazione delle agevolazioni alle attività produttive nelle aree individuate dal Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE).

¹⁰¹ In particolare, l'importo della sovvenzione è reso disponibile in tre quote annuali rivalutate, la prima delle quali viene concessa a distanza di un mese dall'ammissione dell'impresa al regime agevolato. In tal modo, è eliminata la possibilità che sorgano danni derivanti da ritardi nell'erogazione. L'ambito di operatività delle agevolazioni, invece, comprende tutte le aree depresse del Paese di cui all'Obiettivo 1 e all'Obiettivo 3. Inoltre, in linea con le direttive dell'Unione Europea, i livelli massimi di sovvenzione sono differenziati a seconda della localizzazione dell'investimento e della dimensione dell'impresa finanziata, con privilegio per le aree a più basso reddito pro-capite e per le piccole e medie imprese, classificate secondo i criteri indicati dal d.m. 18 settembre 1997 e dal d.m. 27 ottobre 1997. Quanto ai tempi di erogazione, il sistema agevolativo è applicato attraverso bandi semestrali e prevede, sulla base delle risorse finanziarie disponibili per ciascun semestre, la concessione di un contributo in conto capitale alle imprese che ne abbiano fatto domanda entro i termini fissati dal Ministero. Le risorse finanziarie di ciascun semestre sono pari alla metà di quelle disponibili per il relativo anno, fatta salva la facoltà del Ministro di modificare tale riparto sulla base dell'ammontare di dette risorse annuali. Le risorse finanziarie disponibili per ciascun bando sono altresì ripartite per ogni area regionale interessata. La concessione delle agevolazioni, invece, avviene sulla base della posizione assunta da ciascun progetto imprenditoriale nella graduatoria di merito, secondo un ordine decrescente. Per un commento sul tema, vedi M. Luongo, *Incentivi alle imprese*, in GEL, 2001, 8, pag. 17 e ss.

Stante la complessità del regime di aiuto previsto dalla legge, caratterizzato da una notevole articolazione e da una non sempre immediata intelligibilità, il Ministero ha ritenuto opportuno affidare a banche o società di servizi da queste controllate ex art. 2359 del Codice Civile lo svolgimento delle attività di istruttoria delle iniziative imprenditoriali e dei relativi progetti di investimento, sottoposti dalle aziende per ottenere l'ammissibilità alle agevolazioni previste (102).

In tal modo, la competenza in merito alla valutazione della validità tecnica, economica e finanziaria dei progetti ai fini del successivo inserimento nelle graduatorie (cui fa seguito l'erogazione delle agevolazioni, anch'essa rimessa alla competenze delle banche o società), è stata, quindi, trasferita su soggetti privati esterni all'amministrazione, selezionati a seguito di procedura ad evidenza pubblica.

Stante la complessità della materia esternalizzata, si è ritenuto opportuno intervenire con una normativa di dettaglio, volta a chiarire le modalità esecutive delle singole fasi inerenti il procedimento di erogazione delle agevolazioni. Occorre, quindi, fare riferimento alle disposizioni di carattere regolamentare contenute nei decreti nn. 527/95 e 319/97, ma anche alle circolari ministeriali, adottate di volta in volta con riferimento ai singoli bandi emanati (103).

Dall'esame delle disposizioni citate, emerge che il rapporto tra i soggetti concessionari ed il Ministero è stato regolato per il tramite di un'apposita convenzione, contenente le indicazioni necessarie al corretto svolgimento degli adempimenti tecnici e amministrativi per l'istruttoria del procedimento, per la successiva valutazione delle iniziative imprenditoriali nonché per l'erogazione del contributo da parte dei soggetti concessionari.

La stessa convenzione contiene l'impegno delle banche e/o società di fornire alle imprese adeguati servizi di informazione e di assistenza, al fine di superare eventuali ostacoli o rallentamenti procedurali dovuti all'applicazione della normativa.

¹⁰² Nella realtà operativa, la funzione delle banche e quella delle società si differenzia nel caso in cui il progetto di investimento contenga anche beni acquistati dalle imprese attraverso la locazione finanziaria. In tal caso, infatti, la legge, impedendo alle banche concessionarie di svolgere il duplice ruolo di istruttore di un certo procedimento e di locatore per la medesima operazione, ha stimolato la stipulazione di una convenzione tra le banche e le suddette società, sulla base della quale queste ultime si assumono il compito di ricevere le domande di agevolazione per i beni acquistati e di attestarne la completezza, per poi trasmettere le domande alla banca per i successivi adempimenti istruttori.

¹⁰³ Ci si riferisce alla circ. n.38522 del 15 febbraio 1995 per il primo bando e alle circ. n. 234363 del 20 novembre 1997 e n.900315 del 14 luglio 2000 per i bandi seguenti.

È in questo profilo che si può rinvenire uno degli aspetti di maggior innovazione del procedimento in esame ovvero lo svolgimento dell'istruttoria da parte di una pluralità di soggetti dislocati sul territorio, cui le imprese possono fare riferimento senza essere costrette a rivolgersi all'amministrazione centrale, alla quale rimane comunque un'importante funzione di indirizzo, di monitoraggio e di controllo sull'attuazione degli interventi.

Una delle più rilevanti espressioni di tale ruolo di regolamentazione è data dalla previsione che il Ministero definisca a monte le metodologie e indichi la documentazione-tipo che le banche/società devono utilizzare nella predisposizione delle domande e degli atti afferenti alla fase istruttoria del procedimento nonché alla sua conclusione ⁽¹⁰⁴⁾.

L'elevato grado di standardizzazione della procedura è stata, infatti, un'esigenza irrinunciabile per la fattispecie di esternalizzazione in esame. Il decentramento delle attività di valutazione delle proposte e dei compiti connessi alla gestione delle erogazioni dei contributi ad una pluralità di soggetti, se, infatti, da un lato rappresenta uno dei punti di forza dello strumento in esame, dall'altro ha talvolta dato luogo ad una differente applicazione dei criteri di selezione indicati dalla norma, soprattutto per ciò che attiene alla verifica della congruità della spesa prospettata ed ai tempi stessi di valutazione.

Pertanto, al fine di eliminare o quantomeno ridurre al minimo la criticità rilevata, a partire dal terzo bando di erogazione dei contributi, il Ministero ha reso obbligatorio, per tutti i progetti comportanti investimenti di un certo rilievo economico, la redazione di un *business plan* qualitativo e quantitativo ed ha, al contempo, fornito alle banche/società un *software* di elaborazione dei dati in grado di simulare i risultati dei programmi di investimento e di calcolare, di conseguenza, le agevolazioni dovute alle singole imprese.

Sotto il profilo consultivo, invece, si deve considerare che l'attività di indirizzo e coordinamento del Ministero può giovare dell'ausilio di un Comitato tecnico composto da esperti qualificati, cui compete l'esame delle problematiche emergenti dall'attuazione degli interventi agevolativi. Il Comitato è chiamato, in particolare, ad esprimere pareri sui quesiti posti dalle banche/società concessionarie riguardo all'attuazione della legge in esame ed ai dubbi interpretativi a questa connessi e, a tal fine, può redigere atti ufficiali di

¹⁰⁴ Le ultime disposizioni in tal senso da parte del Ministero sono contenute nel d.m. 22 ottobre 1999, che modifica e integra la delibera CIPE del 27 aprile 1995. Tra le novità più rilevanti contenute nel citato documento d'indirizzo, vi è l'applicazione delle agevolazioni anche ai meccanismi relativi ai patti territoriali ed ai contratti d'area nonché il riconoscimento di un ruolo più ampio alle Regioni in materia dei meccanismi di incentivazione, cui è ora rimessa la possibilità di decidere l'allocazione delle risorse disponibili fino alla metà del *plafond* loro assegnato.

esemplificazione nonché sviluppare ulteriormente la regolamentazione esistente⁽¹⁰⁵⁾.

Un secondo intervento normativo in tema di *outsourcing* delle attività specialistiche connesse con gli interventi di sostegno pubblico alle imprese è, invece, rappresentato dal d.lgs. n. 123/98 che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 4, co. 4, lett. c), della l. n. 59/97, ha disposto la razionalizzazione degli interventi. La disposizione richiamata, ha previsto, tra l'altro, che *"ferma restando la concessione da parte del soggetto competente, per l'attività istruttoria o di erogazione di contributi pubblici, tenuto conto della complessità degli adempimenti di natura tecnica e gestionale, possono essere stipulate convenzioni, le cui obbligazioni sono di natura privatistica con società o enti in possesso dei necessari requisiti tecnici, organizzativi e di terzietà in relazione allo svolgimento delle predette attività"*(art. 3 co. 2)⁽¹⁰⁶⁾.

Anche nel caso di specie, l'amministrazione pubblica rimane, quindi, titolare esclusiva dell'avvio del procedimento e dell'assunzione del provvedimento finale di erogazione, mentre viene realizzata in *outsourcing* la gestione delle valutazioni istruttorie, ivi compreso l'esame delle domande di accesso ai contributi, sulla base del quale viene formulato il provvedimento finale da parte dell'amministrazione competente.

In merito alla scelta dei soggetti privati, il d.lgs. n. 123/98 prevede, come per la fattispecie di cui alla l. n. 488/92, l'applicazione delle procedure di gara previste dal d.lgs. n. 157/95, sottoponendo, quindi, la selezione dei contraenti ai principi di derivazione comunitaria.

La norma stabilisce altresì che gli oneri derivanti dalle convenzioni, laddove non eccedano quanto determinato in sede di aggiudicazione della gara, siano posti a carico degli stanziamenti cui le convenzioni si riferiscono (art. 3, co.2). Ciò vuol dire che, almeno entro un certo ammontare, il trasferimento della

¹⁰⁵In proposito, M.Luongo, *Incentivi alle imprese*, cit., osserva che la numerosità dei pareri prodotti (che supera il migliaio) ed il livello di dettaglio su cui detti pareri sono formulati, indica che è proprio l'uniformità delle valutazioni operate dai soggetti concessionari a rappresentare uno dei punti di criticità del sistema introdotto dalla l. n.488/92, sul quale si auspica un futuro intervento del legislatore.

¹⁰⁶ L'art. 4, co.4, lett. c, della l. n. 59/97 ha rimesso al Governo il compito di ridefinire, riordinare e razionalizzare la disciplina relativa alle attività economiche ed industriali, individuando, per quanto possibile, momenti decisionali unitari e curando, in particolare, il sostegno e lo sviluppo delle imprese operanti nell'industria, nel commercio, nell'artigianato, nel comparto agroalimentare e nei servizi alla produzione nonché delle attività relative alla realizzazione, riconversione e ristrutturazione di impianti industriali ed alla creazione di aree industriali ecologicamente attrezzate.

funzione (*rectius*, di un tratto della funzione) all'esterno non comporta in sé costi aggiuntivi per l'amministrazione.

Il provvedimento in esame ammette, inoltre, la possibilità che il soggetto competente per la valutazione degli aspetti specialistici e dei risultati attesi dagli interventi, si avvalga di esperti prescelti a rotazione da appositi elenchi, aperti a tutti gli interessati. In tal caso, l'amministrazione è tenuta ad effettuare una verifica preventiva volta ad accertare l'insussistenza di cause di incompatibilità e, al contempo, il possesso dei necessari requisiti di professionalità, competenza e imparzialità per lo specifico ambito di valutazione oggetto dell'incarico in capo ai soggetti candidati (art. 2, co.3) ⁽¹⁰⁷⁾.

L'utilizzo di esperti nel senso indicato sembra configurare la fattispecie di cui all'art. 7, co.6, del d.lgs. n. 165/01, ai sensi del quale *"per le esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata esperienza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione"*.

La disposizione citata non presenta dubbi applicativi qualora il soggetto competente per l'attività istruttoria e/o di erogazione dei contributi rimanga l'amministrazione. Diversamente, se detta amministrazione ha proceduto ad esternalizzare in capo a soggetti esterni l'esercizio delle attività richiamate e questi ritengono a loro volta opportuno avvalersi di esperti esterni alla struttura aziendale, allora l'ambito normativo di riferimento in cui si ricade potrebbe essere costituito dalla legislazione in materia di subappalto e di subfornitura.

Se ciò accade, l'amministrazione verrà indirettamente a trovarsi parte di un rapporto non più perfettamente biunivoco, con la possibile conseguenza di veder diminuita l'unitarietà dei suoi poteri di controllo e monitoraggio sulla funzione esternalizzata.

È anche vero, però, che, nei limiti di quanto ammesso dalle normative di riferimento, l'amministrazione potrebbe limitare l'uso del subappalto già in sede di scelta dei contraenti utilizzando, ad esempio, criteri di selezione volti a valorizzare imprese in grado di svolgere completamente al loro interno le attività conferite ⁽¹⁰⁸⁾.

¹⁰⁷ L'articolo in esame ha previsto che i criteri per l'inclusione e la permanenza degli esperti negli elenchi e per la tenuta dei medesimi fossero fissati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. A tutt'oggi, il decreto in questione non è ancora stato emanato.

¹⁰⁸ Sui limiti della compatibilità tra contratto di *outsourcing*, l'art. 1656 del Codice Civile e la l. n. 192/98 in materia di subappalto e di subfornitura, vedi F.Tosi, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Giuffrè, 2001, pag. 64 e ss.

Nella realtà operativa, la modalità di esternalizzazione prevista dal d.lgs. n. 123/98 è stata sfruttata in maniera significativa dal Ministero, che se ne è avvalso per le istruttorie relative ai patti territoriali ed ai contratti d'area, affidate ad istituti di credito a medio e lungo termine.

In questo caso, tuttavia, si può dire che il ricorso all'esternalizzazione sia avvenuto più per motivi di tipo operativo che di tipo strategico.

Il Servizio per la Programmazione Negoziata incaricato della gestione dei patti territoriali, subentrato al CNEL nelle funzioni di valutazione e approvazione, aveva, infatti, incontrato notevoli difficoltà tecniche ed organizzative già nell'elaborazione dei primi patti territoriali. È per questa ragione che il CIPE ha ritenuto opportuno sollecitare l'intervento di una *task-force* bancaria esterna in funzione di supporto all'amministrazione competente.

In conclusione, si può affermare che, per la fattispecie di *outsourcing* in esame, il principale punto di forza riguarda l'utilizzo dell'esperienza professionale specifica delle banche ai fini dell'individuazione delle imprese cui conferire le agevolazioni. Questo aspetto produce, però, riflessi molto più ampi che si riflettono, in generale, sull'attività di sostegno alle imprese: attraverso il trasferimento delle attività di istruttoria agli istituti di credito, infatti, è stato altresì possibile valutare quali iniziative fossero in grado di continuare a operare proficuamente una volta concluso il finanziamento pubblico.

2.6. Le funzioni affidate alle Società Organismi di Attestazione in materia di certificazione delle imprese concorrenti per appalti pubblici

L'art. 8 della l. n. 109/94 (c.d. legge Merloni), rilevando la necessità di una specifica qualificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, ha stabilito che i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti siano sottoposti a certificazione.

Il comma 2 dell'articolo in questione ha rimesso ad un successivo regolamento, da emanarsi ai sensi dell'art. 17, co.2, della l. n. 400/88, l'istituzione di un sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori di lavori pubblici e attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

In attuazione del dettato normativo e in conformità con gli indirizzi espressi già dall'art. 8 della l. n. 109/94, è stato emanato il d.p.R. n. 34/00 che, oltre decretare la cessazione dell'incerto regime transitorio dettato dal d.lgs. n.

502/99, ha comportato la definitiva vigenza del nuovo regime di qualificazione delle imprese che intendono partecipare ad appalti pubblici di lavori ⁽¹⁰⁹⁾.

Il nuovo sistema, che sostituisce le certificazioni rilasciate dall'Albo Nazionale Costruttori di cui alla l. n. 57/62, appare fondato su due presupposti ben distinti. Da un lato, infatti, si impone che la selezione delle imprese affidatarie di opere pubbliche sia operata secondo criteri che garantiscano la coesistenza del binomio economicità-qualità, mentre, dall'altro, si prevede l'affidamento delle relative funzioni istruttorie a soggetti privati dotati di dinamicità e, soprattutto, terzi verso rispetto agli appaltatori ed ai soggetti certificatori della loro qualità.

A tal fine, il regolamento di cui al d.p.R. n. 34/00 disegna un quadro caratterizzato da notevole complessità procedurale in cui il ruolo prevalente è assegnato alle Società Organismi di Attestazione (c.d. SOA), la cui disciplina è contenuta negli artt. 5 – 14.

In particolare, è l'art. 7 a chiarire quali debbano essere i requisiti generali e di indipendenza delle SOA, stabilendo, tra l'altro, che lo statuto di detti organismi, costituiti nella forma delle società per azioni e con capitale sociale almeno pari ad un miliardo di lire interamente versato, preveda come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione e dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria.

La composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve, invece, assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento di cui all'art. 2359 del Codice Civile, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

Il controllo e la vigilanza sulla composizione azionaria delle SOA e sulla persistenza del requisito dell'indipendenza sono esercitati dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che può richiedere alle stesse SOA (ed alle società ed enti che partecipano al relativo capitale azionario) ogni informazione riguardante i nominativi dei rispettivi soci e le eventuali situazioni di controllo o di collegamento.

¹⁰⁹ Per un primo quadro sui contenuti del regolamento, vedi C.Guccione – D.Galli, *Il nuovo sistema di qualificazione dei lavori pubblici*, Giuffrè, 2000. Sulla ragione del progressivo superamento del sistema fondato sulla natura pubblica degli atti di omologazione e certificazione, vedi F.De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam 2000, pag. 197 e ss.

I requisiti legati alla natura dei soggetti cui è permesso il possesso delle quote azionarie sono ulteriormente specificati dal successivo art. 8, che stabilisce, tra l'altro, il divieto di possesso, a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, di una partecipazione al capitale per i soggetti indicati dagli artt. 2, co.2, 10, co.1, e 17, co.1, della l. n. 109/94 nonché per le Regioni e le Province autonome.

Ma la novità più rilevante è senza dubbio rappresentata dai compiti che il regolamento attribuisce alle SOA nell'ambito del nuovo sistema di certificazione delle imprese. E' solo dall'esame delle competenze assegnate alle citate società, infatti, che si può far derivare una piena legittimazione alla fattispecie di esternalizzazione in esame.

Si tratta, nello specifico, del trasferimento all'esterno di attività amministrative a carattere estremamente specialistico. Ai sensi dell'art. 15, co.3, è, infatti, rimesso alle SOA lo svolgimento dell'istruttoria e degli accertamenti necessari alla verifica dei requisiti di qualificazione richiesti alle imprese, ivi compreso il compimento della procedura di rilascio dell'attestazione⁽¹¹⁰⁾.

L'impianto normativo delineato dalla legge Merloni ed attuato con il regolamento non si limita, quindi, a subordinare lo svolgimento dell'attività al rilascio di un'autorizzazione da parte della Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici di cui all'art. 4 della l. n. 109/94, come sarebbe avvenuto se la funzione esternalizzata fosse stata mantenuta all'interno dell'amministrazione competente *ab origine*: si richiede, invece, che le SOA sorgano sin dal primo momento come soggetti indirizzati all'esercizio esclusivo di tale attività.

L'impostazione prescelta ha reso, però, necessaria la ricerca, da parte del legislatore, di un punto di equilibrio tra la natura privata del soggetto cui sono rimesse le funzioni di attestazione delle imprese e l'esigenza di assicurare la competenza funzionale e, al contempo, l'indipendenza di giudizio di detto soggetto.

È per questo che l'assegnazione delle funzioni accertative in materia di qualificazione alle SOA può avvenire solo se le stesse dimostrano di possedere i requisiti obbligatori richiesti, che a ben vedere sono qualificati con

¹¹⁰ I requisiti necessari per la partecipazione agli appalti pubblici che le SOA sono tenute a verificare sono indicati dall'art. 8, co.3, della l. n. 109/94, che fa riferimento alla certificazione di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale (certificazione che deve essere rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle stesse norme europee), della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità nonché dei requisiti di ordine generale, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione.

un'evidente complessità. Si tratta, infatti, di requisiti che afferiscono non solo al momento costitutivo della società⁽¹¹¹⁾, ma anche al suo assetto proprietario⁽¹¹²⁾ e funzionale⁽¹¹³⁾.

La *ratio* di tale impostazione risiede senza dubbio nella volontà di rilasciare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di certificazione delle imprese costruttrici solo a società in possesso di una solida capacità economico-finanziaria desumibile, appunto, dai requisiti richiesti.

Alla luce delle disposizioni esaminate, si può dunque affermare che, in linea generale, l'assetto delineato dal regolamento attuativo dell'art. 8 della l. n. 109/94 si dimostri coerente con gli obiettivi prefissati dalla legge Merloni.

In realtà, la dottrina non ha mancato di rilevare come anche il corretto possesso dei requisiti richiesti dai richiamati artt. 7, 8 e 9 non consolidi in capo alle SOA un automatico diritto all'esercizio dell'attività di attestazione, né tanto meno ne costituisca l'unico presupposto⁽¹¹⁴⁾.

La preventiva autorizzazione che l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici deve rilasciare alle SOA ai fini dello svolgimento dell'attività di qualificazione è, infatti, subordinata non soltanto alla verifica della documentazione inerente la situazione della società richiedente rispetto ai suddetti requisiti, ma anche alla produzione di *“un documento contenente la descrizione delle procedure che...saranno utilizzate per l'esercizio dell'attività di attestazione”* (art. 10, co.2, lett. f, d.p.R. n. 34/00) e di *“una polizza*

¹¹¹ Si tratta del limite relativo all'oggetto sociale, di quello inerente al capitale minimo interamente versato e della stessa forma della società per azioni (art.7, co.1-2-3, d.p.R. n. 34/00).

¹¹² Ovvero il divieto di partecipazione azionaria all'interno di SOA da parte di Regioni, Province e Comuni ed il limite percentuale per le associazioni nazionali di imprese (art. 8, co.1-2, d.p.R. n. 34/00).

¹¹³ Il richiamo è all'obbligo di organico minimo provvisto di determinate qualifiche professionali (art. 9, co.1, d.p.R. n. 34/00).

¹¹⁴ In generale sul tema vedi V.Miniero, *Esercizio privato di funzioni pubbliche. La natura delle SOA*, su www.diritto.it; A. Astazi, *I succedanei dell'ente pubblico nell'epoca delle privatizzazioni - Le società organismi di attestazione (SOA)*, in RTA, 2000, 4, pagg. 726-740; G. Ceccacci, *Le S.O.A. Società Organismo di Attestazione*, Il Sole 24 Ore, 2001; B. Delfini - M. Delfino, *Una «nuova» nozione di qualità nell'ordinamento giuridico italiano: le norme UNI EN ISO 900 e il sistema unico di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, secondo il regolamento Bargone*, in RDAm., 2000, pagg. 1131- 1157; S.Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, su www.giust.it; L.Giampaolino, *Le SOA e le loro responsabilità*, in CSEP., 2001, 1; A. Visone, *Il regolamento di qualificazione delle imprese Abolizione dell'A.N.C. e costituenti SOA*, in NRLDG., 2000, 11, pagg. 519-524.

assicurativa ... per la copertura delle responsabilità conseguenti all'attività svolta..." (art. 10, co.2, lett. g, d.p.R. n. 34/00).

È evidente, quindi, che gli elementi da ultimo indicati ampliano il potere discrezionale dell'Autorità circa l'espressione di un diniego nel rilascio dell'autorizzazione, rafforzando pertanto l'ipotesi che, rispetto al rilascio dell'autorizzazione, le SOA siano titolari di un mero interesse legittimo.

Il potere discrezionale dell'Autorità sembra rafforzato ulteriormente da quanto disposto nei commi 3, 4 e 5 dello stesso art. 10, in base ai quali si ammette che questa possa richiedere ulteriori informazioni ed integrazioni alla documentazione fornita dalla SOA istante e possa revocare l'autorizzazione:

- qualora sia accertato il venire meno dei requisiti richiesti dal d.p.R. n. 34/00;

- in caso di grave violazione dell'obbligo di rendere le informazioni richieste dall'Autorità;

- in caso di mancato inizio dell'attività sociale entro sei mesi dal rilascio dell'autorizzazione oppure quando l'attività sociale risulti interrotta per più di sei mesi;

- quando sia accertato che la SOA non svolge la propria attività in modo efficiente e conforme alle disposizioni della legge Merloni e del regolamento.

Il potere di controllo che l'Autorità svolge sulle funzioni conferite in esercizio alle SOA non si limita, perciò, alla sola valutazione della permanenza, dopo il rilascio dell'autorizzazione, dei requisiti richiesti ma, al contrario, riguarda anche le procedure utilizzate per l'esercizio dell'attività di qualificazione trasferita in capo alle società.

In un certo senso, quindi, l'estensione e l'analiticità dei controlli esterni sono tali da porre le SOA quasi "*sotto tutela*" dell'Autorità, privandole di un'effettiva autonomia.

L'orientamento trova una conferma indiretta se si pone attenzione alle modalità di determinazione del compenso che le società percepiscono per l'esercizio dei compiti conferiti ed all'indicazione degli elementi di valutazione posseduti dalle imprese sui quali deve svolgersi l'attività di attestazione.

A riguardo occorre, innanzitutto, ricordare che, ai sensi dell'art. 15, co.2, del d.p.R. n. 34/00, il rapporto tra la SOA e l'impresa che intende ottenere l'attestazione di qualificazione è regolato da un apposito contratto il cui compenso, alla luce di quanto disposto dall'art. 12, co.3, del regolamento, non è liberamente negoziabile.

L'articolo citato, infatti, stabilisce che "*ogni attestazione di qualificazione o di suo rinnovo è soggetta al pagamento di un corrispettivo determinato, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate*" per cui le imprese chiedono di essere qualificate e che detto

importo così determinato è considerato quale corrispettivo minimo della prestazione resa.

D'altro canto, però, il comma 4 prosegue precisando che il corrispettivo richiesto non può mai eccedere il doppio di detta soglia minima, a pena di nullità di ogni patto contrario¹¹⁵. Ci si domanda, in merito, se e in che misura il limite imposto alle tariffe delle attività professionali espletate dalle SOA possa conciliarsi con il perseguimento della finalità di lucro, che rimane comunque l'obiettivo esclusivo di detti soggetti, e con la necessità che la suddetta attività venga svolta secondo principi di imparzialità e indipendenza di giudizio.

Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto citato, rileva, da un lato, l'elevato grado di analiticità nell'indicazione dei requisiti da valutare da parte degli artt. 17 e 18, e, dall'altro, la forte vincolatività in merito alle modalità del loro accertamento da parte delle SOA. Secondo l'art. 17, co.2, del regolamento, infatti, *"l'Autorità stabilisce mediante quale documentazione i soggetti che intendono qualificarsi dimostrano l'esistenza dei requisiti richiesti per la qualificazione"*, precisando che di ciò deve essere *"fatto espresso riferimento nel contratto da sottoscrivere fra SOA ed impresa"*.

Nel caso di specie, pur non volendo entrare nel merito della qualificazione giuridica dello strumento negoziale, non può sfuggire la contraddizione insita nella natura di un contratto avente ad oggetto lo svolgimento di un'attività che deve essere espletata esclusivamente secondo modalità predeterminate da un soggetto pubblico.

Nella fattispecie di esternalizzazione in esame, quindi, l'*outsourcing* va ad incidere su un'attività che si avvicina al *core business* dell'amministrazione molto più di quanto non fosse, ad esempio, per le attività istruttorie rimesse alle banche e/o società da queste controllate ex l. n. 488/92 e ciò rende molto più complessa, sia la definizione dei poteri di monitoraggio, valutazione e controllo dell'amministrazione che esternalizza, sia la costruzione del rapporto tra detto soggetto e la società privata cui la funzione è trasferita.

A conferma di ciò, si può considerare la *querelle* sorta circa la necessità che le SOA rispettassero le disposizioni in materia di semplificazione amministrativa, in occasione della quale l'Autorità, se in un primo momento ha ribadito l'obbligo delle società di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza e di conformarsi ai principi di cui alla l. n. 109/94, ha poi affermato

¹¹⁵ E' l'art. 3, co.1, del d.p.R. n. 34/00 che si occupa di chiarire a quali categorie debbano far riferimento le imprese nella loro richiesta di qualificazione, che può avvenire per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate nonché per prestazioni di sola costruzione e per prestazioni di progettazione e costruzione.

che le stesse, pur non essendo obbligate al rispetto della normativa in questione, potessero utilizzare il meccanismo della dichiarazione sostitutiva di notorietà⁽¹¹⁶⁾. Questo strumento, infatti, può legittimamente “*essere usato anche nei rapporti interprivatistici in materia civile e commerciale e si inquadra negli atti di natura non negoziale e a carattere certificativo*”⁽¹¹⁷⁾.

In conclusione, è probabile che la costituzione di un sistema di vigilanza preventiva e successiva sulle SOA fosse essenziale per garantire efficacia, competenza ed autonomia di detti soggetti, ma è anche vero che, ciò che emerge dal regolamento attuativo della l. n. 109/94, induce quasi a dubitare circa la natura effettivamente privata di tali soggetti e degli atti certificativi da questi prodotti.

In altre parole, sembra legittimo domandarsi se, nel caso di specie, si versi effettivamente nel novero delle esternalizzazioni di funzioni amministrative o, piuttosto, in una fattispecie di delega ad un privato di un potere accertativo pubblico.

La conseguenza più rilevante di una siffatta linea interpretativa attiene ai profili della responsabilità delle SOA in sede di espletamento delle loro funzioni, poiché non si comprende quale misura detta responsabilità possa avere se l'Autorità sottopone l'attività delle società ad un controllo analitico e permeante quale quello delineato dal regolamento. Potrebbe accadere, infatti, che la responsabilità dei soggetti in questione debba essere limitata alla dolosa o colposa violazione degli obblighi di attestazione, con esclusione di ogni responsabilità circa la congruità del procedimento accertativo, potendosi altresì ipotizzare la corresponsabilità dell'Autorità ogni qual volta l'esercizio non corretto del potere di attestazione venga dimostrato evitabile dal corretto svolgimento delle attività di controllo.

2.7. Le funzioni sanzionatorie affidate agli ausiliari del traffico

Al fine di coadiuvare gli organi di polizia municipale nell'attività di contrasto di quei diffusi comportamenti irregolari che, se pur di ridotta pericolosità, contribuiscono nel loro insieme a congestionare gravemente la circolazione nei centri abitati, l'art. 17, co. 132 e 133, della l. n. 127/97 (c.d. Bassanini bis) ha conferito al Sindaco la facoltà di nominare soggetti che possano operare l'accertamento delle violazioni in materia di sosta sulle strade

¹¹⁶ Ci si riferisce alle determinazioni nn. 38 e 41 del 27 luglio 2000 e n. 47 del 12 ottobre 2000.

¹¹⁷ V. Miniero, *Esercizio privato di funzioni pubbliche. La natura delle SOA*, cit.

comunalì e di circolazione e sosta sulle corsie riservate. Si tratta dei c.d. "ausiliari del traffico".

La *ratio* della previsione normativa risiede nella volontà di alleggerire i carichi di lavoro degli agenti istituzionali, nell'ottica di consentire un impiego più razionale del personale di polizia stradale ai fini dell'attività di prevenzione e di repressione dei comportamenti più pericolosi ⁽¹¹⁸⁾.

Non si deve pensare, tuttavia, che la figura in esame sia stata introdotta *ex novo* dall'art. 17 della l. n. 127/97. In realtà, infatti, già l'art. 12 d.lgs. n. 285/92 (c.d. Codice della Strada, d'ora in avanti CdS) aveva disposto che, accanto ai soggetti contemplati per l'espletamento dei servizi di polizia stradale "la prevenzione e l'accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale e la tutela ed il controllo sull'uso delle strade" potessero essere effettuati, previo superamento di un esame di qualificazione, da altri soggetti esterni all'amministrazione istituzionalmente competente ⁽¹¹⁹⁾.

L'art. 17 citato ha, semmai, provveduto ad ampliare l'elencazione ricordata, prevedendo al co.132 la possibilità da parte dei Comuni di conferire, con apposito provvedimento del Sindaco, le funzioni di prevenzione ed accertamento delle violazioni in materia di sosta ai dipendenti delle società di gestione dei parcheggi, almeno limitatamente alle aree oggetto di concessione ⁽¹²⁰⁾.

¹¹⁸ Si tratta, quindi, evidentemente di un caso di esternalizzazione volta a permettere una maggiore concentrazione delle risorse sulle attività del *core business*.

¹¹⁹ L'art. 12 citato fa riferimento, in particolare:

1. al personale dell'ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale, dell'Amministrazione centrale e periferica del Ministero dei lavori pubblici, della Direzione generale della motorizzazione e dei trasporti e dal personale dell'A.N.A.S.;
2. al personale degli uffici competenti in materia di viabilità delle Regioni, delle Province e dei Comuni, sia pure limitatamente alle violazioni commesse sulle strade di proprietà degli enti da cui dipendono;
3. ai dipendenti dello Stato, delle Province e dei Comuni aventi la qualifica o le funzioni di cantoniere, limitatamente alle violazioni commesse sulle strade o sui tratti di strade affidate alla loro sorveglianza;
4. al personale delle Ferrovie dello Stato e delle ferrovie e tramvie in concessione, che espletano mansioni ispettive o di vigilanza, nell'esercizio delle proprie funzioni e limitatamente alle violazioni commesse nell'ambito dei passaggi a livello dell'amministrazione di appartenenza;
5. al personale delle circoscrizioni aeroportuali dipendenti dal Ministero dei trasporti;
6. ai militari del Corpo delle Capitanerie di porto, dipendenti dal Ministero della marina mercantile.

