

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FOGGIA

DIPARTIMENTO DI ECONOMIA

DOTTORATO DI RICERCA IN

MANAGEMENT E FINANZE

(XXVI CICLO)

***OUTSOURCING E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: LA
PROSPETTIVA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI ESTERNALIZZATI***

DOTTORANDA:

NATALIA ILARIA FARES

TUTOR:

CHIAR.MO PROF.

SALVATORE MONTICELLI

***Outsourcing* e Pubblica Amministrazione: la prospettiva dei servizi pubblici locali esternalizzati**

INDICE

Rilievi introduttivi

Capitolo I

La gestione dei servizi pubblici: *public governance* e principi ispiratori delle recenti riforme della Pubblica Amministrazione

1.1 L'evoluzione della logica di gestione dei pubblici servizi:

dall'approccio formalistico a quello economico-aziendale delle amministrazioni pubbliche

1.2 I pubblici servizi e il cambiamento del mercato: dal monopolio alla concorrenza

1.3 La “*nuova*” autonomia imprenditoriale della Pubblica Amministrazione: la privatizzazione “funzionale” e l'avvento di nuove soluzioni manageriali

1.4 Le diverse tipologie di esternalizzazione e di erogazione dei servizi

Capitolo II

I servizi pubblici esternalizzati: il contratto di “*outsourcing*”

2.1 La nozione di servizio pubblico tra teoria soggettiva ed oggettiva

2.2 L'operazione economica di outsourcing ed i suoi caratteri essenziali

2.3 Obiettivi, vantaggi e limiti dell'outsourcing

2.4 La qualificazione giuridica ed il quadro normativo di riferimento

2.5 L'unitarietà dell'operazione economica e la sospetta invalidità della c.d. “clausola di separazione”

2.6 Elementi tipici e clausole ricorrenti dell'operazione di *outsourcing*

Capitolo III

L'*outsourcing* strutturale e funzionale nella Pubblica Amministrazione

3.1.1 L'*outsourcing* strutturale

3.1.2 I consorzi

3.1.3 Il *project financing*

3.2.1 L'*outsourcing* funzionale

3.2.2 Il *facility management*

3.2.3 Il *leasing* operativo

3.2.4 Il *general contractor*

Capitolo IV

L'esternalizzazione dei servizi pubblici locali

4.1 Il servizio pubblico locale: definizione

4.2.1 L'esternalizzazione dei servizi pubblici locali: elementi definatori ed obiettivi perseguiti

4.2.2 Segue

4.3 I vantaggi del ricorso all'*outsourcing* nei servizi pubblici locali

4.4 I limiti e le criticità del ricorso all'*outsourcing*

4.5.1 Il ruolo dell'ente locale e del soggetto gestore nell'*outsourcing*

4.5.2 Le funzioni strategiche dell'Ente locale nel governo dei servizi pubblici

4.5.3 Le funzioni di natura manageriale-operativa

4.5.4 Segue

4.5.5 L'attività di controllo sui servizi esternalizzati

4.5.6 Il controllo a consuntivo

Capitolo V

L'*outsourcing* tra regole di mercato e libertà d'impresa: considerazioni conclusive

Considerazioni finali

Bibliografia

Rilievi introduttivi

I servizi pubblici locali rappresentano fattori fondamentali nel determinare la qualità della vita dei cittadini e l'assetto produttivo delle imprese; essi si caratterizzano quali prestazioni così pervasive ed irrinunciabili nella nostra società civile da assurgere a catalizzatori di crescita economica e sociale, a livello locale, nazionale ed internazionale. Le imprese di servizi pubblici locali, di medio-grandi dimensioni, si configurano come una realtà economica di proporzioni assai rilevanti sia per quanto riguarda il PIL del settore confrontato con quello della produzione industriale nazionale, sia per gli investimenti ed il valore aggiunto del settore che seguono tassi di crescita molto al di sopra di quelli dell'economia nazionale. Queste considerazioni, congiuntamente all'imprescindibilità che i servizi pubblici rivestono per il cittadino/utente (miglioramento della qualità della vita connesso al buon funzionamento delle istituzioni che non possono non essere virtuose, attraverso risposte certe e tempestive) giustificano la sempre maggiore attenzione, negli ultimi anni, da parte di politici, operatori, studiosi (giuristi, economisti pubblici, aziendalisti). Il tema di studio è qui affrontato nell'ottica della pubblica amministrazione e, in particolare, dei Comuni. Ad un esame iniziale delle riforme che hanno interessato, sotto la spinta di tendenze innovative, la pubblica amministrazione attraverso processi di modernizzazione inerenti l'erogazione di servizi pubblici (capitolo I), segue uno specifico approfondimento della formula gestionale in *outsourcing* o esternalizzazione, vale a dire l'affidamento all'esterno di funzioni proprie dell'amministrazione (non strutturali) volto ad aumentarne la flessibilità organizzativa, garantire il contenimento dei costi e la proficuità dei risultati (capitolo II).

Appare opportuno, in tale sede, premettere che il settore dei servizi pubblici, soprattutto locali, è stato investito da tempo da una ipertrofica produzione normativa ispirata dalla volontà sia di assicurare efficienza, qualità e quantità maggiori dei servizi erogati, sia di assecondare un processo di liberalizzazione del mercato, anche sotto la spinta del diritto

comunitario, che comportasse un maggiore rispetto delle regole della concorrenza. Si è assistito, così, ad un susseguirsi caotico di riforme e “controriforme” riguardanti i modelli organizzativi e le modalità di affidamento dei servizi stessi. In tale contesto, le forme di gestione dei servizi stessi oscillano tra i modelli tradizionali, i modelli dell'*in house providing* e di *outsourcing*. In particolare, oggetto del presente lavoro è l'*outsourcing* nei suoi aspetti qualificanti, nelle sue potenzialità e nei suoi limiti. L'amministrazione può, dunque, instaurare rapporti nei quali, pur non agendo come mero operatore economico, attua i propri compiti istituzionali sottoponendoli ad un regime contrattuale sostanzialmente privatistico. L'uso del contratto, in luogo del provvedimento, costituisce un nuovo modo di regolazione degli interessi, soprattutto in considerazione di particolari esigenze di settore, rispondenti, per lo più, ad esigenze di opportunità, da compiersi caso per caso, in presenza di presupposti stabiliti in via generale. Segue, poi, l'analisi del tema delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali, con peculiare interesse verso quelli a rilevanza economica, in una ottica di interpretazione delle esigenze della comunità di riferimento, di individuazione dei servizi più idonei a soddisfarle, di scelta delle modalità di gestione più opportune e delle forme di indirizzo e controllo dell'attività dei *provider*. Si approda, successivamente, allo studio delle forme di *outsourcing* strutturale e funzionale nella Pubblica Amministrazione (capitolo III), per poi passare ad affrontare il tema relativo al governo degli affidamenti in *outsourcing* da parte, in particolare, dei Comuni, sia sotto il profilo strategico (pianificazione, controllo e responsabilità politica rispetto alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali), sia sotto il profilo manageriale-operativo (programmazione delle esternalizzazioni; passaggio dal controllo tipico della gestione diretta – controllo di gestione- al “controllo del gestore”) (capitolo IV).

Infine, si delineano delle conclusioni con riguardo alla efficienza produttiva e alla efficacia sociale delle gestioni in *outsourcing* nell'esperienza delle amministrazioni locali (capitolo V).

Capitolo I

La gestione dei servizi pubblici: *public governance* e principi ispiratori delle recenti riforme della Pubblica Amministrazione

1.1 L'evoluzione della logica di gestione dei pubblici servizi: dall'approccio formalistico a quello economico-aziendale delle amministrazioni pubbliche

Le forme organizzative dei servizi pubblici sono state tradizionalmente predefinite in modo tipico, dalla legge o in base alla legge, sul presupposto che il modello legale assicuri il conseguimento effettivo degli obiettivi ai quali l'istituzione del servizio è rivolta. Se anche sono esistiti, da sempre, tipi di servizi che presentano una prevalente utilità per i singoli individui, in genere, tradizionalmente, i servizi, sono stati individuati in corrispondenza all'utilità collettiva e ciò ha comportato che la loro produzione e la loro erogazione siano state affidate, sin dall'inizio, a regole diverse da quelle di mercato. Si è trattato di forniture di solito condizionate da fallimentari procedure formali, operanti in regime di quasi monopolio legale, che hanno risentito in minima misura del vincolo dell'equilibrio economico. Si è venuto così ad instaurare, nel tempo, un assetto gestionale assolutamente inidoneo caratterizzato da una regolamentazione troppo vincolistica dell'attività, da una obsolescenza della tecnologia, da una mancanza di confronto o concorrenza che ha addormentato gli stimoli al miglioramento, da una burocratica selezione dei bisogni, da un mancato aggiornamento dei servizi disponibili e dagli assetti istituzionali di gestione. Tutte caratteristiche intrinseche, queste, che hanno portato progressivamente al prevalere di una logica di gestione che ha finito per disattendere la soddisfazione dell'utente finale, determinando gravi disfunzioni ed un profondo divario tra le attese circa la qualità del servizio e la qualità effettiva del servizio offerto.

Ne è derivata la crisi della corrispondenza tra natura dei servizi e forma giuridica di gestione: in una situazione economica

caratterizzata da straordinarie innovazioni tecnologiche, organizzative, istituzionali, la teoria dei servizi non poteva continuare a fondarsi su assunzioni statiche, fuori dal tempo, che presuppongono strutture e tecniche date. La migliore dottrina, anche la meno recente, non ha mai qualificato l'attività amministrativa come semplice esecuzione o attuazione del comando legislativo, ma come risposta alle avvertite esigenze della collettività per aumentare il benessere, interprete dei bisogni e tesa alla loro realizzazione¹. È la carta costituzionale, letta nel suo insieme², che designa l'amministrazione come "funzione" e non come "potere" ed è la società, e non il potere politico, che determina ciò che in un certo contesto storico e sociale deve essere realizzato e quali esigenze vanno affrontate e risolte. Assume importanza non tanto il fatto che sia l'amministrazione a prestare direttamente il servizio ma che ne assicuri il godimento; il che può avvenire anche in regime di concorrenza di mercato, non più riservati alla gestione pubblica o pubblicamente improntata. Tali considerazioni, stante la denunciata crisi del modello gestionale pubblico, hanno assunto via via, nel corso degli anni, crescente rilevanza ed hanno portato le aziende pubbliche, anche se solo a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, ad essere interessate da una rivoluzione culturale, economica e sociale inevitabile. Di qui espressioni come "aziendalizzazione" e "*New Public Management*" riferite alla pubblica amministrazione, che palesano l'esigenza, in linea con il principio di "buon andamento" di cui all'art. 97 Cost., anche per l'azienda pubblica al pari di quella di ogni altra azienda, di raggiungere e preservare un equilibrio economico a valere nel tempo e di attuare una gestione che, pur non ispirata da finalità di profitto (come, invece, quelle delle imprese private), sia orientata alla creazione di valore economico-sociale, alla realizzazione di un equilibrio fra risorse consumate ed utilità prodotte

¹ BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 494 ss.; *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *JUS*, 1999, p. 867. Particolare riflessione meritano le posizioni di ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, *Teoria generale*, Milano, 1956, e di ZANOBINI F., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, Milano.

