

L'ernalizzazione delle gestioni amministrative

Resoconto del Convegno "L'ernalizzazione delle gestioni amministrative" organizzato dall'IRPA (www.irpa.eu) che si è tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena il 24 novembre 2006 ore 15:00

di Laura Zanettini

Il 24 novembre 2006, presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Siena, si è tenuto il convegno sulla "*Esternalizzazione delle gestioni amministrative*". L'evento si è svolto con il coordinamento scientifico del Prof. Bernardo Giorgio Mattarella e del dott. Luigi Fiorentino e con il contributo dell'Istituto di Ricerche sulla Pubblica amministrazione (IRPA) e della società cooperativa Manutencoop.

Il primo a prendere la parola è stato il dott. Giovanni Petritto, dirigente dell'ufficio innovazione presso il Dipartimento della funzione pubblica. Petritto ha avuto modo di occuparsi di esternalizzazioni nell'ambito del programma Cantieri, attivato dal Dipartimento per la funzione pubblica nel 2002, con l'obiettivo di supportare le amministrazioni nei processi di modernizzazione gestionale e amministrativa. Il programma Cantieri elabora manuali dal taglio operativo con il contributo di accademici e di amministrazioni pubbliche di primo piano, le quali, come è accaduto per le esternalizzazioni, raccontano in modo sintetico le proprie esperienze di successo. Dopo la stesura dei manuali, il programma Cantieri prevede una attività di supporto alle amministrazioni interessate a replicare le esperienze illustrate nei manuali stessi, proponendo ad esempio un progetto di esternalizzazione. Il convegno costituisce dunque una occasione per invitare gli amministratori pubblici presenti in sala a consultare il manuale dedicato alle esternalizzazioni e a partecipare al "*cantiere della innovazione*".

Il tema della esternalizzazione è stato quindi introdotto dal Prof. Claudio Franchini dell'Università di Roma Tor Vergata, nel più ampio contesto delle riforme amministrative. Fino agli anni più recenti i tentativi di riforma del diritto amministrativo sono sempre naufragati e pur provenendo da illustri studiosi e politici, come Lucifredi, hanno alimentato il dibattito scientifico senza tuttavia produrre effetti pratici. Le ragioni alla base di tali fallimenti sono essenzialmente tre. Innanzitutto le riforme amministrative vengono spesso calate dall'alto e ciò rende difficile che siano ascoltate e recepite dalla miriade delle amministrazioni statali e delle amministrazioni che operano nel territorio. In secondo luogo i progetti di riforma che interessano l'amministrazione tendono ad essere annunciati con grande enfasi ma difficilmente vengono inseriti nell'agenda politica, portando a risultati concreti. Infine le riforme amministrative alimentano un circolo vizioso, perché sono indispensabili ma di solito godono di scarsa visibilità. Diversamente dagli interventi in materia sanitaria e di istruzione, infatti, le riforme amministrative non sono percepite come importanti dall'opinione pubblica, ovvero dai destinatari e fruitori ultimi. Questi non riescono a coglierne i vantaggi e le ritengono utili soltanto per le strutture ministeriali direttamente interessate. A ciò va aggiunta la circostanza che i tempi di attuazione delle riforme sono piuttosto lunghi, di regola più lunghi di quelli del mandato politico di chi le propone, che non può quindi trarre vantaggio dall'eventuale riuscita della riforma stessa. L'inversione di tendenza si registra all'inizio degli anni Novanta, quando viene avviato un processo di modernizzazione ad ampio respiro, che investe tutti gli elementi di base della

pubblica amministrazione: funzioni, personale, controlli, finanza, beni, procedimenti e giustizia. Si tratta di un progetto che ha le sue origini al di fuori dell'esperienza italiana, nel movimento culturale del *new public management*, che si afferma in ambito anglosassone per rendere più efficienti le amministrazioni pubbliche applicando metodologie gestionali e organizzative proprie del settore privato. Anche in Italia vengono introdotte nuove forme nell'agire quotidiano dell'amministrazione, facendo sempre più frequentemente ricorso a strumenti propri del settore privato, soprattutto nella gestione dei servizi. È così che comincia ad affermarsi il fenomeno delle esternalizzazioni, per effetto delle quali una serie di attività e di potestà pubbliche sono affidate a soggetti esterni all'amministrazione. L'esperienza delle esternalizzazioni si sviluppa lungo tre direzioni: i servizi pubblici, le attività di supporto o strumentali all'esercizio di funzioni pubbliche e le funzioni amministrative in senso stretto. Il legislatore statale e quello regionale considerano oramai il secondo tipo di esternalizzazioni come attività ordinaria ed è forse questo l'aspetto più innovativo del fenomeno: l'esternalizzazione tende ad affermarsi come sistema di principio, che porta ad una progressiva "depubblicizzazione" di una parte del diritto amministrativo. Quanto alla esternalizzazione di funzioni, un esempio è offerto dalla Consob e dall'affidamento a privati di poteri di regolazione del mercato mobiliare; un altro dalla revisione degli autoveicoli, prima svolta dagli uffici della Motorizzazione e oggi compiuta da soggetti esterni. Ne emerge un quadro variegato che verrà illustrato nei dettagli dai vari relatori.