¹²⁰ In proposito vedi l'art. 7, co. 8, del Codice della Strada

In merito, il Ministero dell'Interno ha precisato che devono considerarsi compresi nella suddetta categoria anche i dipendenti di aziende speciali, di enti di gestione comunque denominati e di società private cui sia stata affidato il solo esercizio delle aree di sosta a pagamento. Inoltre, essendo le funzioni di prevenzione e di accertamento della sosta e della fermata dei veicoli riconducibili alle violazioni di cui agli artt. 7, co.15, e 157, co. 5, 6 ed 8 del CdS ⁽¹²¹⁾, l'amministrazione citata ha specificato che queste riguardano anche le aree immediatamente limitrofe a quelle concesse ovvero quelle comprese entro lo spazio minimo indispensabile per compiere le manovre necessarie a garantire la concreta fruizione del parcheggio in concessione ⁽¹²²⁾.

L'art. 17, co.133, della l. n. 127/97 ha, invece, attribuito i medesimi poteri previsti per i dipendenti delle società di gestione dei parcheggi al personale ispettivo delle aziende esercenti il trasporto pubblico di persone, cui sono state conferite anche le funzioni di prevenzione ed accertamento in materia di circolazione e sosta sulle corsie riservate al medesimo servizio di trasporto.

Successivamente, in materia è intervenuto il d.l. n. 391/99, il quale ha ribadito espressamente la competenza già attribuita agli ausiliari del traffico dalla l. n. 127/97 circa l'applicazione della sanzione accessoria della rimozione del veicolo ex art. 158 del CdS nei casi di impedimento all'accesso presso aree di sosta, di ostacoli frapposti allo spostamento di veicoli regolarmente parcheggiati o di sosta in seconda fila.

Le stesse funzioni sono state, tuttavia, conferite anche ai dipendenti comunali diversi dagli organi di polizia municipale ed ai soggetti muniti dell'abilitazione di cui all'art. 12, co.3, del CdS, con operatività, in questo caso, per le strade del territorio comunale in cui le manovre sono vietate da apposita segnaletica o dal codice della strada o esistono parcheggi o aree di sosta a pagamento.

In generale, dunque, la tendenza del legislatore è stata di trasferire le funzioni inerenti la prevenzione e l'accertamento delle violazioni in materia di sosta dall'amministrazione inizialmente competente ad una pluralità di soggetti diversi, la maggior parte dei quali aventi natura pubblica. La vera novità introdotta dalla l. n. 127/97 risiede, tuttavia, proprio nell'ammessa possibilità che l'esercizio di dette funzioni venga posto in capo a soggetti privati

¹²¹ L'art. 7, co.15, indica l'ammontare della sanzione amministrativa per la sosta in aree vietate protratta oltre le ventiquattro ore, mentre i commi 5,6 e 8 dell'art. 157 dispongono in materia di collocamento dei veicoli secondo l'apposita segnaletica nelle zone di sosta all'uopo predisposte nonché di obbligo di segnalazione del periodo di sosta con lo specifico dispositivo per la sosta a tempo limitato.

¹²² Vedi la circolare del Ministero dell'Interno 17 settembre 1997.

dipendenti non da un'amministrazione pubblica ma da una struttura societaria di tipo civilistico e, quindi, a soggetti di natura privata.

Detta impostazione ha suscitato a partire dall'emanazione della l. n. 127/97, un forte dibattito giurisprudenziale, da cui sono emersi orientamenti tra loro anche molto contrastanti, soprattutto in merito alla possibilità di considerare o meno gli ausiliari del traffico quali pubblici ufficiali ⁽¹²³⁾.

La problematica ha assunto rilevanza, in particolare, con rapporto alla necessità di accertare l'efficacia probatoria dei verbali redatti dagli ausiliari a seguito dell'accertamento di violazioni in materia di sosta. Detta efficacia, infatti, è stata più volte messa in discussione in sede di opposizione alla comminata sanzione amministrativa da parte dei trasgressori alle norme del CdS, che hanno contestato la suddetta legittimazione degli ausiliari a certificare, tramite la redazione e relativa sottoscrizione di un verbale, i fatti constatati.

A riguardo, la giurisprudenza si è divisa, percorrendo alternativamente due strade.

Da un lato, infatti, i giudici hanno sostenuto che l'attività degli ausiliari del traffico afferisce alla categoria degli incaricati di pubblico servizio e, quindi, si riduce ad una mera segnalazione delle infrazioni commesse alla polizia stradale, mentre, secondo un altro orientamento, a detti soggetti è stata riconosciuta la qualifica di pubblici ufficiali muniti di poteri di certificazione e, in quanto tali, si è ammesso il loro potere di redigere atti pubblici facenti fede fino a querela di falso.

Tra le altre, è del primo avviso il Tribunale di Perugia che, pronunciandosi su un'opposizione per carenza di poteri avverso un avviso di accertamento redatto e sottoscritto da un ausiliario del traffico, ha stabilito che l'atto in questione non è un atto pubblico ai sensi degli artt. 2699 e 2700 del Codice Civile ⁽¹²⁴⁾, precisando che a detti soggetti competono solo i compiti in materia di individuazione e segnalazione alla polizia municipale delle violazioni relativa alle sosta ed alla fermata dei veicolo ⁽¹²⁵⁾. È solamente alla citata

¹²³ Sugli orientamenti della dottrina in tema di distinzione tra pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, vedi *infra*, il successivo capitolo 3.

¹²⁴ Art. 2699 Codice Civile – “L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo in cui l'atto è formato”. Art. 2700 Codice Civile – “L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti”.

¹²⁵ Vedi sentenza n. 455 del 5 ottobre 1999 in AGC, 1999, pag. 903

polizia, infatti, che spetta il potere di accertare l'infrazione compilando e sottoscrivendo il relativo verbale ⁽¹²⁶⁾.

Nello stesso periodo, la Corte di Cassazione ha giudicato legittima l'attività di rilevazione e segnalazione da parte degli ausiliari del traffico delle infrazioni stradali ed, in particolare, di quelle concernenti la durata della sosta autorizzata a pagamento, osservando, al contempo, che tali soggetti non sono investiti di alcuna funzione di polizia ⁽¹²⁷⁾.

La notificazione degli estremi della contravvenzione al trasgressore costituisce, pertanto, una semplice operazione amministrativa e non un'autonoma attività di contestazione, esercitabile solo da un pubblico ufficiale. L'orientamento trova conferma, secondo la Corte, nel fatto che al trasgressore, a norma dell'art. 210 del CdS, sono notificati i soli estremi della violazione rilevata a suo carico e non il verbale vero e proprio in cui si attesta la medesima violazione.

Di diverso avviso è, ad esempio, il Tribunale di Lecce che ha giustificato la legittimazione degli ausiliari del traffico ad elevare contravvenzioni limitandosi a richiamare testualmente l'art. 17, co.132, della l. n. 127/97, secondo cui chi ha provveduto all'accertamento dell'infrazione stradale è abilitato alle funzioni di ausiliare del traffico con provvedimento del Sindaco e, quindi, è anche formalmente abilitato ad elevare contravvenzioni ⁽¹²⁸⁾.

Anche il Tribunale di Roma ha riconosciuto l'efficacia derogatoria ed integrativa dell'art. 17 rispetto all'art. 12 del CdS, attribuendo all'ausiliario del traffico la qualifica di pubblico ufficiale sulla base della lettera della norma interpretata secondo i canoni interpretativi stabiliti dall'art. 12 delle Preleggi, i quali consentono di convergere verso un'interpretazione univoca, esauriente e

¹²⁶ La motivazione del Tribunale di Perugia si fonda su alcune indicazioni riportate nella Circolare del 25 settembre 1997 del Ministero degli Interni, in particolare laddove si precisa che l'ausiliario non svolge funzioni di polizia stradale ai sensi di quanto previsto dall'art. 12 del CdS e che, pertanto, *“il verbale di accertamento è atto esclusivo dell'agente che lo ha redatto, riferibile alla sua responsabilità di soggetto che ha proceduto al riscontro di comportamenti e che in questa attività valutativa opera in posizione di autonomia persino rispetto alla struttura organizzativa di appartenenza”*. L'onere di verbalizzare per iscritto i fatti non può quindi essere delegato ad altri, a pena di perdita della fede privilegiata prevista dall'art. 2700 del Codice Civile. L'avvenuta infrazione non può pertanto essere provata tramite l'esibizione dell'avviso redatto dall'ausiliario, che potrà solo essere chiamato in qualità di testimone dando luogo ad una prova che, al contrario dell'atto pubblico, è sempre soggetta alla discrezionale valutazione dell'organo giudicante ai sensi di quanto disposto dall'art. 115 del Codice di Procedura Civile.

¹²⁷ Vedi Corte di Cassazione - Sez. III, sentenza n. 11949 del 25 ottobre 1999, in FI, 1999, I, 3158, con nota di A.Travi..

¹²⁸ Vedi l'ordinanza dell'8 novembre 1999, in ND, 2000, pag. 459, con nota di Aprile.

persuasiva in ordine alla potestà della nuova categoria di soggetti ad esercitare poteri autoritativi e certificativi.

In tal modo, si giunge, dunque, ad escludere l'identificazione in senso assoluto della qualità di pubblico ufficiale solamente in ogni soggetto funzionalmente dipendente da un'amministrazione statale o locale ⁽¹²⁹⁾.

Lo stesso Tribunale, in una diversa fattispecie, ha riconosciuto agli ausiliari del traffico un vero e proprio potere di accertamento e contestazione della violazione. L'art. 17, co.132, della l. n. 127/97, infatti, avendo consentito ai Comuni di delegare l'attività di prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta a dipendenti comunali o di società di gestione, ha indirettamente ammesso che si riconoscesse agli ausiliari del traffico la qualifica di incaricati di pubblico servizio e non di pubblici ufficiali ⁽¹³⁰⁾.

In parte, i problemi interpretativi sollevati dalle problematiche esposte sono stati risolti attraverso l'operazione di interpretazione autentica che il legislatore ha compiuto con l'art. 1 del d.l. n. 391/99, volto, appunto, a fugare ogni eventuale dubbio sull'ambito operativo degli ausiliari del traffico.

Detta disposizione ribadisce, infatti, che i commi 132 e 133 dell'art. 17 della l. n. 127/97 devono essere letti nel senso di riconoscere che *“il conferimento delle funzioni di prevenzione ed accertamento delle violazioni comprende i poteri di contestazione immediata nonché di redazione e sottoscrizione del verbale di accertamento con l'efficacia di cui agli articoli 2699 e 2700 del Codice Civile”*.

In proposito, è stata sostenuta la portata retroattiva della riportata norma di interpretazione autentica che, in realtà, si limita esclusivamente ad esplicitare il contenuto della disposizione interpretata senza introdurre elementi di novità. La conseguenza di tale impostazione è che l'art. 1 del d.l. n. 391/99 risulta applicabile anche ai ricorsi in precedenza pendenti ⁽¹³¹⁾.

L'interpretazione citata è stata ulteriormente ribadita dall'art. 68 della l. n. 448/99, con cui è stato abrogato il suddetto decreto legge, dimostrando la volontà del legislatore di ribadire l'efficacia probatoria privilegiata dell'avviso di accertamento al di là di ogni eventuale dubbio di costituzionalità sull'esistenza dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 della Costituzione ⁽¹³²⁾.

¹²⁹ Vedi la sentenza n. 22862 dell'8 ottobre 1999, in GM, 2001, pag.201 e ss.

¹³⁰ Vedi le sentenze nn. 20503, 20514, 20475 e 20491 del 25 ottobre 1999.

¹³¹ Vedi C. Di Marzio – F. Bortoli, *La competenza degli Ausiliari del traffico*, in RARI, 1999, 12.

¹³² Si ricorda che l'articolo richiamato disciplina la possibilità che *“in casi straordinari di necessità e d'urgenza”*, il Governo adotti, sotto la sua responsabilità, provvedimenti

In conclusione, si può dunque affermare che l'attività amministrativa trasferita dal Sindaco agli ausiliari del traffico può essere classificata come funzione pubblica avente carattere certificativo.

Se, infatti, il compito di detti soggetti viene limitato a fornire una semplice "notizia" sulla violazione rilevata alla polizia municipale, venendo consentito solo a quest'ultima di redigere il verbale e provvedere alle azioni successive dopo essere sopraggiunta sul luogo della commessa infrazione, allora è chiaramente vanificata la finalità ricercata di concentrare le risorse dell'amministrazione istituzionalmente competente in attività ben più rilevanti⁽¹³³⁾.

In tal senso, è stato affermato che le disposizioni contenute nella l. n. 127/97 si inseriscono nel più ampio contesto di semplificazione del procedimento amministrativo posto a fondamento dell'intera normativa, che in alcuni casi impone di "svincolare" l'esercizio di pubblici poteri da connotazioni meramente soggettive se questo permette di rispettare il principio costituzionale di buon andamento attraverso un procedimento trasparente e, al contempo, rapido⁽¹³⁴⁾.

Ai fini del presente lavoro, occorre, tuttavia, chiedersi se la fattispecie esaminata possa o meno rientrare nella definizione di esternalizzazione riportata in precedenza.

Per fare ciò, è necessario valutare se il conferimento agli ausiliari del traffico delle funzioni di prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta sulle strade comunali e di circolazione e sosta sulle corsie riservate soddisfi tutti gli indicatori richiesti per l'"attrazione" nella categoria dell'*outsourcing*.

In tal senso, non vi è dubbio che gli ausiliari del traffico sono "*soggetti esterni alla struttura amministrativa istituzionalmente competente*", ma, a differenza di altre fattispecie di esternalizzazione normata esaminate, questi possono avere sia natura pubblica, sia natura privata⁽¹³⁵⁾.

provvisori con forza di legge (co.1) che, perdono efficacia retroattivamente se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione (co.2).

¹³³ Secondo G.Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in Dpub, 1998, pag. 691, gli stessi vigili urbani non hanno la funzione di svolgere attività autoritarie ma di promuovere la migliore circolazione stradale: solo a tal fine, in modo strumentale e quantitativamente limitato, adottano provvedimenti amministrativi di tipo ablatorio.

¹³⁴ Vedi C. Di Marzio – F. Bortoli, *La competenza degli Ausiliari del traffico*, cit.

¹³⁵ Nel caso dell'*outsourcing* delle funzioni istruttorie per la concessione delle agevolazioni alle imprese, ad esempio, i soggetti verso cui l'amministrazione opera il trasferimento sono banche e/o società da queste controllate e lo stesso vale per l'esternalizzazione delle funzioni di accertamento e riscossione dei tributi locali. La natura pubblica del soggetto partner nel trasferimento di funzioni al di fuori dell'organizzazione amministrativa può, invece, assumere rilievo nel caso di stipulazione di accordi da parte del Ministero per i beni

La natura giuridica, se non incide sul primo degli elementi considerati, presenta, invece, delle conseguenze rilevanti sul piano della selezione dei soggetti, che non sono né “*scelti mediante procedura ad evidenza pubblica*”, né “*appositamente costituiti*”.

In particolare, nel caso in cui le funzioni di prevenzione e di accertamento siano assegnate ad uno dei soggetti indicati dall'art. 12 del d.lgs. n. 285/92, la norma richiede il superamento di un generico esame di qualificazione, mentre, laddove le stesse funzioni vengano trasferite in capo ai dipendenti delle società di gestione dei parcheggi (art. 17, co.132) oppure al personale ispettivo delle aziende esercenti il trasporto pubblico di persone (art. 17, co.133), a partire dal 1 gennaio 2000, la designazione nominativa del Sindaco può avvenire previo un mero accertamento dell'assenza di precedenti o pendenze penali, nell'ambito delle categorie indicate dai medesimi commi 132 e 133.

In proposito, si è osservato che il CdS prevede espressamente un esame di qualificazione solo per le categorie indicate all'art. 12. Con la già citata circolare 17 agosto 1997, il Ministero dell'Interno ha, tuttavia, ritenuto necessaria un'adeguata formazione professionale ed una successiva valutazione di idoneità anche per i soggetti indicati nell'art. 17 della l. n. 127/97, in considerazione del fatto che la garanzia della professionalità degli operatori in rapporto alla funzione che svolgono richiede di prevedere l'assenza di situazioni soggettive atte ad incidere negativamente sulla pubblica affidabilità. Questo carattere deve, inoltre, essere correlato dal possesso di una specifica idoneità psicofisica.

Si consideri, però, che con la discussa sentenza n. 11949/99, la Corte di Cassazione ha sottolineato come, stando alla lettera dell'art. 17, non sembra che l'accertamento della specializzazione degli ausiliari del traffico debba essere attestato dal superamento dell'esame di qualificazione e dal conseguente conferimento dell'abilitazione, come invece avviene per gli altri soggetti indicati dall'art. 12 del CdS.

Le norme di tipo regolamentare che regolano dette procedure (e che sono le stesse a stabilire il possesso dei requisiti di professionalità ed onorabilità richiesti), sono, infatti, rivolte ai soggetti di cui al citato art. 12 e non contemplano espressamente i dipendenti delle società concessionarie, la cui nomina è, pertanto, rimessa al solo *intuitu personae* che guida la scelta del Sindaco.

In tal senso, la nomina diretta e personale da parte del vertice politico dell'amministrazione sembra essere impropriamente utilizzata, poiché

e la attività culturali con amministrazioni pubbliche e soggetti privati oppure di costituzione o partecipazione ad associazioni, fondazioni o società ex art. 10 del d.lgs. n. 368/98.

l'accertamento dei presupposti richiamati ha il carattere dell'indefettibilità e, quindi, la loro mancanza non permette di ottenere un'idonea qualificazione, tale cioè da permettere anche il potere di redazione del verbale di accertamento. E' in quest'ottica che la suddetta Corte ha riconosciuto l'attività degli ausiliari del traffico quale mera collaborazione e segnalazione delle infrazioni concernenti la sosta al pagamento e non, invece, quale funzione pubblica in senso proprio.

A riguardo si osserva, però, che nella maggior parte dei casi, la nomina ad ausiliari dei soggetti privati dipendenti dalle società concessionarie sembra, comunque, essere stata effettuata nel rispetto dei criteri indicati dall'art. 12 del CdS e ribaditi dalla suddetta Circolare del 17 agosto 1997.

Un esempio su tutti è dato dal Comune di Roma che, con la delibera di Giunta n. 3197 del 5.8.1997 ha attribuito alla Società Trasporti Automobilistici (STA) ⁽¹³⁶⁾ le funzioni di prevenzione ed accertamento in materia di sosta limitatamente alle aree oggetto di affidamento. Più precisamente, con la citata delibera si è previsto che il personale da adibire alle funzioni in esame dovrà essere in possesso di specifici requisiti ⁽¹³⁷⁾ e si è rimesso alla STA il compito di organizzare corsi di qualificazione per detto personale ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 285/92, finalizzati alla conoscenza della disciplina in materia di sosta (con particolare riguardo alla disciplina della sosta regolamentata e tariffata), dei compiti di prevenzione ed accertamento delle violazioni nello stesso ambito, del procedimento sanzionatorio amministrativo e delle modalità di compilazione dei moduli per l'accertamento delle violazioni.

Al termine del corso, i candidati devono svolgere un colloquio per l'accertamento dei requisiti psico-attitudinali e sostenere un esame di idoneità, dal cui superamento dipende il conferimento della qualifica di addetto al servizio di prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta, che avviene con provvedimento del Sindaco.

La prevista procedura di conferimento della funzione non sembra, dunque, avvalorare l'ipotesi secondo cui la nomina diretta e personale da parte del Sindaco possa permettere il trasferimento di compiti amministrativi in capo a soggetti privati non qualificati. Al contrario, nel caso specifico del Comune di Roma, il margine di discrezionalità che rimane al medesimo Sindaco appare alquanto limitato poiché, in realtà, il contenuto del provvedimento (ovvero il

¹³⁶ La STA è una società per azioni di proprietà dello stesso Comune, già esistente ed avente ad oggetto la gestione di tutte le attività afferenti il trasporto pubblico collettivo di persone e cose a mezzo di qualsiasi tipo di veicolo nonché l'esercizio di ogni altra attività, anche strumentale, connessa e/o complementare alla mobilità ed al trasporto.

¹³⁷ I requisiti indicati dalla delibera del Comune di Roma sono il possesso patente di guida cat. "B" o superiore, il titolo di studio della scuola d'obbligo e l'assenza di condanne penali e carichi pendenti per reati non colposi.

giudizio circa il possesso dei richiesti requisiti da parte di un determinato soggetto) viene ad essere pressoché interamente definito dalle risultanze delle prove di idoneità.

In un certo senso, quindi, è come se, pur essendo al di fuori del campo di applicazione della normativa comunitaria in tema di procedure ad evidenza pubblica, i principi di trasparenza che questa reca vengano comunque applicati alla scelta dei soggetti cui trasferire le funzioni pubbliche oggetto di esame ⁽¹³⁸⁾.

Anche sotto questo profilo, dunque, si può parlare di esternalizzazione delle funzioni di prevenzione e accertamento.

Rimane però da valutare se il tipo di attività trasferita all'esterno possa essere inclusa tra quelle indicate nella suddetta definizione di *outsourcing*.

La risposta al quesito dipende dal tipo di orientamento che si sostiene in merito al riconoscimento della qualità di pubblici ufficiali degli ausiliari del traffico.

In proposito, quindi, non può che richiamarsi quanto detto in precedenza circa la volontà del legislatore di confermare con l'art. 68 della l. n. 448/99 il valore di atto pubblico del verbale redatto dagli ausiliari a seguito dell'accertamento della violazione.

In altre parole, detti soggetti possono anche essere riconosciuti come pubblici ufficiali, a patto che si precisi come, in verità, la natura dell'attività svolta, rispetto a quella posta in essere dagli agenti di polizia municipale, è molto più vicina ad un'attività di tipo vincolato. Ciò è dovuto al fatto che il tipo di infrazione rimessa alla competenza degli stessi ausiliari (ovvero la violazione delle norme in materia di sosta), in sé non offre ampi margini di discrezionalità ai fini della formazione del giudizio di colpevolezza ⁽¹³⁹⁾.

¹³⁸ Le disposizioni comunitarie recepite con il d.lgs. n.157/95 ed il d.lgs. n. 158/95 sono, infatti, riferite agli appalti di servizi. Nel caso di affidamento agli ausiliari del traffico delle funzioni di prevenzione e accertamento, invece, lo strumento di regolazione del rapporto con la pubblica amministrazione è di tipo differente poiché la controparte dell'amministrazione è una persona fisica e non una persona giuridica in forma, magari, di società. Pertanto, nel caso in cui la funzione venga conferita ad un soggetto privato, dipendente da una delle società concessionarie come indicato dai commi 132 e 133 dell'art. 17, il rapporto tra questo e l'amministrazione sembrerebbe essere regolato nella forma dell'incarico professionale ex art. 2222 del Codice Civile.

¹³⁹ Per un approfondimento sugli orientamenti giurisprudenziali in materia, vedi Corte di Cassazione - S.U., sentenza n. 12545 del 25 novembre 1992, in FI,1993, 1; Corte di Cassazione, sentenza n. 12777 del 13 dicembre 1995, in GC, 1996, 1, pag. 2353 e ss.; Corte Costituzionale, sentenza n. 255 del 23 giugno 1994, in FI., 1994, 1; Corte di Cassazione, sentenza n. 2952 del 20 marzo 1998, in AGC, 1998, 659; Corte Costituzionale, sentenza n. 504 del 10 dicembre 1987, in FI, 1988, 1.

In conclusione, il trasferimento disposto dall'art. 17, co. 132 e 133, della l. n. 127/97, rispetto ad altre modalità di esternalizzazione sinora esaminate, presenta senza dubbio una maggior complessità, evidenziata soprattutto dalle numerose e contrastanti decisioni giurisprudenziali adottate che, sinora, non sono state in grado di offrire un'interpretazione univoca sul tipo di natura da riconoscere all'attività svolta dagli ausiliari del traffico, da cui, invece, dovrebbe derivare la certezza circa il grado di vincolatività che l'esercizio della funzione medesima assume nei confronti dei soggetti privati verso cui si manifesta.

2.8. Il modello Consip s.p.a. per la gestione della funzione acquisti

In rapporto alle fattispecie di *outsourcing* finora esaminate, il modello Consip s.p.a. per la gestione della funzione acquisti è certamente peculiare. Si tratta, infatti, dell'unico caso in cui il trasferimento delle competenze istituzionali è avvenuto in favore di una struttura societaria a totale capitale pubblico.

Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi, che nasce dall'esigenza di razionalizzare la spesa pubblica ottenendo al contempo un rapido recupero di efficienza del settore, trova il suo primo riferimento normativo nell'art. 26 della l. n. 488/99 (legge finanziaria 2000).

Questa norma ha attribuito all'allora Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze ex art. 1, co.2, d.lgs. n. 300/99), il compito di selezionare, tramite le ordinarie procedure di scelta del contraente, primarie imprese fornitrici di beni e servizi per le amministrazioni e di stipulare con queste apposite convenzioni. Sulla base di questi accordi, le imprese fornitrici selezionate si impegnano ad accettare ordinativi di fornitura dalle amministrazioni sino alla concorrenza di un quantitativo complessivo predeterminato, a condizioni e prezzi preventivamente fissati⁽¹⁴⁰⁾.

¹⁴⁰ A riguardo, il Ministero ha precisato che la stipula della convenzione non comporta per le amministrazioni un automatico impegno di spesa che, in realtà, si concreta soltanto a seguito dell'invio dell'ordinativo di fornitura. Fino a quel momento, dunque, non sussistono in capo all'amministrazione né diritti inerenti l'esecuzione della prestazione da parte dell'impresa fornitrice, né obblighi circa il pagamento della stessa. Vedi Circolare n. 1 del 23.6.2000.

Il Ministero è stato altresì autorizzato ad avvalersi di società di consulenza specializzate, selezionate anche in deroga alla normativa di contabilità pubblica, con fini di supporto nell'esecuzione dei nuovi compiti assegnati.

È in tal senso che, per lo svolgimento delle attività di stipulazione delle convenzioni e di altre attività a questa connesse, il Ministero ha deliberato di avvalersi della Concessionaria servizi informatici pubblici s.p.a (Consip s.p.a) ⁽¹⁴¹⁾.

Detta società era stata in precedenza istituita dal d.lgs. n. 414/97, che, nel disciplinare lo svolgimento delle attività informatiche dell'amministrazione statale in materia finanziaria e contabile, aveva previsto la costituzione di un organismo a struttura societaria con partecipazione azionaria posseduta interamente dal Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica e con l'esclusiva *mission* di prestare servizi alle pubbliche amministrazioni, operando secondo gli indirizzi strategici stabiliti dall'amministrazione azionista. Con il d.m. 22 dicembre 1997, il soggetto richiamato veniva individuato nella Consip s.p.a., cui sono state affidate alcune attività, meglio dettagliate ed articolate nei successivi atti di conferimento di funzioni emanati dal Ministero ⁽¹⁴²⁾.

In particolare, alla suddetta società è stata affidata:

a) la progettazione, sviluppo e gestione del sistema delle convenzioni, finalizzato alla stipula delle stesse ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 della l. n. 488/99, oltre che per quanto disposto dal d. m. 24.2.2000;

b) la promozione delle attività necessarie o, comunque, opportune per l'aggregazione degli enti decentrati di spesa, quali Province e Comuni, aziende sanitarie ed ospedaliere nonché università, fornendo agli stessi il supporto necessario per l'elaborazione ed attuazione di strategie comuni di acquisto ⁽¹⁴³⁾;

c) il supporto alle Pubbliche Amministrazioni per il monitoraggio della spesa, dei fabbisogni e dei consumi nonché per la rilevazione degli elementi di conoscenza degli effettivi risultati di economia di spesa nell'acquisto di beni e servizi da parte delle predette Pubbliche Amministrazioni anche mediante strumenti elettronici di archiviazione dei dati (*sistemi di dataware house*);

¹⁴¹ Vedi d.m. del Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica del 24.2.2000.

¹⁴² Si fa riferimento, in particolare, al già citato d.m. 24.2.2000 e al d.m. 2.5.2001, con cui, nel rispetto del generale principio di unitarietà delle funzioni, il Ministero ha assegnato alla Consip s.p.a. anche le attività previste dalla l. n. 388/00. Il rapporto tra il Ministero e la suddetta società è, invece, regolato da un apposito accordo di servizio siglato il 9 agosto 1999.

¹⁴³ Come si vedrà fra poco, questa funzione in realtà non è originaria ma deriva dalle modifiche introdotte dall'art. 59 della l. n. 388/00 (legge finanziaria 2001).

d) l'effettuazione delle attività di comunicazione e supporto alle Pubbliche Amministrazioni attraverso iniziative di informazione per la diffusione della conoscenza del progetto, per l'utilizzo delle nuove procedure in coerenza con le politiche di "gestione del cambiamento" delineate dal Ministero con il supporto di Consip s.p.a.;

e) la creazione, lo sviluppo, l'implementazione e la supervisione di un sistema di acquisti elettronici (*e-procurement*), con particolare riferimento alla realizzazione dei cataloghi elettronici, delle aste elettroniche e del *market place*, nel rispetto della normativa vigente in materia e secondo quanto stabilito con uno o più regolamenti da emanarsi ai sensi dell'art. 17, co. 2, della l. n. 400/88.

Con l'attribuzione a Consip s.p.a. delle funzioni descritte si è, quindi, proceduto all'esternalizzazione dell'intero processo di approvvigionamento di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche, processo che, fino a quel momento, era stato affidato al Provveditorato generale dello Stato, struttura inserita nell'organizzazione del Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica⁽¹⁴⁴⁾.

Per comprendere l'effettiva portata operativa della modalità di *outsourcing* descritta, è necessario soffermarsi sull'ambito di vincolatività delle convenzioni stipulate da Consip s.p.a. e su come, nel tempo, il legislatore abbia operato a riguardo un progressivo ampliamento⁽¹⁴⁵⁾.

Ab origine, infatti, l'art. 26 della l. n. 488/99 imponeva soltanto alle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato l'uso delle convenzioni centralizzate, prevedendo per le altre amministrazioni un'adesione facoltativa, cui faceva da "contrappeso" un generalizzato obbligo per detti soggetti di

¹⁴⁴ In seguito all'attribuzione a Consip s.p.a. delle funzioni descritte, è stato avviato il processo volto al superamento del ruolo del Provveditorato, cui si è collegato quello di riqualificazione del relativo personale. Tale processo si è concluso con il d.P.R. n. 147/01, con il quale si è proceduto alla soppressione di detta struttura, assegnandone le competenze al Servizio centrale per la qualità dei processi e dell'organizzazione.

¹⁴⁵ Pone l'attenzione sull'ampliamento delle funzioni di Consip s.p.a. G. Papa, *Brevi note a commento dell'art. 24 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003)*, su www.giust.it, 2003, 2, secondo cui si può agevolmente rilevare come la suddetta società, nata al fine di farsi carico dei compiti correlati con i servizi informatici del Ministero del Tesoro (cfr. art. 3 d.m. 22.12.1997), abbia nel tempo assunto competenze di ben più ampia portata, che, originariamente rivolte allo Stato ed ai propri organi, hanno operato una costante e progressiva erosione della sfera di competenza delle Pubbliche Amministrazioni non statali. Queste, infatti, sono transitate da una posizione di adesione facoltativa alle convenzioni centralizzate (art. 26, co.3, l. n. 488/99), ad una di motivazione dei provvedimenti con cui procedono all'acquisto di beni e servizi a prezzi e a condizioni meno vantaggiosi di quelli stabiliti nelle suddette convenzioni (art. 59, co.5, l. n. 388/00) fino all'attuale obbligo di avvalersi di dette convenzioni (art.24, co.3, l. n. 289/02).

utilizzare comunque i parametri di qualità e di prezzo fissati da Consip s.p.a. per i loro approvvigionamenti di beni e servizi.

L'anno successivo, l'art. 59 della l. n. 388/00 (legge finanziaria 2001) ha ampliato la portata dell'art. 26 citato, rimettendo al Ministero il compito di promuovere la realizzazione di "gruppi di acquisto" composti da enti territoriali e decentrati come imputazione di spesa rispetto al bilancio statale, aggregati per appartenenza al medesimo comparto di amministrazioni (come nel caso delle aziende ospedaliere e delle università) oppure per vicinanza geografica (come nel caso di Comuni o Province situate nella stessa Regione o in Regioni limitrofe).

L'obiettivo della disposizione richiamata va senza dubbio ricercato nella costruzione di strategie comuni di acquisto per specifiche specie merceologiche, nell'ottica di conseguire un'efficace razionalizzazione della spesa pubblica anche per amministrazioni non direttamente gravanti sul bilancio statale.

Allo stesso tempo, però, è evidente che la composizione dei suddetti gruppi di acquirenti è finalizzata alla stipulazione di convenzioni *"che hanno efficacia su parte del territorio nazionale per enti che vi aderiscano in modo volontario"*, promuovendo così indirettamente la generalizzazione del modello Consip s.p.a.⁽¹⁴⁶⁾.