² V. ESPOSITO C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini* in *La Costituzione Italiana*, Saggi, Padova, 1954.

(obiettivo di efficienza) e al soddisfacimento delle esigenze della collettività (obiettivo di efficacia).

Il modello aziendale dovrebbe consentire il passaggio da un'amministrazione autoreferenziale, che procede per atti, ad una che è davvero orientata a soddisfare i bisogni della collettività, producendo servizi utili. L'implementazione dei criteri economico-aziendali nella pubblica amministrazione non contrasta né con gli obiettivi di socialità ed equità, né con i principi di "buon andamento" e "imparzialità" (art. 97 Cost.) che, coerentemente al sentire comune ed anche alla luce del dettato costituzionale, dovrebbero sempre ispirarne l'azione³. Al contrario, riempie i principi di contenuti e favorisce il conseguimento degli obiettivi. Nel momento in cui efficienza ed efficacia assurgono a criteri-base nel guidare la gestione della "cosa pubblica", essi prendono il posto degli interessi di parte, delle logiche clientelari, scongiurandone il prevalere sugli interessi collettivi e dando così concreta attuazione al principio di "imparzialità". Il principio di economicità, poi, nella sua dimensione di efficacia, non rappresenta un ostacolo per il conseguimento degli obiettivi sociali, ma viceversa lo strumento. Tali obiettivi, inoltre, non contrastano nemmeno con il criterio di efficienza. La crescita economica e sociale dell'intera collettività non può realizzarsi attraverso la dissipazione delle risorse collettive, ma solo attuandone una gestione virtuosa, orientata alla massima realizzazione delle proprie finalità. L'amministrazione si sta, così, lasciando investire da una cultura nuova, nell'ambito della quale deve far emergere non soltanto la sua capacità di predisporre atti legittimi e formalmente corretti, di gestire i procedimenti garantendone la trasparenza ed il rispetto dei precetti legislativi, ma deve preoccuparsi anche degli effetti che gli atti producono ed assicurarsi che gli obiettivi astrattamente enunciati siano conseguiti, cioè che i bisogni siano realmente soddisfatti. Da un'amministrazione che procede soltanto per atti si va, ormai in maniera sempre più marcata, verso un'amministrazione che assume come riferimento i risultati da

³ Cfr. FAERNETI G., *Aspetti gestionali, organizzativi ed economico aziendali*, Brescia, p.56. Più in generale, sul cambiamento culturale necessario affinché la riforma in chiave economico-aziendale della pubblica amministrazione si compia, si veda BORGONOVÌ E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano.

conseguire e conseguiti. Sul fronte della gestione del personale e della ripartizione di compiti e funzioni, l'applicazione dei criteri aziendali alla pubblica amministrazione richiede inevitabilmente la transizione da un approccio burocratico ad un approccio manageriale. Di qui la necessità per l'amministrazione, nell'ottica di questa nuova dignità della funzione pubblica, di affrontare anche il problema di una formazione professionale adeguata del proprio personale, di cui sino ad ora si sono preoccupati soltanto in pochi: il passaggio dalla figura del "burocrate" a quella del *manager* richiede nuove professionalità che sino ad ora sono mancate o non sono state sufficientemente sviluppate o sono risultate esclusivamente legate alle capacità individuali di assolvere correttamente un determinato compito. Nell'ambito di tali tendenze innovative, le funzioni di indirizzo e controllo strategico devono essere separate dall'attività di gestione; gli organi politici, da un lato, e i dirigenti a capo della struttura operativa (nei suoi diversi livelli), dall'altro, devono focalizzarsi ciascuno sulle proprie funzioni, in un clima di comunicazione e collaborazione, ma nel rispetto della reciproca autonomia. Tematiche quali autonomia, responsabilizzazione di ciascun dipendente per lo svolgimento dei propri compiti, pianificazione strategica degli obiettivi e controllo dei risultati, unitamente alla necessità che l'amministrazione operi secondo efficienza, efficacia ed economicità rappresentano proprio le fondamenta del *New Public Management*. Anzi, vi è di più. Oggi si assiste ad una vera e propria reinterpretazione dei predetti concetti in una logica allargata, che non ne esaurisce la portata all'interno della pubblica amministrazione, ma la estende ai rapporti fra pubblica amministrazione e cittadini. Complessivamente tutto converge su un unico tema: la *Public Governance*. Con l'espressione *Public Governance* (posta in contrapposizione al tradizionale approccio di *Government*), la letteratura più recente vuole indicare la capacità della pubblica amministrazione di muoversi verso nuovi assetti istituzionali, ruoli e modalità di azione che, rispetto al passato, siano maggiormente incentrate sulla cooperazione fra attori pubblici e privati, sulla collaborazione fra soggetti istituzionali distinti in vista della realizzazione di fini condivisi, su una partecipazione più

immediata e diretta dei cittadini e della società civile alle scelte collettive ed alla loro implementazione⁴.

Tale logica non si pone in contrasto con il *New Public Management*, ma ne costituisce il naturale sviluppo.

In questa più ampia prospettiva, le tematiche (caratteristiche del *New Public Management*) dell'autonomia fra i diversi organismi e livelli istituzionali, della rispetto separazione fra politica e gestione, della conseguente responsabilizzazione di ogni "attore pubblico" rispetto all'economicità della propria azione e al grado di raggiungimento dei correlati obiettivi vengono rimarcate in relazione ai concetti di trasparenza dell'amministrazione pubblica e di rendicontazione dei suoi risultati, non solo nei rapporti interni alla pubblica amministrazione (fra diversi organismi, fra dirigenti e politici), ma anche in funzione di una compiuta e sistematica informazione ai cittadini. Il principio del controllo si riempie, così, di ulteriori contenuti con riferimento alla partecipazione democratica dei cittadini alle scelte della pubblica amministrazione, che si esplica, appunto, anche attraverso una puntuale e trasparente rendicontazione alla comunità civile degli obiettivi, dei contenuti e dei risultati dell'azione pubblica (*accountability*). Il fulcro si sposta, quindi, dal livello di singola amministrazione pubblica e di sistema di aziende e di organizzazione pubbliche a quello di *governance* relativo al sistema socio economico complessivo, in cui la pubblica amministrazione è responsabile delle performance di un sistema complesso di organizzazioni (Stato, mercato e società civile).

1.2 I pubblici servizi e il cambiamento del mercato: dal monopolio alla concorrenza

Tradizionalmente in molti paesi industrializzati europei, inclusa l'Italia, vi era uno stretto binomio azienda pubblica-monopolio, dove l'esercizio dell'attività produttiva avveniva ad opera di grandi aziende

⁴ Sulla nozione di *public governance*, anche in chiave transnazionale, si vedano, su tutti, i seguenti contributi: BORGONOV E., *Ripensare le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2004; ID., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2005; CRISTOFOLI D. – TURRINI A. – VALOTTI G. (a cura di), *Da burocrati a manager: una riforma a metà*, Milano, 2007; DE MAGISTRIS V., *La public governance in Europa*, Roma, 2004; PANOZZO F., *Pubblica amministrazione e competitività territoriale. Il management pubblico per la governance locale*, Milano, 2005; VALOTTI G., *Management pubblico*, Milano, 2005; ZANGRANDI A., *Autonomia ed economicità nelle aziende pubbliche*, Milano, 1994.

di proprietà pubblica (totale o comunque prevalente) ed il controllo della struttura del mercato era una esclusiva di queste aziende, inibendo così l'esplicitarsi delle forze e dei meccanismi della concorrenza. Tale regime monopolistico ha rappresentato per un lungo periodo un percorso, pressoché obbligato per le aziende pubbliche in virtù di ragioni economiche-tecniche e politico-sociali⁵. Le prime legate ai vantaggi tipici delle situazioni di monopolio naturale date⁶: dall'esistenza di economie di scala, per cui un monopolista riesce a servire tutto il mercato a costi minori di quanto potrebbero fare due o più imprese; dal manifestarsi di economie di integrazione verticale, per cui la grande impresa presente in tutte le fasi del processo gode di vantaggi in termini di costi; dal superamento di problemi di ordine tecnico inerenti al coordinamento delle reti; nel passaggio da un operatore all'altro. Le seconde ragioni si concentrano sulla necessità di tutelare le classi meno abbienti e di garantire un equo accesso ai servizi pubblici a tutta la collettività⁷. Tale indirizzo delle amministrazioni pubbliche è continuato fino agli anni '70 e '80, quando, in seguito al raggiungimento dei risultati gestionali non sempre appaganti, si cominciava ad avvertire la necessità di ristrutturare un settore che da anni registrava una situazione di disavanzo dei conti pubblici ed in cui le aziende mostravano delle difficoltà nel soddisfare i bisogni dell'utenza. Il processo di riforma del mercato dei servizi pubblici, in atto in Europa, costituisce il risultato di una serie di cambiamenti indotti, come detto, da diverse forze economiche e sociali che trovano la loro rappresentanza sia in soggetti pubblici e privati, istituzionali e non possibilmente riconducibile dall'Unione Europea, ai singoli Stati membri e alle imprese pubbliche e private operanti nel settore – sia riferimento a fenomeni quali la globalizzazione ed informatizzazione dei mercati. L'Unione Europea, specie nella sua componente rappresentata dalla Commissione, a partire dalla metà degli anni

⁵ Cfr. PROSPERETTI L., *Monopolio, concorrenza e regolazione: i pubblici servizi in un mercato che cambia*, in *Economia e politica industriale*, n. 80, 1998, p.226.

⁶ I tipici esempi di monopoli naturali erano quelli legati alla realizzazione di infrastrutture: rete ferroviaria, rete stradale ed autostradale, rete per la distribuzione dell'acqua, del gas, dell'elettricità, porti, aeroporti, ecc.