Il primo intervento è stato del dott. Luigi Fiorentino, capo Gabinetto dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha analizzato lo stato dell'arte delle esternalizzazioni prendendo le mosse dal loro inquadramento teorico. Invero già dalla fine dell'Ottocento la dottrina pubblicistica aveva prestato attenzione ai casi di esercizio privato di funzioni pubbliche. Santi Romano, Zanobini, Giannini, per citare solo alcuni nomi, hanno prodotto contributi rilevanti rispettivamente sul tema degli ausiliari dello Stato, degli organi indiretti dell'amministrazione e del cd. *munus*. L'attribuzione al privato di funzioni pubbliche non costituisce dunque una novità, ma l'approccio e l'obiettivo che caratterizzano le esternalizzazioni di oggi sono in parte diversi da quelli del passato. Un ruolo rilevante nel cambiamento è stato svolto dalle organizzazioni internazionali, in particolare dal Fondo monetario, dalla Banca mondiale e dall'Ocse, che con i loro modelli privatistici di gestione del personale e dei finanziamenti hanno incentivato il cd. arretramento dello Stato. Nella stessa linea si sono mossi politici come Thatcher, Reagan e Mitterand. In Italia l'esternalizzazione si afferma dapprincipio come politica di risanamento delle finanze, idonea a consentire all'Italia il rispetto dei vincoli imposti dal Trattato di Maastricht, riducendo i costi dell'organizzazione amministrativa. Fino agli anni Ottanta le esternalizzazioni interessano quasi esclusivamente piccole attività strumentali, come quelle di pulizia degli edifici, a volte con la convivenza tra personale interno e ditte esterne. All'inizio degli anni Novanta si avvia una profonda riflessione sui temi del diritto amministrativo e un ampio processo di riforma; ancora nella seconda metà degli anni Novanta le esternalizzazioni continuano tuttavia ad essere percepite come uno strumento di contenimento dei costi. Attualmente i modelli di esternalizzazione che è possibile individuare nel pure incerto quadro normativo sono due: l'affidamento di una attività ad un soggetto privato tramite le procedure ad evidenza pubblica, secondo le regole comunitarie recepite in Italia con il Codice dei contratti pubblici; il cd. affidamento *in house*, tramite la costituzione di una società pubblica o a partecipazione prevalentemente