La norma in esame ha, tuttavia, previsto alcune eccezioni.

In primo luogo, il comma 5 dell'art. 59 citato ha stabilito in via generale che, nel caso in cui detti enti decentrati non aderiscano alle convenzioni previste per il loro comparto o territorio, possono comunque accedere a quelle sottoscritte da Consip s.p.a. oppure avvalersi dei parametri di qualità e di prezzo per acquistare beni e servizi che siano comparabili con quelli resi oggetto di convenzionamento a livello centrale.

Due ulteriori modalità alternative sono, invece, state previste con riferimento alle aziende ospedaliere ed alle università. Per quanto riguarda le prime, si richiama l'art. 2 del d.l. n. 347/01, convertito nella l. n. 405/01, ai sensi del quale spetta alle Regioni adottare le disposizioni normative necessarie affinché le suddette aziende aderiscano alle convenzioni Consip s.p.a. oppure ad altri strumenti di contenimento della spesa sanitaria indicati dal CIPE, prevedendo le relative misure sanzionatorie in caso di inadempienza. Per contro, si stabilisce che le aziende possano decidere con proprio provvedimento di non aderire nel

¹⁴⁶ Vedi A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, relazione tenuta al convegno su *"La gestione patrimoniale dell'Ente Locale alla luce delle novità legislative"*, Avezzano, 9 maggio 2003.

caso di acquisti per i quali sia dimostrata la non convenienza in termini economici.

Per le università, è lo stesso art. 59, co. 3, a prevedere che, nel caso di svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica ed alla ricerca, in alternativa al ricorso alle convenzioni centralizzate, possano essere costituite fondazioni di diritto privato, nelle quali si ammette la partecipazione di altre amministrazioni pubbliche ma anche di soggetti privati ⁽¹⁴⁷⁾.

L'attuazione progressiva del modello di approvvigionamento centralizzato di beni e servizi è, poi, proseguita con l'art. 29 della l. n. 448/01 (legge finanziaria 2002), ai sensi del quale si è riconfermata la possibilità (e non l'obbligatorietà) per gli enti locali di aderire sia alle convenzioni stipulate per le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, sia a quelle specifiche per gli enti decentrati. In caso di mancato utilizzo di dette convenzioni si ribadisce, tuttavia, l'obbligo di adottare i prezzi stabiliti da queste ultime come base d'asta.

L'orientamento ha trovato un'ulteriore conferma nell'art. 24 della l. n. 289/02 (legge finanziaria 2003). La disposizione citata delinea, infatti, "*un nuovo modello <<rafforzato>> di centralizzazione degli acquisti*" ⁽¹⁴⁸⁾, in parte poiché amplia l'ambito di applicazione soggettivo del modello preesistente con il richiamo ad un obbligo generalizzato per la maggior parte delle amministrazioni e per gli enti pubblici istituzionali e, in parte, perché introduce una specifica sanzione in caso di violazione del suddetto obbligo.

Ci si riferisce, in particolare, a quanto stabilito dal co. 4 dell'art. 24 circa la nullità dei contratti stipulati in violazione dell'obbligo di utilizzare le convenzioni quadro definite dalla Consip s.p.a ⁽¹⁴⁹⁾. Da quanto disposto deriva, infatti, la responsabilità amministrativa del dipendente che ha sottoscritto il contratto, il quale risponde a titolo personale delle obbligazioni eventualmente derivanti dal predetto contratto. Si precisa, inoltre, che "*ai fini della determinazione del danno erariale, si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni ...e quello indicato nel contratto*" (art. 24, co.4, l. n. 289/02).

¹⁴⁷ La disposizione ha trovato attuazione con il d.P.R. n. 254/01, che indica i criteri e le modalità per la costituzione delle citate fondazioni.

¹⁴⁸ L. Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, in GDA, 2003, 4, pag. 331.

¹⁴⁹ Oltre alla causa indicata, il comma 4 prevede che siano affetti da nullità anche i contratti stipulati in violazione dell'obbligo che il comma 1 dell'art. 24 impone alle amministrazioni circa lo svolgimento di procedure di gara secondo le modalità previste dalla normativa nazionale di recepimento di quella comunitaria per appalti di beni e servizi di importo superiore a 50.000 euro.

La disposizione è stata molto discussa dalla dottrina, che ha più volte osservato come la locuzione utilizzata dal legislatore non appaia la più corretta in relazione alle conseguenze previste per i contratti stipulati in violazione degli obblighi considerati.

La nullità, infatti, comporta che un atto non produca effetti e, quindi, il giudice chiamato a sindacare detto vizio emette una pronuncia meramente dichiarativa di una situazione già in essere. In tal senso, la fattispecie può, quindi, venir ricondotta all'ipotesi di cui all'art. 1418, co. 1, del Codice Civile laddove si prevede che un contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, quali possono essere intese, appunto, quelle in esame ⁽¹⁵⁰⁾.

È evidente, tuttavia, che tale conclusione non si concilia con la previsione secondo cui il dipendente che ha sottoscritto il contratto risponde, a titolo personale, delle obbligazioni da questo derivanti. Infatti, se il contratto è nullo e non produce effetti (ovvero non fa sorgere diritti ed obblighi reciproci), non si comprende la natura delle obbligazioni cui è chiamato il soggetto che si è limitato a sottoscriverlo.

Se, diversamente e come appare logico, in caso di violazione degli obblighi richiamati il contratto produce detti effetti, allora è corretto parlare di inefficacia dell'atto nei confronti della pubblica amministrazione per conto della quale il dipendente ha provveduto alla sottoscrizione e non, invece, di nullità ⁽¹⁵¹⁾.

L'orientamento è supportato anche dalla giurisprudenza, che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 35, co. 4, del d.lgs. n. 77/95 (oggi art. 191 del d.lgs. n. 267/00) laddove prevede che, nel caso di acquisizione di beni e servizi in violazione delle norme sulla regolarità contabile, il rapporto obbligatorio intercorra, ai fini della controprestazione e per ogni altro effetto di

¹⁵⁰ Art. 1418, co. 1, Codice Civile – “Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”.

¹⁵¹ A riguardo vedi U. Montella, *Gli appalti di forniture e di servizi alla luce dell'art. 24 della legge 27 dicembre 2002 n. 289 (legge finanziaria per il 2003)*, su www.giust.it, 2003, 3, e L. Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, cit.. In generale, sul tema della nullità degli atti amministrativi, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, 1993, pag. 302 e ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2001, pag. 469 e ss.; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000, pag. 348 e ss.; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Giappichelli, 1999, pag. 196 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000, 603 e ss..

legge, tra il privato fornitore e il dipendente che ha consentito la fornitura, ha parlato di inefficacia e non di nullità del contratto così stipulato ⁽¹⁵²⁾.

Se si accetta l'interpretazione fornita, la previsione di cui all'art. 24, co. 4, della l. n. 289/02 assume una sua coerenza interna poiché, rompendosi il rapporto di immedesimazione organica tra il dipendente e l'amministrazione, quest'ultimo è correttamente chiamato a rispondere sia in sede di responsabilità civile di natura contrattuale, sia in sede di responsabilità amministrativa.

È dunque chiara la natura dei rischi cui è sottoposto un dipendente che sottoscriva un contratto in violazione dei commi 1 e 3 dell'art. 24 in esame e non vi sono dubbi sul fatto che la previsione della sanzione più grave tra quelle possibili (la nullità o, meglio, l'annullabilità dell'atto prodotto) risponda alla volontà del legislatore di rendere effettivo l'obbligo di adesione alle convenzioni centralizzate.

Ci si domanda, tuttavia, se il crescente limite imposto alle scelte gestionali dei soggetti che, all'interno dell'amministrazione, hanno la potestà decisionale in merito alla funzione di approvvigionamento possa o meno rivelarsi funzionale ai fini di una corretta attuazione del sistema previsto dalla l. n. 488/99.

Sembra, infatti, che si ponga un crescente contrasto tra la natura delle funzioni amministrative trasferite alla Consip s.p.a. e l'incidenza di detto trasferimento sulle competenze comunque spettanti al *management* delle singole amministrazioni.

È possibile sostenere, in effetti, che le funzioni esternalizzate in capo alla suddetta società afferiscano alla tipologia delle attività endoprocedimentali di supporto all'emanazione dell'atto conclusivo del procedimento che, nel caso della funzione acquisti, assume la veste di un contratto e non di un provvedimento. Ciò vuol dire che, in linea di principio, i compiti rimessi alla Consip s.p.a. non dovrebbero incidere in senso restrittivo sul potere di esercizio delle attività istituzionali tradizionalmente rimesse all'amministrazione che, nel caso di specie, sono quelle riguardanti la scelta sui beni e servizi da acquistare.

Diversamente, le leggi finanziarie hanno gradatamente accresciuto i poteri rimessi alla Consip s.p.a., operando al contempo un ampliamento delle categorie di amministrazioni obbligate ad aderire alle relative convenzioni e rendendo sempre più complessa l'ipotesi della non adesione.

Si può dire, quindi, che per quanto le attività esternalizzate in favore della società in esame siano strumentali ai fini dell'esercizio della funzione di approvvigionamento e non incidano espressamente sul momento della scelta

¹⁵² Vedi Corte Costituzionale, ordinanza n. 26 del 6 febbraio 2001, in RCC, 2001, 1, pag. 246 e ss.

discrezionale a questa connesso, ciò avviene per il tramite di espresse previsioni legislative.

Il rafforzamento del ruolo di Consip emerge, inoltre, anche da quanto disposto dal comma 6 del già citato art. 24, alla luce del quale *“al fine di razionalizzare e contenere la spesa pubblica e per consentire il monitoraggio dei consumi pubblici, la Consip Spa può stipulare convenzioni quadro...per l'approvvigionamento di beni o servizi di specifico interesse di una o più amministrazioni ...ovvero può svolgere facoltativamente ed a titolo gratuito , per conto e su richiesta delle amministrazioni medesime, le attività di stazione appaltante, nel rispetto della normativa comunitaria sugli appalti pubblici”*.

In proposito, si è sostenuto che il modello delineato sembrerebbe riprodurre, nella sostanza, quello del Provveditorato generale dello Stato, cui l'art. 3 del d.lgs. n. 430/97 aveva rimesso il compito di fornire supporto alle amministrazioni in materia contrattuale e tecnica, prevedendo altresì che detta struttura, su richiesta delle stesse amministrazioni, eseguisse specifici programmi di approvvigionamento di beni e servizi. Si ricorda, però, che furono proprio gli scarsi risultati ottenuti in quell'occasione a portare all'avvio del processo che è culminato con l'attribuzione a Consip s.p.a. dei compiti attualmente previsti ⁽¹⁵³⁾.

In conclusione, il modello di esternalizzazione esaminato ha fatto e sta facendo molto discutere, anche se il dibattito sembra essere dovuto soltanto all'attività svolta da Consip s.p.a.

Non si ritiene, infatti, di poter valutare detta attività se non inserendola nel generale contesto della materia degli appalti di forniture e di servizi, che, in un'ottica di riduzione ed ottimizzazione della spesa pubblica, viene vista dal legislatore come un momento fortemente critico sul lato economico, data la forte capacità di incidenza sull'andamento generale dei costi. È per questo, quindi, che attraverso le leggi finanziarie, strumento normativo primario per il contenimento della spesa pubblica, sono state più volte introdotti nuovi strumenti per l'approvvigionamento, il più evidente dei quali è certamente il sistema Consip s.p.a..

Ma non si deve dimenticare che, parallelamente, si è proceduto ad una promozione a più ampio raggio di meccanismi di *new economy* attraverso, ad esempio, l'introduzione e la regolazione di sistemi di *e-procurement* ⁽¹⁵⁴⁾, il

¹⁵³ L. Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, cit., pag. 333.

¹⁵⁴ I principali provvedimenti normativi in materia di *e-procurement* che trovano applicazione nel sistema delle convenzioni centralizzate sono disponibili sul sito www.acquisti.tesoro.it, dove è spiegato nel dettaglio anche il percorso operativo che le

riordino delle procedure per gli acquisti in economia ⁽¹⁵⁵⁾, l'abbassamento della soglia oltre cui si pone l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica rispettose dei principi comunitari ⁽¹⁵⁶⁾ ed il nuovo rilievo conferito alle funzioni di controllo successivo sulla gestione della Corte dei Conti ⁽¹⁵⁷⁾.

Tutto questo, a partire dall'emanazione della l. cost. n. 3/01 di riforma del Titolo V della Costituzione, deve altresì essere letto alla luce del nuovo assetto delle competenze legislative in materia, ad esempio, di:

- tutela della concorrenza (art. 117, co. 1, lett. e);
- funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 117, co. 1, lett. p);
- armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica (art. 117, co. 2);

amministrazioni interessate devono compiere. Per un commento generale sul tema vedi L. Fiorentino, *Gli acquisti on line: la disciplina normativa*, in GDA, 2002, 6, pag. 585 e ss.; C. Lacava, *Taglio alle spese con gli acquisti on line*, in GEL, 2001, 8, e A. Gerarduzzi, *Le convenzioni di acquisto di beni e servizi*, in AI, 2002, 5. Più in generale sulla disciplina inerente la firma digitale e i documenti amministrativi elettronici, anche in rapporto all'ampliamento delle possibilità di utilizzo di detti strumenti a seguito dell'emanazione del d.P.R. n. 445/00 (c.d. Testo Unico sulla documentazione amministrativa), vedi A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, in G. Arena – M. Bombardelli – M.P. Guerra – A. Masucci, *La documentazione amministrativa*, Maggioli, 2001; G. Cammarota, *La nuova regolamentazione della sottoscrizione informatica*, in GDA, 2003, 5, pag. 451 e ss.; A. Natalizi, *Le strategie per l'innovazione tecnologica delle amministrazioni pubbliche*, in GDA, 2003, 7, pag. 669 e ss.; M. Bombardelli, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in RIDPC, 2002, 991 e ss.; E. Sanna, *Il mandato di pagamento informatico dal D.P.R. 367/94 all'attuazione concreta*, in DI, 2002, 3, pag. 603 e ss.

¹⁵⁵ Vedi il regolamento adottato con d.P.R. n. 384/01 e il d.m. 10.9.02 per l'attuazione dello stesso per quanto di competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Per un commento al regolamento, vedi L. Fiorentino, *Il regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia*, in GDA, 2002, 1, pag. 5 e ss.

¹⁵⁶ Sul tema, molto discusso, vedi, tra gli altri, L. Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, in GDA, cit.; M. Gatti, *E-procurement sotto soglia: analisi normativa dei modelli a confronto*, su www.diritto.it, 2001, 9; L. Oliveri, *Le procedure in economia non sono abrogate o intaccate dalla legge finanziaria per il 2003*, su www.giust.it, 2003, 1; S. Glinianski, *Analogie e differenze tra la trattativa privata ed il cottimo fiduciario alla luce dell'art. 24, comma 5, della l. 27.12.2003, n. 289 (finanziaria per l'anno 2003)*, www.giust.it, 2003, 1. Sul sito www.patrimonioacquisti.formez.it sono, inoltre, contenuti molti materiali "grigi" sulle innovazioni nel settore degli approvvigionamenti.

¹⁵⁷ In proposito, vedi l'orientamento espresso dalla stessa Corte dei Conti nella delibera 27 febbraio 2003 avete ad oggetto l'attuazione dell'art. 24 della l. n. 289/02, riportata in GDA, 2003, 4, pag. 418 e ss.

- disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite agli Enti locali (art.117, co.5);
- autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle Regioni e degli Enti locali (art. 119, co.1).

In proposito, si è sottolineato che la materia inerente le procedure ad evidenza pubblica non rientra nell'ambito di quelle rimesse all'esclusiva legislazione statale, né di quelle di potestà concorrente.

La disciplina delle stesse procedure dovrebbe, quindi, essere rimessa alla potestà esclusiva delle Regioni. Ciò vuol dire che, qualora le stesse abbiano emanato norme in materia di appalti di servizi e forniture nel rispetto del dettato costituzionale, queste dovrebbero prevalere sulle disposizioni contenute nell'art. 24 della l. n. 289/02 che, invece, si pone in contrasto con detto assetto.

D'altro canto, si potrebbe sostenere la validità della norma statale in quanto rivolta a disciplinare la concorrenza, materia di esclusiva competenza dello Stato che ben trova implicazioni nell'ambito dello svolgimento di procedure ad evidenza pubblica⁽¹⁵⁸⁾.

Un utile ausilio per la questione proposta viene proprio dalla norma in discussione. L'ultimo comma dell'art. 24 chiarisce, infatti, che le disposizioni inerenti la soglia dei 50.000 euro (co. 1 e 2) e quelle riguardanti il ricorso eccezionale e motivato alla trattativa privata (co. 5) *"costituiscono, per le regioni, norme di principio e coordinamento"*.

Sia pure alla luce del nuovo assetto di competenze, si è, quindi, ritenuto che la materia relativa agli strumenti di razionalizzazione della spesa pubblica conservi una valenza generale e di principio tale da prevalere su quella relativa alla finanza locale⁽¹⁵⁹⁾.

Il legislatore nazionale, quindi, è legittimato ad emanare in materia norme di principio, ma non può fissare con minuzia le regole procedurali poiché, in tal caso, svilirebbe totalmente la portata della potestà legislativa concorrente delle Regioni, che verrebbe compromessa al punto di assumere i contorni di una mera esecuzione delle regole imposte dallo Stato.

¹⁵⁸ Vedi G.Papa, *Brevi note a commento dell'art. 24 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003)*, su www.giust.it, 2003, 2.

¹⁵⁹ L.Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, in GDA, cit.

CAPITOLO TERZO

L'OGGETTO E LE MODALITÀ DELL'ESTERNALIZZAZIONE

3.1. Alcuni dati quantitativi e qualitativi

I casi significativi di esternalizzazione “normata”, esaminati nel corso del capitolo precedente, dimostrano come l'uso dell'*outsourcing* abbia avuto una discreta diffusione anche prima dell'emanazione dei discussi artt. 24 e 29 della l. n. 448/01 e della predisposizione dello schema del relativo regolamento attuativo.

L'osservazione è significativa se si considera che, attualmente, le disposizioni citate rappresentano le sole norme di portata generale finalizzate alla valorizzazione delle esternalizzazioni e si riferiscono espressamente ai soli enti locali ed alle loro aziende.

D'altro canto, non sembra vi siano ostacoli a che i principi contenuti nei suddetti articoli 24 e 29 trovino applicazione anche nel caso di amministrazioni non appartenenti al comparto delle autonomie locali, soprattutto laddove il trasferimento in capo a soggetti privati di funzioni amministrative istituzionali sia volto a perseguire le medesime finalità di cui all'art. 24 ovvero la riduzione dei costi e, al contempo, la crescita di economicità nell'utilizzo delle risorse pubbliche⁽¹⁶⁰⁾.

Non si ritiene, dunque, che possano sussistere limitazioni di tipo soggettivo all'utilizzo dello strumento in esame.

Come accennato in precedenza, si presentano, però, alcuni rilevanti problemi di opportunità in merito all'utilizzo dell'esternalizzazione, dai quali derivano questioni estremamente rilevanti in ordine, ad esempio:

- alle valutazioni *ex ante* circa la convenienza ad esternalizzare l'attività rispetto alla sua gestione all'interno;
- alla scelta della forma ottimale di esternalizzazione per il caso specifico tra quelle indicate dall'art. 29 della l. n. 448/01;
- alle modalità di selezione del soggetto esterno cui affidare la funzione o il tratto di funzione;

¹⁶⁰ Si ricorda, infatti, che l'art. 3, co.1, della bozza di regolamento attuativo dell'articolo richiamato intende soddisfatta detta condizione di economicità a fronte di una mera riduzione del costo del servizio esternalizzato rispetto a quello precedentemente sostenuto dalle amministrazioni “*calcolato considerando gli oneri relativi al personale, ai mezzi ed alle strutture necessari per la produzione e l'espletamento del servizio*” medesimo. In un certo senso sembra, quindi, che la finalità di riduzione della spesa pubblica sia comunque prevalente. Nessuna delle disposizioni normative richiamate, infatti, fornisce indicazioni di tipo qualitativo sulla base delle quali valutare l'opportunità o meno di esternalizzare una certa funzione, dato che l'unico riferimento offerto è di tipo strettamente quantitativo (un costo inferiore rispetto a quello precedente).

- all'impatto dell'*outsourcing* sull'organizzazione interna, con rapporto sia alle strutture, sia al personale prima adibito alla funzione trasferita;
- al monitoraggio ed al controllo *in itinere* ed *ex post* della funzione data in *outsourcing*, anche al fine di valutare l'opportunità o meno di proseguire la gestione esternalizzata in rapporto ai benefici attesi ed effettivamente conseguiti.

Riguardo ai profili descritti, la normativa in materia non fornisce alcuna indicazione, fatta salva una parte dei contenuti della bozza di regolamento attuativa dei discussi artt. 24 e 29 della l. n. 448/01 (bozza che, in quanto tale, non presenta ancora carattere cogente).

Ciò vuol dire che gli aspetti strettamente operativi e quelli di opportunità riguardanti la procedura di esternalizzazione sono tuttora rimessi esclusivamente alla discrezionalità delle amministrazioni che ricorrono a tale modalità gestionale.

In proposito si può osservare, tuttavia, che, a differenza di quanto accaduto per altri strumenti innovativi dell'agire amministrativo, per i quali fino all'adozione di un'apposita disciplina di dettaglio si è verificata una rigida inattuazione, nel caso di specie molti soggetti pubblici, di diversa natura e afferenti a distinti livelli di governo, hanno comunque fatto ricorso all'*outsourcing*, spesso anche al di fuori di apposite previsioni normative, ed, in particolare, antecedentemente all'emanazione della stessa l. n. 448/01 ⁽¹⁶¹⁾.

Alcuni dati rilevanti in tal senso possono essere ricavati dalla già citata *Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione per gli anni 2000 e 2001*, che, seppure con riferimento alle sole amministrazioni centrali, rappresenta attualmente una delle poche fonti ufficiali di ricognizione sulla consistenza, anche quantitativa, del fenomeno delle esternalizzazioni.

La richiamata *Relazione* chiarisce, innanzitutto, che l'esternalizzazione delle attività deve obbedire alla finalità di migliorare le *performances* degli apparati pubblici, in modo da alleggerirli di compiti che, occasionalmente o in maniera stabile, possono essere svolti più proficuamente da soggetti esterni all'amministrazione.

Il ricorso all'affidamento all'esterno fa parte, quindi, a pieno titolo degli strumenti previsti dalle norme nell'ottica di migliorare le prestazioni mediante forme flessibili di gestione. L'applicazione dell'uno o dell'altro strumento deve, invece, spettare alle decisioni del personale dirigente, deputato all'attività di gestione.

¹⁶¹ E', ad esempio, il caso già discusso delle società e fondazioni costituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali per la gestione e valorizzazione dei relativi beni di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 368/98.

Inoltre, in linea di principio, la scelta di affidare a soggetti privati compiti di natura strumentale o attività che richiedano competenze professionali non reperibili all'interno dell'amministrazione, se operata con ragionevolezza di criteri, permette rilevanti risparmi gestionali e facilita al contempo la possibilità di concentrare le risorse umane presenti nell'organizzazione su compiti istituzionali di maggiore rilevanza ovvero afferenti più da vicino al *core business*: un uso corretto delle esternalizzazioni contribuisce, quindi, a migliorare in generale la qualità dell'azione pubblica.

Quanto alle modalità di esternalizzazione, la *Relazione* ne evidenzia la molteplicità e, al contempo, rileva la tendenza ad una sorta di "combinazione" tra modalità diverse, scelte di volta in volta tra quelle ammesse dalla normativa di settore oppure ricavabili dalla prassi.

Con rapporto alle attività esternalizzate, i dati esaminati hanno permesso di rinvenire, in via analitica, due principali tipologie oggetto di *outsourcing*: le attività di natura strumentale e quelle aventi un carattere specialistico.

Nel primo caso, come accennato in precedenza, si tratta solitamente di compiti che possono essere tipizzati, mentre nel secondo si è di fronte a scelte "atipiche" derivanti dalla combinazione di fattori molteplici, riguardanti spesso la specificità dei compiti istituzionali rimessi alle singole amministrazioni.

Le attività tipizzabili sono, a loro volta, state suddivise in quattro categorie, ovvero:

- attività di manutenzione;
- attività di supporto gestionale;
- attività di servizi generali;
- attività di rapporto con gli utenti.

Nella prima categoria sono stati ricompresi, per esempio, i servizi di pulizia, quelli di vigilanza delle sedi istituzionali, la gestione dei servizi automobilistici e la manutenzione degli uffici ⁽¹⁶²⁾.

Il secondo tipo di attività riguarda, in prevalenza, il settore amministrativo-contabile e quello dei sistemi informativi ⁽¹⁶³⁾, mentre la terza categoria è

¹⁶² Hanno fatto ricorso a questa tipologia di esternalizzazione alcuni enti nazionali (quali l'Enea e l'Ispesl), il Cnel e alcuni ministeri (come quello delle Comunicazioni per le funzioni di vigilanza e manutenzione e quello delle Politiche Agricole e Forestali per il servizio automobilistico). Vi sono, tuttavia, casi particolari, come quello del Ministero dell'Interno, che ha dato in *outsourcing* contemporaneamente una cospicua serie di servizi, tra cui la manutenzione di impianti e alcuni servizi alberghieri e la gestione di alcune colonie per i figli del personale.

¹⁶³ Dalle rilevazioni è risultato, tra l'altro, che il sistema di contabilità della Cassa Depositi e Prestiti è stato affidato ad una società esterna, mentre il Ministero della Difesa ha dato in gestione la manutenzione dell'*hardware* e del *software*. Il Ministero dell'Interno, invece, si

costituita da servizi di tipo generale, come le fotocopie, la stampa di opuscoli e volumi nonché quella di prodotti più sofisticati, come la cartografia (164).

Rispetto alle modalità sinora indicate, la scelta di affidare all'esterno alcune attività di rapporto con l'utenza è stata giudicata solo parzialmente innovativa, poiché relativa a compiti già da tempo oggetto di esternalizzazione. Nello specifico, è stato comunque possibile riscontrare che in alcuni casi viene affidato a privati il servizio di *call center* (è il caso dell'Inail e di alcuni Dipartimenti della Presidenza del Consiglio dei Ministri), mentre in altri è l'attività promozionale relativa a mostre e convegni che viene data in *outsourcing* (ad esempio, per il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca e per quello per i Beni e le Attività Culturali) (165).

Di indubbio interesse sono, poi, i casi di *outsourcing* di progetti a termine o di attività che hanno assunto rilevanza per ragioni contingenti (166), mentre altre volte le amministrazioni si affidano ai privati per garantire un alto livello tecnico in attività di tipo altamente specializzato (167).

Senza, peraltro, rispetto alla tipologia di attività considerate, alcune amministrazioni, per ragioni differenti, hanno avuto l'esigenza di svolgere attività di formazione

è rivolto a società di servizi per la gestione dei dati relativi alle violazioni del codice della strada. Quello dell'Istruzione, Università e Ricerca ha affidato all'esterno la gestione di un progetto di manutenzione dei sistemi informativi. L'Istat, l'Inpdap, l'Inpdai e l'Agenzia delle entrate hanno esternalizzato la medesima attività, ovvero quella inerente la gestione del sistema informativo. Le ultime tre amministrazioni, inoltre, hanno trasferito all'esterno anche la gestione degli archivi, al pari dell'Istituto del Commercio Estero.

¹⁶⁴ Per questa funzione si segnalano il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, l'Inpdap, l'Inpdai che hanno esternalizzato l'attività di stampa e il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, l'Ispesl e l'Aci, che fanno svolgere all'esterno l'attività di fotocopie.

¹⁶⁵ Sembra, invece, in costante sviluppo la scelta di demandare a strutture specializzate nell'attività di *marketing* il profilo promozionale delle amministrazioni, esperienza fatta dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che ha affidato all'esterno la produzione di strumenti multimediali e la realizzazione di campagne pubblicitarie e di iniziative promozionali.

¹⁶⁶ Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, ad esempio, ha commissionato ad una società il supporto e monitoraggio dell'attuazione della programmazione 2000-2006 del progetto "Ricerca scientifica, sviluppo tecnologico e alta formazione per le regioni meridionali, un progetto finanziato con contributi dell'Unione Europea.

¹⁶⁷ E' questo il caso del Ministero delle Comunicazioni, che ha commissionato ad un soggetto privato il monitoraggio dell'inquinamento elettromagnetico, oppure dell'Agenzia delle Entrate, che ha deciso di far svolgere da una società il completamento del censimento delle superfici degli immobili in 76 Province.

su larga scala, per la quale hanno ritenuto utile fare ricorso a soggetti esterni pubblici e privati ⁽¹⁶⁸⁾.

Similmente, altre amministrazioni hanno deciso di rivolgersi a soggetti privati per sviluppare programmi formativi di grandi dimensioni, in particolare nei casi in cui non era possibile esaurire la domanda ricorrendo alle scuole statali di formazione ⁽¹⁶⁹⁾.

¹⁶⁸ Il caso forse più significativo è quello del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, che, per assicurare la formazione obbligatoria ai presidi per l'attribuzione della qualifica di dirigenti scolastici, ha commissionato la formazione ad una serie di soggetti privati, affidando alla Scuola superiore della pubblica amministrazione il compito di *advisor* istituzionale sulla correttezza dell'operazione. Altri casi verranno esaminati nel corso del presente capitolo.

¹⁶⁹ Hanno fatto ricorso a tale modalità sia amministrazioni dotate di proprie scuole di formazione, come il Ministero dell'Interno, sia amministrazioni che ne sono sprovviste come il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali oppure l'Inps. In entrambi i casi, la formazione è stata finalizzata all'aggiornamento di figure professionali atipiche. La tabella che segue offre una valutazione quantitativa del fenomeno, come risultante dai dati emersi nelle rilevazioni effettuate presso le amministrazioni oggetto di indagine.

TABELLA N. 1

<i>Comparto o gruppo di amministrazioni</i>	<i>Amministrazioni interpellate</i>	<i>Numero di amministrazioni che hanno esternalizzato almeno un'attività</i>		<i>Numero di attività che le amministrazioni hanno esternalizzato</i>	
		<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>
<i>Enti Pubblici</i>	7	3	4	7	17
<i>Amministrazioni Statali</i>	13	9	10	256 (*)	175 (*)
<i>Agenzie ed Aziende autonome</i>	21	16	17	960	820
<i>Totale</i>	41	28	31	1223	1012
(*) Il dato è fortemente influenzato dalla quantità di lavori di ricerca affidati all'esterno all'ISPESL, in numero di 150 nel 2000 e di 98 nel 2001. FONTE: Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione per gli anni 2000 e 2001.					

3.2. La difficoltà di definire l'oggetto dell'esternalizzazione

Nel presente lavoro si è deciso di considerare quale possibile oggetto di esternalizzazione le attività di tipo vincolato a carattere specialistico, le attività strumentali allo svolgimento di attività discrezionali e le attività di tipo meramente materiale⁽¹⁷⁰⁾.

Le motivazioni poste alla base di tale scelta sono già state esposte, ma si è sinora rinviata la discussione circa l'individuazione della natura di dette attività in rapporto alla distinzione tra funzioni amministrative e servizi pubblici, distinzione che, soprattutto per quanto riguarda l'ultima fattispecie di attività richiamate, non è sempre agevole.

La differenza non sembra condizionare, in linea di massima, la scelta circa la modalità di *outsourcing*, poiché si reputa legittimo utilizzare per le funzioni

Se si osservano i dati, ci si accorge che, nei due anni considerati, il numero dei servizi esternalizzati è diminuito, mentre è cresciuto il numero delle amministrazioni che hanno dato in *outsourcing* almeno un servizio. A riguardo, nella *Relazione* viene fatta l'ipotesi che "la contrazione che si osserva per le amministrazioni centrali dello Stato potrebbe trovare la sua origine nella contrazione delle disponibilità finanziarie a bilancio". Per contro, la crescita della platea delle amministrazioni potrebbe far intuire una crescita di interesse nei confronti della possibilità di trasferire all'esterno una o più funzioni. Peraltro, l'ipotesi indicata dovrebbe essere verificata sulla base di alcune precisazioni circa la modalità di raccolta dei dati utilizzati. Non si comprende, ad esempio, se le attività esternalizzate nel primo dei due anni considerati siano o meno ricomprese nel computo di quelle incluse nel secondo anno. In altre parole, si dovrebbe chiarire se l'attività è stata data in *outsourcing* con un contratto di durata annuale o pluriennale, perché, se fosse vera la seconda ipotesi, allora la contrazione rilevata potrebbe dipendere dal fatto che alcune delle attività trasferite all'esterno nel 2000 non lo sono state nuovamente nel 2001: questo vorrebbe dire che la diminuzione rilevata è solo apparente. Per altro verso, l'emanazione della l. n.448/01 e delle norme di incentivazione ivi contenute avrebbe comunque dovuto portare ad un aumento generale nell'utilizzo dello strumento in esame: effetto che, stando ai dati riferiti al Parlamento, non sembra essersi verificato. Non si ritiene, inoltre, che il limitato numero di amministrazioni in eccesso rispetto al primo anno considerato sia particolarmente significativo ai fini della affermata percezione di un maggior interesse da parte delle amministrazioni per lo strumento gestionale che si sta prendendo in considerazione, soprattutto alla luce del fatto che, in alcuni dei casi rilevati, si è fatto riferimento ai casi di utilizzo "una tantum" dell'*outsourcing* per progetti specifici e non relativi all'ordinaria attività. D'altro canto, si deve anche considerare che i dati rilevati si riferiscono alle sole amministrazioni centrali dello Stato. È probabile, quindi, che, considerando nel campione d'analisi anche alcune amministrazioni locali, i risultati sarebbero stati ben diversi, soprattutto con riguardo al numero delle attività esternalizzate.