⁷ Cfr. MELE R., *Economia e gestione delle imprese di pubblici servizi: tra regolamentazione e mercato*, Cedam, Padova, 2003, p. 19 ss.

ottanta, ha emanato numerose , le cui linee guide erano orientate alla creazione di un mercato dei servizi pubblici di tipo concorrenziale, con la consapevolezza di rendere più efficiente il sistema economico nel suo complesso⁸. Le direttive europee sono state determinanti per la creazione di un quadro di riferimento comune, anche se era lasciata autonomia di applicazione ai singoli stati membri, producendo scenari non uniformi ma coerenti con le linee di politica industriale nazionali. Le rispettive leggi di recepimento degli stati membri hanno inciso in maniera notevole sul mutamento del settore indagato attraverso l'introduzione di modelli organizzativi che prevedono l'apertura del mercato a forme di concorrenza (*liberalizzazione*) e la trasformazione proprietaria degli enti di gestione e delle infrastrutture (*privatizzazione*). Le imprese pubbliche e private operanti nel settore dei servizi pubblici attraverso il loro adeguamento alle regolamentazioni statali, completano il quadro dei protagonisti del cambiamento del settore. Infatti, le spinte verso forme di *liberalizzazione* hanno determinato l'evoluzione verso strategie di espansione territoriale, sia all'interno che all'esterno degli Stati di appartenenza. L'obiettivo della liberalizzazione è quello di creare mercati dei servizi pubblici aperti e contendibili, in cui, ferma restando la responsabilità politica degli Enti rispetto alle condizioni di erogazione delle prestazioni, sia possibile alimentare una gestione di tipo imprenditoriale e la trasformazione dei cittadini da potenziali utenti, vincolati ad un unico fornitore, in potenziali clienti, liberi di scegliere nell'ambito di un'offerta concretamente pluralista. Pertanto, si può affermare, che i fenomeni indagati, in presenza di un maggior numero di produttori tale da garantire più efficacemente l'efficienza dei mercati e la tutela dell'interesse dell'utente/cliente, hanno spostato la tendenza a privilegiare un orientamento alla produzione piuttosto che al mercato stesso. La rimozione dei vincoli legali alla produzione ed alla distribuzione, però, può non essere sufficiente allo scopo. La pluralità

⁸ Con l'approvazione del Trattato di Amsterdam è stato introdotto l'art. 16 che riconosce il carattere fondamentale dei servizi di interesse economico generale in relazione ai valori comuni dell'Unione Europea ed all'obiettivo della coesione sociale e territoriale, determinando una diversa connotazione del modello economico e sociale europeo rispetto a quello statunitense, derivante dall'esigenza che gli Stati assicurino ai loro cittadini servizi pubblici di elevata qualità e a prezzi accessibili.

dell'offerta, infatti, rischia di essere comunque compromessa dalle condizioni di monopolio naturale che non raramente caratterizzano i mercati dei servizi pubblici. In questo secondo caso, gli obiettivi di liberalizzazione richiedono una azione congiunta su più fronti. In primo luogo, si tratta di procedere alla assegnazione della proprietà delle *essential facilities* a un soggetto che si obblighi a garantire l'accesso, a condizioni non discriminatorie, a chiunque sia impegnato nella erogazione dei correlati servizi. Dal lato della gestione, invece, l'azione principale deve essere volta a rimuovere, ove possibile, tutti gli impedimenti alla concorrenza nel mercato, fra più operatori che si contendono le preferenze dei clienti. In alternativa, qualora tale forma competitiva sia irrealizzabile o economicamente poco conveniente, occorre ripiegare sulla promozione di meccanismi di competizione per il mercato, fra aspiranti gestori che periodicamente si contendono l'espletamento, in regime di esclusiva, di un determinato servizio, con riferimento ad un circoscritto ambito territoriale e a un predeterminato periodo di tempo.

1.3 La “nuova” autonomia imprenditoriale della Pubblica Amministrazione: la privatizzazione “funzionale” e l'avvento di nuove soluzioni manageriali.

Una delle questioni maggiormente dibattute nel corso degli anni Novanta è stata la privatizzazione di aziende ed attività pubbliche. Essendo un fenomeno complesso difficilmente inquadrabile in uno schema teorico di riferimento, risulta non agevole, anche per la vastità della letteratura in merito, dare una spiegazione esauriente sul significato del tema. Essa, comunque, in estrema sintesi, attiene alle modalità, agli strumenti ed alle forme giuridico-istituzionali attraverso le quali procedere alla razionalizzazione dell'intervento dello Stato in economia⁹. Parlare di privatizzazione delle amministrazioni pubbliche in senso lato, potrebbe far incorrere nell'errore di considerare che il soggetto pubblico, nella sua veste di “pubblico interlocutore/decisore”, lasci ampio spazio d'azione ai

⁹ Il fenomeno della privatizzazione è spiegato da Borghonovi, riguardo ai paesi occidentali, come “una generica riduzione dell'intervento e dello spazio decisionale dello Stato e di soggetti pubblici a favore di soggetti privati relativamente al funzionamento dell'economia e della società”. Cfr. BORGONOV E., *Voglia di privato o voglia di razionalità*, in *Azienda Pubblica*, n.2/3, 1992.

privati. Al contrario, in questo scenario i soggetti pubblici hanno a disposizione una serie di soluzioni organizzative ben più ampia e ricca rispetto al passato, che sia in grado di assicurare, accanto all'autonomia istituzionale, una nuova autonomia imprenditoriale che consenta di verificare e cogliere le migliori condizioni di mercato, non solo economicamente più vantaggiose. Il tutto per superare aree di criticità, *intra* e interaziendali, che coinvolgono anche soltanto segmenti che si possono prestare a modalità di integrazione con la partecipazione del privato, pur sempre in un'ottica di ottimizzazione dell'attività e del conseguente uso delle risorse. Com'è noto il termine privatizzazione può assumere diversi significati ¹⁰tra cui quello di *privatizzazione funzionale*, che consiste nell'utilizzo di energie e risorse del privato (tanto *for profit* che *no profit*) per l'assolvimento di compiti finali e strumentali che restano, viceversa, di competenza delle amministrazioni pubbliche nel perseguimento della loro finalità istituzionale¹¹.

L'espressione "privatizzazione funzionale", infatti, vuole proprio evidenziare la propensione della pubblica amministrazione a espletare i servizi pubblici mutuando gli strumenti e le logiche di gestione dalle imprese private. Tale propensione può manifestarsi, a sua volta, con intensità variabile. Da un lato, la pubblica amministrazione può conservare la gestione diretta di una data attività, orientandola però attraverso logiche economico-aziendali. Dal lato opposto, invece, può decidere di affidare l'espletamento della medesima attività a un'impresa privata, mantenendo su di essa solo una funzione di regolazione. Questa seconda alternativa, nota come esternalizzazione, pone particolarmente in risalto la vicinanza fra il principio di sussidiarietà orizzontale ed il concetto di privatizzazione, inteso quale forma di collaborazione tra intervento pubblico ed iniziativa privata nello svolgimento di servizi di

¹⁰ La privatizzazione può essere: *formale* (trasformazione della natura giuridica e non della proprietà da pubblica a privata), *sostanziale* (trasferimento della proprietà dal soggetto pubblico al privato), *funzionale* (trasferimento a soggetti privati di compiti di gestione, mantenendo, in capo al soggetto pubblico, il potere di indirizzo e di controllo strategico), *indiretta* (introduzione di logiche e principi di gestione manageriale all'interno delle amministrazioni pubbliche). Cfr. POPOLI P., *I processi di Privatizzazione*, a cura di Mele R., *op. cit.*, Cedam, Padova, 2003, p.130.

¹¹ Sulla nozione di privatizzazione funzionale si rinvia, *ex plurimis*, a DOSSENA G., *Le privatizzazioni delle imprese. Modalità, problemi e prospettive*, Milano, 1990, p. 26 ss.

particolare rilevanza economica e sociale. L'affidamento all'esterno di determinati servizi o funzioni in precedenza di competenza dell'organismo pubblico (tramite *contracting out*) si differenzia da altre forme di decentralizzazione cui la Pubblica Amministrazione può ricorrere¹². Si sviluppano così forme negoziali che nel mondo esterno sono da tempo in uso sotto il nome di *global service*, *project financing*, *leasing* operativo e nascono rapporti contrattuali che vanno oltre il rapporto di scambio e consolidano esperienze di tipo societario e consortile. Si ricorda, a titolo esemplificativo, i contratti misti di servizi e lavori, di forniture e servizi e veri e propri rapporti di *partnership* con soggetti privati volti anche a far acquisire all'amministrazione conoscenze, esperienze e risorse finanziarie idonee a migliorare l'efficienza e la qualità del servizio. E' in questo contesto che possono attivarsi convenzioni tra pubblico e privato per lo svolgimento in forme integrate di opere e servizi e vengono in vita società con capitale misto. Pertanto, la tendenza ad assumere e fare proprie metodologie e tecniche sviluppate nel settore privato si diffonde nel settore pubblico, mutuando e facendo proprio il patrimonio di esperienza e saperi maturato nei settori che per primi hanno dovuto affrontare il processo di cambiamento.

Il ricorso alla gestione esterna è il risultato di un' analisi scrupolosa dell'organizzazione interna e delle sue capacità rispetto alle esigenze ed alle risorse, di uno studio approfondito dei processi produttivi e dell'individuazione del loro costo. Quando l'amministrazione si orienta verso soluzioni di *outsourcing* intende perseguire un recupero di efficienza per le attività che presentano un valore aggiunto contenuto e un recupero di flessibilità nella gestione dei costi. Si sostituiscono, così, strutture interne particolarmente rigide con un fornitore esterno, nell'intento di ricollegare la struttura dei costi all'impiego effettivo di un determinato fattore, il che procura proficuità anche in termini di qualità. L'amministrazione, dunque, sceglie di concentrare le proprie energie soltanto su ciò che "riesce a fare meglio": con ciò stesso acquisisce un vantaggio in termini di

¹² In dottrina si distinguono tre forme di decentralizzazione: *contracting out* (in cui l'interlocutore Dell'Ente pubblico è un organismo imprenditoriale pubblico o privato); *partnership* (in cui si verifica un processo di cooperazione tra pubblico e privato); *contracting in* (l'affidamento della gestione di alcuni servizi ad altri istituti pubblici). Cfr. REBORA G., MENEGUZZO M., *Strategia delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 1990.

capacità di soddisfazione dei propri utenti e fruitori. La concentrazione delle risorse sulla missione principale che costituisce la ragione d'essere della struttura organizzativa e l'affidamento al terzo esterno di altre attività e di servizi devono risultare convenienti, anche economicamente, e possono avvenire soltanto se sono stati prevalentemente predisposti procedure di selezione e strumenti contrattuali adeguati nei quali, oltre alla dettagliata definizione del servizio affidato, siano previsti controlli a garanzia del livello qualitativo della fornitura e trasparenza sulle modalità operative.