pubblica. Il primo modello consente di far emergere la spesa pubblica sostenuta dall'amministrazione e dunque soddisfa l'esigenza di trasparenza. Il secondo modello solleva invece problemi di opportunità e convenienza, ma si tratta pur sempre di una eccezione alle regole concorsuali, che in quanto tale l'amministrazione è tenuta a motivare. In relazione alle esternalizzazioni si pone la questione del tipo di controllo sulle attività affidate all'esterno. L'orientamento giurisprudenziale prevalente propende per l'applicazione ai soggetti esterni delle medesime regole previste per l'attività pubblicistica, in relazione alla responsabilità, all'accesso e alla giurisdizione. Per completare il quadro, è opportuno richiamare alcune esperienze di esternalizzazione: la Coni servizi s.p.a., società in mano pubblica che ha assorbito le risorse strumentali e umane del Coni; la Arcus, che opera nell'ambito del Ministero delle infrastrutture e di quello per le attività culturali e svolge attività propulsiva di promozione e sostegno dei progetti relativi ai beni culturali. Tra le esperienze negative, di ciò che non dovrebbe accadere in caso di esternalizzazione, è invece emblematico il caso della gestione dei tributi nel Comune di Roma. In considerazione del bilancio negativo della società mista inizialmente concessionaria dell'attività, la Gemma s.p.a., il Comune di Roma ha istituito una nuova società, stavolta interamente pubblica, la Roma Entrate s.p.a., senza tuttavia sopprimere quella precedente. La conseguenza è stata un irragionevole aumento dell'organico e dei costi sostenuti dall'amministrazione. La gestione del personale costituisce peraltro un ulteriore aspetto problematico delle esternalizzazioni, sotto il profilo della disciplina applicabile durante e successivamente al trasferimento. Altra questione di estrema delicatezza, come è emerso di recente nel caso cd. Laziomatica, attiene alla gestione dei dati personali da parte del soggetto esterno. Le conclusioni tratte dal dott. Fiorentino al termine del suo ricco intervento sono quattro. In primo luogo si è sottolineata l'esigenza di delineare con maggiore chiarezza l'ambito delle esternalizzazioni, definendo esternalizzazione solamente l'affidamento di attività che comporta un passaggio di personale o che comunque incide sui profili organizzativi. Secondo, l'abnorme utilizzo dell'*in house* ha consentito di mantenere all'interno dell'area pubblica aree che potevano essere affidate al mercato. Terzo, la regolazione in materia non è chiara ed è quindi necessario un manuale delle procedure che renda trasparente il processo decisionale, sul modello della circolare che regola le procedure di *outsourcing* negli Stati Uniti. Infine, è essenziale prestare attenzione ai profili gestionali, al *management*, al fine di consentire una riduzione del perimetro pubblico ogni qual volta ciò sia conveniente.

Il Prof. Franchini ha rilevato l'analogia tra l'esperienza delle esternalizzazioni e quella della privatizzazione degli enti pubblici: per questi si distinse tra privatizzazioni formali e sostanziali, cercando di individuare le vere privatizzazioni; di fronte a quelle oggi ci si domanda in cosa esattamente consistano. A seconda delle esperienze considerate, le risposte possono essere diametralmente opposte.

L'intervento del dott. Fiorentino è stato seguito da quello della dott.ssa Annamaria La Chimia dell'Università di Nottingham, che ha descritto le tappe principali dell'esperienza britannica in materia di esternalizzazione. Oltre Manica si ricorre all'*outsourcing* per i vantaggi che l'affidamento all'esterno consente e ha consentito, soprattutto in termini di riduzione dei costi. Le forme che l'esternalizzazione assume sono essenzialmente due: il *contracting out*, con l'affidamento a esterni di attività e servizi prima svolti dall'amministrazione; e il *private financing initiative*, ovvero l'iniziativa privata finanziaria,

che si distingue dal contratto *in house* perché il privato provvede anche al finanziamento dell'opera da realizzare. Il primo contratto prevede solo la gestione del servizio, come ad esempio il servizio di pulizia, i servizi tecnici di informatica, quelli di sicurezza degli edifici, insomma le cd. *non core activities*; la seconda forma di collaborazione pubblico-privato è impiegata per la costruzione di ospedali, strade, carceri. Gli obiettivi dell'*outsourcing* consistono, accanto al menzionato risparmio di spesa, nel miglioramento della qualità dei servizi, non solo quelli resi a terzi ma anche quelli destinati alla stessa amministrazione. Per il *contracting out* è fondamentale sia una direzione forte e competente, sia il coinvolgimento dei lavoratori pubblici al processo di esternalizzazione. Occorre inoltre fissare con chiarezza l'obiettivo, il *what* del processo di esternalizzazione, mentre la decisione delle modalità di raggiungimento di detto obiettivo va affidata alla società privata, esterna, conservando in capo alla amministrazione un adeguato controllo sulla qualità del servizio fornito dalla società esterna. Prima di decidere di esternalizzare è necessario considerare tutte le alternative disponibili e quindi anche se sia più conveniente il mantenimento dell'attività all'interno. A tal fine all'inizio degli anni Ottanta e per circa dieci anni sono state organizzate gare per l'affidamento del servizio, alle quali partecipavano sia il dipartimento interno che il soggetto esterno. Ciò ha consentito di stimolare la competitività anche in seno all'amministrazione. Quanto alla evoluzione legislativa, l'esternalizzazione è stata avviata con il governo Thatcher. Il primo atto legislativo in materia è stato il *Local government act* del 1988, indirizzato agli enti locali, più riluttanti a procedere alle esternalizzazioni rispetto alle amministrazioni centrali. Il menzionato atto introduceva il *compulsory competitive tendering*, ovvero la gara competitiva obbligatoria, svolta appunto tra dipartimento interno all'ente locale e impresa privata, al fine di stabilire quale soggetto fosse in grado di fornire meglio il servizio. Il *Local Government act* regolava in modo minuzioso lo svolgimento della gara obbligatoria. L'obiettivo era quello di garantire l'equo trattamento delle imprese private attraverso la trasparenza dell'intera procedura. Tuttavia il risultato complessivo era quello di una eccessiva macchinosità, che non era vista di buon occhio dalle stesse imprese private che dovevano esserne avvantaggiate. La disciplina brevemente illustrata è rimasta in vigore fino al 2000. Con l'avvento del governo laburista sono iniziate le riforme, volte ad assicurare una maggiore flessibilità nelle procedure di aggiudicazione, anche attraverso l'eliminazione della gara obbligatoria. Ciò è stato possibile perché dal 1988 al 2000 le pubbliche amministrazioni hanno acquisito consapevolezza dei vantaggi legati all'*outsourcing*, non più percepito come una minaccia da ostacolare. L'unico obbligo che rimane in capo all'ente locale è quello di dimostrare che è stato comunque ottenuto il *best value*. Una delle questioni più delicate legate all'*outsourcing* è quella della protezione dei lavoratori, cui si fa fronte, dopo il caso della Corte di Giustizia 29/91, attraverso l'applicazione della direttiva 77/187 sul trasferimento di azienda. Quanto al futuro delle esternalizzazioni in Inghilterra, sembra possibile prevedere un ampliamento del loro ricorso, in considerazione dei notevoli benefici che possono essere conseguiti in termini di riduzione dei costi.