¹⁷⁰ Vedi par. 1.4.

le medesime procedure usate per il trasferimento a soggetti privati della gestione dei servizi pubblici ⁽¹⁷¹⁾.

Vi sono, tuttavia, altri profili estremamente rilevanti per i quali tale distinzione rileva. Si tratta, in primo luogo, della qualificazione dei soggetti che pongono in essere gli atti amministrativi finalizzati all'effettivo spostamento delle competenze al di fuori dell'amministrazione ⁽¹⁷²⁾ e, successivamente, degli effetti che possono essere imputati agli atti posti in essere dai privati nell'esercizio della funzione trasferita ⁽¹⁷³⁾.

Inoltre, si è già detto che, al di fuori dei casi espressamente autorizzati dalla legge, è difficile ipotizzare l'esternalizzazione di funzioni di tipo autoritativo oppure di funzioni nelle quali l'elemento della scelta discrezionale sia prevalente rispetto al carattere strumentale dell'attività che si intende trasferire all'esterno.

Ad esempio, il d.lgs. n.141/99, che trasformato l'Ente autonomo acquedotto pugliese in società per azioni a norma dell'art.11, co.1, lett. b, della l. n.59/97, ha espressamente conferito a detto soggetto i poteri in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di espropriazione per le opere necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali di gestione del ciclo integrato dell'acqua (art.2, co.3).

Allo stesso modo, ma con portata più generale, l'art. 6, co.8, del d.P.R. n.327/01 (c.d. Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) ha previsto che *“se l'opera...va realizzata da un concessionario o da un contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativi può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'atto di affidamento, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento espropriativi”*.

¹⁷¹ Si è già detto, infatti, che, molto spesso, anche per l'esternalizzazione di funzioni amministrative si ricorre all'appalto di servizi oppure all'affidamento diretto mediante convenzione.

¹⁷² La qualificazione dei soggetti che adottano gli atti amministrativi di realizzazione della procedura di *outsourcing* di funzioni amministrative non incide direttamente sulla tipologia di attività che si intende esternalizzare, essendo legittima sia un'esternalizzazione con effetti di lungo periodo, come è la predisposizione di una proposta di piano regolatore, sia una che riguarda eventi “routinari”, come la predisposizione dei cedolini relativi ai pagamenti mensili dello stipendio. L'incidenza attiene, invece, all'efficacia giuridica dell'atto decisionale, che per sussistere deve essere imputato ad un pubblico ufficiale e non ad un incaricato di pubblico servizio.

¹⁷³ A riguardo, si vedano le problematiche esposte in merito all'esercizio del potere sanzionatorio da parte degli ausiliari del traffico, di cui al precedente par. 2.7.

È evidente, dunque, che nel caso di specie si pone nuovamente il problema del rispetto di alcuni criteri generali posti a base del nostro ordinamento, dei quali le amministrazioni devono tener conto nel momento in cui decidono di esternalizzare una certa attività.

Ci si riferisce, in particolare, al principio di competenza, in base al quale, mentre si ammette che un'amministrazione possa in generale avvalersi dei poteri di diritto comune che le spettano come soggetto di diritto, si reputa che la stessa possa legittimamente esercitare i soli poteri amministrativi che le sono stati assegnati dalla legge istitutiva o da altre leggi che la disciplinano.

Si tratta, in altre parole, dei soli poteri ricompresi nelle attribuzioni istituzionali, intendendo con tale accezione un "*fascio di poteri amministrativi*" conferiti ad un soggetto pubblico per consentirgli il raggiungimento dei propri obiettivi e/o la tutela degli interessi generali cui è preposto ⁽¹⁷⁴⁾.

È, forse, superfluo ricordare che la problematica richiamata trova il suo fondamento nel principio di legalità contenuto nell'art. 97 della Costituzione, secondo cui "*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*" (co.1) in modo che "*nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari*" (co.2).

L'interpretazione tradizionale del principio in esame, che esprime una chiara finalità di garanzia nei confronti dei soggetti privati, è quella secondo la quale non può esistere un apparato amministrativo che non sia previsto dalla legge e, quindi, non può esistere un potere o un provvedimento amministrativo che si ponga al di fuori di un'espressa previsione di legge ⁽¹⁷⁵⁾.

In conseguenza di ciò, in tutti i casi in cui un'attività sia espressione di un potere amministrativo espressamente conferito dalla legge ad un soggetto pubblico, che, quindi, si trova in posizione di supremazia nei confronti dei privati verso i quali la medesima attività si rivolge, potendo incidere attivamente sui relativi diritti e libertà, la facoltà di esternalizzare detta attività deve necessariamente essere prevista da una disposizione normativa.

¹⁷⁴ Vedi G.Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2003, pag. 9.

¹⁷⁵ Questa interpretazione è largamente sostenuta dalla dottrina. In proposito, vedi G.Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, 1955, pagg. 207-212, secondo cui "*l'attività amministrativa, anche quando maggiore è la sua apparente libertà, si svolge sempre in obbedienza alle norme di legge*" e, quindi, anche se non è esecuzione diretta della legge è comunque sua attuazione. Parla, invece, di "*inderogabilità dell'ordine legale delle competenze*" in rapporto all'illegittimità della modifica delle proprie attribuzioni da parte di un organo per volontà propria, V.Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, 1997, pag. 115. Vedi, inoltre, G.Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 30-31, e E.Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. pag. 37 e ss.

In tal modo, si pone una chiara limitazione all'utilizzo dello strumento gestionale in esame e, per certi versi, la finalità di garanzia sottesa al vincolo descritto sembra essere prevalente rispetto alle esigenze di tipo organizzativo insite nel trasferimento in capo a soggetti privati di funzioni tipicamente pubbliche.

Si è già detto, tuttavia, che l'affermazione del concetto di "amministrazione di risultato" ha gradualmente condotto alla prevalenza del principio di buon andamento su quello di legalità, imponendo all'azione amministrativa il perseguimento di risultati misurabili in termini di efficienza, efficacia ed economicità e non soltanto di legittimità ⁽¹⁷⁶⁾.

Non può, pertanto, sussistere una rigida contrapposizione tra i due principi richiamati: le fattispecie concrete si dimostrano, infatti, estremamente variegata e differenti tra di loro, tanto da rendere inefficace qualunque generalizzazione a priori dei principi applicabili.

E', quindi, nelle modalità con cui è stato effettuato il "bilanciamento degli interessi" da parte dell'amministrazione che si dovranno ricercare gli elementi utili alla verifica della correttezza della scelta di rimettere a soggetti privati l'esercizio di funzioni amministrative.

D'altro canto, è anche vero che la limitazione di cui si discute emerge solamente con riguardo alle funzioni amministrative di tipo discrezionale e non condiziona, invece, la possibilità di esternalizzare le altre tipologie di attività considerate, anche laddove ciò avvenga al di fuori di un'apposita previsione normativa.

Si tratta, insomma, di un vincolo di principio che non sembra ridurre in misura eccessiva l'autonomia delle amministrazioni che intendono avvalersi dell'*outsourcing* per accrescere la propria efficienza organizzativa.

Si deve considerare, inoltre, che la necessità di un'espressa previsione di legge quale fattore propedeutico all'esternalizzazione non rileva nel caso in cui l'oggetto della procedura sia un servizio pubblico e non una funzione amministrativa in senso proprio. Non si pongono dubbi, infatti, circa la possibilità che i servizi pubblici siano erogati da soggetti esterni all'amministrazione titolare.

Il problema che si pone riguarda, tuttavia, la disciplina normativa applicabile, ben diversa per funzioni e servizi: è in quest'ottica che diventa fondamentale distinguere con chiarezza la natura giuridica dell'attività che si intende esternalizzare. La questione si pone, soprattutto, per le ultime due tipologie di attività considerate ovvero le attività strumentali allo svolgimento di attività discrezionali e le attività di tipo materiale.

¹⁷⁶ Vedi quanto già detto al par. 1.3 ed i riferimenti dottrinali ivi riportati.

Si è già detto, infatti, che non esiste una disciplina organica in tema di *outsourcing* delle funzioni amministrative: questo, invece, non avviene per l'affidamento in capo a soggetti privati della gestione dei servizi pubblici, per i quali il legislatore ha definito con molta attenzione la normativa applicabile, sia in generale, sia con riguardo ai singoli settori di attività, economiche e non ⁽¹⁷⁷⁾.

Diventa, quindi, necessario individuare uno o più criteri alla luce dei quali operare una qualificazione certa delle attività che si vuole dare in *outsourcing*.

A tal proposito, si può richiamare, ad esempio, l'indirizzo espresso dall'amministrazione del governo federale statunitense in tema di esternalizzazione di compiti e di attività della pubblica amministrazione, secondo cui le *"funzioni prettamente pubbliche"* possono essere definite come *"intimamente connesse con il pubblico interesse al punto da richiedere che siano assolte dai pubblici dipendenti"*. In particolare, rientrano in queste funzioni *"le attività che richiedono l'esercizio della discrezionalità nell'applicazione dell'autorità pubblica, o nei giudizi di valore delle decisioni della Pubblica Amministrazione"*, potendosi, in generale, fare riferimento a due grandi categorie, ovvero *"l'atto di governare, vale a dire l'esercizio discrezionale dell'autorità pubblica"* e *"le transazioni e i diritti di natura monetaria"* ⁽¹⁷⁸⁾.

¹⁷⁷ Per una quadro complessivo dell'evoluzione subita dalla disciplina dei servizi pubblici locali, G. Di Gaspere, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, 2001, mentre per una ricostruzione della normativa di settore nei servizi pubblici nazionali, vedi L.R.Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, 2001. Sulle novità recentemente introdotte dall'art. 14 del d.l. n.269/03, vedi A.Purcaro, *La riforma dei servizi pubblici locali: appunti a margine dell'art. 14 del decreto legge n.269/2003*, su Lexitalia.it, Rivista internet di diritto pubblico, 2003, 11, su www.lexitalia.it; G.Catalano, *Commento all'art. 14 del disegno di legge approvato dal Senato nella seduta del 30 ottobre 2003 di conversione decreto legge 30.9.2003 n. 269*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione, 2003, 10-11, su www.amministrazioneincammino.luiss.it; M.Lai, *La nuova disciplina della gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione, 2003, 10-11, su www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹⁷⁸ J.Prager – S.Desai, *Privatizing local government operations – Lessons from federal contracting out methodology*, in *Public productivity and management review*, 1996, 2, vol. 20. E' alla luce dell'orientamento espresso che si giunge ad individuare quali siano gli ambiti di funzioni comunque non trasferibili all'esterno: ci si riferisce al sistema della giustizia penale, a quello delle forze armate ed ai poteri di polizia. Sotto un altro profilo, si riconosce che l'affidamento all'esterno potrebbe non essere realizzabile in alcune circostanze peculiari, come ad esempio nel caso in cui fosse accertata l'indisponibilità o l'inaffidabilità dei potenziali erogatori. In tal senso, non si considerano, quindi, esternalizzabili attività connesse a funzioni strategiche per il corretto funzionamento

Uno degli orientamenti proposti dalla dottrina italiana affronta, invece, la questione prendendo avvio dagli artt. 357 e 358 del Codice Penale, come novellati dalla l. n.86/90 e dalla l. n. 181/92, che forniscono la definizione, rispettivamente, di “*pubblico funzionario*” e “*incaricato di pubblico servizio*”⁽¹⁷⁹⁾.

Le nozioni indicate negli articoli citati, se è vero che rilevano “*agli effetti della legge penale*” e, dunque, limitatamente all'individuazione dei soggetti destinatari di norme incriminatrici per reati contro la pubblica amministrazione, è pur vero che presentano un carattere generale, in base al quale si può prescindere dall'ambito specifico di applicazione in cui le stesse sono inserite, ampliandone in tal modo la valenza⁽¹⁸⁰⁾.

Le definizioni in questione nel tempo hanno subito vari adattamenti, prima di carattere meramente interpretativo sulla base degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza, e poi di tipo normativo, con la riformulazione effettuata ad opera della citata l. n.86/90. A riguardo, si può senza dubbio dire che i mutamenti intercorsi dalla prima versione delle disposizioni di cui agli artt. 357 e 358 a quella attualmente vigente siano fortemente rappresentativi dei cambiamenti intervenuti nella stessa nozione di amministrazione e delle attività da questa erogate.

dell'amministrazione o per la sicurezza dei cittadini, in quanto una improvvisa interruzione del contratto (dovuta, ad esempio, al fallimento dell'aggiudicatario) non permetterebbe al responsabile della funzione di esercitarla opportunamente.

¹⁷⁹ L'indirizzo prescelto rappresenta solo uno dei molteplici orientamenti espressi nel corso del tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione al complesso (e non completamente risolto)

dibattito sulla natura dei servizi pubblici. Tuttavia, come esposto discutendo dell'ambito di indagine e del metodo di lavoro, si ritiene opportuno discutere dei temi generali solo nella misura e per gli specifici profili di interesse della specifica trattazione. Si è, quindi, ritenuto funzionale fare riferimento ai soli profili penalistici, nella ricerca di un criterio di distinzione tra funzioni e servizi pubblici, in considerazione della necessità di accordare particolare rilevanza al carattere dell'autoritatività. Questo profilo, infatti, nell'orientamento considerato emerge con distinta chiarezza.

¹⁸⁰ E' di questo avviso G.Guarino, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, 1970, pag. 234 e ss, secondo cui “*la nozione di servizio pubblico come quella di pubblica funzione è presupposta dall'art. 358 c.p. come unitaria*”. L'ampio dibattito sorto intorno alle due nozioni, con relativa contrapposizione tra penalisti e amministrativisti, è riportato in R.Villata, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Giuffrè, 2003.

Inizialmente, infatti, il concetto di pubblico ufficiale era fondato sul rapporto tra questo soggetto e una pubblica amministrazione soggettivamente intesa⁽¹⁸¹⁾. Ai sensi del vecchio art. 357 del Codice Penale erano, quindi, considerati pubblici ufficiali “*gli impiegati dello Stato o di un ente pubblico che esercitano...una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria...ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente...una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria*”. Erano, invece, incaricati di pubblico servizio “*gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico i quali prestano...un pubblico servizio...ogni altra persona che presta...un pubblico servizio*” (art. 358 c.p. vecchia versione).

Nell'interpretazione delle norme riportate, la dottrina oscillava, dunque, tra una concezione “soggettiva”, secondo cui erano la pubblicità dell'ente e la natura della funzione attribuita ad un certo soggetto in forza del rapporto d'impiego a fornirgli una qualificazione pubblicistica (ipotizzando, quindi, una corresponsione tra la qualifica di pubblico impiegato e quella di pubblico ufficiale), ed una concezione “oggettiva”, in base alla quale si accordava rilievo alla circostanza di esercitare una funzione legislativa, amministrativa o giurisdizionale e non, invece, alla sussistenza di un rapporto d'impiego⁽¹⁸²⁾.

A ben vedere, dunque, la versione originaria degli artt. 357 e 358 si limitava ad individuare un collegamento tra i soggetti e le attività esercitate, senza però fornire alcuna indicazione circa i contenuti distintivi delle nozioni di pubblica funzione e pubblico servizio.

Le novelle introdotte con le ll. n.86/90 e n.181/92, intervengono, perciò, proprio a dirimere la confusione interpretativa derivante dalla formulazione adottata con i vecchi articoli 357 e 358, orientandosi nel senso della visione “oggettiva”, già tra l'altro ampiamente sostenuta dalla dottrina⁽¹⁸³⁾.

¹⁸¹ Sul tema vedi la ricostruzione complessiva di A.Fiorella, voce *Ufficiale pubblico, incaricato di pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1990, pag. 563 e ss.

¹⁸² Vedi S. Di Benedetto, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Digesto delle Discipline penali*, UTET, pag. 513 e ss., e Id., *Pubblica Amministrazione (delitti contro la)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Giuffrè, 1991, pag. 1 e ss.

¹⁸³ Se per quanto riguarda la teoria soggettiva del servizio pubblico il riferimento principale è senza dubbio rappresentato dall'opera di A.De Valles, *I pubblici servizi*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, V.E.Orlando (a cura di), Società editrice libraria, 1924, per quanto concerne la teoria in senso oggettivo, è fondamentale la ricostruzione proposta da U.Pototschnig, *I servizi pubblici*, Cedam, 1964, cui si deve anche la più motivata esposizione del collegamento tra art. 41 ed art. 43 della Costituzione. Richiamano approfonditamente entrambe le posizioni, S.Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1990, pag. 355 e ss., e, più recentemente, N.Rangone, *I*

In forza di tale concezione, il requisito fondamentale per il riconoscimento della qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio diventa il concreto esercizio di dette attività, senza che abbia più rilevanza il rapporto di dipendenza tra il soggetto che le svolge e l'amministrazione di riferimento.

Sono, pertanto, *“pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”* (art. 357, co.1, c.p., come novellato dall'art. 17 l. n.86/90 e dall'art.4 l. n.181/92) e sono *“incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio”* (art. 358, co.1, c.p., come novellato dall'art. 18 l. n.86/90), al di là della posizione di questi nei confronti dello Stato o di altro ente pubblico per conto del quale l'attività viene esercitata.

In tal modo si è realizzato un duplice obiettivo, poiché, da un lato, non si può più escludere la possibilità che attività pubbliche siano espletate da soggetti privati, mentre, invece, è evidente che la concezione soggettiva, non tenendo conto che sempre più spesso le finalità pubbliche sono perseguite anche da soggetti privati attraverso strumenti disciplinati con regole pubblicistiche, avrebbe sottratto allo statuto penale una serie di attività esercitate da privati ma oggettivamente pubbliche.

Dall'altro lato, la qualificazione pubblicistica dell'ente all'interno del quale vengono commessi i reati incriminabili ai sensi della legge penale rileva solo se il singolo comportamento sanzionabile può essere inserito in un'attività che debba essere considerata pubblica nel suo complesso.

Per quanto di interesse nella presente sede, tuttavia, il momento più rilevante della riforma operata con le ll. nn. 86/90 e 181/92 deve probabilmente essere rintracciato nella fissazione di un rilevante criterio di distinzione delle attività riconducibili alla pubblica funzione e di quelle riconducibili al pubblico servizio.

Ai sensi del nuovo Codice Penale deve, infatti, essere considerata *“pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi”* (art. 357, co.2, c.p., come novellato dall'art. 17 l. n.86/90 e dall'art.4 l. n.181/92). E', invece, servizio pubblico *“un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”* (art. 358, co.2, c.p., come novellato dall'art. 18 l. n.86/90).

servizi pubblici, Il Mulino, 1999, e L.R.Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit..

Stando alla disciplina penalistica, quindi, i criteri di distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico devono essere ricercati:

- a) nella titolarità di poteri autoritativi;
- b) nella titolarità di poteri certificativi;
- c) nella titolarità di poteri di formazione e manifestazione della volontà dell'amministrazione.

È evidente che i parametri utilizzati nel definire le due nozioni recepiscono in termini normativi i criteri distintivi più rilevanti utilizzati nel corso del tempo dalla dottrina per distinguere i concetti di pubblica funzione e servizio pubblico, soprattutto con riguardo al primo dei tre caratteri richiamati: questa potestà, infatti, è sempre presente nelle attività riconosciute come funzioni, mentre è sempre assente nei servizi ⁽¹⁸⁴⁾.

Occorre a questo punto chiedersi in che misura i fattori distintivi riportati possano rivelarsi utili ai fini della corretta qualificazione delle attività che si intende esternalizzare.

In proposito, si ritiene che un'effettiva utilità possa aversi solo laddove i suddetti indici siano usati in maniera quanto più possibile elastica, in modo da permettere l'accoglimento anche delle espressioni di attività pubblica che non si sostanziano in un provvedimento amministrativo, inteso nel senso tradizionale di atto autoritativo.

Il crescente utilizzo di moduli organizzativi e di strumenti comportamentali privatistici ha, infatti, accresciuto nel tempo la tipologia di atti posti in essere dalle amministrazioni per il perseguimento dei fini pubblici cui le stesse sono preposte. Si pensi, ad esempio, all'utilizzo degli accordi di cui all'art. 11 della l.

¹⁸⁴ Pone in rilievo l'elemento dell'esercizio di poteri autoritativi M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1993, pag. 17 e ss., laddove osserva che “è pubblica funzione l'attività (funzionale) che sia diretta manifestazione dell'autorità, anzi...della sovranità dello Stato”, mentre “la nozione di pubblico servizio in senso soggettivo può rendersi con quella di attività non autoritativa assunta da un pubblico potere”. Vedi anche Id., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, G.Santaniello (a cura di), Cedam, 1987, pag. 75 e ss. Sono dello stesso orientamento S.Cattaneo, *Servizi pubblici*, cit., pag. 365, per il quale la nozione di servizio pubblico “non può comunque comprendere tutte le prestazioni rese dalla pubblica amministrazione secondo norme di diritto pubblico, ma comprende necessariamente solo un genere di prestazioni non implicante il compimento di atti o fatti giuridici in virtù di un potere proprio dell'ente pubblico”, e G.Corso, *L'attività amministrativa*, cit., pag. 221, per il quale “servizio pubblico è ogni attività di produzione di servizi rivolta a soddisfare bisogni collettivi erogata da un apparato pubblico, sottoposta ad un regime giuridico che è derogatorio rispetto al regime giuridico privatistico dell'attività di produzione di servizi”.

241/90 oppure dei moduli contrattuali alternativi allo strumento concessorio, come è appunto il contratto stipulato per l'*outsourcing* di una funzione⁽¹⁸⁵⁾.

Si potrebbe dire, quindi, che le riforme introdotte nell'ultimo decennio abbiano posto una nuova attenzione ai profili sostanziali dell'attività amministrativa, giudicata più consona al principio di efficienza laddove in grado di rispettare l'autonomia dei due soggetti coinvolti nell'azione (pubblica amministrazione e cittadini verso cui l'azione della medesima si rivolge) e di essere, al contempo, quanto più possibile aderente alle fattispecie concrete proposte di volta in volta dalla realtà operativa⁽¹⁸⁶⁾.

I fini pubblici, infatti, devono essere considerati tali anche se raggiunti con atti formalmente diversi da quelli di diritto pubblico e, in tale ottica, è evidente che la distinzione tra funzioni e servizi sembra assottigliarsi, per dare invece rilievo ad un'unica nozione di attività amministrativa fondata sulla funzionalizzazione della stessa agli interessi collettivi.

L'ipotesi considerata è altresì coerente con la già richiamata nozione di organismo di diritto pubblico, adottata dal legislatore comunitario nell'art. 1 della Dir. 92/50/CEE, in base alla quale si prescinde dalla forma giuridica assunta da un certo soggetto, ponendo invece attenzione al dato sostanziale del

¹⁸⁵ Per una panoramica delle trasformazioni in atto, con attenzione per la ridefinizione dei rapporti pubblico-privato, vedi G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000, pag. 48 e ss., e Id., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, S. Amoroso (a cura di), Giuffrè, 1995, pag. 221 e ss. Sull'utilizzo di moduli consensuali in luogo del provvedimento, vedi l'ampio studio di E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, 1992.

¹⁸⁶ L'orientamento è stato sostenuto anche dalla giurisprudenza: vedi tra le altre la sentenza del Consiglio di Stato, ad. plen., n. 4 del 22 marzo 1999, in LPA, 1999, pag. 805 e ss., nella quale si legge "*le leggi più recenti hanno introdotto normative sostanziali la cui applicabilità prescinde dalla distinzione tra soggetti pubblici e privati e dalla natura dei loro atti...Le esigenze del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione...riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato*". L'attività amministrativa si ritiene, dunque, configurabile non solo quando un'amministrazione esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando il perseguimento delle finalità istituzionali avviene mediante un'attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra soggetti privati. In dottrina, vedi F.G. Scoca, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario 2002 - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 43 e ss.

soddisfacimento di bisogni di interesse generale e dell'influenza dominante da parte di autorità pubbliche ⁽¹⁸⁷⁾.

Se si accoglie questo orientamento, allora il nucleo centrale intorno al quale si dovrà operare la distinzione tra funzioni e servizi sembra dover essere identificato non tanto nell'esercizio di poteri autoritativi, quanto nel rapporto rintracciabile, caso per caso, tra atti emessi da un dato soggetto, comportamenti da questo tenuti nell'esercizio dei propri compiti e norme attributrici della capacità di agire nell'interesse generale.

A questi elementi può essere aggiunto quello, già citato, relativo alla sussistenza di poteri di controllo, indirizzo e/o vigilanza in capo all'autorità pubblica soggettivamente intesa, cui spettava in origine l'esercizio dell'attività poi rimessa ai privati. A riguardo, si può presumere che tanto più detti poteri sono stringenti, tanto più l'interesse pubblico insito nell'attività esternalizzata si pone vicino al *core business* dell'amministrazione.

Si è già detto, inoltre, che le problematiche esposte, seppure rilevanti in generale per tutte le tipologie di funzioni considerate, hanno un peso maggiore con riguardo alle attività di tipo meramente materiale: si pensi, ad esempio, all'esternalizzazione dell'attività di pulizia degli edifici o della gestione della mensa interna, ma anche ad alcuni servizi informatici.

In seguito, si dedicherà, quindi, un approfondimento ulteriore ai possibili criteri di qualificazione dei dette attività ⁽¹⁸⁸⁾.

Prima di procedere in tal senso, si ritiene tuttavia importante esaminare più da vicino l'esternalizzazione delle attività di tipo vincolato a carattere specialistico e delle attività strumentali allo svolgimento di attività discrezionali.

Nell'analisi che segue, quindi, oltre a considerazioni di carattere più spiccatamente teorico, verranno proposti anche alcuni *case studies* che, a differenza di quelli esaminati nel capitolo precedente, non trovano fondamento

¹⁸⁷ In questo caso, gli indici di riconoscibilità sono indicati nella gestione soggetta a controllo pubblico, che si sostanzia nella maggioranza pubblica del capitale o dei voti, nel diritto di nomina della maggioranza dei componenti dell'organo di amministrazione, nei poteri di vigilanza o di direzione e, infine, nel finanziamento pubblico. Si osserva, inoltre, che, il riconoscimento della qualità di organismo di diritto pubblico non dipende dalla presenza cumulativa dei tre indici, che ben possono figurare disgiuntamente. Sul tema vedi G.M.Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in DA, 1994, pag. 201 e ss.; R.Garofoli, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in UA, 1997, 9, pag. 960 e ss.; E.Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di stato e Corte di Giustizia*, in UA, 1999, 1, pag. 85 e ss.

¹⁸⁸ Vedi il successivo par. 3.5

in un'espressa previsione normativa, ma nascono dall'esercizio autonomo della generale capacità organizzativa delle amministrazioni pubbliche considerate.

3.3. L'esternalizzazione di attività vincolate a carattere specialistico

L'esternalizzazione di attività amministrative vincolate, a carattere specialistico, riguarda funzioni amministrative a fronte delle quali un soggetto pubblico non gode di un potere discrezionale "puro".

Nell'ipotesi considerata, infatti, ci si può trovare di fronte a due distinte fattispecie: una attiene al caso in cui l'attività oggetto di *outsourcing* comporti il solo esercizio di discrezionalità tecnica, come ad esempio la verifica del grado di preparazione di un candidato a un concorso pubblico, mentre l'altra riguarda l'esecuzione di un mero accertamento tecnico, come ad esempio l'acclaramento della composizione chimica di una sostanza⁽¹⁸⁹⁾.

Nella prima situazione l'amministrazione è, quindi, tenuta a valutare la fattispecie oggetto di giudizio alla luce di norme elastiche ovvero potenzialmente idonee a portare più risultati astrattamente corretti, mentre, nella seconda, il giudizio a contenuto tecnico-scientifico assume ancor più rilievo, poiché l'amministrazione si trova a dover applicare delle norme rigide,

¹⁸⁹ La dottrina è concorde nel ritenere che la discrezionalità tecnica ricorra nei casi in cui la legge prevede, in termini puntuali e precisi, la scelta che l'amministrazione è tenuta ad effettuare qualora ricorra una data situazione di fatto, suscettibile di essere giudicata solo alla stregua di norme tecniche, derivanti cioè da conoscenze specialistiche, canoni e criteri non giuridici. In simili casi si configura un potere di valutazione della situazione di fatto, cui si ricollega la scelta che il legislatore impone all'autorità proprio facendo applicazione delle regole citate: vedi, per tutti, M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 1993, pag. 54-58. Sono, peraltro, state manifestate posizioni differenti in merito alla possibilità che la discrezionalità tecnica configuri o meno l'esercizio di un potere di scelta per l'amministrazione tra più giudizi possibili. Nel primo senso, vedi E.Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 323, che richiama la posizione di M.S.Giannini. Di orientamento più critico, V.Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pag. 414. Esamina il problema sotto il profilo dell'ambito di influenza della discrezionalità tecnica, G.Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 154, il quale ritiene che detta figura attenga non soltanto al momento della decisione ma anche a quello, logicamente precedente, della valutazione del fatto ovvero alla fase di accertamento dei presupposti della medesima decisione: l'Autore sostiene che, diversamente, si tratterebbe di "un falso problema". Sul rapporto tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, nonché sull'influenza derivante dall'attuazione di norme comunitarie nella riduzione della prima in favore della seconda, vedi il già citato E.Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, cit., pag. 511.

che non permettono, cioè, margini di variabilità, né la scelta tra soluzioni differenti ⁽¹⁹⁰⁾.

Sul rapporto tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, la dottrina ha altresì evidenziato come, spesso, l'attuazione di norme comunitarie conduca ad una progressiva riduzione dell'ambito della discrezionalità "pura" in favore di una modalità di azione tendenzialmente esaustiva dei poteri pubblici, in cui si amplia lo spazio della discrezionalità tecnica (intesa questa come possibilità di operare un giudizio) a disfavore della facoltà di scegliere come disporre dell'interesse pubblico ⁽¹⁹¹⁾.

Un diverso orientamento parla, tuttavia, di "*discrezionalità vincolata*" per indicare le fattispecie in cui l'amministrazione è dotata di un potere di scelta circoscritto all'accertamento dei requisiti predeterminati dalla legge, come avviene nel caso delle registrazioni o delle iscrizioni ⁽¹⁹²⁾.

Posta questa premessa, occorre chiedersi se, in rapporto al genere di funzioni considerate, sia prospettabile l'esternalizzazione dell'intero procedimento amministrativo oppure ci si debba limitare all'*outsourcing* di soli tratti della funzione.

La risposta è duplice. Si ritiene, infatti, che, laddove l'attività oggetto di trasferimento all'esterno comporti *ab origine* l'esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione titolare, sia più opportuno esternalizzare solo i tratti di funzione propedeutici all'assunzione della decisione finale.

Così, ad esempio, nel caso in cui a monte di una procedura di riqualificazione professionale si preveda lo svolgimento di un corso di formazione, l'amministrazione potrà affidare a soggetti privati l'attività d'aula, ma non l'esecuzione delle prove concorsuali o l'adozione del provvedimento finale di formazione della graduatoria ⁽¹⁹³⁾.

Diversamente, se l'attività oggetto di *outsourcing* implica l'esecuzione di un mero accertamento tecnico, sembra più rispondente al criterio di efficienza organizzativa esternalizzare l'intera funzione, residuando in capo all'amministrazione i soli poteri di controllo e di monitoraggio sull'attività

¹⁹⁰ M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 56, pone a raffronto la discrezionalità pura con la discrezionalità tecnica, evidenziando come la prima comporti l'esercizio di giudizio e potestà insieme, mentre la seconda, riferendosi ad un momento conoscitivo, implica il solo giudizio.

¹⁹¹ Vedi E.Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, cit., pag. 511.

¹⁹² Vedi P.Virga, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S.Giannini*, Giuffé, 1988, pag. 588 e ss. e D.De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, 1995.

¹⁹³ Vedi *infra* par. 3.3.a

posta in essere dai privati. È ciò che si verifica nel caso della revisione degli autoveicoli e dei motoveicoli da parte delle officine autorizzate, dove il processo di acclaramento delle caratteristiche tecniche richieste dalle norme è rimesso ai privati, persistendo in capo all'amministrazione solo un mero riscontro sui dati rilevati ⁽¹⁹⁴⁾.

L'orientamento espresso trova il suo fondamento in ragioni di opportunità e non di legittimità: quindi, in verità nulla vieta di esternalizzare per intero una funzione in cui è insito l'esercizio di discrezionalità tecnica oppure, al contrario, continuare a gestire all'interno un'attività soggetta a mero accertamento.

Tuttavia, se si è concordi nel ritenere che la finalità ultima dell'*outsourcing* debba essere quella di concorrere alla crescita della qualità in una certa organizzazione amministrativa, spostando all'esterno le attività non rientranti nel *core business* al fine di permettere la concentrazione di risorse sulle funzioni più vicine alla *mission* istituzionale, allora si dovrebbe comunque sostenere l'ipotesi gestionale volta, appunto, al perseguimento del suddetto risultato.