1.4 Le diverse tipologie di esternalizzazione e di erogazione dei servizi

Quanto sin qui affermato in merito all'inquadramento generale del problema delle esternalizzazioni in ambito pubblico non deve far passare in secondo piano il fatto che procedure, vincoli, problemi e soluzioni in diversi casi possono evidenziare differenze anche molto significative in relazione ai diversi segmenti di attività che possono essere esternalizzati. Per questa ragione, occorre *in limine*, e prima di passare all'analisi approfondita dell'istituto negoziale dell'*outsourcing*, offrire una seppure generalissima catalogazione delle diverse possibili esternalizzazioni in relazione alla natura dell'attività esternalizzata, che tenga conto delle specificità dei compiti delle pubbliche amministrazioni, che sono erogatori di servizi pubblici, ma anche enti di governo di un territorio e dei soggetti, pubblici e privati, che in esso agiscono. Se per l'impresa privata l'esito finale dell'attività di esternalizzazione è valutato dalla risposta del mercato, e si traduce in maggiore o minore redditività per il capitale di rischio, o mantenimento e miglioramento della posizione competitiva, gli effetti dell'esternalizzazione nei soggetti pubblici possono essere sostanzialmente diversi in relazione alla natura dell'attività cedute all'esterno. Da un lato, infatti, essa impatta sulla qualità dei servizi erogati; dall'altro, può influenzare la capacità di continuare a esercitare la propria missione di governo. A differenza delle imprese private, che erogano servizi, le pubbliche amministrazioni sono chiamate infatti a esercitare un ruolo nel quale convivono queste due "anime"; ciò porta alla necessità di verificare,

in corrispondenza dell'avvio di un'esternalizzazione, come questa decisione impatti su entrambe (Vetritto 2004). Diventa, per questo, cruciale una differente valutazione dell'effetto dell'esternalizzazione sull'efficienza ed efficacia dell'azione pubblica a seconda della natura dell'attività esternalizzata. È di tutta evidenza, infatti, che dalla scelta di esternalizzare un'attività che sia manifestazione di potestà pubblica (ossia di una funzione amministrativa) discendano problemi ben differenti (quanto al peso dei vincoli, alla ampiezza delle problematiche e delle implicazioni) rispetto al caso in cui la scelta ricada su una attività di prestazione a carattere "industriale" (ossia di un servizio pubblico), come anche a quello in cui si esternalizzi una attività a carattere di autoamministrazione. In ognuno di questi casi, vanno analizzati accuratamente i diversi aspetti della gestione, operativa e strategica, che conseguono alla decisione. A questi fini, assume particolare importanza la distinzione fra esternalizzazioni di funzioni ed esternalizzazione di servizi pubblici, in particolare per la diversità dei vincoli giuridici derivanti, ma anche quella tra servizi destinati ai cittadini e servizi destinati a garantire il funzionamento dell'amministrazione. A quest'ultimo proposito, infatti, nel primo caso, relativo ai servizi finali, la funzione oggetto di esternalizzazione coincide con l'erogazione di un servizio agli utenti, o clienti, dell'amministrazione. In questo caso il fornitore si sostituisce all'ente pubblico nel rapporto diretto con il pubblico, assumendo la gestione del servizio erogato. Il primo effetto dell'esternalizzazione è per questo la separazione dei ruoli di gestore e controllore del servizio, che precedentemente facevano capo, in modo indistinto, all'ente pubblico. In questo modo, la responsabilità dell'erogazione del servizio viene ridistribuita fra i due soggetti. L'esito che si vuole raggiungere coincide in primo luogo con il rafforzamento della capacità di controllo strategico da parte dell'amministrazione. È, infatti, ampiamente condivisa l'opinione di come la coincidenza nello stesso soggetto dei due ruoli (controllato e controllore) possa portare a una diminuzione della capacità di gestione del servizio erogato. Se la finalità è, dunque, potenziare la responsabilità politica e il potere di indirizzo dell'amministrazione pubblica, la scelta di esternalizzare deve essere accompagnata dalla creazione di un sistema di strumenti

che ne supportino e guidino l'implementazione. Si fa riferimento, qui, alla necessità di introdurre meccanismi di controllo, di definire un sistema di incentivi, vincoli e strumenti correttivi: in breve, alla necessità di definire il rapporto contrattuale che legherà amministrazione pubblica, come *buyer*, e soggetto esterno, *provider* del servizio. Assume, in questo quadro, grande importanza la possibilità di sviluppare, all'interno dell'amministrazione pubblica, le competenze in grado di gestire in un'ottica strategica, e non solo formale, il rapporto con il fornitore. La capacità di implementare un sistema contrattuale di controllo si combina per questo con la capacità di attuare una reale cooperazione con soggetti esterni, in particolar modo combinando gli interessi del soggetto che assume l'incarico con gli interessi dell'amministrazione, non sempre coincidenti. Le criticità di questa tipologia di esternalizzazione sono per questo riconducibili a più aspetti, formali e sostanziali, del rapporto rappresentati dalla capacità di definire il rapporto contrattuale; dalla possibilità di costruire un sistema di clausole e vincoli, come di implementare un sistema di monitoraggio e controllo; dalla competenza dell'amministrazione nella valutazione strategica dei risultati conseguiti. A questi si aggiungono le criticità legate all'esistenza di un mercato dei fornitori in grado di soddisfare le esigenze dell'amministrazione. È questo, a ben vedere, il prerequisito fondamentale da verificare prima dell'avvio dell'esternalizzazione. L'esternalizzazione di un servizio finale all'utenza impone, dunque, una riflessione attenta sulle conseguenze strategiche e gestionali della scelta, in considerazione dell'impatto che essa ha sulla qualità e tipologia del servizio pubblico erogato, come delle implicazioni gestionali che ne conseguono, e che possono presentarsi, a loro volta, in un ventaglio di possibili casi. Si pensi ai diversi casi dei beni collettivi e dei beni privati. I primi sono caratterizzati dalla "non rivalità" del consumo, e non escludibilità dei benefici. In quanto tali, possono essere utilizzati contestualmente da più individui, senza che il consumo da parte di una persona ne precluda la fruizione da parte di altri. I secondi possono, invece, essere consumati solo individualmente: è possibile, in questo caso, escludere un individuo dal consumo. A seconda che il servizio o

l'attività oggetto di esternalizzazione rientri in una delle due tipologie, diverso sarà l'impatto, soprattutto in termini di valutazione economica, sulla regolamentazione dei rapporti fra amministrazione pubblica e soggetti incaricati dell'erogazione e vendita dei servizi agli utenti. A loro volta diverse sono le implicazioni dell'esternalizzazione di servizi intermedi, strumentali o di supporto. Questa casistica, rispetto a quella appena descritta, porta potenzialmente con sé criticità qualitativamente diverse, ma forse perfino maggiori, in quanto l'esternalizzazione si inserisce in un percorso complesso, e si integra con lo schema di funzionamento dell'amministrazione. Una breve schematizzazione del sistema di erogazione di un servizio può aiutare a comprendere quale possa essere l'impatto di questa scelta. Nella descrizione di un sistema di erogazione di un servizio è possibile distinguere fra servizi centrali e periferici. I primi costituiscono l'oggetto principale della prestazione; i secondi, distinguibili in fondamentali o accessori, ne rendono possibile la produzione, aumentandone al tempo stesso il valore aggiunto.

I servizi periferici fondamentali coincidono per questo con tutte le attività che sono indispensabili all'erogazione del servizio centrale; i servizi periferici accessori sono invece riconducibili a tutte le attività che, non indispensabili, contribuiscono a differenziare il servizio, aumentandone la capacità di risposta a un bisogno. I servizi centrali coincidono con le linee di attività su cui si basa l'esistenza stessa dell'impresa, sia essa pubblica o privata: nel caso della pubblica amministrazione, è coerente far coincidere i servizi centrali con i servizi finali offerti agli utenti. Sono, insomma, i servizi in cui è possibile riconoscere la "missione" dell'ente pubblico. Esternalizzare servizi intermedi coincide, in questo quadro, con l'individuazione dei soggetti che saranno in grado di supportare al meglio lo svolgimento delle funzioni istituzionali proprie dell'ente pubblico. L'esternalizzazione di servizi intermedi impone quindi una riflessione sulle implicazioni non solo operative, ma anche strategiche, della scelta che viene effettuata. Si tratta, in questo caso, di comprendere quale sarà l'effetto sulla capacità dell'amministrazione di erogare prestazioni e servizi. La scelta di esternalizzare servizi strumentali fondamentali intacca, insomma, la sfera più vicina al *core business*

dell'amministrazione, portando con sé il rischio di forti ripercussioni sulla capacità di perseguire le finalità istituzionali. È per questo che le ragioni alla base della scelta di esternalizzare, soprattutto nel caso di attività e servizi intermedi, devono essere soggette a una attenta valutazione. Lo stretto legame che si instaura fra amministrazione e fornitore porta con sé in primo luogo implicazioni gestionali o contrattuali, riproponendo le problematiche affrontate nel caso dell'esternalizzazione di servizi finali. Cresce, al tempo stesso, l'esigenza di coordinamento fra l'attività svolta internamente ed esternamente, proprio perché le due devono essere integrate. Per questo, diventa ancora più rilevante la necessità di rendere partecipe tutta la struttura amministrativa delle finalità e della forma che assumerà il progetto: ciò sarà ancora più importante nel caso in cui si verificheranno integrazioni o trasferimenti di tecnologie, strumentazioni o personale fra le due imprese. Nel caso del ricorso a soggetti terzi per la fornitura di servizi intermedi, l'individuazione della rilevanza strategica delle funzioni oggetto di esternalizzazione può aiutare a comprendere quali saranno gli effetti, le criticità, le problematiche che dovranno essere affrontate. Ciò sarà rilevante per comprendere il tipo di dipendenza che si creerà fra i due soggetti; le competenze interne che dovranno essere sviluppate; l'effetto che si riverserà su efficienza ed efficacia; i requisiti necessari per pianificare l'attività; l'effetto sull'organizzazione interna. È per questo fondamentale distinguere le funzioni che supportano, in modo periferico, l'attività dell'ente pubblico, da quelle che ne caratterizzano fortemente l'azione. Questa notazione appare tanto più rilevante in considerazione della possibilità di riportare all'interno dell'amministrazione, in un futuro, le funzioni esternalizzate, come della opportunità di utilizzare questo strumento per far crescere, nel lungo periodo, le competenze e la capacità di intervento dell'amministrazione pubblica, attraverso la riorganizzazione e la focalizzazione sulle proprie capacità critiche.