Il Prof. Franchini ha osservato come in Italia, a differenza di quanto accade nel Regno Unito, il ricorso alle esternalizzazioni è spesso un espediente per eludere le norme pubblicistiche in materia di contabilità e di contratti, piuttosto che uno strumento per conseguire vantaggi di spesa.

Il dottor Philippe Cossalter, dell'Università Panthéon-Assas di Parigi, ha poi esaminato l'esperienza francese delle esternalizzazioni, ripercorrendo le quattro tappe essenziali della sua evoluzione: la rigida distinzione tra concessioni e appalti pubblici, che caratterizza il diritto amministrativo francese fino alla fine degli anni Novanta; il tentativo, senza successo, delle amministrazioni locali di superare tale distinzione; l'introduzione di nuove figure contrattuali, come il *global service*, sulla scorta dell'esempio inglese del *private financing*; l'influenza esercitata da tali contratti sulla distinzione tra concessioni e appalti. La concessione francese, nella sua forma moderna di *délégation de service publique*, si caratterizza per tre criteri: è configurata come un contratto di diritto amministrativo e non come un provvedimento, come in Italia; comporta l'affidamento della gestione di un servizio pubblico; la controprestazione a favore del concessionario consiste in una remunerazione legata ai risultati dello sfruttamento economico del servizio affidato. Affinché sia configurabile una concessione il servizio affidato deve essere pubblico in senso proprio, ovvero vanno esclusi i servizi resi all'amministrazione e non agli utenti. Inoltre la remunerazione deve prevedere comunque un elemento di rischio in capo al concessionario. Se manca uno dei due elementi menzionati si è in presenza di un appalto e non di una concessione. Durante gli anni Novanta le amministrazioni locali hanno cercato di superare la rigidità della distinzione, stipulando contratti aventi l'oggetto proprio della concessione e il pagamento-incentivo tipico dell'appalto, cioè strutturato in modo tale da favorire aspetti come la qualità del servizio reso o la puntualità dell'erogazione. Tali contratti ibridi sono stati nettamente condannati dalla giurisprudenza. Il superamento della rigidità si è avuto nel 2004, con l'elaborazione del *contract de partenariat*, corrispondente francese dell'inglese *private financing* e applicabile a tutti i settori dell'amministrazione. Lo spartito della riforma è stato scritto con l'aiuto del settore privato e ciò costituisce una novità di rilievo per il diritto amministrativo francese, che solitamente è il frutto di scelte unilaterali. Sulla disciplina del *contract de partenariat* alcuni aspetti procedurali meritano di essere segnalati: la decisione di assegnare il *contract* deve essere giustificata dall'amministrazione; il contenuto del contratto è necessariamente globale e concerne investimenti materiali e immateriali e servizi funzionali alla gestione dei servizi pubblici; il pagamento è erogato in ratei annuali e può includere premi; la procedura di assegnazione è di regola quella del dialogo competitivo. I principi che informano la disciplina del *contract de partenariat* possono essere ricondotti a tre: certezza, chiarezza e controllo. La certezza riguarda il quadro normativo: definizione, regime e contenuto del contratto sono fissati in maniera non equivoca. La chiarezza attiene invece al contratto stesso: nella tradizione francese il ricorso al giudice amministrativo è considerato come uno strumento contrattuale suppletivo che consente di scrivere il meno possibile nel contratto. Tale tradizione accorcia i tempi di attribuzione del contratto, ma attribuisce al giudice il compito delicato di ripartire i rischi tra le parti contrattuali. In base alla disciplina del *contract de partenariat*, tutti gli elementi contrattuali devono essere inseriti nel momento della redazione del *contract*: si tratta di una rivoluzione. Per quanto possa sembrare paradossale, l'ultimo principio, quello del controllo, costituisce una novità. La novità va forse spiegata alla luce del fatto che l'amministrazione è più attenta alla qualità del servizio quando ne è destinataria, oppure è più attenta perché il pagamento proviene da risorse pubbliche e non da un canone pagato dall'utente. La cultura della *performance* ha fatto ingresso nel diritto dei contratti amministrativi a seguito dell'introduzione del *contract de partenariat*. Sarebbe opportuno adottare un codice francese dei contratti pubblici ispirato agli stessi principi che informano la disciplina del *contract de partenariat*.