Prima di esaminare più da vicino alcuni casi di esternalizzazione di funzioni vincolate a carattere specialistico, occorre fare un'ultima notazione teorica.

Ci si chiede, infatti, se l'attività vincolata possa o meno consistere in attività autoritativa. Che ciò sia vero per l'attività discrezionale non vi sono dubbi, ma potrebbe non avvenire altrettanto nel caso di funzioni amministrative che non comportino (come è il caso di quelle considerate) l'esercizio di discrezionalità pura.

In proposito, si ritiene utile richiamare l'orientamento secondo cui nella distinzione tra attività a rilevanza giuridica dotate potestà autoritative e attività prive di tale rilevanza non si deve dimenticare che *"tutte le attività svolte nell'interesse generale o nell'interesse altrui sono, di principio, funzionalizzate"* e, quindi, *"l'attività dei pubblici poteri...è...in linea di principio, funzione"* ⁽¹⁹⁵⁾.

È vero, infatti, che anche le funzioni vincolate sono articolate in procedimenti amministrativi e si concludono con l'adozione di un atto unilaterale, spesso assimilabile ad un provvedimento amministrativo: anche nel caso considerato, dunque, ci si può trovare in presenza di un'attività configurabile come autoritativa e, se ciò avviene, il regime applicabile sarà quello tipico degli atti sostanzialmente provvedimentali.

¹⁹⁴ Vedi *infra* par. 3.3.b.

¹⁹⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 7 e ss.

Questa affermazione comporta alcuni ordini di conseguenze in merito alla disciplina applicabile nei casi di *outsourcing* delle funzioni considerate.

In primo luogo, l'amministrazione titolare dell'attività trasferita in capo ai soggetti privati sembrerebbe, comunque, vincolata all'osservanza dei principi di cui alla l. n.241/90 in tema di procedimento amministrativo, soprattutto per ciò che attiene alla comunicazione di avvio del procedimento, all'integrazione delle risultanze istruttorie (laddove necessaria) e all'accesso ai documenti amministrativi. Si tratta, evidentemente, di un obbligo di carattere comportamentale che scaturisce da una norma in linea di principio applicabile alla generalità degli atti che concorrono alla produzione di un provvedimento finale.

In secondo luogo, non sembra si possa prescindere dal sottoporre i risultati dell'attività esternalizzata al controllo di gestione da parte dei soggetti a ciò deputati all'interno dell'amministrazione titolare, ai sensi di quanto disposto in merito dal d.lgs. n.286/99. L'attività posta in essere dal soggetto privato rappresenta comunque, infatti, esercizio di funzione amministrativa.

Infine, sembra aprirsi un duplice fronte di responsabilità in capo al soggetto privato esercente la funzione esternalizzata, che potrebbe dover rispondere, da un lato, all'amministrazione titolare in rapporto alla corretta esecuzione degli obblighi contrattuali assunti e, dall'altro, all'utenza verso cui si rivolge l'attività amministrativa.

Questa seconda ipotesi si verifica, tuttavia, nel caso in cui l'attività amministrativa posta in essere dal privato abbia un'effettiva rilevanza verso soggetti esterni all'amministrazione o, comunque, verso soggetti che potrebbero subire una lesione da un esercizio non corretto della medesima attività.

Se ciò avviene, potrebbe perciò ipotizzarsi, oltre alla responsabilità contrattuale dell'agente, anche quella amministrativo-contabile e, nei casi più gravi, quella penale⁽¹⁹⁶⁾.

Occorre a questo punto verificare se e in che modo le tre problematiche richiamate si presentano nelle fattispecie che si esaminano di seguito.

¹⁹⁶ Per i profili connesse al problema della responsabilità dei privati esercenti pubbliche funzioni, vedi F.De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., pag. 227 e ss. e la dottrina ivi richiamata.

3.3.a L'affidamento all'esterno dell'attività di formazione dei dipendenti pubblici

L'attuale necessità di impegnare il personale pubblico in attività formative è finalizzata, in via principale, alla diffusione di conoscenze utili ad una corretta e graduale attuazione delle innovazioni contenute nelle disposizioni di riforma riguardanti le singole amministrazioni pubbliche.

L'inserimento di nuove procedure di lavoro, che è spesso accompagnato dall'introduzione di tecnologie informatiche, rende, infatti, inevitabile operare una diffusa e capillare operazione di "trasformazione" dei comportamenti tradizionali dei soggetti preposti all'adozione concreta delle nuove procedure. Senza questa trasformazione, infatti, le riforme non possono che rimanere inattuata⁽¹⁹⁷⁾.

La tendenza richiamata, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, ha trovato un forte sostegno nell'ambito pubblico grazie all'orientamento di una parte significativa delle risorse comunitarie verso il settore della formazione. Questo ha permesso, sia pure con prevalenza per le aree del Mezzogiorno, di coinvolgere in azioni formative un cospicuo numero di dipendenti, molti dei quali non avevano pressoché conosciuto tale esperienza nell'arco dell'intera vita lavorativa.

Il processo è stato sostenuto anche da accordi e provvedimenti sindacali di carattere nazionale, che hanno contribuito alla creazione di alcune condizioni fondamentali volte a favorire ulteriormente la rottura con un passato caratterizzato da un ricorso alla formazione molto limitato. Un esempio in tal senso è rappresentato dalla previsione, contenuta nei contratti collettivi di diversi comparti, di destinare alla formazione una quota pari all'1% del monte salari.

In merito sono state svolte diverse indagini, oggi contenute nel "5° Rapporto sulla Formazione nella pubblica amministrazione 2001", redatto dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione e dal Dipartimento della Funzione pubblica.

I dati ivi riportati si riferiscono a quasi 700 mila dipendenti, e dimostrano che pressoché tutte le amministrazioni ha svolto una significativa attività formativa nel corso del 2001, coinvolgendo oltre 460 mila unità ovvero quasi 100 mila unità in più rispetto all'indagine effettuata nel 2000⁽¹⁹⁸⁾.

¹⁹⁷ In generale, sui temi relativi all'attuazione delle trasformazioni nelle organizzazioni, vedi P. Romei, *L'organizzazione come trama*, Cedam, 2000.

¹⁹⁸ Per una sintesi ragionata dei dati contenuti nel Rapporto, vedi la *Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione per gli anni 2000 e 2001*,

L'attuazione dei programmi formativi è, quindi, considerata attualmente uno strumento essenziale per la gestione e per la valorizzazione delle risorse umane, al punto che si è ritenuto necessario precisarne le linee di indirizzo con un apposito documento del Ministro per la Funzione Pubblica, adottato il 13 dicembre 2001 e intitolato "*Direttiva sulla formazione e la valorizzazione del personale delle pubbliche amministrazioni*"⁽¹⁹⁹⁾.

Quasi un anno dopo l'adozione dell'atto richiamato è stata emanata la l. n.3/03, c.d. collegato ordinamentale per la pubblica amministrazione alla legge finanziaria 2002, il cui art.4 ha aggiunto l'art.7 bis al d.lgs. n.165/01.

Alla luce di detta norma le amministrazioni sono ora tenute a predisporre annualmente un piano di formazione del personale "*tenendo conto dei fabbisogni rilevati, delle competenze necessarie in relazione agli obiettivi nonché della programmazione delle assunzioni e delle innovazioni normative e tecnologiche*"⁽²⁰⁰⁾.

Stando agli indirizzi espressi dal legislatore, non sembra quindi errato ipotizzare che proprio la volontà di incentivare, a fronte di un utilizzo ancora prevalente della classica formazione in aula, le opportunità offerte dall'informatica e dalla telematica, determinando una crescita sensibile nell'utilizzo di nuove metodologie, come ad esempio, la formazione a distanza (FAD), l'autoapprendimento e il sistema delle videoconferenze, renda opportuno il ricorso a soggetti privati esterni per la gestione delle attività di formazione dei dipendenti.

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica, 2003, pagg. 198-204.

¹⁹⁹ Vedi G.U. n.26 del 31.12.2002. Nella Direttiva citata si evidenzia, tra l'altro, l'importanza dello strumento formativo in relazione ai cambiamenti in atto nelle pubbliche amministrazioni, che richiedono, appunto, la presenza di personale qualificato e aggiornato al fine di garantire, da un lato, l'effettività delle riforme normative e, dall'altro, l'intervento su eventuali meccanismi di esclusione e demotivazione che possono derivare dall'introduzione dei processi di innovazione. La formazione e l'aggiornamento dovranno, inoltre, essere strutturati attraverso l'analisi aggiornata dei profili professionali mancanti, che dovrà costituire la base dei programmi di formazione e di riqualificazione del personale, al fine di svilupparne le professionalità adeguandole ai processi di innovazione in corso. La Direttiva prevede altresì che sia posta particolare attenzione all'incentivazione dell'impiego di metodologie di formazione a distanza, al fine di consentire l'ampliamento del numero dei destinatari delle attività formative nonché di realizzare una formazione continua che garantisca livelli minimi comuni di conoscenze.

²⁰⁰ Per un primo commento in generale sulla l. n.3/03 vedi A.Bianco, *Assunzioni, il filtro del Dipartimento*, in GEL, 2003, 5, pagg. 7- 11.

Alcuni dati a riguardo, dimostrano che, per quanto riguarda l'offerta formativa, la percentuale di ricorso al settore privato ha raggiunto la soglia del 15%.

La quota relativa al settore pubblico è, naturalmente, di gran lunga più ampia (82%), ma il massiccio impiego delle scuole pubbliche da parte delle amministrazioni (soprattutto quelle centrali) è certamente riconducibile alla presenza di forti incentivi nella procedura di selezione del *partner*, soprattutto con riguardo alla possibilità di ricorrere all'affidamento diretto, nonché alla notevole riduzione dei costi dei servizi offerti.

D'altro canto, le scuole pubbliche non dispongono di una rete distribuita in modo capillare su tutto il territorio nazionale (fatta eccezione per la Scuola Superiore per l'Amministrazione Locale, SSPAL) e, quindi, la capacità di svolgere azioni formative in sedi decentrate appare ancora molto limitata.

A ciò deve associarsi, per contro, la maggiore autonomia di spesa da parte degli enti locali, che consente loro una maggiore dinamicità e velocità nella contrattazione con i soggetti privati o comunque con soggetti diversi da quelli appartenenti al sistema dell'offerta pubblica.

Si deve considerare, inoltre, che la formazione del personale pubblico sta assumendo rilievo anche sotto un profilo più specifico, che attiene alle procedure di progressione verticale derivanti dal nuovo sistema di classificazione del personale ⁽²⁰¹⁾.

In particolare, la mobilità verticale è stata disciplinata mediante il sistema delle progressioni in carriera, gestito mediante un doppio sistema di passaggi, di cui uno verticale fra le aree, e l'altro orizzontale all'interno della stessa area, ovvero fra le sole posizioni retributive. Il passaggio da un'area all'altra avviene tramite procedure selettive nel rispetto del principio dell'adeguato accesso dall'esterno, come richiesto dall'art. 35, co.1 del d.lgs. n.165/01 e come ribadito più volte dalla Corte Costituzionale ⁽²⁰²⁾.

²⁰¹ I contratti collettivi della tornata 1998/2001 e la contrattazione integrativa che ne è derivata hanno, infatti, messo a regime un nuovo sistema di classificazione, abrogando il sistema delle qualifiche funzionali di cui alla l. n. 312/80. L'attuazione dei nuovi ordinamenti professionali ha fortemente impegnato le amministrazioni in una generalizzata revisione delle dotazioni organiche secondo i nuovi profili professionali nonché in una redistribuzione delle mansioni secondo le declaratorie contrattuali, rendendo necessaria la fissazione di regole sia per le progressioni di tipo retributivo, sia per quanto concerne gli avanzamenti in carriera.

²⁰² Vedi Corte Costituzionale, sentenza n. 1/99, in GDA, 1999, 6, pag. 536, con commento di V.Talamo, *Concorsi interni: prassi vecchie e nuove del legislatore davanti alla Corte Costituzionale*, Corte Costituzionale, sentenza n.194/02, in RPEL, 2002, 5, pag. 24 e ss,

Il passaggio all'interno dell'area configura a sua volta una progressione di due tipi ovvero normo-retributiva, mediante percorsi di qualificazione ed aggiornamento con esame finale, nel rispetto della dotazione organica e dei contingenti di profilo in essa previsti, e di sviluppo meramente economico, con criteri definiti dal contratto collettivo di riferimento, ma senza vincolo per il relativo contingente ⁽²⁰³⁾.

Può essere utile, a questo punto, esaminare alcuni casi pratici di affidamento a soggetti privati dell'attività di formazione ai dipendenti pubblici, anche al fine di evidenziare le motivazioni poste alla base del ricorso a soggetti distinti dalle strutture pubbliche, deputate allo svolgimento di attività formative.

Ad esempio, alla fine del 2001, la Provincia di Roma ha posto in essere un pubblico incanto per l'aggiudicazione di un corso di formazione diretto al personale di ruolo in servizio presso l'area Affari Generali.

Il criterio indicato per la selezione del contraente è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 23, co.I, lett. b, del d.lgs. n.175/95 e s.m.i., e l'amministrazione ha assegnato un punteggio preponderante alla qualità del progetto formativo presentato, valutandolo alla luce di cinque parametri ben definiti ovvero:

- la costruzione del progetto;
- la collocazione geografica della sede dei corsi;
- la qualità delle aule messe a disposizione;
- il curriculum dei docenti;
- il materiale didattico prodotto a supporto delle lezioni.

Si consideri, inoltre, che ciascuno dei suddetti parametri è stato a sua volta dettagliato in altri elementi, tanto che, per quanto attiene, ad esempio, alla costruzione del progetto formativo, l'amministrazione ha fornito ai concorrenti in sede di capitolato d'oneri un'accurata indicazione degli argomenti da porre a base dell'attività di formazione, nonché la specifica dei fattori che dovevano concorrere alla determinazione del prezzo per singolo modulo formativo.

Si può dire, quindi, che nel caso considerato, l'esternalizzazione della funzione è avvenuta sotto un forte potere di indirizzo dell'amministrazione titolare, la quale si è premunita di curare gli aspetti legati alla qualità dell'attività da affidare all'impresa privata contraente non tanto in sede

Corte Costituzionale, sentenza n. 218/02, in GCost, 2002, 3, e Corte Costituzionale, ordinanza n. 273/02 in CP, 2002, pag. 3425 e ss.

²⁰³ Sui problemi derivanti da questo sistema di progressione vedi A.Zucaro, *Ancora sull'accesso mediante concorso a posti di lavoro pubblico*, in GDA, 2002, 9, pag.g. 953-958 e A.Pozzi, *I concorsi nel pubblico impiego*, ed. Il Sole 24 Ore, 2002, pag. 40 e ss.

contrattuale, quanto già in occasione della redazione e pubblicazione dei documenti di gara.

Un ulteriore aspetto di rilievo risiede nella chiara indicazione, da parte dell'amministrazione, di un referente al suo interno, con cui l'azienda aggiudicataria è stata obbligata a rapportarsi nel corso di tutto lo svolgimento dell'attività formativa.

Sotto il profilo della procedura ad evidenza pubblica adottata un altro caso di rilievo è rappresentato dal Ministero delle Politiche Agricole e Forestali.

Tale amministrazione ha, infatti, deciso di affidare in *outsourcing* i corsi di formazione destinati al proprio personale di area amministrativa, a seguito dei quali si è effettuato un passaggio in linea verticale all'interno dell'Area professionale di appartenenza.

Ciò che rileva è, in particolare, la modalità di selezione del contraente.

Nel caso di specie, infatti, il Ministero non ha adottato una procedura di gara aperta, ma ha posto in essere una licitazione privata avente ad oggetto, appunto, la docenza per i suddetti corsi di riqualificazione.

Quanto ai contenuti richiesti, ci si è limitati ad indicare le giornate complessive di presenza ritenute necessarie in rapporto alla relativa suddivisione per qualifiche funzionali, mentre per le materie di insegnamento si è operato un mero rinvio alla declaratoria delle mansioni prevista dal contratto collettivo di comparto. A partire da detta declaratoria si è, poi, ipotizzato che fossero le imprese private partecipanti alla procedura di selezione a trarre gli ambiti di materie comuni a tutte le Direzioni Generali dell'amministrazione.

Nel porre a raffronto le due esperienze considerate, ci si domanda quale possa essere stata la ragione di opportunità che ha portato le amministrazioni a scegliere modalità di selezione dei contraenti tanto differenti.

La risposta sembra dover essere ricercata nella finalità ultima dell'attività amministrativa oggetto dell'esternalizzazione.

Per quanto riguarda la Provincia di Roma, infatti, si è trattato di formazione non connessa alla riqualificazione professionale del personale, mentre nel caso del Ministero delle Politiche Agricole e Forestali la formazione è stata in verità propedeutica allo svolgimento delle procedure di progressione verticale.

Posta questa premessa, si potrebbe quindi affermare che nella prima ipotesi considerata l'*outsourcing* ha riguardato un'intera funzione amministrativa, e questo ha reso necessaria l'adozione di una procedura di gara che fosse quanto più possibile trasparente imparziale, nonché "guidata".

Per contro, nella seconda fattispecie si è trattato di esternalizzare solo una parte delle attività afferenti all'intero procedimento concorsuale di riqualificazione, residuando in capo all'amministrazione la titolarità della fase

di valutazione del grado di preparazione dei candidati, sulla base della quale si è, poi, formulato il provvedimento di adozione della graduatoria finale.

In tal senso, quindi, sembra trovare conferma quanto detto in precedenza circa il legame inversamente proporzionale tra misura del potere discrezionale richiesto da una certa funzione e possibilità di trasferire su soggetti privati la competenza di esercizio delle attività connesse a detta funzione.

Per quanto riguarda, infine, i tre indicatori considerati nel paragrafo precedente in ordine all'*outsourcing* di funzioni amministrative vincolate, si può dire che, per la Provincia di Roma, la soggezione dell'amministrazione ai principi di cui alla l. n.241/90 non sia necessaria, poiché l'attività esternalizzata non è finalizzata all'adozione di un provvedimento finale ma è dotata unicamente di rilevanza interna, essendo rivolta alla crescita di qualità dell'organizzazione amministrativa.

Nel caso del Ministero, invece, si è già detto come l'attività data in *outsourcing* sia propedeutica all'adozione di un provvedimento finale, contro cui è pacifica la possibilità di ricorso da parte dei soggetti direttamente interessati da possibili lesioni. Non si ritiene, pertanto, discutibile la soggezione ai principi di cui alla citata legge, anche se non può dirsi altrettanto per i profili legati alla duplice responsabilità del privato esercente, poiché l'attività da questo posta in essere, non potendo influenzare l'adozione del provvedimento finale, non ha una diretta rilevanza i termini di possibile lesione di soggetti terzi.

Non presenta, invece, dubbi il profilo del controllo di gestione sui risultati dell'attività esternalizzata da parte dell'amministrazione titolare della funzione data in *outsourcing*.

Il corretto svolgimento del monitoraggio sui risultati diventa, infatti, fondamentale quando attiene a funzioni amministrative trasferite all'esterno, rappresentando la sola modalità di verifica circa l'opportunità e la convenienza della scelta gestionale operata, anche ai fini dell'eventuale reiterazione dell'esperienza o, per contro, del "riassorbimento" della funzione all'interno.

3.3.b Le funzioni di revisione periodica di autoveicoli e motoveicoli

Negli ultimi anni il sistema delle revisioni dei veicoli è stato interessato da importanti novità legislative, che hanno gradualmente condotto ad un rilevante coinvolgimento delle imprese private di autoriparazione in qualità di soggetti

certificatori nel procedimento di verifica dei requisiti richiesti a fini di sicurezza per la circolazione di autoveicoli e motoveicoli ⁽²⁰⁴⁾.

In particolare, già il novellato art. 80 del d.lgs. n. 285/92, c.d. Codice della Strada (d'ora in avanti CdS), aveva consentito l'affidamento da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti delle revisioni dei veicoli fino a 3,5 t di massa complessiva e fino a 16 posti, ivi compreso il conducente, ad imprese di autoriparazione appositamente autorizzate ⁽²⁰⁵⁾.

Il processo di affidamento di tali operazioni ai privati è proseguito non senza poche difficoltà, cui si sono aggiunte le notevoli perplessità evidenziate dalle stesse imprese, inizialmente "esitanti" ad impegnarsi nell'attività in esame a causa di una non facile quantificazione a priori dei profitti attesi. La situazione ha, poi, avuto uno sviluppo ben diverso: allo stato attuale, infatti, l'attività di revisione vede coinvolti quasi 5000 centri privati, sparsi su tutto il territorio nazionale ⁽²⁰⁶⁾.

²⁰⁴ In merito alle ragioni del progressivo superamento del sistema fondato sulla natura pubblica degli atti di omologazione e certificazione, vedi E.Chiti, *La normalizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Parte spec., III, Giuffrè, 2003, pag. 3086 e ss., e N.Campriani – S.Ghersini, *Qualità. Obblighi legislativi e certificazione volontaria*, Giuffrè, 1999.

²⁰⁵ In particolare, le revisioni periodiche delle richiamate tipologie di autoveicoli possono essere affidate ad imprese di autoriparazione iscritte nel registro delle imprese o nell'albo delle imprese artigiane di cui all'art. 10 del d.P.R. n.558/99 istituito presso la CCIAA, che esercitino effettivamente tutte le attività previste dall'art. 1, co.3, della l. n. 122/92 (ovvero meccanica e motoristica, carrozzeria, elettrauto e gommista) e a consorzi o società consortili anche in forma di cooperativa appositamente costituite tra imprese di autoriparazione iscritte ciascuna nel registro delle imprese o nell'albo delle imprese artigiane di cui all'art. 10 del d.P.R. n.558/99 che esercitano effettivamente una delle attività previste dall'art. 1, co.3, della l. n. 122/92. In quest'ultimo caso, tuttavia, qualora l'impresa eserciti più di una attività può partecipare a raggruppamenti individuati nell'ambito del consorzio per coprire esclusivamente il numero delle attività effettivamente svolte, necessario a garantire a ciascun raggruppamento la copertura di tutte le quattro attività senza determinare duplicazioni di competenze nel medesimo raggruppamento.

²⁰⁶ In generale, l'obbligo della revisione per le varie categorie di veicoli discende dall'applicazione del d.m. n.408/98, che prevede la revisione annuale per autocarri e autoveicoli per uso speciale o per trasporti specifici, rimorchi aventi massa complessiva superiore a 3,5 t, autobus, autoambulanze, autovetture e motoveicoli di piazza o di noleggio con conducente, autovetture o particolari autoveicoli in servizio di linea. Il decreto ha mantenuto invariato l'obbligo di revisione quadriennale e/o biennale, con la prima revisione dopo 4 anni dall'immatricolazione e successivamente ogni 2 anni, per autovetture, autoveicoli ad uso promiscuo, autocaravan di massa complessiva non superiore a 3,5 t nonché autocarri, autoveicoli ad uso speciale o per trasporti specifici aventi massa complessiva fino a 3,5 t e quadricicli.

Si deve osservare, tuttavia, che una forte spinta all'assunzione delle funzioni in esame da parte dei soggetti privati è certamente derivata dall'introduzione, già a partire dal 2001, dell'obbligo di revisione periodica, oltre che per gli autoveicoli, anche per i ciclomotori di cui all'art. 52 del CdS e per i motoveicoli di cui all'art. 53 del medesimo CdS ⁽²⁰⁷⁾.

Anche la revisione di tali categorie di veicoli è stata affidata ad imprese autorizzate, alle quali, ai fini dello svolgimento del servizio, si impone solamente di rivolgere una specifica richiesta all'ente provinciale. A seguito dell'emanazione del d.lgs. n.112/98, recante norme in materia di conferimento di funzioni dello Stato alle Regioni e agli enti locali, la competenza in tema di rilascio delle autorizzazioni alle imprese di autoriparazione per l'esecuzione delle revisioni dei veicoli e al controllo amministrativo sulle imprese autorizzate è, infatti, transitata nell'alveo delle funzioni amministrative rimesse alla Provincia ⁽²⁰⁸⁾.

Inoltre, secondo quanto precisato dal d.m. 14 novembre 2001, ciclomotori e motoveicoli possono essere revisionati sia presso le imprese private che esercitano il servizio di revisione già titolari di un'autorizzazione, sia presso nuove imprese che richiedano espressamente di effettuare le sole revisioni di motoveicoli e ciclomotori.

Ai sensi di quanto disposto dall'art. 80 del CdS, infatti, i centri autorizzati possiedono in via generale l'autorizzazione di effettuare revisioni di *"veicoli a motore capaci di contenere al massimo 16 persone compreso il conducente, ovvero con massa complessiva a pieno carico fino a 3,5 t"*, tra i quali sono appunto ricompresi i ciclomotori e i motoveicoli. Detti centri possono, tuttavia, presentare la richiesta di autorizzazione all'esercizio delle funzioni di revisione al competente ufficio provinciale solo dopo essersi muniti delle attrezzature previste per lo svolgimento delle medesime operazioni.

²⁰⁷ Vedi decreto dell'allora Ministro dei Trasporti del 16 gennaio 2000. La revisione periodica delle citate categorie di veicoli, ad eccezione dei motoveicoli destinati al servizio da piazza o di noleggio con conducente (già soggetti a revisione annuale per effetto di quanto disposto dal d.m. n.408/98), rappresenta ancora oggi un'importante novità per il nostro Paese, che ha affrontato "in anticipo" la problematica poi oggetto di appositi indirizzi a livello europeo.

²⁰⁸ Vedi art.105, co. 3, lett. d), d.lgs. n.112/98, ai sensi del quale, a partire dal primo gennaio 2002, le Province hanno assunto il pieno esercizio della funzione, cui fanno capo le attività di rilascio delle nuove autorizzazioni, di quelle derivanti da estensione ai ciclomotori delle precedenti concessioni quinquennali rilasciate dalla Motorizzazione Civile e di quelle intervenute a seguito della scadenza del termine quinquennale delle esistenti concessioni, previo sopralluogo effettuato direttamente dal personale provinciale incaricato.

Nell'ambito della generale disciplina delle funzioni di revisione di veicoli e motoveicoli, una specifica attenzione nella presente sede deve essere rivolta alla modalità di conferimento del potere esercitare le suddette funzioni amministrative.

In particolare, secondo le norme richiamate, le imprese di autoriparazione che richiedono l'affidamento delle revisioni devono presentare al competente settore della Provincia di riferimento un'apposita domanda di autorizzazione, cui deve essere allegata la documentazione atta a dimostrare, tra l'altro, la capacità finanziaria e il possesso della strumentazione richiesta dalle apposite disposizioni normative.

Se il controllo tecnico effettuato da funzionari preposti dà un esito favorevole e viene verificata la sussistenza di tutti i requisiti richiesti, nonché la regolarità della documentazione presentata, si procede al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio delle funzioni di revisione.

Si prevede, altresì, che all'interno di ogni impresa autorizzata debba essere accreditato un responsabile tecnico. Questo soggetto, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 240 del regolamento di esecuzione del CdS (come modificato dal d.P.R. n.360/01), è tenuto a presenziare ed a certificare personalmente tutte le fasi delle operazioni riferite alla sua specifica responsabilità.

Le competenze relative alla vigilanza sull'applicazione della normativa in materia spettano in linea generale alla Provincia, fatte salve le disposizioni inerenti le modalità tecniche con cui vengono effettuate le revisioni, tutt'ora rimesse alla competenza statale.

La fattispecie considerata rientra, quindi, senza dubbio in uno dei casi che la dottrina ha definito come esternalizzazione di funzioni afferenti a discipline “<<di settore>>, in quanto sistemi di norme speciali, spesso molto dettagliate, che conferiscono a privati, spesso ben individuati, l'esercizio di specifiche attività pubbliche o perlomeno di pubblico interesse”⁽²⁰⁹⁾.

In particolare, nel caso in questione si è ritenuto opportuno e rispondente al criterio di efficienza dell'azione amministrativa sostituire all'“estenuante procedura presso la Motorizzazione civile”⁽²¹⁰⁾ un percorso molto più snello, in cui un peso notevole deve senza dubbio essere riconosciuto alla presenza capillare delle imprese di revisione sul territorio, che agevola la possibilità dei

²⁰⁹ G.Vetritto, *I pro e i contro delle esternalizzazioni di funzioni e di servizi nell'amministrazione pubblica*, testo rivisto dell'intervento al convegno su “L'outsourcing nella Pubblica Amministrazione – Problemi, prospettive ed esperienze”, Roma, 16 gennaio 2003, in corso di pubblicazione.

²¹⁰ G.Vetritto, *I pro e i contro delle esternalizzazioni di funzioni e di servizi nell'amministrazione pubblica*, cit.

cittadini di adempiere alle norme e, al contempo, diminuisce notevolmente i tempi di attesa nella fase di accertamento tecnico.

Per altro verso, si osserva come l'esternalizzazione delle funzioni di revisione, a differenza di altri casi di *outsourcing* sinora esaminati, non sia stata concepita in termini concessori, bensì autorizzatori.

Da questa impostazione deriva una conseguenza estremamente rilevante: non sussiste la necessità per l'amministrazione di porre in essere una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del contraente privato ma, al contrario, si può dire che la normativa in materia incentivi a monte i soggetti privati ad assumere su di sé l'esercizio della funzione di revisione di autoveicoli e motoveicoli. Grazie al cospicuo numero di accertamenti a tutt'oggi richiesti, detta funzione è, infatti, divenuta attività di sicuro profitto a fronte di costi di investimento e di organizzazione decisamente minimi ⁽²¹¹⁾.

Per quanto concerne, invece, l'osservanza dei principi di cui alla l. n.241/90, si ritiene che il rispetto dei medesimi non possa gravare sull'amministrazione titolare delle funzione poiché questa, in realtà, interviene al di fuori del procedimento di revisione, a monte verificando i requisiti presentati dalle imprese ai fini del rilascio dell'autorizzazione e *ex post* con poteri di controllo sul corretto svolgimento dell'attività. L'attività amministrativa soggetta ai principi di cui alla citata l. n.241/90 è, quindi, solamente quella svolta dai soggetti privati che svolgono la funzione esternalizzata.

Il profilo esposto rileva, in particolare, con riferimento all'accesso agli atti contenenti le risultanze degli accertamenti tecnici, che sono detenuti dalle imprese autorizzate all'esercizio dell'attività di revisione e non dall'amministrazione titolare della medesima attività. In proposito, si potrebbe ipotizzare l'applicabilità per analogia dell'art. 23 della l. n.241/90, laddove si prevede che "*il diritto di accesso...si esercita nei confronti...dei gestori di pubblici servizi*".

Si potrebbe, inoltre, supporre che, sotto il profilo sostanziale, la figura del responsabile tecnico coincida con quella del responsabile del procedimento di cui al Capo II della norma in esame, almeno per ciò che attiene al già richiamato profilo dell'accesso ai documenti amministrativi, ma anche alla comunicazioni inerenti l'avvio e la conclusione della procedura.

²¹¹ Si consideri che, tra l'altro, non si presenta alcun vincolo di esclusività per le imprese che svolgono le funzioni di revisione, le quali, nella maggioranza dei casi, continuano ad esercitare, accanto a detta attività, i consueti servizi al pubblico di autofficina. Anche i macchinari utilizzati per la funzione pubblica esplicata, tra l'altro, sono quasi sempre i medesimi con cui si svolge l'attività ordinaria.

Potrebbe, dunque, essere questo soggetto a dover rispondere verso l'utenza per conto dell'impresa autorizzata in caso di negligente esecuzione della revisione. Per contro, non si può ammettere l'ipotesi di responsabilità contrattuale dell'impresa autorizzata nei confronti dell'amministrazione, poiché il rapporto tra i due soggetti non si basa su un accordo di tipo negoziale.

Infine, con riferimento alla sottoposizione dell'attività esternalizzata al controllo di gestione da parte dei soggetti a ciò deputati all'interno dell'amministrazione titolare, si può ripetere, in verità, il ragionamento già svolto nel caso dell'outsourcing dell'attività di formazione dei dipendenti pubblici.

Tuttavia, a differenza del caso precedente, si ritiene che, nella fattispecie relativa alla revisione, lo svolgimento del controllo di gestione non possa influenzare la decisione in ordine al trasferimento all'esterno della funzione.

La motivazione posta a fondamento di tale decisione, infatti, a differenza di quanto avviene nel caso dell'attività di formazione può essere rintracciata nell'impossibilità per l'amministrazione competente di far fronte all'accresciuto numero di revisioni a parità di unità organizzative a ciò deputate.

Ciò vuol dire che, a seguito di precisi disposti normativi, lo svolgimento da parte di imprese private dell'attività di revisione dei veicoli è diventato necessario per il raggiungimento del fondamentale obiettivo di efficienza dell'azione amministrativa.

Pertanto, l'esito negativo del controllo di gestione sull'attività esternalizzata presenta conseguenze solamente ai fini dell'ipotesi di revoca dell'autorizzazione concessa o di riesame dei requisiti di qualificazione utili ai fini del rilascio della medesima autorizzazione.