Capitolo II

I servizi pubblici esternalizzati: il contratto di “outsourcing”

2.1 La nozione di servizio pubblico tra teoria soggettiva ed oggettiva

L'ordinamento giuridico non dà una definizione univoca e chiara di servizio pubblico; ciò ha determinato l'elaborazione di diverse tesi dottrinali in materia, tra le quali meritano di essere riportate la teoria soggettiva e quella oggettiva i servizio pubblico.

La teoria soggettiva¹³, sviluppata agli inizi del XX secolo in corrispondenza dei processi di nazionalizzazione e municipalizzazione dei servizi pubblici, focalizza l'attenzione sull'aspetto soggettivo dell'imputazione del servizio all'amministrazione. Essa prevede che elemento qualificante della nozione di servizio pubblico sia l'assunzione e la gestione, da parte di un pubblico potere, di una determinata attività. Pertanto, secondo questa corrente di pensiero, per servizio pubblico va inteso l'esercizio da parte di un soggetto pubblico – in modo diretto o attraverso articolazioni (quali le aziende autonome o mediante affidamento in concessione) - di un'attività imprenditoriale offerta in modo indifferenziato al pubblico. Tale impostazione ha subito prestato il fianco a numerose critiche. A contraddire la nozione soggettiva ci sono, da un lato, le attività d'impresa che l'amministrazione pone in essere nei settori più vari ma che spesso non hanno alcuna connessione con le finalità proprie dei pubblici servizi, e, dall'altro, le attività che hanno caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici ma che sono gestite dai privati e non da un'amministrazione.

La teoria oggettiva¹⁴ (NOTA ANTONIO pg. 22). All'impostazione originaria si è venuta quindi a contrapporre una ricostruzione oggettiva della nozione di pubblico servizio con l'intento di qualificare un'attività in base alla sua rispondenza alla pubblica utilità ed al pubblico interesse, e al controllo direttivo di un soggetto pubblico, a prescindere dal soggetto al quale è istituzionalmente collegata. In questo senso sembra potersi individuare nel pubblico servizio

¹³ Tra i principali sostenitori della teoria soggettiva si possono ricordare i seguenti autori: CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 927 ss.; DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in Aa. Vv., *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, VI, Milano, 1924, p. 6 ss.; MERUSI F., *Servizi pubblici*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1970, p. 218 ss.

¹⁴ In argomento si veda, su tutti, POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padona, 1964, p. 34 ss.

l'attività che si riferisce ai fini assunti dallo Stato e dagli enti locali territoriali come propri, in quanto rispondenti a esigenze di pubblica utilità. Secondo l'interpretazione più accreditata, tale concezione sembra trovare conferma anche nella Carta costituzionale, che ha chiarito come esistano attività qualificabili oggettivamente come servizi pubblici essenziali e che proprio in ragione della loro natura possono essere riservate o trasferite allo Stato o ad enti pubblici. Dal combinato disposto degli artt. 41 e 43 della Costituzione emergerebbe poi che per servizio pubblico deve intendersi, indipendentemente dal soggetto che la pone in essere, ogni attività economica, pubblica o privata, sottoposta ai programmi e ai controlli ritenuti dalla legge opportuni per indirizzarla e coordinarla a fini sociali. Ciò che è rilevante è dunque l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura, pubblica o privata, del soggetto titolare della stessa¹⁵. Tuttavia, anche la teoria oggettiva non è esente da critiche, sia per la sua eccessiva ampiezza sia per la sua ambiguità. Infatti, l'indeterminatezza delle fattispecie che possono essere ricomprese nella definizione finiscono per ricondurre nella nozione del pubblico servizio situazioni non omogenee, riducendo l'utilità e la giuridicità della categoria stessa. In una nuova prospettiva l'aspetto soggettivo è stato individuato non tanto nel momento della gestione, che come detto può essere affidata ai soggetti privati, quanto nel dato finalistico che caratterizza i servizi pubblici. Secondo questa impostazione, la nozione soggettiva risulta inadeguata se intesa nel senso tradizionale con riferimento alla gestione, mentre diviene attuale se si ricomprende l'assunzione del servizio tra i compiti dell'ente pubblico. In tale ottica, il servizio pubblico viene pertanto definito come attività che l'ente assume e considera propria nell'ambito dei compiti istituzionali, perché connessa all'esigenza di benessere e sviluppo della collettività, potendo, nel successivo momento della gestione, essere svolta da un soggetto terzo sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento da parte dell'amministrazione.

¹⁵ Tale impostazione ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., Sez. V, 6 giugno 1991; Cass., Sez. Un., 24 luglio 1989).

In conclusione, questa ricostruzione ritiene che il rilievo soggettivo del servizio pubblico non derivi dalla natura del gestore, ma dalla necessaria concorrenza, non in alternativa, delle seguenti circostanze: imputabilità o titolarità del servizio all'amministrazione pubblica che ha istituito il servizio o alla quale lo stesso è stato assegnato dal legislatore, finalità alle quali il servizio risponde perché è riferito alle esigenze della collettività e presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare determinate modalità di gestione¹⁶.

2.2 L'operazione economica di *outsourcing* ed i suoi caratteri essenziali

Premessi i brevi cenni storici ed economici sulla nozione di servizio pubblico, occorre ora delineare i tratti comuni dell'*outsourcing*, ben consci del fatto che, in assenza di una tipizzazione legislativa, la varietà delle fattispecie riscontrabili nella prassi preclude all'interprete la possibilità di una *reductio ad unitatem* del fenomeno. Tanto premesso, va detto che il termine inglese "*outsourcing*", composto dalla preposizione semplice "*out*" e dal principio presente del verbo "*to source*", tradotto in italiano significa "reperire la fonte di approvvigionamento delle risorse all'esterno". In questi termini descrittivi si è, peraltro, di recente, anche espressa la giurisprudenza della Cassazione¹⁷. Questa traduzione trova conferma nel significato che nella prassi del commercio ha assunto questo vocabolo ormai di uso corrente. Esso indica la tendenza degli imprenditori a trasferire all'esterno (o "esternalizzare" o "terzializzare", utilizzando i termini più diffusi tra gli operatori del settore), affidando in modo stabile a soggetti terzi, lo svolgimento di specifiche funzioni, attività o processi aziendali, o parti di essi, anche strategici o critici, e la piena responsabilità della loro corretta esecuzione sulla base di obiettivi di qualità concordati. In linea con questa definizione la teoria

¹⁶ In generale, per un'attenta ricostruzione delle diverse posizioni espresse in tema, si rinvia a PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

¹⁷ Cass. 2.10.2006, n. 21287, in *Guida dir.*, 2006, 42, p.52; per alcune definizioni fornite dalla giurisprudenza italiana cfr. Cass., sez. lavoro, 14 dicembre 2002, n. 17919, in *Foro it. Rep.*, 2002; Cass., sez. lavoro, 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.* 2003, I, p. 103; Cass., sez. lav., 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Foro it.*, 2003, I, p.104.

economica utilizza questo termine per indicare il processo di disintegrazione verticale della c.d. catena di creazione del valore di una data impresa i cui fornitori esterni assumono il controllo della gestione di uno o più anelli o fasi di cui questa si compone, in precedenza svolti internamente all'organizzazione dell'impresa stessa. Qualora la delega all'esterno della gestione delle funzioni delle attività o dei processi aziendali sia attribuita a un soggetto che opera in un paese diverso da quello del delegante è frequente riscontrare l'utilizzo del termine inglese "*offshoring*" (con la variante "*nearshoring*" qualora il paese estero sia limitrofo a quello in cui risiede l'impresa di quest'ultimo) e di quelli italiani "delocalizzazione" e decentramento".

Illustrata la definizione del termine "*outsourcing*" e rappresentato, da un punto di vista della teoria economica, come è nato e si è sviluppato l'omonimo fenomeno, si utilizza: il termine "*outsorcee*" per definire l'azienda che esternalizza o, meglio, l'imprenditore che delega all'esterno della propria organizzazione d'impresa una o più funzioni, attività o processi aziendali ed il termine "*outsourcer*" (o "*provider*", "*vendor*" o "*supplier*") per indicare l'impresa esterna erogatrice di servizio, meglio, il soggetto che prende in carico la loro gestione, volta alla realizzazione di economie di costo, allo sviluppo di professionalità e al miglioramento del livello qualitativo dei servizi. Nel settore pubblico questa espressione è talora impropriamente utilizzata quando, invece, ci si trova di fronte ad un appalto di servizi. Inoltre, non sempre accade che il beneficiario delle prestazioni eseguite dall'*outsourcer* sia l'*outsorcee* potendo essere anche un soggetto diverso da quest'ultimo (per esempio, suoi clienti o dipendenti). Ciò è frequente nel caso in cui a delegare all'esterno funzioni aziendali sia la pubblica amministrazione e i soggetti beneficiari dei servizi erogati dall'*outsourcer* siano i cittadini¹⁸.

¹⁸ Sul ricorso alla prassi dell'esternalizzazione da parte della pubblica amministrazione e sulle complesse questioni giuridiche che comporta, per ragioni di sinteticità, si rinvia il lettore ai lavori di TRIMARCHI F., *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'outsourcing nella pubblica amministrazione – Prime riflessioni*, in *Dir. ed econ.*, 2002, p. 1 ss.; PINTUS E., *La creazione di valore nelle relazioni impresa – P.A. Le scelte di gestione per il governo del contratto*, Milano, 2002; MASSARI A., *La strategia dell'outsourcing dal settore privato a quello pubblico: introduzione al facility management ed al global service*, in *Comune Italia*, 2002, p. 161 ss.

Quanto ai soggetti dell'*outsourcing*, bisogna tenere presente che le amministrazioni pubbliche hanno tradizionalmente svolto le loro produzioni di servizi finali:

- a) in *modo diretto*, assegnando una porzione delle risorse materiali ed umane già disponibili nell'ambito dell'amministrazione;
- b) in *modo indiretto*, cioè tramite la costituzione, *ex novo*, di un'azienda distinta dall'ente pubblico assegnando alla stessa specificamente la funzione economica primaria di realizzare determinate produzioni.