Il dott. Fiorentino e il dott. Carlo Mochi Sismondi, direttore generale del Forum p.a., hanno quindi illustrato le finalità del nuovo Osservatorio sulle esternalizzazioni, costituito nell'ambito dell'Irpa. L'obiettivo perseguito è quello di analizzare il fenomeno delle esternalizzazioni e di creare una leva di giovani studiosi che possa operare all'interno delle amministrazioni con il patrimonio di conoscenze interdisciplinari maturato nell'Osservatorio. Già in occasione del prossimo Forum p.a., che si terrà a Roma alla fine di maggio, l'Osservatorio diretto da Fiorentino conta di presentare un primo rapporto sullo stato delle esternalizzazioni in Italia, avvalendosi della preziosa rete di collegamenti del Forum.

Dopo una breve pausa, la seconda sessione di interventi è stata aperta dal dott. Davide Colaccino, di Astrid, che si è occupato dell'approvvigionamento di beni e servizi tra modelli Consip e centrali d'acquisto regionali, precisando subito che, come ha osservato il Prof. Sabino Cassese, ora giudice della Corte costituzionale, l'esternalizzazione comporta il passaggio da una amministrazione che fa ad una amministrazione che fa fare. Nel caso Consip, quello più rilevante nell'ambito dell'approvvigionamento di beni e servizi, l'esternalizzazione ha riguardato la gestione dell'intera procedura ad evidenza pubblica, dall'individuazione dei bisogni dell'ente fino alla scelta del contraente. Le ragioni sottese alla attribuzione ad un soggetto esterno del *management* dei processi di acquisto sono molteplici. Vanno menzionate, in particolare: le economie di scala, che si manifestano in prezzi unitari più vantaggiosi; la semplificazione del processo di gara, conseguente al fatto che l'amministrazione non deve effettuare la gara, ma solo inviare un ordinativo di fornitura in base alle convenzioni precedentemente stipulate; la creazione di una struttura specializzata, che si occupa della preparazione dei capitolati, della gestione della gara e del contenzioso e della quale l'amministrazione diventa utente; l'informatizzazione degli appalti. Il ricorso alle esternalizzazioni consente all'amministrazione di utilizzare le risorse per le attività di *core business*, quelle più strettamente connesse alle priorità istituzionali delle amministrazioni. Nell'ottica delineata l'affermarsi del modello Consip è segnata da tre fasi fondamentali: il passaggio di consegne dal Provveditorato alla Consip; la conseguente riorganizzazione delle attività di acquisto vero e proprio; il *global service* come oggetto della convenzione tra amministrazioni e Consip. Il passaggio di consegne dal Provveditorato alla Consip è avvenuto dopo la legge finanziaria 2000 e il successivo decreto ministeriale che ha attribuito alla Consip s.p.a. la funzione di stipulare i contratti di acquisto di beni e servizi. La storia successiva del modello Consip è stata piuttosto travagliata, scandita soprattutto dalla questione della obbligatorietà o meno delle convenzioni Consip. Tale questione, affrontata anche dalla Corte costituzionale con alcune sentenze del 2004 e del 2005, è stata risolta dal legislatore escludendo l'obbligo di adesione alle convenzioni, ma imponendo il rispetto degli elementi di prezzo e qualità così come definiti nelle convenzioni Consip. Il modello Consip è stato poi duplicato a livello sub statale. Un riferimento indiretto alla gestione dei processi di approvvigionamento a livello non statale si rinviene già all'art. 30, Testo unico degli enti locali. Tale disposizione ha infatti rappresentato per molti comuni il punto di partenza per una riorganizzazione interna. Altri riferimenti normativi rilevanti sono contenuti nelle leggi finanziarie del 2001 e del 2006 - in base alle quali le organizzazioni di enti locali possono, a determinate condizioni, espletare funzioni di committenza - e infine nel disegno di legge finanziaria 2007 attualmente in discussione in Parlamento. Questo infatti richiama espressamente