3.3.c Risorse per Roma s.p.a. e la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Roma

Il Comune di Roma, secondo il disposto dell'allora vigente art.22 della l. n.142/90 (ora art. 113 del d.lgs. n.267/00), il 9 marzo 1995 ha costituito ed affidato ad una s.p.a., denominata Risorse per Roma (d'ora in poi R.p.R.), il compito di valorizzare e riqualificare il territorio comunale e gli immobili ivi presenti, al fine di garantire una migliore fruizione degli spazi urbani e, al contempo, effettuare una gestione che si rivelasse insieme efficace ed efficiente.

Oltre al Comune di Roma, azionista di maggioranza con l'85% del capitale, R.p.R. è stata costituita ed è tutt'ora partecipata in misura eguale dall'ACEA

spa (società di gestione dell'energia e dell'ambiente), dall'AMA spa (società di gestione dei rifiuti solidi urbani) e dall'ATAC spa, (Azienda delle Tramvie e Autobus del Comune di Roma)⁽²¹²⁾.

I rapporti di servizio tra R.p.R. e Comune di Roma sono disciplinati mediante un contratto di servizio, che è stato stipulato in data 18 settembre 1995, mentre i compiti della società sono indicati nel suo Statuto.

Alla luce di quanto stabilito in questo atto, le attività oggetto della *mission* societaria possono essere distinte in due principali tipologie di intervento: l'attività di valorizzazione di aree e beni della città e l'attività di alienazione immobiliare, attraverso cui si attua, altresì, il reperimento di fondi per la valorizzazione degli immobili e degli spazi urbani, trasformandoli da aree inutilizzate e non redditive in risorse economiche e culturali attive.

Nella presente sede, l'attenzione è rivolta, in particolare, a questo secondo tipo di attività, che rappresenta a tutti gli effetti l'esternalizzazione di un'intera funzione amministrativa di tipo vincolato a carattere specialistico.

Mediante l'effettuazione delle valutazioni di stima e delle alienazioni immobiliari R.p.R. esercita, infatti, una vera e propria attività di *auditor* del Comune di Roma, contribuendo al processo di valorizzazione del patrimonio immobiliare attraverso, da un lato, l'alienazione degli immobili di proprietà e, dall'altro, il conseguente reperimento di fondi.

Il settore delle alienazioni si pone, pertanto, in stretta correlazione con quello delle valorizzazioni, costituendo, il più delle volte, uno strumento propedeutico all'attuazione dei processi di recupero e di riqualificazione immobiliare e urbana che rappresenta, in verità, la reale finalità strategica dell'amministrazione comunale nel momento in cui si avvale di R.p.R.

Attraverso la gestione della procedura di predisposizione e realizzazione dell'asta pubblica, la cura degli interventi preliminari di stima e la realizzazione degli studi di fattibilità relativi all'individuazione degli immobili da alienare, il Comune di Roma ha, infatti, affidato a R.p.R. un ruolo rilevante nella realizzazione dell'attività di dismissione.

A riguardo, si può considerare che, fino al dicembre 1999, la società ha venduto immobili per un valore complessivo di circa 126 miliardi di lire, il che rappresenta certamente un risultato importante, non solo per il valore commerciale degli immobili alienati, ma anche per la capacità di R.p.R. di riuscire a trattare l'alienazione di differenti tipologie immobiliari (piccoli negozi, singoli edifici residenziali, ex caserme, interi comparti urbani) con la stessa efficacia, dimostrando altresì di sapere seguire l'intero processo di

²¹² Vedi in proposito la deliberazione consiliare n. 56 del 10 marzo 1995.

dismissione attraverso la cura ottimale di tutte le attività legate all'intervento di alienazione⁽²¹³⁾.

Sotto il profilo procedurale, la dismissione degli immobili può avvenire secondo due distinte modalità: mediante asta pubblica o mediante trattativa privata.

In particolare, nel primo caso la procedura seguita dalla società consta delle seguenti fasi:

- stima preliminare dell'immobile da alienare;
- studio di fattibilità economico – finanziaria dell'intervento;
- attività di *marketing* mirato, con annessa pubblicazione dell'avviso d'asta sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, quotidiani nazionali e internazionali, pubblicazioni di settore;
- svolgimento della procedura di alienazione;
- selezione dell'acquirente.

La procedura prevede, inoltre, che, nel caso in cui si verificano due battute d'asta andate deserte, R.p.R. possa ricorrere alla trattativa diretta con i potenziali acquirenti, sia pure nel rispetto della trasparenza delle procedure ed entro i limiti di offerta definiti dall'amministrazione comunale⁽²¹⁴⁾.

²¹³ Sotto il profilo quantitativo, si consideri che R.p.R. nell'arco temporale di quasi quattro anni ovvero dal maggio 1996 al dicembre 1999, ha effettuato un totale di 12 aste pubbliche, alienando immobili per un valore totale di 41 miliardi di lire. In particolare, con la vendita delle unità immobiliari messe all'asta nel 1998, R.p.R. ha consentito al Comune di Roma di ricavare un prezzo di vendita superiore dello 0,7 % rispetto a quello stabilito dalle stime preventive dell'amministrazione.

²¹⁴ Si deve considerare che, sia pure in via residuale, l'art.4 dello Statuto di R.p.R. ammette che la società svolga attività di valorizzazione e alienazione di immobili pubblici anche per conto di amministrazioni diverse da quella comunale. In tal senso, l'esperienza più significativa realizzata dalla società è senza dubbio quella relativa all'asta pubblica che ha coinvolto il Ministero della Difesa. R.p.R., infatti, è stata inserita, con il ruolo di coordinatrice, nella *task force* che ha condotto l'incarico di alienazione, permuta, valorizzazione e stima dei 302 immobili dismessibili di pertinenza militare situati nel territorio nazionale, individuati dal d.P.C.M. 11 agosto 1997, di attuazione della l. n.388/00. Per realizzare questo incarico, la società ha costituito un'ipotesi di struttura operativa articolata in quattro settori relativi alle competenze delle società componenti della *task force*, con particolare riguardo per le strategie di valorizzazione, la costruzione del piano tecnico per stime e alienazioni, le attività di valorizzazione e dismissione nonché quelle di commercializzazione e *marketing*. Si sono, poi, previste due distinte fasi di intervento, la prima delle quali riguardante i compiti inerenti alla ricognizione generale ed alla stima di massima del patrimonio, all'individuazione di immobili di immediata commercializzazione ed alla relativa alienazione. La seconda fase, invece, ha visto il coordinamento da parte di R.p.R. dei quattro settori della struttura operativa, al fine di definire le strategie e le metodologie di valorizzazione per ciascun sito, redigendo al contempo il piano tecnico per

Come si vede dai dati riportati, che rappresentano in verità una frazione molto ridotta delle attività sinora sviluppate da R.p.R. nel campo delle dismissioni e valorizzazioni immobiliari, la costituzione della società ha contribuito ad "alleggerire" notevolmente i compiti dell'amministrazione comunale.

Si deve osservare, tuttavia, che la funzione esternalizzata in esame presenta alcuni caratteri peculiari che, in un certo senso, sembrano averne stimolato il trasferimento in *outsourcing* verso un soggetto esterno all'organizzazione amministrativa tradizionale.

Per lungo tempo, infatti, le strutture pubbliche non hanno avvertito l'esigenza di esercitare quello che potremmo definire come il "versante attivo" del loro diritto di proprietà sugli immobili di pertinenza, ovvero il diritto di vendita degli stessi.

Non si può certo dire, in effetti, che si sia colta in misura adeguata la possibilità di percepire risorse aggiuntive dall'alienazione di beni pubblici a tutti gli effetti quali sono, appunto, gli immobili di proprietà. In particolare, si ricorda che l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, in cui sono comprese le attività di acquisto, di manutenzione, di alienazione e di destinazione dei beni medesimi, è stata per lungo tempo rimessa al Ministero dell'Economia e delle Finanze, pur spettando la gestione degli stessi beni al Ministero cui l'immobile è assegnato di volta in volta (art.1, r.d. n.2440/23).

L'art.65 del d.lgs. n.300/99 ha, di recente, istituito l'Agenzia del demanio, cui sono state conferite le funzioni relative all'amministrazione dei beni immobili dello Stato "*con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego*" anche attraverso la predisposizione, secondo criteri di mercato, di appositi programmi di vendita, di provvista, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria.

A ciò deve aggiungersi la crescente tendenza alla privatizzazione dei beni appartenenti ad enti pubblici, in particolare quelli del patrimonio indisponibile, in tutti i casi in cui la valutazione circa il permanere della funzione pubblica originaria risulti negativa. La finalità ultima di tale orientamento è ravvisata dal legislatore nella soddisfazione di esigenze di carattere finanziario nonché di risanamento del debito: questa impostazione risulta evidente se si esaminano le molteplici norme di settore che hanno ad oggetto l'ambito considerato ⁽²¹⁵⁾.

la stima degli immobili, ed effettuare degli studi di valorizzazione per la riconversione delle aree, per il loro inserimento urbanistico, per il coordinamento tra soggetti pubblici e privati.

²¹⁵ Si citano, tra le altre disposizioni, l'art. 28, co.3, della l. n. 448/98 che ammette la riduzione del disavanzo mediante dismissione di partecipazioni mobiliari, l'art. 7 della l. n.140/97 sulla dismissione di beni e diritti immobiliari di enti previdenziali, l'art. 3, co. 34,

Con specifico riguardo alle amministrazioni locali rileva, invece, quanto disposto dall'art. 12 della l. n.127/97 che, oltre a disciplinare l'alienazione degli immobili aventi valore storico- artistico dello Stato, delle Province e dei Comuni, favorisce la possibilità che gli ultimi due soggetti procedano a vendite del patrimonio immobiliare anche in deroga alla disciplina relativa all'alienazione per gli immobili statali, fermi restando i principi generali dell'ordinamento giuridico. Stando a quanto stabilito spetta, dunque, agli enti locali definire con apposito atto regolamentare le concrete modalità ed i criteri di alienazione dei propri edifici ⁽²¹⁶⁾.

È proprio in quest'ottica, quindi, che il Comune di Roma ha deliberato di non operare una gestione diretta delle funzioni relative alla dismissione degli immobili, procedendo invece a trasferire dette attività alla competenza di una società per azioni appositamente costituita.

Dopo aver dato sommariamente conto delle concrete modalità di funzionamento adottate da R.p.R. in rapporto alle funzioni amministrative conferite, nonché del quadro istituzionale in cui si inserisce la volontà dell'amministrazione comunale di ottimizzare l'acquisizione di nuove risorse dalla vendita dei propri immobili, ci si deve chiedere in che modo si configurino nel caso di specie i profili problematici già esposti per i casi discussi in precedenza.

In particolare, si ritiene opportuno cercare di valutare se il rapporto tra amministrazione e privati contraenti assuma una connotazione differente nel caso di *outsourcing* verso un soggetto esterno e verso un soggetto che, seppure non si pone in rapporto gerarchico o strumentale con l'amministrazione, è solo

86 e ss., della l. n.662/96 avente ad oggetto la possibilità per il Ministro del Tesoro di sottoscrivere, al fine di attivare il processo di dismissione del patrimonio indisponibile dello Stato, quote di fondi immobiliari mediante apporto di beni immobili e/o di diritti reali su detti beni e, infine, l'art. 19 della l. n.448/98, che, in ordine al processo di dismissione e valorizzazione degli immobili statali, consente il conferimento o la vendita a società per azioni, anche appositamente costituite, di compendi o singoli beni immobili statali o di diritti reali sugli stessi.

²¹⁶ E.Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 174, ricorda come detta operazione implichi ovviamente la previa riconduzione del bene pubblico che si vuole dismettere al regime della disponibilità, precisando che, per quanto attiene al demanio, questo implica o la cessazione dei caratteri propri del bene demaniale oppure l'adozione di un'apposita legge di sdemanializzazione. Più in generale, sul collegamento tra la natura pubblica di un bene ed il carattere necessario degli interessi da soddisfare, M.S.Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963; P.Caputi Jambrenghi, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in AAVV, *Diritto amministrativo*, L.Mazzarolli – G.Pericu – A.Romano – F.A.Roversi Monaco – F.G.Scoca (a cura di), Monduzzi, 1998, pag. 1081 e ss.

formalmente privato (come è, appunto, il caso di una s.p.a. a totale partecipazione pubblica).

Ci si domanda, in primo luogo, in che modo i soggetti del rapporto di *outsourcing* siano vincolati all'osservanza dei principi di cui alla l. n.241/90 in tema di procedimento amministrativo.

In proposito, si ritiene che sia solo R.p.R. ad essere vincolata nel senso indicato, e questo per due differenti motivazioni, una di tipo meramente formale ed una invece di carattere più sostanziale.

Sotto il primo profilo, infatti, se si considera che la società è stata istituita in base all'allora vigente art.22 della l. n.142/90, la soggezione alla l. n.241/90 si ricava dal disposto di cui all'art.23 della medesima legge laddove si prevede che *"il diritto di accesso...si esercita nei confronti...delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi"*. In quest'ottica, poco rileva che R.p.R. non eserciti solamente servizi pubblici ma anche funzioni, come sono appunto quelle relative all'alienazione del patrimonio immobiliare, che, nella fase di selezione del contraente cui aggiudicare la vendita, comportano anche l'esercizio di poteri discrezionali tipicamente amministrativi.

In secondo luogo, poiché la funzione oggetto di *outsourcing* è stata esternalizzata nella sua interezza, l'attività posta in essere dalla società rileva direttamente verso i soggetti terzi per tutto ciò che attiene allo svolgimento della procedura concorsuale, soprattutto in relazione alla comunicazione di avvio del procedimento tramite pubblicazione dei documenti di gara nelle sedi previste ed alle scadenze stabilite. Gli atti amministrativi che vengono prodotti in queste fasi, infatti, concorrono senza dubbio alla "costruzione" del provvedimento finale di aggiudicazione dell'asta e, pertanto, non è dubbio che configurino il già richiamato obbligo di carattere comportamentale riconducibile ai principi contenuti nella citata l. n.241/90.

La diretta rilevanza esterna dell'attività posta in essere da R.p.R. nell'esercizio delle sue funzioni è determinante, ovviamente, anche per i profili inerenti il sistema delle responsabilità.

Nello specifico potrebbe, dunque, accadere che la società debba rispondere, da un lato, all'amministrazione titolare della funzione in relazione alla corretta esecuzione degli obblighi indicati nel contratto di servizio e, dall'altro, ai soggetti terzi verso cui si rivolge l'attività di alienazione, in questo caso con responsabilità di tipo amministrativo-contabile e, per fattispecie più gravi, di tipo penale.

Infine, per quanto riguarda il controllo sui risultati delle attività svolte, sembra si configuri un doppio livello, poiché in parte è la stessa R.p.R. a dover effettuare le necessarie verifiche interne sull'andamento della propria gestione,

soprattutto a fini di bilancio, mentre spetta senza dubbio al Comune di Roma un generale potere di indirizzo e controllo sulla medesima società, in qualità di socio azionario di maggioranza.

In proposito, da parte della società è stato in alcune occasioni evidenziato un problema di carattere operativo nel rapporto con l'amministrazione comunale, consistente in una non sempre diretta e compiuta copertura dei costi a fronte dello svolgimento di una notevole attività istruttoria preliminare all'affidamento degli incarichi di alienazione, avviata su richiesta dello stesso Comune di Roma.

Pertanto, al fine di diminuire gli oneri derivanti da questa situazione di incertezza, la società si è trovata costretta a richiedere di modificare il contratto di servizio, proponendo l'introduzione di una norma che disciplini un rimborso forfettario su base annua per le suddette attività preliminari.

Si deve, inoltre, considerare che l'attuale configurazione dei rapporti tra la R.p.R. ed il Comune di Roma sembra rallentare i procedimenti legati all'esercizio delle funzioni di dimissione e di valorizzazione del patrimonio immobiliare, stante l'inefficienza di alcune procedure comunali cui si associa la diffusa complessità burocratica che caratterizza, in generale, l'andamento dell'attività dell'amministrazioni locale ⁽²¹⁷⁾.

Quanto detto dimostra come, nonostante sotto il profilo formale la società abbia una configurazione completamente privata, il rapporto con l'amministrazione titolare della funzione date in *outsourcing* sia in realtà più vincolante di quanto non sarebbe avvenuto se la composizione del capitale azionario fosse anch'essa stata completamente privata ⁽²¹⁸⁾.

²¹⁷ Nella nota integrativa al Bilancio al 31 dicembre 1999 di R.p.R. spa si fa riferimento, in particolare, *"alla difficoltà, da parte del Consiglio Comunale, di deliberare, quantitativamente e qualitativamente in modo significativo e costante, i mandati indispensabili per attivare l'attività di alienazione"*.

²¹⁸ Sul tema, è interessante l'orientamento recentemente assunto dalla Corte dei Conti in relazione all'acquisizione da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze dell'intero pacchetto azionario della Società Generale di Informatica (So.ge.i.) spa, ai sensi dell'art. 59, co.5, del d.lgs. n.300/99 che consente al dicastero citato di promuovere la costituzione o partecipare a società aventi ad oggetto la prestazione di servizi strumentali all'esercizio delle proprie attribuzioni. Secondo la Corte, la gestione societaria derivante dalla suddetta acquisizione configura una fattispecie di apporto statale al patrimonio, che rappresenta il presupposto tipico per l'assogettamento al controllo della medesima Corte ai sensi di quanto disposto dall'art. 12 della l. n.259/58. E' pertanto necessaria l'emanazione, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, dell'apposito decreto dichiarativo della sottoposizione al controllo di cui all'art. 3 della legge da ultimo richiamata. Vedi Corte dei Conti, sez.controllo enti, sentenza n.23 del 9-12 maggio 2003, massima e commento in GDA, 2003, 9, pag. 974.

Si ripropongono, quindi, anche per la gestione delle funzioni esternalizzate gli annosi problemi connessi alle procedure di privatizzazione formale e sostanziale, a lungo dibattuti dalla dottrina con riferimento ai servizi pubblici erogati da società derivanti dalla trasformazione di aziende speciali ⁽²¹⁹⁾.

Per quanto di interesse in questa sede, si può sostenere che la *ratio* dell'affidamento di funzioni amministrative a soggetti con capitale misto pubblico-privato, siano essi esistenti o appositamente costituiti, debba essere rintracciata nella relazione tra la tipologia di attività esternalizzata e la natura dei soggetti verso cui l'*outsourcing* si realizza.

In particolare, l'analisi delle esperienze concrete di esternalizzazione ha mostrato che, tanto più un'attività amministrativa è connotata da elementi di "servizio" ovvero da un forte carattere prestazionale, tanto più la natura giuridica del soggetto esterno verso cui la stessa attività è trasferita è privata. Al contrario, quanto maggiormente la natura dell'attività data in *outsourcing* è caratterizzata da elementi di autoritatività, tanto più la natura del soggetto cui si affida la competenza tende ad essere di tipo "pubblicistico" o mista pubblico-privata.

Questa relazione non si presenta, chiaramente, in modo rigido, ma implica, al contrario, una serie differenziata di assetti organizzativi e di caratteristiche, che delineano di volta in volta il tipo di rapporto tra le parti del contratto di *outsourcing*.

In linea generale, tuttavia, l'indicatore considerato può rappresentare, in assenza di apposite disposizioni normative e giurisprudenziali, un significativo criterio di risoluzione dei problemi interpretativi emergenti dall'esame delle singole fattispecie.

²¹⁹ In proposito vedi, tra gli altri, G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, 2001, che propone una ricostruzione efficace ed esaustiva della problematica. Vedi, inoltre, con specifico riferimento alle società per azioni ed alla scelta dei soci privati, AAVV, *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, in A.Q. Curzio – M. Fortis (a cura di), Il Mulino, 2000; AAVV, *Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, in G. Alpa – A. Carullo – A. Clarizia (a cura di), Il Sole 24 Ore, 1998; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in RIDPC, 1997, 1, pag. 51 e ss.; M. Cammelli – A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, 1999; F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in DA, 1995.

3.4. L'esternalizzazione di attività strumentali allo svolgimento di funzioni discrezionali

L'*outsourcing* di attività strumentali ha ad oggetto compiti propedeutici alla conclusione di procedimenti complessi e, quindi, per sua stessa natura, non può riguardare l'intero processo decisionale di un'amministrazione ma attiene solamente a tratti di funzioni più ampie ⁽²²⁰⁾.

Nel caso considerato, infatti, si fa riferimento all'esternalizzazione di attività quasi sempre afferenti alla fase istruttoria del procedimento che, essendo *"funzionalmente volta all'accertamento dei fatti e dei presupposti del provvedimento ed alla acquisizione e valutazione degli interessi implicati dall'esercizio del potere"*, consta di elementi indispensabili per la "costruzione" del giudizio da porre a fondamento della decisione amministrativa discrezionale ⁽²²¹⁾.

Posta questa premessa, ben si comprende come nella fattispecie in esame ci si trovi in presenza di attività che non hanno una diretta rilevanza esterna, pur essendo le stesse di ausilio all'amministrazione per la formazione della propria volontà, resa espressa mediante un apposito atto provvedimentale.

Questa rilevanza interna si riflette su tutti e tre i profili problematici considerati per le attività vincolate a carattere specialistico.

Così, ad esempio, la sottoposizione ai principi di cui alla l. n.241/90, l'amministrazione titolare dell'attività trasferita, che rimane naturalmente vincolata a tutte le disposizioni inerenti la fase di avvio e quella conclusiva del procedimento, nonché il rapporto con l'utenza, sembra, comunque, tenuta a garantire anche l'osservanza delle norme che tutelano il corretto svolgimento dell'istruttoria, come ad esempio l'integrazione delle risultanze istruttorie laddove necessaria e, in generale, la partecipazione di terzi interessati al procedimento, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 7-13 della citata l. n.241/90.

Vale, pertanto, quanto detto in precedenza circa la cogenza di un obbligo di carattere comportamentale che, in quanto contenuto in una norma di principio,

²²⁰ Discute dell'esternalizzazione della tipologia di attività considerate M.Cammelli, intervento al convegno su *"Meccanismi di mercato nei servizi offerti dalle Amministrazioni Pubbliche"*, Forum P.A. '99, in:

www.forumpa.it/forumpa99/convegni/3.01/marco_cammelli/home.htm, osservando come questa fattispecie di *outsourcing* sia, insieme a quella inerente attività tipicamente organizzative, una delle ipotesi più conosciute dalla dottrina.

²²¹E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 379.

deve essere applicato a tutti gli atti che, in qualche modo, concorrono all'adozione del provvedimento finale.

Con riferimento, invece, allo svolgimento del controllo di gestione sui risultati dell'attività esternalizzata, si ritiene che nel caso di attività strumentali questa sia un'esigenza che emerge con particolare rilievo, poiché, rispetto alle altre ipotesi considerate, qui appare con maggior evidenza il carattere prestazionale delle attività oggetto del procedimento ⁽²²²⁾.

Da ciò deriva, inoltre, che, almeno in linea teorica, dovrebbe presentarsi una minore difficoltà in termini di misurazione dell'attività posta in essere dal soggetto privato che, nell'esercizio della funzione amministrativa assegnata, svolge in prevalenza azioni di accertamento di fatti, nonché di acquisizione di dati e informazioni utili alla ponderazione di interessi che verrà successivamente operata dall'amministrazione.

Sotto il profilo delle responsabilità, invece, non si ritiene che in capo al privato esercente possa configurarsi un duplice fronte di responsabilità.

Si è già detto, infatti, che l'attività svolta non ha rilevanza esterna e, come tale, non può incidere direttamente nella sfera delle situazioni soggettive di terzi posti in rapporto con l'amministrazione titolare. Sarà questa, dunque, a rispondere nei confronti di possibili lesioni all'utenza derivanti da atti a contenuto provvedimentale, anche se questi sono stati adottati sulla base di un erroneo svolgimento dell'istruttoria.

Per contro, è ben ammissibile l'ipotesi della responsabilità del privato verso l'amministrazione per la corretta esecuzione degli obblighi contrattuali assunti in sede di affidamento dell'attività.

Per altro verso, si osserva che le funzioni strumentali, molto spesso, rappresentano l'attuazione di competenze trasversali alla generalità delle attività proprie di una certa amministrazione e, quindi, sono necessarie al funzionamento della "macchina" amministrativa ed all'organizzazione del lavoro nel suo complesso, e non soltanto in relazione ad un procedimento specifico.

Questo aspetto emerge sotto due profili ben distinti.

In determinati casi, infatti, le amministrazioni tendono a dare in *outsourcing* funzioni relative all'istruttoria di procedimenti piuttosto articolati, che necessitano di competenze specifiche, come è il caso già discusso delle attività specialistiche relative agli interventi di sostegno pubblico alle imprese ed alla

²²² Si pensi, ad esempio, alle attività informative legate ai profili della comunicazione pubblica

concessione di contributi pubblici attraverso il sistema dei patti territoriali e dei contratti d'area ⁽²²³⁾.

In tutte queste fattispecie, una delle motivazioni principali dell'esternalizzazione deve essere rintracciata nell'impossibilità per l'amministrazione titolare della funzione di svolgere le attività a questa connesse in modo capillare su tutto il territorio: vale sempre il caso della presentazione delle domande relative all'acquisizione di agevolazioni fiscali per le imprese, che prima potevano essere presentate solo presso la sede centrale dell'attuale Ministero delle Attività Produttive.

In altre ipotesi, si ravvisa la tendenza a trasferire all'esterno le attività che possono essere definite come *routinarie*, e che non presentano nel corso del tempo rilevanti mutamenti nelle loro modalità esecutive.

L'esempio forse più significativo è quello delle attività propedeutiche alla predisposizione dei cedolini per il pagamento degli stipendi mensili, ivi compresi tutti i compiti inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sotto il profilo strettamente contabile e fiscale. In quest'ultimo caso, trattandosi dell'*outsourcing* di compiti di organizzazione interna, l'amministrazione titolare mantiene solamente la competenza attinente alla funzione di determinazione conclusiva, cui spesso si accompagnano controlli a campione sulle attività eseguite all'esterno.

Si osserva in proposito che, nel settore privato, l'*outsourcing* delle attività relative alla gestione delle risorse umane è uno degli ambiti di maggior sviluppo. Spesso, tuttavia, si assiste all'esternalizzazione dell'intero complesso dei servizi amministrativi, ivi comprendendo, oltre alle suddette attività, anche quelle inerenti la formazione del personale, i servizi finanziari, i servizi di

²²³ La prima delle tre fattispecie di *outsourcing* citate è stata già discussa nel precedente par. 2.5, cui si rimanda. In merito alle altre due ipotesi, si rinvia al *Rapporto sulle amministrazioni centrali*, Progetto Finalizzato "Esternalizzazione delle funzioni amministrative", Ufficio procedimenti ed efficienza organizzativa (UPEA) - Dipartimento della Funzione Pubblica, aprile 2001, dove, tra le esperienze emergenti dalla ricognizione diffusa, viene analizzata l'esternalizzazione delle attività di istruttoria dei patti territoriali, dei contratti d'area e degli interventi a questi connessi operata dall'allora Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica. In merito, si osserva soltanto che Corte dei Conti, con la sentenza n.20 del 7 novembre 2002, massima e commento in GDA, 2003, 5, pag. 530, da un lato, ha ritenuto giustificato il ricorso alla trattativa privata adottato a suo tempo per la stipulazione delle convenzioni per l'attività istruttoria in esame, posta l'impossibilità di fissare a priori con esattezza le specifiche dell'appalto in rapporto alla definizione del prezzo complessivo e, dall'altro, ha giudicato illegittimo il provvedimento volto a confermare le medesime convenzioni che, seppure eseguite per la maggior parte dei loro contenuti, non sono state formalmente approvate con gli appositi provvedimenti.

facility management, l'organizzazione delle procedure di *e-procurement* e la progettazione e gestione dei *call center* ⁽²²⁴⁾.

La tendenza descritta, in realtà, sta cominciando ad essere rilevante anche nel settore pubblico, dove si sta verificando con sempre maggior frequenza l'affidamento in *outsourcing* di più funzioni contemporaneamente ad un medesimo soggetto esterno.

Le motivazioni che risiedono alla base di tale scelta sono soprattutto di natura economica, poiché non vi è dubbio che in tal modo si possano conseguire risparmi di spesa ben più rilevanti, stante anche la necessità di svolgere una sola procedura di selezione del contraente.

In merito si potrebbe, tuttavia, obiettare che, con l'affidamento di un complesso di funzioni in capo ad un unico soggetto, cresce il c.d. "rischio di cattura" dell'amministrazione che esternalizza da parte dello stesso soggetto. Si ritiene a riguardo che il problema possa essere contrastato mediante un rafforzamento delle azioni di controllo e monitoraggio sull'attività trasferita all'esterno, nonché attraverso la previsione in sede contrattuale di specifiche clausole sanzionatorie che legano il sistema premiante al raggiungimento di ben definiti indicatori di qualità dei compiti conferiti ⁽²²⁵⁾.

3.4.a L'outsourcing delle funzioni strumentali nei risultati del Progetto Finalizzato "Esternalizzazione delle funzioni amministrative"

Passando a discutere dell'effettivo utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche della modalità di esternalizzazione in esame, un'interessante prospettiva è quella che emerge dai risultati del Progetto Finalizzato "*Esternalizzazione delle funzioni amministrative*", costituito nel corso del 2000 presso l'allora Ufficio Procedimenti ed Efficienza organizzativa (UPEA) del Dipartimento della Funzione Pubblica. Ci si riferisce, in particolare, all'analisi delle esperienze condotte in relazione alle amministrazioni locali, i cui risultati sono contenuti nel *Rapporto sugli Enti locali (Comuni e Province)*, presentato nel mese di aprile 2001.

²²⁴ Uno dei *case studies* più significativi in tal senso è quello del Gruppo Fiat, analizzato in AAVV, *Outsourcing e creazione del valore*, L.Cantone (a cura di), 2003, Il Sole 24 Ore, pag. 261 e ss..

²²⁵ La questione è affrontata più dettagliatamente con riferimento al contratto di *global service* nel successivo par. 3.5.a, cui si rinvia.

Il *Rapporto* ha esaminato le esternalizzazioni relative a 54 casi relativi ad amministrazioni provinciali e, in larga misura, comunali, 26 delle quali situate al Nord, 20 nelle regioni centrali e solamente 8 al Sud.

Per quanto di interesse nella presente sede, si osserva che, sul totale dei casi, ben 36 enti hanno dato in *outsourcing* la gestione delle attività connesse all'elaborazione degli stipendi mensili, con netta prevalenza per le amministrazioni del Nord ⁽²²⁶⁾.

Per contro, nel Sud vi è stata una preponderanza nel trasferimento all'esterno di funzioni relative alla gestione del personale in maniera meno "routinaria", come è il caso della determinazione delle dotazioni organiche oppure della rilevazione dei carichi di lavoro.

In entrambe le ipotesi, l'esternalizzazione è fortemente connessa alla progettazione di procedure di riorganizzazione interna, poi avviate e portate a compimento sulla base delle attività oggetto di *outsourcing* ⁽²²⁷⁾.

Nel citato *Rapporto* i dati indicati sono stati posti in relazione con le motivazioni poste all'origine della scelta di avvalersi dell'esternalizzazione, come dichiarate dalle amministrazioni intervistate ed è emerso che, in generale, nel primo gruppo di comuni la volontà di affidare all'esterno i compiti connessi agli stipendi derivi da carenze di organico oppure da necessità di "alleggerimento burocratico". Diversamente, per quanto concerne i comuni che hanno esternalizzato le attività legate alla gestione del personale in via più generica, emerge soprattutto la necessità di dare più efficacia all'azione amministrativa, cui si associa, spesso, la carenza di competenze specifiche.

Sotto il profilo demografico, invece, l'esternalizzazione delle attività connesse alle paghe sembra concentrarsi maggiormente sui comuni di piccole e medie dimensioni, mentre è assente nel campione di comuni con più di 50 mila abitanti oggetto di analisi. Al contrario, l'*outsourcing* delle funzioni connesse alla gestione del personale appare concentrata soprattutto nei comuni di maggiori dimensioni in termini di popolazione.

Un'ulteriore notazione di rilievo riguarda le procedure di trasferimento della funzione in capo ad i soggetti privati e, quindi, la modalità di selezione del contraente utilizzata in caso di svolgimento di procedure ad evidenza pubblica.

In proposito, dal *Rapporto* emerge che il campione di amministrazioni oggetto d'analisi nella maggior parte dei casi ha scelto il *partner* privato con

²²⁶ Si citano, ad esempio, i comuni di Acerno, Bagnacavallo, Nettuno e Ortisei.

²²⁷ Tra le amministrazioni interessate ci sono i comuni di Anzio, Città di Castello, Monserrato e Santa Teresa di Gallura.

cui avviare il processo di *outsourcing* mediante affidamento diretto. Nei restanti casi, si è, invece, fatto ricorso a vere e proprie procedure di gara.

Se si analizzano i dati per area geografica, ci si accorge che la tendenza all'affidamento diretto si verifica soprattutto al Nord, dove la quota è relativa al 58% dei casi, a fronte del 32,3% rappresentato da amministrazioni che hanno, invece, selezionato i propri contraenti con procedure ad evidenza pubblica.

Tra le amministrazioni centrali, la misura degli affidamenti diretti, pur rimanendo preminente, scende al 43,6% contro il 40% delle gare, mentre è singolare che al Sud la quota percentuale sia identica nell'uno e nell'altro caso considerato, pari cioè al 35,4%⁽²²⁸⁾.