La prima delle ipotesi considerate, generalmente denominata *gestione in economia*, è una soluzione idonea allo svolgimento di processi produttivi molto semplificati che non richiedono particolari professionalità e/o ingenti investimenti, privi di significative autonomie, ed i cui risultati patrimoniali, finanziari ed economici si confondono con quelli della gestione complessiva delle amministrazioni pubbliche. Nel secondo caso, invece, si viene a costituire una diversa unità economica (azienda speciale, società di capitali, consorzio, istituzione, fondazione, ecc.), con soggetto giuridico pubblico o – più spesso – privato, dotata di autonomia dagli organi dell'ente, in misura più o meno ampia a seconda della veste giuridica prescelta, con proprio personale, conti annuali distinti da quelli dell'ente e, quindi, separate risultanze patrimoniali, finanziarie ed economiche. L'*outsourcing* dovrebbe comportare una relazione molto intensa tra committente e fornitore tanto da poter parlare di una *partnership* strategica. Tradizionalmente, il rapporto tra i due soggetti contraenti è sempre stato visto come conflittuale, basato sull'antagonismo delle due parti che pensano prioritariamente alla massimizzazione del loro interesse particolare (privato). Tuttavia, la teoria economica ha messo da tempo bene in luce che nel contratto sono evidenti anche altri due principi, quello di mutualità (è interesse comune firmare il contratto in quanto tutti coloro che firmano ritengono comunque di trarre un beneficio privato) e di ordine (in quanto siglato il contratto rende compatibile gli interessi privati delle parti, favorendo un equilibrio tra le parti cioè creando ordine). Pertanto, la deverticalizzazione produttiva che porta l'*outsourcing* permette la prevalenza di relazioni di *partnership* basate su scambi

durevoli non soltanto di merci contro denaro, ma anche di una serie di attività specifiche come lo sviluppo, la progettazione ed il controllo della qualità che il cliente ed il fornitore gestiscono attraverso dei contratti specifici. L' esternalizzazione di una qualsiasi funzione, attività o processo aziendale può essere realizzata con strutture assai diverse in funzione degli obiettivi che si intendono perseguire: dalla semplice erogazione di uno o più servizi (qualora l'obiettivo principale sia quello di realizzare semplicemente un vantaggio occasionale in termini di costi) alla realizzazione di complessi accordi di natura associativa tra i soggetti coinvolti (qualora si intenda raggiungere obiettivi qualitativi complessi)¹⁹. Gli elementi comuni sono: l'affidamento, da parte di un soggetto, della predetta funzione, attività o processo aziendale a un altro e l'erogazione da parte di quest'ultimo delle prestazioni necessarie alla sua gestione. L'impossibilità di ricondurre queste soluzioni a un unico schema astratto e l'inidoneità di qualsiasi categoria contrattuale tipica, singolarmente considerata, a esprimere nella loro totalità la pluralità degli interessi dell'*outsourcer* e dell'*outsourcee* impongono di ritenere che, nell'ipotesi in questione, ricorra un'operazione negoziale complessa o, meglio, "un'operazione economica", quale vera e propria categoria giuridica dotata di propria autonomia, sovraordinata alla qualificazione dei singoli tipi negoziali di cui si compone, tesa a regolamentare tra le parti una tecnica di gestione imprenditoriale, ove variamente si combinano, talvolta, ma non necessariamente, in un unico documento, diversi tipi contrattuali e prestazioni proprie di più tipi negoziali, a seconda delle concrete esigenze delle parti²⁰. Il ricorso ad essa ha l'obiettivo di cogliere l'assetto globale di interessi che determina l'agire dei predetti

¹⁹ Cfr. CANTONE L., *Outsourcing e strategie di creazione del valore*, p. 55 ss.

²⁰ Sulla nozione di operazione economica complessa si rinvia, *ex plurimis*, ai seguenti contributi: D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 11 ss.; GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 719-720; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in www.judicium.it; ID., *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 738 ss.; FERRANDO G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, p. 591 ss.

soggetti in relazione al risultato sostanziale che perseguono²¹. Pertanto, si devono necessariamente distinguere :

- l'operazione economica di *outsourcing*, intesa come schema unificante della sequenza composita di negozi giuridici che, pur caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa e conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti, attraverso lo strumento del collegamento negoziale, come funzionalmente collegati e volti a realizzare questa esternalizzazione; preposti, così, nel loro insieme al raggiungimento di un risultato complessivo, globale ed inscindibile che, dunque, trascende le finalità proprie di ciascun contratto che compone la fattispecie negoziale complessa;
- il singolo a mezzo del quale vengono erogati i servizi necessari alla gestione della funzione, dell'attività o del processo esternalizzato.

Il contratto di *outsourcing* è solitamente caratterizzato dalla previsione di termini pluriennali e riguarda una vasta gamma di prestazioni che il fornitore deve eseguire a favore dell'*outsourcee*: la definizione dell'oggetto dell'accordo viene di regola ripartita tra il corpo del contratto stesso e gli allegati tecnici. Nel primo sono individuate le categorie generali delle obbligazioni del fornitore, nei secondi la descrizione tecnica della varie attività, delle risorse e delle procedure²².

Il contenuto essenziale del contratto è costituito dall'oggetto, dagli *standard* qualitativi dei servizi, dal costo di ciascuno di essi, ossia dal corrispettivo per il fornitore, dalla durata e dal termine di preavviso per la disdetta che dovrà tenere conto sia della difficoltà che il committente potrà incontrare nel reperire un nuovo fornitore sia delle esigenze di remuneratività del fornitore. Il fenomeno

²¹ Sul concetto di operazione economica la letteratura è estremamente vasta. Si segnalano i lavori di PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970; SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; GABRIELLI E., *I contratti in generale*, in Rescigno P. – Gabrielli E., *Trattato dei contratti*, I, Torino, 1999, p. 719; COSTANZA M., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989.

²² Cfr. MAZZONI C., *La gestione in outsourcing dei servizi no-core*, in *Teme*, 10/2000; ROSSOTTO R., *Outsourcing: profili societari e contrattuali*, in *Atti del convegno: gestione mista dei servizi, pubblico, privato profit e no profit*, Roma, 2000.

dell'esternalizzazione è di vastissima portata: ed infatti, esso non solo comprende attività imprenditoriali volte alla realizzazione di beni o parti di essi, ma soprattutto, in ragione dello sviluppo preponderante nelle economie produttive del settore terziario, si rivolge allo sconfinato mercato dei servizi²³. Inoltre, il fenomeno non è legato solo ad alcuni particolari settori dell'attività aziendale eminentemente esercitata da privati ma, sempre più spesso, è divenuto un modello gestionale e di scelta strategica anche negli enti locali. E' quanto accade laddove essi scelgono di affidare la gestione di una serie di servizi a società a capitale interamente pubblico, senza ricorrere alle procedure di gara (cd. affidamento "in house"), esercitando, però, sull'affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui servizi erogati direttamente dalla P.A. La dottrina insegna che non tutte le attività dell'impresa sono esternalizzabili²⁴; in generale, si deve ritenere che vada circoscritto il ricorso all'esternalizzazione alle sole funzioni aziendali operative, benchè rilevanti, e non alle funzioni propriamente imprenditoriali, cioè attinenti alla direzione e supervisione dell'attività d'impresa (*core competences*)²⁵. Oggetto dell'attività delegata all'esterno possono essere prestazioni di varia natura, consistenti in un *facere* o in un *dare*, in conseguenza della funzione aziendale oggetto dell'esternalizzazione; prestazioni che, pertanto, possono inquadrarsi, a seconda dei casi, in quelle proprie dei contratti di appalto, d'opera o di consulenza, di somministrazione, di vendite etc. Dette prestazioni, peraltro, sono, per lo più, tra loro variamente e necessariamente combinate ed interdipendenti anche al fine del raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti dalle parti contraenti. In particolare, oggetto dell'accordo può essere:

²³ Per una ricognizione dei vari settori ove è più diffuso il ricorso all'outsourcing cfr., GIOIA G., *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corriere giur.*, n. 7, 1999, p. 899 ss.; ROSBOCH A., *Outsourcing* (Diritto privato), in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., agg., III, Torino, p. 995 ss., ma si veda, anche, per una serie di riferimenti, Aa.Vv., *I contratti di somministrazione di servizi*, a cura di R. Bocchini, Torino, 2006.

²⁴ Si distinguono aree aziendali core e no core e, nell'ottica della *lean organization* (dall'inglese letteralmente "organizzazione snella"), tutto ciò che non è *core business* si ritiene possa essere esternalizzato.

²⁵ Cfr. Cass. 2.10.2006, n. 21287, cit., ove si legge: "Nell'ambito del fenomeno dell'outsourcing possono comprendersi tutte le tecniche attraverso le quali l'azienda dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell'attività produttiva non legata al core business".

- una o più funzioni parti di un processo produttivo o di un'attività aziendale (questa fattispecie è definita "*selective outsourcing*" o, secondo altra letteratura, "*outsourcing funzionale*), o

- un'intera attività aziendale o un intero processo produttivo (in proposito si utilizzano, indifferentemente, le locuzioni "*full outsourcing*", "*total outsourcing*" o, ancora, "*outsourcing globale*"²⁶.

Il committente deve specificare l'attività che il fornitore dovrà svolgere, ma può anche indicare analiticamente i relativi processi, con definizione degli *standard* qualitativi che devono essere soddisfatti. In altre parole, il committente può scegliere tra garanzia del risultato, assumendosi il carico della difficoltà di integrazione tra le proprie attività interne e quelle esternalizzate; oppure agevolare la facilità di integrazione con il rischio del risultato a causa delle difficoltà di definire *standard* verificabili della prestazione. Con particolare riguardo, poi, alla pubblica amministrazione, in linea generale, l'esternalizzazione può avere ad oggetto:

a) servizi indiretti o di supporto, ovvero attività produttive il cui *output* è destinato a soddisfare in via immediata bisogni interni all'amministrazione e che, in via mediata, si pone come strumentale alla produzione del servizio diretto o finale. In questo caso non sembra possibile scrivere di esternalizzazione dei servizi pubblici in senso proprio.

b) Servizi diretti o finali, ovvero attività produttive il cui output è destinato a soddisfare in via immediata bisogni di soggetti esterni all'amministrazione, cioè i bisogni di famiglie ed imprese. In tal caso la dizione di esternalizzazione di servizi pubblici appare propria, almeno nella generalità dei casi.