l'art. 33 Codice degli appalti, sulla centrale di committenza, prevedendo il ricorso alla esternalizzazione per la riorganizzazione delle attività di acquisto degli enti locali.

Nell'intervento successivo la dott.ssa Elisa D'Alterio, ex borsista di Manutencoop, ha illustrato i profili giuridici e le problematiche gestionali del *global service*, una modalità di esternalizzazione che si è venuta sviluppando nell'ultimo decennio, soprattutto ai fini della gestione e manutenzione di beni immobili e infrastrutture. Si tratta precisamente di un contratto di appalto, in cui il committente, impresa o amministrazione, affida a un esterno, c.d. assuntore, la gestione e manutenzione dell'immobile, per un periodo pluriennale di regola non superiore a cinque anni. Il contratto ha natura mista, in quanto l'assuntore svolge prestazioni eterogenee consistenti in servizi, lavori e forniture. La questione relativa alla disciplina applicabile è stata affrontata dal legislatore comunitario e risolta sin dalle prime direttive attraverso l'individuazione dei criteri qualitativi della accessorietà e della prevalenza. A tali criteri si è adeguato anche il legislatore italiano, sia pure dopo l'avvio di una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea. La complessità tecnico-strutturale del *global service* si riflette anche sull'apparato organizzativo, che spesso si arricchisce di nuovi elementi. E' il caso dei sistemi informativi, che consentono all'assuntore di conoscere lo stato dell'immobile e all'amministrazione di controllare con maggiore facilità l'attività di gestione e manutenzione. Il procedimento che conduce alla stipula del contratto di *global service* è molto complesso e prevede una dettagliata analisi preliminare da parte dell'amministrazione. Le ragioni connesse al ricorso allo strumento sono di tipo economico - il risparmio, consistente anche semplicemente nella costituzione di un singolo rapporto contrattuale invece che di tanti microcontratti legati ai vari appalti- ; e di tipo tecnico, in quanto il soggetto pubblico si trasforma da esecutore dell'attività a controllore della qualità dei servizi resi. Le modalità del controllo e gli indici di qualità da raggiungere sono solitamente fissati nel cd. *service level agreement*, allegato al *global service*. Il monitoraggio avviene attraverso un sistema di *reporting*, che tiene conto anche della *customer satisfaction*. Il *global service* determina così l'instaurarsi di un rapporto di collaborazione tra amministrazione e privato assuntore, in cui quest'ultimo è considerato un *partner* specializzato di cui il soggetto pubblico si avvale per la gestione dell'immobile. Ciò consente all'amministrazione di avviare processi di riqualificazione del personale prima impiegato nella manutenzione dell'immobile e poi potenzialmente utilizzabile per le attività di c.d. *core business*. Nonostante gli indubbi vantaggi, gli assuntori lamentano spesso la difficoltà di dialogo con l'attore pubblico e criticano il recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, incline a limitare l'accesso alle gare per l'affidamento del *global service* solamente alle imprese riunite in associazioni temporanee. Le amministrazioni invece, soprattutto quelle centrali, possono incontrare difficoltà nella gestione del *global service* a causa della frammentazione dei capitoli di bilancio conseguente all'esistenza del modello dipartimentale ministeriale e dei molteplici centri di responsabilità amministrativa. In proposito è interessante evidenziare come, diversamente dal Regno Unito, in Italia le esperienze di maggiore successo nel settore si sono registrate non già a livello statale bensì a livello locale, come è accaduto per la Provincia di Genova. La ragione dipende probabilmente dal fatto che gli enti locali sono dotati di strutture più snelle e hanno una conoscenza più approfondita del proprio patrimonio immobiliare.