Infine, per quanto riguarda la natura dei soggetti cui è trasferito l'esercizio delle funzioni esternalizzate, si segnala la forte presenza di enti totalmente pubblici oppure a partecipazione mista pubblico-privata. In particolare, oltre ai consorzi di enti locali, un notevole peso è ovviamente accordato alle società per azioni, in cui si possono comprendere anche gli organismi derivanti dall'avvenuta trasformazione di aziende speciali comunali o intercomunali.

Dall'esame della natura dei soggetti privati cui si è deciso di affidare le attività date in *outsourcing* risulta, invece, l'ampia preponderanza delle società per azioni e degli studi professionali, cui si associano in diversi casi singoli professionisti.

3.5. L'esternalizzazione di attività materiali non direttamente collegate ad una funzione amministrativa

Si detto in precedenza che molte delle problematiche esposte in generale con riferimento alle funzioni vincolate a carattere specialistico ed alle funzioni strumentali, assumono una connotazione particolare se riferite alle attività amministrative di tipo meramente materiale, come ad esempio, la pulizia degli edifici, la gestione della mensa interna oppure alcune tipologie di servizi informatici.

Nei primi due esempi richiamati, infatti, molti degli elementi distintivi sinora considerati nel processo di esternalizzazione non sono rintracciabili.

Non si può dire, infatti, che vi sia emissione di atti da parte del soggetto privato cui compete l'esercizio della funzione, poiché questo svolge una mera attività materiale, né tantomeno si può affermare che questo agisca

²²⁸ La somma delle percentuali riportate non è uguale all'unità perché sono tolte dal computo le amministrazioni che hanno risposto di non aver ancora deciso quale modalità di selezione utilizzare e quelle che non hanno fornito risposta alcuna.

nell'interesse generale, poiché la sua attività è finalizzata a soddisfare il mero interesse dell'amministrazione di riferimento.

Si può, dunque, porre attenzione al solo profilo dei comportamenti adottati nell'esecuzione delle attività materiali, che devono in ogni caso essere finalizzati alla corretta esecuzione dei compiti affidati secondo i criteri di qualità negoziati con l'amministrazione in sede contrattuale.

Inoltre, volendo rintracciare una qualificazione giuridica delle attività in esame, si ricorda che, secondo uno dei più significativi orientamenti, le attività private delle amministrazioni pubbliche sono quelle *"con cui le amministrazioni provvedono a se stesse"* e, pertanto, non sono rilevanti sotto il profilo funzionale ⁽²²⁹⁾.

È in tale ottica, probabilmente, che, in sede di ricognizione delle esperienze di *outsourcing*, le fattispecie richiamate non sono state considerate come vere e proprie esternalizzazioni ma come *"normali appalti di servizi i quali non presentano particolari difficoltà per l'affidamento all'esterno"* ⁽²³⁰⁾.

D'altro canto, se si considera la discussa definizione di servizio pubblico di cui all'art. 358, co.2, del Codice Penale, come novellato ex art. 18 l. n.86/90, si vede che sono escluse da tale ambito le attività consistenti nello *"svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale"*.

A tale proposito, si segnala un recente orientamento giurisprudenziale secondo cui il servizio per la gestione del calore degli edifici di competenza comunale non può annoverarsi tra i servizi pubblici. Le attività materiali legate all'esecuzione di detto servizio, infatti, non sono svolte dall'amministrazione in favore della collettività nel suo complesso ma, al contrario, sono attuate in favore della stessa amministrazione, mancando dunque la connotazione *"sociale"* tipica del servizio pubblico ⁽²³¹⁾.

Da ciò si fa derivare che il conferimento della potestà di esercizio dell'attività di gestione del calore si configura, sotto il profilo giuridico, non come affidamento di un servizio pubblico ma come appalto di natura mista di fornitura e di lavori.

²²⁹ M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 13.

²³⁰ *Rapporto sugli Enti locali*, Progetto Finalizzato *"Esternalizzazione delle funzioni amministrative"*, Ufficio procedimenti ed efficienza organizzativa (UPEA) - Dipartimento della Funzione Pubblica, aprile 2001.

²³¹ Vedi Consiglio di Stato, sez.V, sentenza n.1289 del 10 marzo 2003, in GDA, 2003, 9, con commento di M.Dugato, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, pag. 929 e ss. In senso contrario, vedi Consiglio di giustizia amministrativa siciliana, sentenza n.410 del 23 luglio 2001, in GDA, 2002, 1, pag. 21, con commento di M.Dugato, *Incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*.

Conseguentemente, si giudica ammissibile la possibilità di prescindere dallo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento dell'attività in questione, giustificando tale eccezione con l'assenza di un'oggettiva qualificazione di tale attività come servizio per il conseguimento di fini sociali e di promozione dello sviluppo economico e civile della comunità di riferimento⁽²³²⁾.

Si può dire, quindi, che la tipologia di attività in esame non appartiene in senso pieno né alle funzioni amministrative, né ai servizi pubblici.

Nulla vieta, dunque, di parlare delle attività materiali delle pubbliche amministrazioni come di un *tertius genus*, che potremmo definire "servizi amministrativi", intendendo con tale accezione tutte le attività meramente materiali necessarie al funzionamento degli apparati amministrativi nel loro complesso.

Con riferimento ai criteri distintivi sinora utilizzati si può, perciò, affermare che per i suddetti servizi, non trattandosi di attività amministrativa in senso proprio, non si impone il rispetto dei principi di cui alla l. n.241/90. Inoltre, non essendo attività rilevante direttamente all'esterno, l'unica forma di responsabilità che può configurarsi in capo al soggetto gestore è quella contrattuale nei confronti dell'amministrazione che ha operato l'*outsourcing*.

Per quanto attiene, invece, all'esecuzione del controllo di gestione sui risultati dell'attività svolta, non si ritiene che sussista un vero e proprio obbligo da parte dell'amministrazione titolare dei compiti esternalizzati, ma si può ben ragionare in termini di opportunità, richiamando quanto già detto in precedenza circa la necessità di verificare l'effettiva convenienza del contratto di *outsourcing* in termini di efficienza ed efficacia.

In base ai risultati dei controlli, infatti, l'amministrazione ha la possibilità di decidere se sia il caso di rinnovare il contratto in essere o selezionare un altro contraente, mantenendo l'esternalizzazione dell'attività, oppure sia più opportuno riportare la gestione della stessa *in house*.

Di seguito, si valuteranno le modalità di concreta risoluzione delle problematiche discusse in relazione ad una fattispecie concreta di esternalizzazione di attività materiali non direttamente collegate ad una funzione amministrativa. Si tratterà, in particolare, dell'*outsourcing* delle

²³² A parere di M.Dugato, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, cit., la conclusione cui giunge la pronuncia del Consiglio di Stato citata nella nota precedente, è condivisibile, ma non considera che "la soddisfazione diretta dell'interesse collettivo non è sufficiente a descrivere i contorni del servizio pubblico". A sostegno di tale ipotesi, si porta l'esempio dei servizi informatici offerti al pubblico dagli enti locali per mezzo di imprese private, che si ritengono, comunque, riconducibili nell'ambito dell'appalto di servizi.

funzioni relative alla gestione degli immobili pubblici e, in tal senso, si esaminerà l'ipotesi dell'affidamento dell'intero complesso delle attività richiamate in capo ad un unico contraente, selezionato attraverso procedura ad evidenza pubblica.

3.5.a Il contratto di global service per la manutenzione e gestione del Palazzo delle Finanze

Il *global service* nasce nel settore privato, partendo dall'esperienza anglosassone, per rispondere alla necessità di avere un unico punto di riferimento qualificato e specializzato nella gestione dei servizi strumentali, ausiliari o di supporto all'organizzazione aziendale. L'obiettivo ultimo di tale strumento è di ottenere, al contempo, l'ottimizzazione della gestione e la piena responsabilità del fornitore del servizio nel conseguimento degli obiettivi di *performance* programmati.

Le ragioni del crescente ricorso a questa modalità gestionale sono in buona parte simili anche nel settore pubblico e risiedono, principalmente, nella complessità tecnico-organizzativa e nella rapidità dell'evoluzione tecnologica che contraddistinguono determinati servizi, i quali richiedono al soggetto gestore un grado di specializzazione e di *know-how* sempre più elevato, nonché una spiccata attitudine al continuo aggiornamento delle tecniche di settore. A ciò devono aggiungersi i profili legati alla competizione del mercato, che accresce costantemente i propri caratteri di dinamicità creando forti sistemi di concorrenza.

È in quest'ottica che si può spiegare l'incremento del ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche all'esternalizzazione di compiti quali, ad esempio, l'installazione della rete informativa, la progettazione e la realizzazione di siti *internet* oppure la manutenzione degli immobili.

A ciò deve aggiungersi che alcune attività, particolarmente complesse, richiedono per loro stessa natura l'esecuzione coordinata ed integrata di una pluralità di prestazioni. Questa rappresenta, infatti, l'unica modalità organizzativa utile al raggiungimento certo di risultati "globali", idonei a soddisfare in maniera effettiva le esigenze dell'amministrazione committente.

La tendenza che si può riscontrare è, quindi, quella, già richiamata, di una riconfigurazione dell'organizzazione volta ad operare l'integrazione nella gestione di attività che, precedentemente parcellizzate e affidate a più soggetti, vengono ora rimesse ad un unico contraente qualificato. In tal modo, si configura un solo responsabile per il raggiungimento del risultato finale.

Per soddisfare detta esigenza, il nostro ordinamento ha recepito una figura contrattuale nuova, definita *global service*, che nasce, in primo luogo, come risposta ai bisogni emersi nel settore dei lavori pubblici, e in particolare per ciò che attiene alla manutenzione degli immobili, per poi estendersi gradualmente anche ad ambiti estremamente differenti ⁽²³³⁾.

In generale, si può dire che il *global service* è un contratto basato sui risultati, avente ad oggetto una pluralità di servizi sostitutivi delle normali attività, solitamente di manutenzione, in modo da implicare la piena responsabilità sui risultati da parte dell'assuntore ⁽²³⁴⁾.

La definizione indicata lascia intendere perché, tra i settori dei servizi ausiliari o di supporto maggiormente attratti nell'orbita dei processi di esternalizzazione attraverso il sistema di *global service*, quello della gestione e manutenzione del patrimonio immobiliare sia di gran lunga il più interessato.

L'ambito in esame, infatti, richiede il coordinamento e l'interazione tra molteplici attività, tra cui si richiamano a titolo esemplificativo gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, la pulizia degli spazi comuni e del verde di pertinenza, la manutenzione degli impianti nonché la gestione delle pratiche burocratiche e degli interventi di adeguamento delle strutture a

²³³ Sull'ammissibilità della figura contrattuale del *global service* nel nostro ordinamento non si nutrono più dubbi. La stessa l. n.109/94 ha riconosciuto la realtà dei contratti misti e complessi, prevedendo, all'art.2 co.1 che "*nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento*". L'art.1 del d.lgs. n.157/95 ha poi previsto espressamente la possibilità di contratti misti e funzionalmente collegati, con specifico riferimento al c.d. contratto di gestione delle proprietà immobiliari. L'applicabilità dell'una o dell'altra normativa dipende dalla prevalenza che assumono i lavori sul totale dell'importo dell'appalto. In particolare, se questi hanno un rilievo economico superiore al 50%, si fa riferimento alle disposizioni di cui alla l. n.109/94, mentre in caso contrario vige il d.lgs. n.157/95. L'orientamento è sostenuto anche dalla giurisprudenza, secondo cui "*non può ritenersi illogica, ovvero contraria all'interesse pubblico, la scelta di procedere con unico bando per l'affidamento in lotto unico di una molteplicità di servizi, ancorché eterogenei, in quanto, soprattutto nell'ambito del settore della gestione del patrimonio immobiliare degli enti, il c.d. "global service" è ormai una realtà che consente di avere un unico interlocutore responsabile delle varie prestazioni, con conseguente razionalizzazione e riduzione dei costi e, quindi, con migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico*" (cfr. Tar Lazio, sentenza n. 1086 del 18 febbraio 2001, in FA, 2002, pag. 495). In dottrina vedi P.Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli, 1999, pag 247 e ss.

²³⁴ Vedi E.Pintus, *Il management dei processi d'acquisto. Le scelte di innovazione sui servizi integrati*, I Quaderni dell'innovazione, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2001, pag. 39 e ss. La definizione è riportata in misura non molto dissimile dalla norma UNI 10685/1998.

disposizioni tecniche sopravvenute, come può essere il caso dell'eliminazione delle barriere architettoniche oppure della messa a norma a fini di sicurezza.

I servizi di gestione tecnica integrata erogabili agli immobili possono, pertanto, coprire l'intero ciclo di vita e di utilizzo dei medesimi edifici. In tal senso, è possibile identificare ben quattro macro ambiti di attività che possono essere oggetto di un contratto di *global service*, ovvero:

- la gestione tecnica dell'edificio (*building management*), che consiste nella vera e propria attività manutentiva e di conduzione dell'immobile;
- la gestione operativa dell'edificio (*facility management*), che riguarda le attività di controllo degli accessi, i servizi postali interni, i servizi di pulizia e quelli di mensa;
- la gestione economica e amministrativa del patrimonio (*property management*), che attiene alla gestione condominiale ed a quella dei contratti connessi all'immobile;
- i servizi di supporto e di consulenza finanziaria (*asset management*), che riguardano in prevalenza le attività di valorizzazione del patrimonio ⁽²³⁵⁾.

Tra le esperienze sinora realizzate in cui le amministrazioni hanno operato il ricorso all'ipotesi del contratto in esame per la gestione del patrimonio immobiliare, la più significativa per ampiezza e complessità riguarda senza dubbio il "Palazzo delle Finanze", sede dell'attuale Ministero dell'Economia e delle Finanze e immobile di proprietà della stessa amministrazione.

Nel 1999, infatti, detto Ministero ha appaltato ad un contraente esterno il servizio integrato per la gestione e manutenzione del suddetto immobile, utilizzando la procedura accelerata dell'appalto concorso di cui all'art.6, co.2, del d.lgs. n.157/95 ⁽²³⁶⁾.

Si è, quindi, deciso di stipulare un contratto misto di servizi e lavori, dove, tuttavia, questi ultimi hanno assunto carattere accessorio e mai prevalente rispetto all'ammontare dei servizi erogati. Questi ultimi, in particolare, sono stati raggruppati secondo diverse categorie, rese nel dettaglio all'interno del capitolato d'oneri, laddove si è precisato che l'oggetto dell'appalto riguardava la fornitura, con piena assunzione di responsabilità da parte dell'aggiudicatario, in relazione ai risultati relativi:

²³⁵ La classificazione è tratta dal progetto di *Global Service per gli immobili ad uso ufficio della P.A.* attivato dalla Consip s.p.a. nell'ambito del generale sistema delle convenzioni per gli acquisti di cui al precedente par. 2.8. Per un approfondimento sul tema, vedi L.Furlanetto, *Outsourcing e global service: una nuova frontiera della manutenzione*, FrancoAngeli, 2000.

²³⁶ La motivazione posta a base della riduzione dei termini è stata indicata nell'art.10 del bando di gara nell'imminente scadenza dei contratti di servizio manutentivo in corso al momento di avvio della procedura ad evidenza pubblica.

a) ai servizi di governo, come ad esempio la gestione del sistema informativo, della centrale operativa e del *call center* nonché la gestione dei contratti in corso;

b) al servizio di anagrafe dell'immobile;

c) ai servizi di gestione e di manutenzione delle opere edili ed impiantistiche, tra cui si citano, tra l'altro, l'esercizio, conduzione e manutenzione ordinaria impianti e il pronto intervento;

d) ai servizi di gestione e di manutenzione degli arredi e delle apparecchiature;

e) al servizio di manutenzione e gestione del verde;

f) al servizio energia, con specifico riguardo alla diagnosi energetica nonché all'esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti termici, di condizionamento e di ventilazione;

g) ai servizi di pulizia e di igiene ambientale;

h) ai servizi di facchinaggio, traslochi e trasferimenti.

Uno dei primi elementi che rileva dall'esame dei documenti di gara nella procedura considerata è che, sin dall'inizio, si è ipotizzata una durata quinquennale del contratto di *global service*, con ulteriore possibilità di proroga anno per anno, fino ad un massimo di due anni.

La *ratio* di questa previsione sembra dover essere rintracciata nella ricerca da parte dell'amministrazione appaltante nell'opportunità di costruire un vero e proprio rapporto di *partnership* con il soggetto privato, facendo ricorso in maniera congiunta a formule di governo della relazione istituzionale di *contracting* ed a formule gestionali, quali appunto l'utilizzo dell'esternalizzazione sotto la "veste" dell'appalto di servizi⁽²³⁷⁾.

Se si esaminano, invece, i requisiti di partecipazione e le condizioni minime di carattere tecnico ed economico richieste per la partecipazione alla gara, si ravvisa in maniera evidente la volontà di affidare i servizi ad un unico soggetto di dimensioni rilevanti piuttosto che ad un raggruppamento temporaneo di piccole imprese.

L'organico medio annuo permanente nei tre anni antecedenti alla procedura non poteva, infatti, essere inferiore alle 150 unità, mentre la cifra d'affari complessiva dell'impresa relativa agli ultimi tre esercizi non doveva essere minore a 40 miliardi di vecchie lire⁽²³⁸⁾.

²³⁷ Vedi E. Pintus, *Il management dei processi d'acquisto. Le scelte di innovazione sui servizi integrati*, cit., pag. 28.

²³⁸ Si consideri poi che, accanto al fatturato globale, si richiedeva in aggiunta un fatturato specifico per precedenti esperienze in materia di gestione integrata di servizi e/o *global*

Con specifico riguardo per l'aggiudicazione, si osserva che questa, in linea con la scelta per la procedura di appalto concorso, è stata effettuata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art.23, co.1, lett.b, del d.lgs. n.157/95, prevedendo l'assegnazione del 70% del punteggio al progetto tecnico presentato dalle imprese, giudicato principalmente con riferimento alla qualità dei servizi ed al livello del sistema di qualità proposto dai concorrenti.

Si consideri, inoltre, che, rispetto ad altre ipotesi esaminate, nel caso di specie la formulazione dei documenti di gara ha assunto senza dubbio una particolare complessità, derivante in via principale dall'elevata tecnicità dei servizi e prodotti richiesti ai concorrenti ma anche dall'ampiezza e molteplicità delle prestazioni oggetto d'appalto.

Questo vuol dire che, nel caso in cui un'amministrazione reputi opportuno esternalizzare un complesso di servizi amministrativi avvalendosi di un contratto di *global service*, deve operare a monte uno studio di prefattibilità del medesimo appalto, attraverso cui operare un esame puntuale dell'oggetto di gara e, al contempo, un'accurata selezione delle informazioni che necessariamente occorrerà fornire ai concorrenti per permettere la formulazione di offerte valide e di effettiva qualità.

La necessità descritta è stata evidentemente avvertita dai vertici istituzionali. Nel quadro del sistema delle convenzioni di *e-procurement* rimesse alla Consip s.p.a. è stato, infatti, recentemente attivato uno specifico progetto, denominato "*Global Service per gli immobili ad uso ufficio della P.A.*", il cui obiettivo è di fornire alle amministrazioni il supporto e gli strumenti per l'approvvigionamento dei servizi di gestione tecnica integrata erogabili agli immobili in uso.

Secondo quanto indicato nel Progetto, la configurazione del contratto di *global service* che attualmente risponde meglio alle suddette esigenze è quella c.d. *multiservice*, in cui, accanto ai veri e propri servizi di gestione tecnica del patrimonio immobiliare, si hanno una serie di servizi gestionali finalizzati al governo ed al coordinamento generale dell'attività.

Tra i servizi offerti nelle convenzioni di *global service* che verranno stipulate dalla Consip spa, è prevista, in particolare, la possibilità che le amministrazioni personalizzino in autonomia sia il "perimetro" dei servizi da esternalizzare, sia il livello qualitativo di erogazione ritenuto necessario. L'ordinativo della fornitura dovrà, inoltre, essere preceduto da un preventivo sopralluogo del fornitore presso gli immobili da prendere in consegna, al fine di

service simile a quello oggetto dell'appalto pari o superiore a 5 mld di lire (art. 13, punto 5, lett. c, del bando di gara).

redigere un programma operativo volto alla pianificazione delle attività da svolgere che si ponga in stretto rapporto con i servizi appaltati.

Si prevede, infine, che il fornitore garantisca l'implementazione di un sistema informativo di governo funzionale, in grado cioè di mantenere alta la misura del controllo sul privato esercente da parte dell'amministrazione.

Quanto fin qui rilevato, permette di sviluppare una riflessione.

Si è detto che l'esternalizzazione dei c.d. servizi amministrativi ha ad oggetto una serie di attività che non si possono configurare come funzione amministrativa in senso tradizionale.

Manca, infatti, il carattere dell'autoritatività e la stessa funzionalizzazione all'interesse pubblico è, per così dire, mediata, trattandosi in verità del soddisfacimento di un interesse di tipo organizzativo che rimane interno all'amministrazione e non incide direttamente su soggetti terzi.

Se, però, si passa dall'analisi dei richiamati profili di teoria generale alla valutazione delle potenzialità insite nella tipologia di *outsourcing* in esame con rapporto alla crescita di qualità dell'azione amministrativa in termini, soprattutto, di efficienza ed economicità, ci si accorge di quanto detto strumento possa rivelarsi più efficace di altri.

Le attività materiali non direttamente collegate ad una funzione amministrativa rappresentano, infatti, un'insieme di costi estremamente rilevanti nell'ambito complessivo delle spese di funzionamento di un'amministrazione.

Si tratta, in particolare, di costi che difficilmente possono essere ridotti, data la natura "routinaria" di dette attività, e che, anzi, tendono al contrario ad aumentare a causa dei profili connessi alla costante evoluzione tecnologica delle strutture e degli impianti.

A ciò deve aggiungersi che lo svolgimento dei servizi amministrativi, se da un lato comporta l'esecuzione di mansioni di concetto per le quali non sono richieste particolari professionalità o sono sufficienti profili funzionali di base (è il caso dei servizi di pulizia), per altro verso rende necessarie prestazioni ad elevato contenuto specialistico, difficilmente presenti all'interno di un'amministrazione (si pensi al sistema informativo o al *call center*).

La lettura congiunta delle ragioni esposte conduce senza dubbio a sostenere l'ipotesi di esternalizzare quanto più possibile i servizi amministrativi, posta sempre la necessità irrinunciabile di introdurre un sistema di analisi e monitoraggio che intervenga *ex ante*, *in itinere* ed *ex post* rispetto alla procedura di *outsourcing*, come in effetti è stato fatto nell'esperienza del "Palazzo delle Finanze".

Con riguardo, invece, alla concreta modalità di esternalizzazione, si ritiene che utilizzare un contratto di *global service*, in cui si configuri un solo soggetto

responsabile per una pluralità di servizi, rappresenti un'opportunità per le amministrazioni di semplificare e rendere trasparente il rapporto di *partnership* con il contraente e, allo stesso tempo, di diminuire notevolmente i costi derivanti dall'appalto, sia in rapporto ai servizi ed ai lavori erogati, sia in termini di costi amministrativi di sostegno alla procedura di *outsourcing*.

CAPITOLO QUARTO

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Si è detto più volte che il tema dell'esternalizzazione delle funzioni amministrative si inserisce in quella che, negli ultimi anni, è stata definita come *"privatizzazione del diritto amministrativo"* ⁽²³⁹⁾, un fenomeno ampio e complesso che non riguarda soltanto l'evoluzione del diritto positivo, ma investe anche il modo di interpretare ed applicare il diritto da parte della dottrina, della giurisprudenza nonché degli operatori.

All'interno di questa tendenza, la convivenza tra discipline pubblicistiche e regole privatistiche si realizza attraverso una dialettica che permette di individuare *"un vasto spazio nel quale si può ricorrere a entrambi i regimi e combinarli tra loro, secondo tendenze variabili nel tempo"* ⁽²⁴⁰⁾. Non si deve pensare, quindi, che dalla suddetta privatizzazione derivi la mera integrazione di regole pubblico-amministrative ad opera di criteri mutuati da regimi privatistici: l'incontro tra le due "anime" produce, invece, sovrapposizioni e intrecci che si inscrivono nel più complessivo mutamento del quadro normativo di riferimento.

Questo aspetto emerge in maniera particolare con riferimento agli strumenti mediante cui le amministrazioni cercano di "alleggerire" i compiti di propria spettanza, trasferendo all'esterno della struttura organizzativa funzioni e servizi inizialmente gestiti *in house*.

Tra le diverse possibilità ammesse in tal senso, l'esternalizzazione delle funzioni amministrative rappresenta senza dubbio uno strumento fondamentale nel perseguimento dell'obiettivo di una consistente riduzione dei costi interni nonché di crescita dell'efficienza dell'azione amministrativa nel suo complesso.

Si tratta, però, di una modalità gestionale che può presentare non poche difficoltà quanto all'esatta individuazione dell'oggetto: l'ambito in cui l'*outsourcing* esplica i propri effetti, infatti, è quello delle funzioni amministrative e non dei servizi pubblici.

E' evidente, quindi, l'importanza assunta dalla determinazione di criteri che permettano di distinguere con certezza se si è in presenza dell'una o dell'altra tipologia di attività e, in quest'ottica, uno degli elementi fondamentali di discriminazione è dato, senza dubbio, dalla sussistenza di poteri autoritativi e/o certificativi volti alla formazione ed alla successiva manifestazione della volontà dell'amministrazione.

La sovrapposizione e l'intreccio di regole pubblico-amministrative con altre di tipo privatistico assume, pertanto, una particolare rilevanza con riferimento all'esternalizzazione delle funzioni. L'utilizzo di questo strumento, infatti, in

²³⁹ L'espressione è utilizzata da G.Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 75.

²⁴⁰ G.Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pag.75.

assenza di una disciplina di settore organica ed esaustiva nonché di significativi interventi giurisprudenziali, si è sinora basato in larga misura solamente su criteri desumibili dai principi generali posti a base dell'organizzazione amministrativa, i quali vengono di volta in volta "modellati" in base alle esigenze emergenti dal concreto atteggiarsi delle esperienze pratiche.

A questo deve aggiungersi, naturalmente, la necessità di verificare l'esistenza o meno di vincoli e limiti costituzionali all'utilizzo dell'esternalizzazione, posto che la vigenza dei principi di imparzialità e buon andamento non si ritiene sia messa in discussione dal mutamento delle modalità gestionali con cui l'amministrazione esercita le proprie competenze istituzionali: questi principi, infatti, continuano a trovare applicazione anche all'attività amministrativa che viene svolta mediante strumenti di natura privatistica⁽²⁴¹⁾.

Non si può tralasciare, tuttavia, di valutare le modalità con cui opera l'applicabilità dei principi costituzionali quando viene rapportata ai caratteri propri dello strumento in questione.

In proposito, si è ragionato su due distinti livelli, il primo dei quali, tenendo conto dell'assenza di specifiche discipline attuative, ha permesso di affrontare la richiamata questione solo nel senso della generale efficacia verso terzi di tutti i principi costituzionali⁽²⁴²⁾. Il secondo livello, invece, ponendo l'attenzione su alcune norme generali di organizzazione della pubblica amministrazione, applicabili cioè ad ogni attività amministrativa in quanto tale, consente di trarre alcune conclusioni più specifiche.

Questo aspetto è stato affrontato con riguardo, in particolare, a tre profili specifici, ovvero all'applicabilità alle parti del rapporto di *outsourcing* dei principi contenuti nella l. n.241/90 in tema di procedimento amministrativo, al configurarsi di un doppio livello di responsabilità in capo al soggetto privato esercente la funzione data in *outsourcing* ed alla necessità di effettuare il controllo di gestione di cui al d.lgs. n.286/99 sui risultati delle attività esternalizzate.

In merito, si premette, innanzitutto, che, anche laddove vi siano norme generali di carattere prescrittivo, non si può comunque ammettere l'esistenza di una riserva costituzionale del regime amministrativo rispetto a quello

²⁴¹ V.Cerulli Irelli, relazione introduttiva al convegno "Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione", Roma, 22 marzo 2002, ora in *Annuario 2002 - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 3 e ss.

²⁴² A riguardo vedi M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, III ed., 1993, pag. 349-350.

privatistico. Infatti, anche nel caso di funzioni rivolte alla diretta realizzazione di fini pubblici, comportanti l'esercizio di poteri autoritativi o dichiarativi della volontà dell'amministrazione, non può essere pregiudicata la modalità con cui si garantisce il suddetto scopo, che è rimessa alla discrezionalità della stessa amministrazione.

Se si accetta questa impostazione di fondo, si comprende agevolmente come, in sede di svolgimento dei controlli sull'attività, il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento debba essere verificato secondo meccanismi diversi da quelli fondati sul giudizio di mera legittimità. Per fare questo occorre, tuttavia, operare una valutazione che si riferisca non i singoli atti o comportamenti che compongono una data funzione, quanto l'attività complessiva posta in essere da una certa amministrazione, riferendo il controllo ai risultati intermedi e finali raggiunti dalla medesima attività ⁽²⁴³⁾.

In quest'ottica, per valutare in che modo si realizzi, all'interno del processo di esternalizzazione, l'applicabilità dei principi di buon andamento e di imparzialità per il tramite delle norme generali di organizzazione della pubblica amministrazione, si è proceduto rapportando i singoli profili richiamati alle diverse tipologie di funzioni amministrative considerate.

Ne è risultato, ad esempio, che i principi di cui alla l. n.241/90 sono applicabili ai soggetti coinvolti nel rapporto di *outsourcing* in misura differente a in base al tipo di attività esternalizzata.

La questione deve essere risolta valutando, in particolare, se l'attività trasferita all'esterno presenti o meno rilevanza per i terzi, ovvero se sia in grado, in linea teorica, di provocare lesioni degli interessi di soggetti non direttamente coinvolti nel rapporto tra amministrazione e privato esercente.

²⁴³ G.Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pag. 114, osserva come, in realtà, il testo costituzionale non permette di desumere alcuna direttiva generale in merito alla "tecnica" da adottare per verificare se una certa attività sia o meno rispettosa dei principi di imparzialità e buon andamento: la scelta in tal senso è, dunque, rimessa al legislatore. Se, invece, fosse stato approvato il progetto di revisione costituzionale predisposto nella tredicesima legislatura, nel quale si prevedeva che "*le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato*" (p.d.l. n.6844, approvato alla Camera dei deputati in data 25 ottobre 2000), le indicazioni sarebbero state ben più orientate verso una valutazione dell'attività complessiva e non del singolo atto amministrativo prodotto nel corso del procedimento. In tal si vedano anche i commenti relativi al d.d.l. di iniziativa governativa A.S. n.1281, recante modifiche alla l. n.241/90 con l'introduzione di una norma facoltizzante in merito all'utilizzo paritario degli strumenti del diritto pubblico e privato nella realizzazione dei fini istituzionali, in *Annuario 2002*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, 2003.

È evidente che il problema si presenta in massimo grado nel caso dell'esternalizzazione di funzioni discrezionali, che comportano l'esercizio di poteri autoritativi ma che, come si è già detto, possono essere date in *outsourcing* solo in base ad un'apposita previsione legislativa, mentre non rileva affatto per i c.d. servizi amministrativi, in cui emerge in prevalenza l'elemento prestazionale.

Nell'“intervallo” tra le due tipologie richiamate si posizionano le funzioni vincolate a carattere specialistico e quelle strumentali allo svolgimento di attività discrezionali.

Nella prima ipotesi, occorre ponderare caso per caso se l'attività data in *outsourcing* presenta o meno rilevanza verso l'esterno: in tal senso, può essere sufficiente verificare se l'esternalizzazione ha ad oggetto l'intera funzione amministrativa oppure solo una sua fase. Se si tratta della seconda fattispecie, è necessario comprendere a quale soggetto, tra amministrazione e privato, spetti l'adozione della decisione conclusiva del procedimento, da cui discende la soggezione ai principi contenuti nella l. n.241/90, soprattutto per ciò che attiene alla comunicazione di avvio, alla fissazione di un termine conclusivo, e, soprattutto, al diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Per le attività strumentali, la problematica si pone in modo diverso poiché dette attività non presentano per loro stessa natura rilevanza diretta verso l'esterno e, quindi, non sono suscettibili di incidere sulle situazioni giuridiche di soggetti terzi. In questo caso, quindi, la soggezione ai principi in tema di procedimento amministrativo riguarderà solo l'amministrazione che adotta l'atto conclusivo del procedimento.

Gli aspetti considerati assumono uno specifico rilievo anche in relazione al sistema delle responsabilità. In particolare, si è giunti alla conclusione che, nel caso delle funzioni vincolate a carattere specialistico, la responsabilità amministrativa e contabile gravi sul soggetto al quale compete l'adozione della decisione finale.

Nel caso delle funzioni strumentali, si presentano, invece, alcuni dubbi. Queste funzioni, infatti, sono spesso riferibili alla fase dell'istruttoria procedimentale: mediante l'esecuzione di azioni di accertamento di fatti e di acquisizione di dati e informazioni utili, concorrono, quindi, sia pure indirettamente, all'attività di ponderazione di più interessi contrapposti che l'amministrazione effettua per giungere all'assunzione della decisione finale.