Sempre con riguardo all'oggetto delle esternalizzazione, ferma restando che l'amministrazione non può esternalizzare una attività propria istituzionale, ancora più significativa appare la distinzione fra esternalizzazione di attività che sono più o meno prossime al *core business* dell'amministrazione. Tale distinzione è indipendente da quella proposta fra servizi diretti e indiretti. Infatti, lungo la catena della produzione del valore pubblico alcuni servizi indiretti possono

²⁶ GERVASI S., *Il fenomeno dell'outsourcing nell'Information Technology, in Outsourcing. I vantaggi di una scelta strategica*, Milano, 2006, p.209 ss..

assumere un rilievo strategico per il carattere di strumentalità che rivestono rispetto allo svolgimento di produzioni *core* dell'amministrazione. Inoltre, nel contratto può essere prevista la possibilità di includere nuovi aspetti delle prestazioni esternalizzate, soprattutto se non prevedibili al momento iniziale.

2.3 Obiettivi, vantaggi e limiti dell'outsourcing

Genericamente riconducibili all'esigenza di migliorare il processo di creazione del valore dell'impresa, le principali motivazioni che hanno indotto sino ad oggi al ricorso all'*outsourcing* da parte delle imprese non si discostano da quelle che muovono, in tale direzione, anche le amministrazioni pubbliche. In generale si tratta di ragioni appartenenti alla sfera economica, strategico-organizzativa e qualitativa-operativa della gestione. Le motivazioni di matrice economica fanno riferimento al contenimento dei costi di gestione, grazie alla realizzazione di economie di scala; alla riduzione del capitale immobilizzato e la trasformazione (e flessibilizzazione) della struttura dei costi, con conseguente variazione di alcuni costi fissi in variabili e la loro riduzione. Con riferimento a quest'ultimo profilo va osservato che in queste operazioni il corrispettivo dovuto all'*outsourcer* è commisurato a parametri volumetrici e, pertanto, consente di aumentare la quota dei costi variabili riducendo l'incidenza di quelli fissi con il conseguente miglioramento della struttura economica dell'*outsourcee*. Quando, invece, un'attività o un processo è svolto all'interno dell'*outsourcee*, i costi a esso relativi sono spesso dimensionati per far fronte a momenti critici (e, in particolare, ai picchi di domanda). In ultimo, un'ulteriore funzione positiva che può assolvere un'operazione del genere, tale da fungere da ulteriore elemento trainante verso un utilizzo più "forte" di tale forma di gestione, è il beneficio fiscale rappresentato, da un lato, dalla conseguente riduzione del costo del lavoro e degli ammortamenti iscritti nel bilancio dell'*outsourcee* e, dall'altro, dalla completa deducibilità per quest'ultimo dell'onere complessivo delle prestazioni erogate dall'*outsourcer*. Ciò, come è stato osservato da attenta dottrina, si concretizza in una riduzione dell'incidenza fiscale che, se considerata unitamente agli ulteriori aspetti appena

enunciati, determina un significativo miglioramento degli indici del bilancio dell'*outsourcee*, attraverso l'incremento del suo margine operativo e del suo risultato netto²⁷. Le ragioni di natura strategico-organizzativa, tanto per le imprese private, quanto per le amministrazioni pubbliche, riguardano:

- la possibilità di riorganizzare la struttura dell'azienda e la mappatura delle sue relazioni interaziendali con l'obiettivo di individuare quella forma organizzativa che permette all'azienda stessa di massimizzare l'acquisizione di quella conoscenza che genera il suo vantaggio competitivo;
- la possibilità di concentrarsi al massimo sulle cosiddette *core competences* (ossia le competenze distintive dell'azienda che la distinguono dalle altre e sono fonte di vantaggio competitivo), liberando risorse umane da compiti di *routine* e da attività non rilevanti dal punto di vista strategico;
- una migliore misurabilità dei costi e delle performance, che obbliga l'*outsourcee* ad essere più aperto all'esterno ed a confrontarsi con altri tipi di gestione e di struttura; rapido accesso a competenze esterne.

In particolare, da questa prospettiva, gli obiettivi perseguiti sono così sintetizzabili:

- rendere i processi produttivi più snelli e semplici da gestire aumentandone, al contempo, la velocità di risposta ai cambiamenti imposti dalla concorrenza e dal mercato;
- ridurre, trasferendolo all'*outsourcer*, il rischio dell'*outsourcee* connesso a investimenti in attività specifiche e le risorse umane e materiali destinate alla funzione o al processo delegati all'esterno.

Da un punto di vista prettamente operativo-qualitativo i vantaggi riconducibili ad un'operazione di esternalizzazione sono individuabili essenzialmente:

- nel miglioramento della qualità;
- nel miglioramento dell'efficienza attraverso la sburocratizzazione dei processi, in quanto la cessione all'esterno, e questo con particolare riferimento alle amministrazioni pubbliche, si

²⁷ Cfr. COMITO V., *La dimensione strategica e finanziaria dei processi di outsourcing*, in *L'impresa dell'outsourcing. Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso Te.SS.*, Milano, 2004, p. 20ss..

giustifica in termini di legge solo nel momento in cui si determina un accrescimento di efficienza ed efficacia; la gestione da parte dei fornitori avviene, infatti, all'interno di strutture ed ambienti organizzativi più agili, flessibili e meno burocratici;

- nell'accesso alle competenze specializzate e, spesso, uniche dell'*outsourcer* (*skill shortage*) e non riproducibili all'interno dell'organizzazione dell'*outsourcer*: accesso cui deve necessariamente far seguito, per il buon esito dell'operazione, una significativa capacità di assorbimento di queste competenze da parte proprio dell'*outsourcer*;
- nella possibilità di concentrare attenzione e risorse su attività ritenute strategiche, liberando risorse umane ed investimenti dalle attività meno rilevanti;
- nella disponibilità di supporti informativo-gestionali;
- nel corrispettivo vincolato ad un risultato o *performance*;
- nell'unico responsabile del risultato contrattuale.

Occorre notare che un eccessivo orientamento ai guadagni di breve periodo (tipicamente, quindi, alla riduzione dei costi operativi) non è una specificità delle amministrazioni pubbliche rispetto alle imprese, benchè nelle prime tale malessere sia aggravato dal cosiddetto ciclo politico e dalla presenza stringente di vincoli di bilancio. In generale, si può concludere, passando in rassegna le suesposte motivazioni a sostegno della scelta gestionale dell'*outsourcing* che, quest'ultimo, si è, ormai, imposto quale utile alternativa ordinariamente alla produzione di servizi da parte delle imprese ed, in particolare, alla produzione di servizi pubblici da parte delle amministrazioni pubbliche, in quanto si ritiene che la competizione sia, in ogni caso, il modo migliore per raggiungere l'equilibrio sociale nei tempi lunghi e si ritiene, altresì, che la esternalizzazione sia una soluzione auspicabile ogni qual volta, e questo con riguardo alle pubbliche amministrazioni, non è tecnicamente possibile (beni collettivi e monopolio naturale) fare ricorso alla privatizzazione vera e propria, intesa nel senso di affidamento della produzione di servizi pubblici ad imprese che competono liberamente sul mercato. Una volta poste in evidenza le potenzialità del ricorso all'*outsourcing*, si deve passare, ora, di converso, all'analisi, sia pure sintetica, dei limiti o meglio dei

rischi dell'operazione di "outsourcing". Sebbene in dottrina si riscontrino una nomenclatura e una classificazione assai varia dei rischi legati a operazioni del genere, questi sono tutti riconducibili alla possibile perdita da parte dell'*outsourcer* del controllo diretto delle funzioni, attività o processi delegati all'esterno e, nel caso delle operazioni complesse che prevedano il trasferimento all'*outsourcer* della titolarità dei rapporti giuridici di cui il soggetto delegante si è valso per la loro gestione all'interno della sua organizzazione d'impresa, alla difficoltà di ricostituire, nel breve periodo e in modo efficace, questi stessi rapporti laddove dovesse essere necessario fare un passo indietro e riportare internamente quanto esternalizzato (nella prassi questa ipotesi viene definita "insourcing" o "backsourcing"). In particolare, relativamente al primo di questi due rischi, è certo che il monitoraggio della qualità del servizio rappresenta un elemento importante del rapporto contrattuale e per la sua prosecuzione, sicché sarà cura dell'*outsourcer*, impresa privata o amministrazione pubblica che sia, prevedere apposite verifiche dell'adeguatezza del servizio reso rispetto alla necessità che lo ha generato ed istituire anche controlli a consuntivo per un eventuale risarcimento in caso di inadempimento del fornitore.

2.4 La qualificazione giuridica ed il quadro normativo di riferimento

In dottrina e giurisprudenza non si riscontra un criterio unico nella classificazione delle operazioni di *outsourcing*, con il risultato che fattispecie sostanzialmente identiche appaiono essere ricondotte all'una o all'altra figura giuridica in funzione del profilo, di volta in volta, osservato (l'intensità e la durata del rapporto tra le parti, la tipologia della funzione, dell'attività o del processo aziendale demandato all'esterno, la natura delle prestazioni eseguite dal fornitore, ecc.)²⁸. Oggetto dell'attività delegata all'esterno, come già

²⁸ Per un inquadramento giuridico del fenomeno si vedano, tra gli altri: CARLEO R., *Il contratto di outsourcing*, in Aa. Vv., *I contratti di somministrazione e di servizi*, a cura di Bocchini R., Torino, 2006, p. 550 ss.; FAGIOLO A. – LA MARCA E., *L'inadempimento e la responsabilità contrattuale nell'outsourcing*, in Aa. Vv., *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*, a cura di Cendon P., V, Torino, 2006, p. 231 ss.; SILLA V., *Il contratto di outsourcing*, in Aa. Vv., *I singoli contratti*, a cura di Cassano G., III, Padova, 2010, p. 2019 ss.; MONTICELLI S.; I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, fasc. n. 2.; MONTICELLI S. – PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, Torino, 2006, p. 79 ss.; SIROTTI GAUDENZI

esposto, possono essere prestazioni di varia natura, consistenti in un *facere* o in un *dare*, in conseguenza della funzione aziendale oggetto dell'esternalizzazione; prestazioni che, pertanto, possono inquadarsi, a seconda dei casi, in quelle proprie dei contratti di appalto, d'opera o di consulenza, di somministrazione, di vendita etc. Dette prestazioni, peraltro, sono, per lo più, tra loro variamente e necessariamente combinate ed interdipendenti anche al fine del raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti dalle parti contraenti. Tutto ciò si realizza in concreto attraverso la stipulazione di uno (in tal caso ricorrerà un contratto cd. misto) o più contratti tra loro funzionalmente collegati, anche se strutturalmente autonomi, preposti nel loro insieme al raggiungimento di un risultato complessivo, globale ed inscindibile che, dunque, trascende le finalità proprie di ciascun contratto che compone la fattispecie negoziale complessa.