L'ultimo intervento prima delle conclusioni è stato quello della dott.ssa Cristina Cicogna, anche lei ex borsista di Manutencoop, ed è stato dedicato ai limiti giuridici al processo di esternalizzazione. Il tema esaminato muove dalla constatazione che l'esternalizzazione è concepita come uno strumento di efficienza nella riforma dell'amministrazione, soprattutto quando sono in gioco attività strumentali e materiali, ma che essa può sollevare problemi, in termini di elusione di controlli pubblici e di mancato rispetto di principi costituzionali come quello del concorso pubblico o della responsabilità politica. Per limite si intende sia l'ambito della esternalizzazione che i vincoli e le condizioni ai quali la pubblica amministrazione deve attenersi quando esternalizza. Le attività oggetto di esame sono sia quelle materiali, che dispiegano i propri effetti solo sull'assetto organizzativo dell'amministrazione, sia quelle finali, che invece incidono anche sulle situazioni giuridiche soggettive di terzi. In relazione alle prime, i limiti alle esternalizzazioni non sono assoluti e mirano soprattutto ad evitare il perseguimento di finalità elusive e il prodursi di sprechi di denaro pubblico. In tale ottica vanno lette le disposizioni legislative e gli interventi della Corte dei Conti che impongono all'amministrazione di provare che le risorse interne sono insufficienti e che pertanto occorre rivolgersi a soggetti esterni, ad esempio per il conferimento di incarichi di progettazione e consulenza. Il limite è qui rappresentato dalle esigenze di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione. Diverso è il caso delle attività finali, in relazione alle quali l'esternalizzazione attiene ad atti endoprocedimentali o addirittura copre l'intero procedimento, investendo l'esercizio delle funzioni pubbliche vere e proprie, e può dunque pregiudicare i diritti e le garanzie dei terzi. Se è la legge a disporre l'affidamento a esterni di attività finali, non vi sono limiti particolari alla esternalizzazione anche di poteri autoritativi e certificativi, purchè siano previste idonee garanzie e sistemi di controllo, quali la partecipazione degli interessati ai procedimenti, l'accesso ai documenti e il ricorso al giudice amministrativo. Al contrario, in assenza di previsioni legislative, è l'amministrazione ad assumersi la responsabilità per l'esternalizzazione. Sul tema è interessante una sentenza del 2002 con cui la Corte costituzionale ha stabilito che è costituzionalmente legittimo l'affidamento agli ausiliari del traffico dei poteri di accertamento, verbalizzazione e contestazione immediata in relazione alle infrazioni al codice della strada. Funzioni pubbliche come quella di accertamento possono essere esternalizzate in base ad una scelta discrezionale del legislatore, ma a condizione che l'accertamento sia connesso e utile al migliore svolgimento del servizio. Sulla esternalizzazione di poteri autoritativi, nella specie la riscossione dei tributi, si è espressa la Corte dei Conti, ritenendo che in simili ipotesi i privati rivestano il ruolo di agenti contabili e siano quindi assoggettabili al regime della responsabilità amministrativa. Alla luce del quadro delineato ci si domanda se siano esternalizzabili funzioni pubbliche come la giustizia, la politica estera, il mantenimento dell'ordine pubblico. La questione è molto delicata e di non facile soluzione, come emerge dal caso della gestione dei servizi penitenziari, che in America e in Inghilterra è stata affidata a privati. Nell'ordinamento italiano appigli giuridici per una collaborazione tra pubblico e privato nella gestione di funzioni pubbliche sono offerti: dall'art. 118, ultimo comma Cost., sul principio di sussidiarietà cd. orizzontale, "*per lo svolgimento di attività di interesse generale*"; dalle sentenze della Corte costituzionale secondo le quali rientra nella discrezionalità del legislatore l'affidamento di funzioni pubbliche a privati, purchè questi siano dotati di una particolare investitura; da un recente parere del Consiglio di Stato, in cui la ritenuta

illegittimità dell'affidamento a guardie giurate delle funzioni di polizia sussidiaria sembrerebbe superabile in forza di una espressa previsione legislativa in tal senso.