Può, pertanto, accadere che, a seguito di un inefficiente svolgimento dell'istruttoria, l'amministrazione emetta un provvedimento viziato nel merito, esponendosi all'azione dei terzi lesi. Se ciò avviene, pur non configurandosi una diretta responsabilità del privato esercente verso l'utenza, questo dovrà

comunque rispondere nei confronti dell'amministrazione per violazione degli obblighi di prestazione definiti in sede contrattuale.

È evidente che le questioni esposte si risolvono più agevolmente nel caso di esternalizzazione di funzioni discrezionali oppure di servizi amministrativi. In particolare, dalla prima ipotesi può derivare il configurarsi in capo al soggetto privato di due ordini di responsabilità: quella amministrativo-contabile e, nei casi più gravi, penale, verso i terzi lesi, e quella contrattuale verso l'amministrazione titolare della funzione. Nel caso delle attività non direttamente riconducibili ad una funzione assume, invece, rilievo la sola responsabilità derivante dal mancato adempimento degli obblighi contrattuali.

Proprio quest'ultimo aspetto rende necessario evidenziare come, nella realtà operativa, le amministrazioni non costruiscano il rapporto di *outsourcing* mediante uno specifico tipo contrattuale, ma utilizzino, invece, modalità già esistenti a seconda dell'attività esternalizzata.

In linea generale, si può, tuttavia, affermare che più la funzione è prossima al *core business* e più la scelta del contraente avviene per mezzo di procedure ad evidenza pubblica, al termine delle quali viene sottoscritto un contratto di servizio o un contratto c.d. misto di servizi e forniture. In caso di affidamento diretto, invece, le amministrazioni tendono ad utilizzare lo strumento della convenzione.

Per quanto riguarda, infine, l'ultimo dei profili critici esaminati, ovvero la necessità di operare il controllo di gestione sui risultati delle attività esternalizzate, la discussione assume ben più ampia portata, coinvolgendo i meccanismi di controllo e di monitoraggio relativi a tutta la procedura di *outsourcing* di una data funzione.

Si è già detto, infatti, che il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, intesi qui come diretti corollari del principio di legalità (al quale tutta l'azione amministrativa deve necessariamente ispirarsi), può essere verificato anche operando una valutazione complessiva dell'attività svolta in rapporto ai risultati, intermedi e finali, da questa raggiunti.

Volendo ricercare dei criteri guida cui ispirarsi nello svolgimento di detta valutazione, non vi sono dubbi che si debba fare riferimento ai principi di economicità ed efficacia di cui all'art.1, co.1, della l. n.241/90 nonché al principio di efficienza, criteri tutti espressamente richiamati dal d.lgs. n.286/99, che, come ben noto, rappresenta un atto normativo fondamentale in tema di meccanismi e di strumenti di monitoraggio dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività amministrativa.

Posta questa premessa, si ritiene opportuno richiamare all'attenzione il carattere di più rilevante discriminare tra l'esternalizzazione delle funzioni ed altre modalità gestionali a questa solo apparentemente simili.

Nell'*outsourcing*, infatti, le funzioni sono e rimangono pubbliche: questo è l'elemento discriminante rispetto a tutte le altre modalità di "dismissione" in senso lato di funzioni pubbliche. Ciò che viene trasferito all'esterno verso soggetti privati è, infatti, la sola facoltà di esercizio della funzione, ma non la titolarità della stessa, che rimane propria dell'amministrazione originariamente competente.

Ciò vuol dire che l'attività svolta dai privati nell'esercizio delle funzioni pubbliche, ad essi rimessa a seguito di un processo di esternalizzazione, è a tutti gli effetti attività amministrativa e come tale deve essere soggetta ai suddetti meccanismi di monitoraggio e controllo di cui al d.lgs. n.286/99.

Dall'analisi dei casi di esternalizzazione emerge, tuttavia, la sussistenza di un rapporto diretto tra il trasferimento di compiti e funzioni in capo a soggetti privati attraverso l'*outsourcing* ed il rafforzamento dei poteri di controllo dell'amministrazione sull'attività esternalizzata.

Se è vero, infatti, che l'amministrazione conserva la titolarità della funzione data in *outsourcing*, è anche vero che questa condizione impone alla stessa amministrazione di verificare che il privato esercente persegua correttamente i fini pubblici alla cui soddisfazione la medesima funzione è rivolta.

Nel caso delle attività esternalizzate, quindi, il sistema dei controlli deve essere costruito con particolare attenzione, ipotizzando in primo luogo una fase di analisi preventiva costi-benefici, volta a comparare, prima di procedere all'*outsourcing*, i costi associati alla gestione *in house* rispetto ai costi totali dell'affidamento all'esterno, nelle due ipotesi di mantenimento o miglioramento della qualità dell'attività svolta.

In questa fase è di fondamentale importanza avere una piena comprensione delle voci di costo, considerando, ad esempio, gli eventuali utili o le perdite derivanti dal fatto che, a seguito dell'esternalizzazione, alcuni beni strumentali non sono più necessari. Si deve ragionare in tal modo anche con riferimento all'impatto dell'*outsourcing* sull'organizzazione delle strutture interne e sui rapporti di lavoro, che rappresentano comunque dei costi, anche se non sempre misurabili in termini monetari.

In proposito, si consideri che, spesso, l'esternalizzazione impone il contestuale avvio di procedure di riqualificazione del personale addetto alle funzioni date in *outsourcing* nonché la rilevazione dei carichi di lavoro come risultanti a seguito dell'avvenuto trasferimento di attività. A riguardo, si potrebbe valutare l'applicabilità all'esternalizzazione delle funzioni della disposizione di cui all'art.31 del d.lgs. n.165/01, introdotta con riferimento alla gestione dei servizi pubblici per disciplinare il passaggio di dipendenti in caso di trasferimento o conferimento di attività prima svolte dalle amministrazioni ad altri soggetti pubblici o privati.

La descritta fase di analisi preventiva deve, inoltre, essere accompagnata da costanti azioni di monitoraggio e di controllo, sia in corso d'esercizio che alla scadenza del contratto di *outsourcing*.

Nel primo caso, si potrebbe ipotizzare, ad esempio, di collegare appositi "premi di gestione" alle positive risultanze delle verifiche effettuate sull'attività svolta dai privati, così da stimolare la costante crescita di qualità nella gestione della funzione amministrativa esternalizzata. Il controllo *ex post* ha, invece, la funzione di mostrare all'amministrazione se l'affidamento all'esterno abbia complessivamente portato un miglioramento in termini di efficacia, efficienza ed economicità nello svolgimento dell'attività oppure se sia più conveniente ritornare ad una gestione *in house*.

Naturalmente, la predisposizione di siffatti meccanismi di controllo è un compito complesso e non facilmente realizzabile in assenza di adeguate professionalità all'interno dell'amministrazione. D'altro canto, la capacità di comprendere con precisione i costi di una determinata attività istituzionale dovrebbe rappresentare una delle qualità fondamentali dei soggetti preposti alla gestione della "macchina amministrativa" nel suo complesso.

Diversamente, come si può anche solo ipotizzare che un'amministrazione si avvalga dell'*outsourcing* se non è in grado di conoscere quali compiti può effettivamente essere conveniente trasferire all'esterno e quali, invece, è più opportuno che continui a svolgere direttamente?

In conclusione, si ritiene che il primo passo verso un'efficace utilizzo dell'esternalizzazione sia una piena comprensione del fatto che *"l'affidamento all'esterno deve essere attuato con la precisione di un bisturi da chirurgo e non con la forza bruta di un macellaio"* ⁽²⁴⁴⁾.

²⁴⁴ J.Prager – S.Desai, *La privatizzazione delle attività delle amministrazioni locali*, in PAP, 1998, 1, pag. 63 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV, *Casi e materiali di diritto amministrativo*, S.Cassese – A.Sandulli – L.Fiorentino (a cura di), II ed. Il Mulino, 2001.
- AA.VV., *La sponsorizzazione: dagli enti locali alla sanità*, V. Lodolo D'Oria (a cura di), FrancoAngeli, 2001.
- AAVV, *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, in A.Q.Curzio – M.Fortis (a cura di), Il Mulino, 2000.
- AAVV, *Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, in G.Alpa – A.Carullo – A.Clarizia (a cura di), Il Sole 24 Ore, 1998.
- AAVV, *Outsourcing*, DPL oro, 2000, fasc. 3.
- AA.VV., *Outsourcing e creazione del valore*, L. Cantone (a cura di), Il Sole 24 Ore, 2003.
- AAVV, *Per una riforma delle professioni*, G.Della Cananea – C.Tenella Sillani (a cura di), Ed. Scientifiche italiane, Napoli, 2002.
- AAVV, *Professioni e ordini professionali in Europa*, S.Cassese (a cura di), Il Sole 24 Ore, 1999.
- C.L.Acabbi, *BPM vuol dire eccellenza*, in Mondo Economico, 18 settembre 1995.
- M.Alesio, *Servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla Finanziaria 2002*, in Prime Note, Arial, 2002.
- M.Alexander-D.Young, *Strategic outsourcing*, in Long Range Planning, 1996, v. 29, 1.
- U.Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, 1964.
- G.Arena, *Agenzia amministrativa*, in Enciclopedia giuridica, Giuffrè, 1999.
- C.Arnold, *Outsourcing contracts*, Richards Butler International Law Firm, 1995.
- C.Arnold, *Outsourcing: why things go wrong*, in The Executive Agencies Quarterly, Spring 1996, 30.
- A.Astazi, *I succedanei dell'ente pubblico nell'epoca delle privatizzazioni - Le società organismi di attestazione (SOA)*, in RTA, 2000, 4.

- Banca d'Italia, *I controlli delle gestioni pubbliche*, Atti del Convegno di Perugia del 2-3 dicembre 1999.
- C.Barbati, *Pubblico e privato per i beni culturali: ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, su www.aedon.mulino.it, 2001, 3.
- C.Barbati, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del Titolo V: la separazione delle funzioni*, in GDA, 2003, 2.
- A.Barbiero, *Sponsorizzazioni: uno strumento per acquisire risorse*, in AI, 1999, 5.
- A.Barettoni Arleri, *Dalla procedimentalizzazione del contratto alla contrattualizzazione del procedimento*, in *Democrazia e amministrazione* – in ricordo di V.Bachelet, G.Marongiu-G.C. De Martin (a cura di), Giuffré, 1992.
- G.Belloni, *Esternalizzazione, forme di produzione e gestione, contenimento delle spese*, in AI, 2002, 4.
- G.Belloni – G.Nicoletti, *I servizi pubblici locali nella finanziaria 2002, Commento all'art. 35, legge n. 448/2001*, in AI, 2002, 2, inserto.
- A.Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, 1999.
- F.Benvenuti, *Funzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989.
- D.Bezzi – S.Sanviti, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Giuffré, 1998.
- A.Bianco, *Assunzioni, il filtro del Dipartimento*, in GEL, 2003, 5.
- A.E.Boardman - A.R.Vining, *Ownership performance in competitive environments: a comparison of the performance of private, mixed and stateowned enterprise*, in *Journal of Law and Economics*, 1989.
- N.Bobbio, *Stato, governo, società*, in *Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, 1985.
- G. Bolego, *"Privatizzazione" dei gestori di servizi pubblici ed effetti sul rapporto di lavoro*, in LPA, 1999, 1225.
- M.Bombardelli, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in RIDPC, 2002, 991.

- A.Borghi, *Il servizio di tesoreria e la convenzione ente-tesoriere*, in AI, 1998, 11.
- E.Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico: tra amministrazione e privati*, Giuffré, 1996.
- E.Bruti Liberati, *Il ministero fuori dal ministero (art.10 del d.lgs. n.368/98)*, in Aedon, 1999, 1, su www.aedon.mulino.it.
- F.Butera, *Il castello e la rete. Impresa, Organizzazione e Professione nell'Europa degli anni 90*, FrancoAngeli, 1990.
- M.A.Cabiddu, *La società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali*, in SJ, 1999, 302.
- C.Calvieri, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 35 L. 448/01 e sua compatibilità con processi di riorganizzazione in atto*, su www.diritto.it, 2002, 4.
- G.Cammarota, *La nuova regolamentazione della sottoscrizione informatica*, in GDA, 2003, 5.
- M.Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002* - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffré, 2003.
- M.Cammelli, *Buscar oriente e tomar occidente (ovvero: i beni culturali nella finanziaria 2002)*, in Aedon, 2001, 3, su www.aedon.mulino.it.
- M.Cammelli, *Decentramento e "outsourcing" nel settore della cultura: il doppio impasse*, in DPub, 2002, 1.
- M.Cammelli, *Intervento al convegno su "Meccanismi di mercato nei servizi offerti dalle Amministrazioni Pubbliche"* - Forum P.A. 1999, in www.forumpa.it/forumpa99/convegni/3.01/marco_cammelli/home.htm.
- M. Cammelli, *I moduli di cooperazione tra Pubblica Amministrazione e privati nella gestione amministrativa: il caso delle società miste*, in L.Ammannati – S.Gambino (a cura di), *Deleghe amministrative e riassetto dei poteri locali nel quadro della legge 142/90*, Maggioli, 1992.
- M.Cammelli, *La società per azione a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, in *Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 21-23 settembre 1995, Giuffré, 1997.

- M.Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, Province e Regioni*, Maggioli, 1989.
- M.Cammelli –A.Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, 1999.
- N.Campriani- S.Ghersini, *Qualità. Obblighi legislativi e certificazione volontaria*, Giuffrè, 1999.
- P.Caputi Jambrenghi, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in AAVV, *Diritto amministrativo*, L.Mazzarolli – G.Pericu – A.Romano – F.A.Roversi Monaco – F.G.Scoca (a cura di), Monduzzi, 1998.
- Caroselli, *Primi dubbi e perplessità sulla compatibilità costituzionale dell'art. 35 L. 448/2001*, su www.giust.it, 2002, 3.
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2001.
- E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in DE, 1998, 3.
- S.Cassese, *L'esercizio notarile di funzioni statali*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Giuffrè, 1996.
- S. Cassese, *La costituzione economica*, Laterza, 1995.
- S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000.
- S.Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Giuffrè, 2003, 210.
- S.Cassese, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal Rapporto Giannini*, in GDA, 2000, 1.
- L.Castelli, *La legislazione regionale in materia di professioni*, GDA, 2003, 4.
- G.Catalano, *Commento all'art. 14 del disegno di legge approvato dal Senato nella seduta del 30 ottobre 2003 di conversione decreto legge 30.9.2003 n. 269*, in *Amministrazione in cammino*, 2003, 10-11, su www.amministrazioneincammino.luiss.it.
- S.Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1990.
- G. Ceccacci, *Le S.O.A. Società Organismo di Attestazione*, Milano, 2001.
- V.Cerulli Irelli, relazione introduttiva al convegno su “*Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*”, Roma, 22 marzo

2002, ora in *Annuario 2002* - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, 2003.

- V.Cerulli Irelli, *"Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*, in GDA, 1999, 11.
- V.Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000.
- E.Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di stato e Corte di Giustizia*, in UA, 1999, 1.
- E.Chiti, *La normalizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Parte spec., III, Giuffrè, 2003.
- M.P.Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 1999.
- M. Clarich, *Nuova frontiera per risorse e competenze*, in GEL, 2001, 8.
- S.Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Giuffrè, 1993.
- G.Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario 2002* - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, 2003.
- G.Corso, *L'attività amministrativa*, Giappichelli, 1999.
- G.Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2003.
- M. D'Alberti, *Attività amministrativa e diritto comune*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, U.Allegretti - A.Orsi Battaglini - D.Sorace (a cura di), Maggioli, 1987.
- M.D'Alberti, *Autonomia dell'amministrazione pubblica e servizi resi alla comunità*, in *Democrazia e amministrazione* - in ricordo di V.Bachelet, G.Marongiu-G.C. De Martin (a cura di), Giuffrè, 1992.
- M.D'Alberti, *I "public contracts" nell'esperienza britannica*, Jovene, 1984.
- M.D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Jovene, 1981.
- G.D'Alessio, *Il buon andamento nei pubblici uffici*, Clua, Ancona, 1993.
- G.D'Alessio, *Interpretazioni e applicazioni giurisprudenziali del principio del buon andamento*, in *Democrazia e amministrazione* - in ricordo di V.Bachelet, G.Marongiu-G.C.De Martin (a cura di), Giuffrè, 1992.

- G.D'Auria, *I controlli amministrativi*, in AAVV, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario al d.lgs. n.29/1993*, F.Carinci (a cura di), Giuffré, 1995.
- G.D'Auria, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Giuffré, 2000.
- C.D'Orta, *Controllo di gestione e responsabilità dirigenziale nelle recenti riforme della p.a.*, in RTDP, 1994, 1007.
- F.De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione di funzioni pubbliche*, in DA, 1995, 3.
- F.De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, 2000.
- L.Del Cimmuto – G.Iovinella, *Il Comune leggero scopre l'outsourcing*, in GEL, 2001, 8.
- G.Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S.Cassese (a cura di), Giuffré, 2003.
- G.Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni dopo la riforma costituzionale*, in GDA, 2003, 1.
- D.De Masi – A.Signorelli, *Sociologia del lavoro e dell'organizzazione*, FrancoAngeli, 1994.
- D.De Pretis, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in GDA, 1998, 4.
- D.De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, 1995.
- A.De Valles, *I pubblici servizi*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, V.E.Orlando (a cura di), Società editrice libraria, 1924.
- B.Delfini - M.Delfino, *Una «nuova» nozione di qualità nell'ordinamento giuridico italiano: le norme UNI EN ISO 900 e il sistema unico di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, secondo il regolamento Bargone*, in RDA, 2000.
- B.Dente, *Il controllo dei risultati dell'azione amministrativa*, in AAVV, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*,

Atti del Convegno di Roma del 31 gennaio 2002, G.C.De Martin - G.Berti (a cura di), Luiss, Roma, 2002.

- S.Di Benedetto, *Pubblica Amministrazione (delitti contro la)*, in Enciclopedia Giuridica, Giuffré, 1991.
- S.Di Benedetto, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in Digesto delle Discipline penalistiche, UTET, 1995.
- G.Di Gaspare, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in DPub, 2001, 2.
- G.Di Gaspare, *Organizzazione amministrativa*, Digesto delle discipline pubblicistiche, IV edizione, vol. X Pubblico, UTET, 1995.
- G.Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, 2001.
- C.Di Marzio – F.Bortoli, *La competenza degli Ausiliari del traffico*, in RARI, 1999, 12.
- M.Dugato, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in GDA, 2003, 9.
- M.Dugato, *Incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in GDA, 2002, 1.
- M.Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsoa, 2001.
- A.Duguid, *Marry in haste, repent at leisure? A considere approach to outsourcing*, in The Executive Agencies Quarterly, Spring 1996, 28.
- G.Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Giuffré, 1984.
- A.Fazio – P.Donati – H.Fitte, *Il lavoro all'inizio del nuovo secolo*, Edizioni Lavoro, Roma, 2001.
- A.Fiorella, *Ufficiale pubblico, incaricato di pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in Enciclopedia del diritto, Giuffré, 1990.
- L.Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, in GDA, 2003, 4.
- L.Fiorentino, *Gli acquisti on line: la disciplina normativa*, in GDA, 2002, 6.

- L.Fiorentino, *Il regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia*, in GDA, 2002, 1.
- S.Foà, *Il regolamento sulle fondazioni culturali a partecipazione statale*, in GDA, 2002, 8.
- S.Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, su www.giust.it.
- Fondazione Censis, *Problemi e prospettive dell'outsourcing nel sistema della Pubblica Amministrazione italiana*, gennaio 2003, Roma.
- Formez, *L'innovazione nei processi di acquisto nella P.A. regionale e locale*, aprile 2003, Roma.
- L. Fumagalli – P. Di Cioccio, *L'outsourcing e i nuovi scenari della terziarizzazione*, FrancoAngeli, 2003.
- L.Furlanetto, *Outsourcing e global service: una nuova frontiera della manutenzione*, FrancoAngeli, 2000.
- R.Garofoli, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in UA, 1997, 9.
- M.Gatti, *E-procurement sotto soglia: analisi normativa dei modelli a confronto*, su www.diritto.it, 2001, 9.
- A.Gerarduzzi, *Le convenzioni di acquisto di beni e servizi*, in AI, 2002, 5.
- L.Giampaolino, *Le SOA e le loro responsabilità*, in CSEP., 2001, 1.
- G. Gioia, *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in CG, 1999, 7.
- M.S.Giannini, *Attività economiche pubbliche e forme giuridiche private*, in *Il controllo sociale delle attività private*, G.Amato-S.Cassese-S.Rodotà (a cura di), ECIG, Genova, 1972.
- M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffré, III edizione, 1993.
- M.S.Giannini, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, G.Santaniello (a cura di), Cedam, 1987.
- M.S.Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963.
- M.S.Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e natura*, Giuffré, 1939.

- M.S.Giannini, *Il pubblico potere*, Il Mulino, 1986.
- M.S.Giannini, *Organi di mera erogazione e organizzazione impropria*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Cedam, 1961.
- M.S.Giannini, *Organi (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981.
- M.S.Giannini, prefazione a F.Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 1911-1914, ristampa 1992, I.
- S.Glinianski, *Analogie e differenze tra la trattativa privata ed il cottimo fiduciario alla luce dell'art. 24, comma 5, della l. 27.12.2003, n. 289 (finanziaria per l'anno 2003)*, www.giust.it, 2003, 1.
- G.Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000.
- G.Greco, *L'organismo di diritto pubblico, atto primo*, in *RIDPC*, 1998, 733.
- G.Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *RIDPC*, 2000, 993.
- G.Greco *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *DA*, 1999, 382.
- G.L.Gregori, *L'evoluzione del processo di outsourcing nelle strategie di sviluppo delle imprese*, Giappichelli, 2001.
- G.Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, 1970.
- C.Guccione – D.Galli, *Il nuovo sistema di qualificazione dei lavori pubblici*, Giuffrè, 2000.
- C.Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *GDA*, 2003, 10.
- Harlow – R. Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997.
- H.Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966.
- H.Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas libri, 1959.
- M.Iacubino, *Il reperimento di risorse alternative da parte delle pp.aa.: il contratto di sponsorizzazione. Ipotesi applicative*, su www.diritto.it.
- C.Lacava, *Taglio alle spese con gli acquisti on line*, in *GEL*, 2001, 8.

- M.Lai, *La nuova disciplina della gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amministrazione in cammino*, 2003, 10-11, su: www.amministrazioneincammino.luiss.it.
- F.Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *DA*, 1995.
- M.Luongo, *Incentivi alle imprese, la lente sui progetti*, in *GEL*, 2001, 8.
- A.Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, relazione tenuta al convegno su "La gestione patrimoniale dell'Ente Locale alla luce delle novità legislative", Avezzano, 9 maggio 2003.
- V.Mancini – F.Bonfanti, *Analisi del mercato e Opportunità nell'Area delle Risorse Umane*, intervento al convegno su "L'outsourcing in banca: realtà e prospettive", Verona, dicembre 2002.
- C.Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *DPub*, 1998, 1.
- C.Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, *DPub*, 1995, 393.
- A.Massari, *Il global service nella p.a.: profili generali del contratto di global service di gestione e manutenzione del patrimonio immobiliare dell'ente locale*, in *CIIt*, 1999, 1509.
- A.Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, in G.Arena – M. Bombardelli – M.P.Guerra – A.Masucci, *La documentazione amministrativa*, Maggioli, 2001.
- A.Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Jovene, 1988.
- A.D.Masuelli, *Commento all'art. 119*, in *La riforma degli Enti Locali*, commentario diretto da F.Piterà - R. Vigotti, UTET, 2002.
- A.Mattera, *Il diritto comunitario e la concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in *SPA*, 2003, 1.
- S.Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, 2000.
- L.Mazzone-S.Sepe-I.Portelli-G.Vetritto, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana*, Carocci, Roma, 2003.

- G.Melis, *Storia della Pubblica Amministrazione italiana (1861-1993)*, Giuffrè, 1996.
- F.Merloni, *Le agenzie nel sistema amministrativo italiano, (note a margine del d.lgs. n.300/1999)*, in DPub, 1999, 3.
- F.Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, 2000, 63.
- G.Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1987.
- V.Miniero, *Esercizio privato di funzioni pubbliche. La natura delle SOA.*, su www.diritto.it.
- U.Montella, *Gli appalti di forniture e di servizi alla luce dell'art. 24 della legge 27 dicembre 2002 n. 289 (legge finanziaria per il 2003)*, su www.giust.it, 2003, 3.
- F.Montemurro, *I piccoli Enti aprono le porte alla qualità*, in GEL, 2001, 8.
- G.Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003.
- Natalizi, *Le strategie per l'innovazione tecnologica delle amministrazioni pubbliche*, in GDA, 2003, 7.
- M.Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1996.
- L. Oliveri, *Le procedure in economia non sono abrogate o intaccate dalla legge finanziaria per il 2003*, su www.giust.it, 2003, 1.
- V.E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, V ed., Barbera, Firenze, 1915.
- G. Papa, *Brevi note a commento dell'art. 24 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003)*, su www.giust.it, 2003, 2.
- A.Papa, *Commento all'art. 113*, in *Testo unico sui beni culturali – Commento al D.Lgs. n. 29 ottobre 1999, n. 490*, A.Papa – M.Bignami – C.Cepelli – V.Fidani – C.Linzola – L.Poniz – G.Ruggeri (a cura di), Giuffrè, 2000.
- G.Pasquini, *Privatizzazione e Corte dei Conti: il caso "Autostrade"* *Commento alla Deliberazione della Corte dei Conti 6 novembre 1997*, n. 136, in GDA, 1998, 1.

- G.Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, FA, 1987, 3165.
- L.R.Perfetti – P.Polidori, *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Cedam, 2003.
- L.R.Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, 2001.
- F.Petronio, *Controlli, cambio di rotta senza bussola*, in GEL, 2001, 21.
- C.Pinelli, *Art.97. La pubblica amministrazione*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G.Branca e continuato da A.Pizzorusso, Zanichelli, 1994.
- C.Pinelli, *Responsabilità per risultati e controlli*, in DA, 1997, 385.
- E.Pintus, *Il management dei processi d'acquisto. Le scelte di innovazione sui servizi integrati*, I Quaderni dell'innovazione, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2001.
- A.Pioggia, *Sulla natura dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, in RGQSP, 1999, 2.
- G.Piperata, *Processi e forme di esternalizzazione dei servizi pubblici locali nella disciplina vigente e nei disegni legislativi di riforma*, in www.unicz.it/lavoro/PIPERATA.htm.
- U.Pototschnig, *I servizi pubblici*, Cedam, 1964.
- A.Pozzi, *I concorsi nel pubblico impiego*, ed. Il Sole 24 Ore, 2002.
- J.Prager – S.Desai, *La privatizzazione delle attività delle amministrazioni locali*, in PAP, 1998, 1.
- J.Prager – S.Desai, *Privatizing local government operations – Lessons from federal contracting out methodology*, in *Public productivity and management review*, 1996, 2, vol. 20.
- A.Purcaro, *La riforma dei servizi pubblici locali: appunti a margine dell'art. 14 del decreto legge n.269/2003*, su Lexitalia.it, Rivista internet di diritto pubblico, 2003, 11, su www.lexitalia.it.
- G.M. Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, DA, 1994, 201.
- O. Ranelletti, *Scritti giuridici scelti*, Jovene, 1992.

- N.Rangone, *I servizi pubblici*, Il Mulino, 1999.
- G.Rebora, *La valutazione dei risultati nelle amministrazioni pubbliche*, Guerini, 1999.
- E.Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, Il Mulino, 1995.
- M.Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Giappichelli, 1997.
- S. Ringolfi, *Regioni, un ponte per la sperimentazione*, in GEL, 2001, 8.
- Romano Tassone, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Giuffré, 1994.
- S.Romano, *Corso di diritto amministrativo italiano*, III ed., Società editrice libraria, 1912.
- S.Romano, voce *Decentramento amministrativo*, ora in *Scritti minori*, Giuffré, 1990.
- S.Romano, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E.Orlando, Società editrice libraria, 1920, 594.
- S.Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffré, 1949.
- P.Romei, *L'organizzazione come trama*, Cedam, 2000.
- G.Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in Dpub, 1998, 661.
- G.Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000.
- G.Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, S.Amorosino (a cura di), Giuffré, 1995.
- P.Rossini, *Considerazioni sull'esternalizzazione delle funzioni amministrative nelle autonomie locali*, in OA, 2001, 2.
- P.Rossini, *Esternalizzazione delle funzioni amministrative*, in OA, 2001, 2.
- E.Rullani, *La conoscenza e le reti: gli orizzonti competitivi del caso italiano e una riflessione metodologica sull'economia d'impresa*, in Sinergie, 1993, 2.

- E.Sanna, *Il mandato di pagamento informatico dal D.P.R. 367/94 all'attuazione concreta*, in DI, 2002, 3.
- P.Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli, 1999, pag 247 e ss.
- F.G.Scoca, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario 2002* - Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, 2003.
- F.S.Severi, *Potere e funzione nell'amministrazione*, in *Democrazia e amministrazione* – in ricordo di V.Bachelet, G.Marongiu-G.C. De Martin (a cura di), Giuffrè, 1992.
- D.Sorace – C.Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, 1989.
- D.Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione.*, Giuffrè, 2002.
- D.Sorace, *In tema di politica, amministrazione, discrezionalità, autorità*, in *Democrazia e amministrazione* – in ricordo di V.Bachelet, G.Marongiu-G.C.De Martin (a cura di), Giuffrè, 1992.
- D.Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in RIDPC, 1997, 51.
- G.Soricelli, *Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Jovene, 2002.
- E.Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, 1992.
- V.Talamo, *Concorsi interni: prassi vecchie e nuove del legislatore davanti alla Corte Costituzionale*, in GDA, 1999, 6.
- P.Testa (a cura di), *Guida operativa alle sponsorizzazioni nelle amministrazioni pubbliche*, Maggio 2003, Dipartimento della Funzione Pubblica, Rubbettino, Roma.
- F. Trimarchi, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'“outsourcing” nella Pubblica Amministrazione (prime riflessioni)*, in DE, 2002, 1.
- F.Tosi, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Giuffrè, 2001.
- G.Vetritto, *I pro e i contro delle esternalizzazioni di funzioni e di servizi nell'amministrazione pubblica*, testo rivisto dell'intervento al convegno su

"L'outsourcing nella Pubblica Amministrazione – Problemi, prospettive ed esperienze", Roma, 16 gennaio 2003, in corso di pubblicazione.

- R.Villata, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Giuffré, 2003.
- P.Virga, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S.Giannini*, Giuffré, 1988.
- A.Visone, *Il regolamento di qualificazione delle imprese. Abolizione dell'A.N.C. e costituenti Soa*, in *NRLDG.*, 2000, 11.
- L.P.Willcocks – M.Lacity, *Strategic sourcing of information systems*, Wiley & Sons, Chichester, 1998.
- G.Wormald, *Adding up the benefits of Payroll Outsourcing*, in *The Executive Agencies Quarterly*, Spring 1996, 25.
- G.Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E.Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Società editrice libraria, 1920, II, 3.
- G.Zanobini, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio nel nuovo Codice Penale*, in *Scritti del prof. U. Conti per il XXX anno di ordinariato*, Città di Castello, 1932.
- G.Zanobini, *Persona giuridica pubblica*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1935.
- G.Zanobini, *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffré, 1955.
- A.Zucaro, *Ancora sull'accesso mediante concorso a posti di lavoro pubblico*, in *GDA*, 2002, 9.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AGC	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
AI	Azienditalia
CG	Corriere Giuridico
CIt	Comuni d'Italia
CP	Cassazione penale
CSEP	I contratti dello Stato e degli enti pubblici
DA	Diritto amministrativo
DE	Diritto dell'economia
DG	Diritto e giustizia
DI	Diritto dell'informatica
DPL	Diritto e pratica del lavoro
DPub	Diritto pubblico
FA	Foro amministrativo
FI	Foro italiano
GC	Giustizia Civile
GDA	Giornale di diritto amministrativo
GEL	Guida agli Enti locali – Il Sole 24 Ore
GM	Giurisprudenza di merito
LPA	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
ND	Nuovo diritto
NRLDG	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
OA	Orientamenti amministrativi
PAP	Problemi di amministrazione pubblica
RARI	Rivista amministrativa della Repubblica Italiana
RCC	Rivista della Corte dei Conti
RDam	Rivista di diritto amministrativo
RIDPC	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
RGQSP	Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi
RPEL	Rivista del personale degli enti locali
RTA	Rivista trimestrale degli appalti
RTDP	Rivista trimestrale di diritto pubblico
SPA	Servizi pubblici e appalti
SJ	Studium juris
UA	Urbanistica e appalti

QUADERNI DEL CONSIGLIO REGIONALE DELLE MARCHE

ANNO IX - N.59 -luglio 2004 - Periodico mensile

Reg. Trib. Ancona n. 18/96 del 28/5/1996

Spedizione in abb. post. 70%

Div. Corr. D.C.I. Ancona

ISSN 1721-5269

Direttore *Luigi Minardi* Comitato di direzione *Sandro Donati,
Gilberto Gasperi, Gabriele Martoni, Fabrizio Grandinetti*

Direttore responsabile *Carlo Emanuele Bugatti*

Redazione Corso Stamira, 17, Ancona Tel. 071/2298295

Stampa Centro Stampa del Consiglio regionale, Ancona

59