Il Prof. Marcello Clarich, dell'Università Luiss Guido Carli di Roma, ha infine tratto le conclusioni, osservando innanzitutto che il tema delle esternalizzazioni, relativamente nuovo nel settore pubblico, non è affatto nuovo nel settore privato, dove le imprese si trovano spesso a dovere scegliere tra il *make or buy*. Anche l'amministrazione pubblica può decidere se acquistare un bene o un servizio oppure produrlo attraverso la propria organizzazione, ma ci sono funzioni pubbliche che il mercato non è in grado di offrire. Più precisamente, come sostengono i teorici della regolazione, lo Stato dovrebbe intervenire in presenza di un fallimento del mercato, ovvero proprio laddove il ricorso al mercato e agli strumenti privatistici non consente di soddisfare gli interessi pubblici perseguiti. Prima di parlare di esternalizzazione sarebbe dunque opportuno domandarsi cosa debba essere internalizzato, ovvero quale sia il nocciolo duro di poteri pubblici che lo Stato dovrebbe riservare a sé. Il dibattito sui limiti delle attività dello Stato ha animato la dottrina giuspubblicistica sin dall'Ottocento e sollecita l'interprete ad individuare le attività che nell'arco del tempo sono state impropriamente internalizzate. In relazione ad esse, infatti, è più corretto parlare di dismissione che di esternalizzazione. La definizione di servizio pubblico locale contenuta nel Testo unico degli enti locali, ad esempio, è talmente ampia che può esservi fatta rientrare qualsiasi attività. Per tale ragione in Italia appare possibile dismettere molte attività che in paesi come gli Stati Uniti e l'Inghilterra sono state da tempo affidate al mercato. Peraltro nella più recente letteratura e politica statunitense si assiste ad un ripensamento sulle esternalizzazioni, che oramai riguardano il nocciolo duro dell'attività pubblica, come prigioni, polizia giudiziaria e si registra l'avvio di una tendenza alla internalizzazione. Così ad esempio, dopo l'11 settembre è stata internalizzata la funzione di controllo passeggeri, prima affidata ai gestori aeroportuali, i quali a loro volta l'avevano subappaltata ai privati, evidentemente più attenti al profitto che alla sicurezza. Altro esempio di internalizzazione: dopo lo scandalo della Enron lo Stato si è riappropriato della funzione di controllo dei mercati attraverso gli standard di contabilità, funzione che prima era stata esternalizzata alle associazioni di operatori. In Italia il disegno di legge Lanzillotta e l'art. 13 del decreto Bersani vanno nella direzione di una corretta esternalizzazione. Sul piano analitico, ai fini di una ricognizione empirica delle esternalizzazioni in Italia, può essere utile una mappatura attraverso un piano cartesiano che indichi, sull'asse delle ascisse il livello di internalizzazione di una attività, sull'asse delle ordinate la natura giuridica o materiale dell'attività stessa. Sintetizzando al massimo può osservarsi che le funzioni pubbliche in senso proprio, quelle più vicine al vertice del piano cartesiano, dovrebbero essere mantenute all'interno, allo Stato. Quelle più lontane dal vertice, invece, perlopiù relative ad attività materiali, possono essere oggetto di esternalizzazione. Anche in relazione al procedimento, sul piano concettuale non ci sono ostacoli alla esternalizzazione della fase istruttoria o anche della decisione di irrogazione di sanzioni, laddove la decisione abbia carattere vincolato. L'unico momento che non può essere esternalizzato è quello che riguarda l'esercizio di poteri decisionali, ovvero quello che comporta la comparazione e ponderazione di interessi. Oltre a quelli rappresentati graficamente sulle ascisse e sulle ordinate, un ulteriore elemento di struttura dovrebbe essere tenuto in considerazione al momento di esternalizzare: il controllo sull'attività esternalizzata da parte dell'amministrazione. Nell'ottica dell'analisi economica del diritto, esternalizzare significa contrattualizzare. La relativa scelta presenta dunque tutte le

difficoltà legate a monte alla redazione di un *contratto completo* e a valle alla gestione dei rapporti giuridici che con il contratto si instaurano. Tali difficoltà si riflettono inevitabilmente sul monitoraggio svolto dall'amministrazione sull'attività esternalizzata e vanno tenute presenti al momento di esternalizzare. Del pari rilevante è il rischio di *comportamenti opportunistici* da parte della controparte contrattuale, ovvero del soggetto al quale si esternalizza. Dal quadro tracciato emerge che per esternalizzare non è sufficiente che ricorra una ragione di efficienza economica: l'amministrazione deve essere capace sia di indicare *ex ante*, nei contratti, gli indici dei risultati da raggiungere, sia di procedere *ex post* alla verifica del rispetto di tali indici, ovvero del conseguimento dei risultati previsti.