Di qui l'impossibilità di ricondurre la fattispecie in oggetto ad uno specifico tipo contrattuale, così come a configurare un nuovo modello negoziale socialmente - o, ancor più, legalmente - tipizzato; deve piuttosto ritenersi che, nell'ipotesi in questione, ricorra un'operazione negoziale complessa – tesa a regolamentare tra le parti una tecnica di gestione imprenditoriale – ove variamente si combinano, talvolta, ma non necessariamente, in un unico documento, diversi tipi contrattuali e prestazioni proprie di più tipi negoziali, a seconda delle concrete esigenze delle parti. Nel tentativo di fare chiarezza, si individuano, da un lato, quelle operazioni di esternalizzazione che si risolvono nei negozi atti ad attribuire a un soggetto (*l'outsourcee*) il diritto di ricevere, e a un altro (*l'outsourcer*) l'obbligo di erogare, le prestazioni necessarie a gestire, secondo obiettivi di qualità concordati, una o più funzioni, attività o processi aziendali del primo (le operazioni di *outsourcing* semplici). Dall'altro, tutte quelle in cui ai negozi appena indicati se ne aggiungono degli ulteriori attraverso i quali *l'outsourcee* trasferisce all'*outsourcer*, a titolo definitivo o soltanto temporaneo, la titolarità dei rapporti giuridici dei quali si è valso per la gestione interna delle funzioni,

A., *La "terziarizzazione produttiva fra subfornitura ed outsourcing. Problematiche civilistiche e diritto industriale*, in Aa. Vv., *Proprietà industriale e diritto della concorrenza*, III, Torino, 2010, p. 248 ss.;

attività o processi demandati all'esterno e, in alcuni casi, instaura con lo stesso rapporti di natura associativa (le operazioni di *outsourcing* complesse)²⁹.

Attesa questa distinzione, si precisa che tra i negozi che costituiscono un'operazione di *outsourcing*, sia semplice che complessa, riveste un ruolo centrale il contratto con il quale l'*outsourcer* eroga, per un determinato periodo di tempo, quelle prestazioni necessarie alla gestione della funzione, dell'attività o del processo aziendale che gli è stato delegato dall'*outsourcee*. Gli elementi che caratterizzano tale negozio sono rappresentati:

- dalla durata del rapporto³⁰. E' necessario precisare che l'elemento temporale non deve intendersi né come un termine per l'esecuzione delle prestazioni dell'*outsourcer* né come il tempo di formazione di queste, ma come elemento causale o funzionale del rapporto;
- dalla prestazione costante, a fronte del pagamento di un corrispettivo, di un numero indefinito di prestazioni istantanee che non hanno una loro autonoma rilevanza ma in tanto rilevano ed emergono nella loro unità complessiva in quanto ripetute con un certo ritmo ed intensità;
- dal soddisfacimento di un bisogno duraturo dell'*outsourcee*.

Come già esposto, si tratta di tipologie estremamente eterogenee di prestazioni erogabili dall'*outsourcer* nell'ambito del medesimo rapporto obbligatorio che, a seconda del caso, possono essere talvolta essere ricondotte a quelle oggetto dei contratti tipici, talaltra configurarsi come atipiche. La centralità dell'elemento temporale consente, poi, di ricondurre il contratto in questione alla categoria, introdotta dall'art. 1677 c.c., dei cc.dd. contratti di durata aventi per oggetto la prestazione continuativa o periodica di servizi e, segnatamente, all'endiadi, cui tale norma rimanda, appalto/somministrazione; categoria contrattuale dove la durata delle prestazioni, e non la loro natura, è elemento causale o

²⁹ Si pensi, ad esempio, al c.d. *outsourcing* informatico. PITTALIS M., *Outsourcing*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1006 ss.

³⁰ Di diverso avviso è NEPI F., *I profili contrattuali dell'outsourcing*, in *L'impresa dell'outsourcing. Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso Te.SS.*, Milano, 2004, p. 64.

funzionale del rapporto³¹. Sul punto la più avveduta dottrina che si è occupata del fenomeno negoziale in questione, nel tentativo di cogliere i dati caratterizzanti e costanti, ha evidenziato che, ai fini qualificatori della fattispecie in oggetto, acquista indiscutibile rilievo l'elemento temporale dato dalla durata e continuità nel tempo del rapporto conseguente all'esternalizzazione³². Inoltre, la sussistenza di un prezzo variamente determinato a carico del *outsourcee*, a titolo di corrispettivo per il servizio continuativo ricevuto dall'*outsourcer*, consente, altresì, di configurare il contratto di *outsourcing* come un negozio "di scambio" e di escludere che possa avere una causa associativa. L'aver ricondotto il contratto in esame alla categoria dei contratti di durata per la fornitura di servizi suggerisce, ai fini della corretta individuazione della disciplina positiva a esso applicabile e, conseguentemente, della sua qualificazione giuridica, di svolgere un esame delle differenti ipotesi interpretative della categoria contrattuale summenzionata, al fine di cercare di offrire una tipizzazione del contratto di *outsourcing*. Una prima ipotesi ricostruttiva, che non attribuisce alcun rilievo all'elemento temporale della durata del rapporto, valorizzando, invece, la natura della prestazione e definendo il contratto di appalto come un contratto ad esecuzione prolungata, conduce ad assimilare a quest'ultimo tipo il contratto di durata di servizi. In questo senso non rappresenterebbero un ostacolo la periodicità e la continuità delle prestazioni che, se pur caratteristiche del contratto di somministrazione, non sarebbero incompatibili con il tipo contrattuale in questione. Questa tesi attribuirebbe vero e proprio

³¹ Cfr. TOTARO F., *Outsourcing*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. xxv, p. 6; MAUGERI M., *Esternalizzazione di funzioni aziendali e "integrità organizzativa nelle imprese di investimento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, II, p. 439 ss., che esclude dall'ambito dell'esternalizzazione quei rapporti giuridici che, "...pur risolvendosi nell'altrui prestazione di un servizio in favore dell'impresa di investimento (come accade per la consulenza giuridica) hanno rilievo meramente occasionale, non presentano, cioè quel carattere di proiezione nel lungo termine e di stabilità che appare per contro immanente in ogni ipotesi di *outsourcing* funzionale, al quale, proprio in quanto strumento di organizzazione dell'attività, può dirsi congrua solo la dimensione della durata". La conclusione è condivisibile ma non ugualmente l'esempio addotto; ed, infatti, è notorio che la consulenza ed assistenza giuridica nel campo del bancario ed assicurativo rappresenta una prassi tutt'altro che occasionale, bensì assolutamente consolidata rivolta alla gestione del contenzioso nel tempo. Si tratta, dunque, di una tipica forma di esternalizzazione di un servizio, che spesso, peraltro, comporta per il professionista fiduciario, che sottoscrive con l'ente una convenzione, l'obbligo dello svolgimento di una serie di attività collaterali, talvolta anche estranee all'esercizio tipico della professione.

³² Cfr. MONTICELLI S., *I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, fasc. n. 2.

valore giuridico alle definizioni fornite dagli artt. 1559 e 1665 c.c. che, quanto al primo, sembra voler escludere dall'oggetto del contratto di somministrazione la prestazione di servizi e, quanto al secondo, espressamente la prevede³³. Con l'ulteriore conseguenza che la disciplina applicabile ai contratti rientranti nella categoria in esame sarebbe, innanzitutto, quella dell'appalto; in secondo luogo e limitatamente ai profili relativi alla durata del rapporto, quella di carattere generale prevista dal codice civile con riferimento ai contratti di durata (artt. 1373, 1458, 1467 e 1458 c.c.) e, in ultimo e soltanto in caso di compatibilità tra la disciplina dell'appalto e quella della somministrazione, quella relativa a quest'ultima. Secondo l'orientamento della più attenta e recente dottrina³⁴, con riferimento al contratto di cui all'art. 1677 c.c., le norme relative alla somministrazione prevarrebbero su quelle dell'appalto e, pertanto, il contratto di servizi di durata finirebbe per essere un appalto da un punto di vista strettamente giuridico, ma una somministrazione sul piano economico con la conseguente prevalenza dell'applicazione della disciplina dettata per quest'ultimo tipo contrattuale. In tale articolo di legge, è lo stesso legislatore a dichiarare applicabili le norme sulla somministrazione ad un contratto avente ad oggetto la prestazione nel tempo di servizi. Più precisamente, si deve specificare che tale dottrina constata che l'art. 1677 c.c., nella sua parte normativa, non individua la disciplina del contratto avente a oggetto la prestazione periodica o continuativa di servizi ma si limita a rinviare a quella dettata in materia di appalto e a quella prevista per la somministrazione creando un vero e proprio concorso di norme. E ciò senza introdurre alcun criterio che consenta di stabilire la prevalenza dell'una sull'altra in ipotesi di loro conflitto. Tale criterio va, pertanto, ricercato altrove. E', infatti, l'art. 1570 c.c. a introdurre un criterio di prevalenza laddove, nel prevedere che "*...si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le norme che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*", indica chiaramente che le

³³ Cfr. CORRADO R., *La somministrazione*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 2, III ed., Torino, 1963, p. 8 ss.

³⁴ BOCCHINI R., *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, p. 161 ss.; ID., *Somministrazione di servizi*, in *Enc. Dir.*, AGG., Milano, 2000, p. 1108 ss.

norme che regolano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni in tanto si applicano in quanto siano compatibili con quella sulla somministrazione. In altri termini, stando al dato positivo contenuto nei due articoli menzionati, i contratti di durata di servizi sono soggetti, anzitutto, alla disciplina della somministrazione e, soltanto se compatibile con questa, a quella del contratto a cui corrispondono le singole prestazioni che ne costituiscono, di volta in volta, il suo oggetto. A ciò si aggiungano altre due considerazioni di carattere rispettivamente sistematico e logico a conferma di quanto appena esposto. Anzitutto, l'esame delle norme contenute negli articoli del codice civile dedicati al contratto di somministrazione porta a concludere che queste, proprio perché incentrate sull'elemento temporale e non sul tipo della prestazione dedotta nell'oggetto del contratto, sono applicabili tanto con riferimento al caso in cui questo abbia a oggetto la prestazione di cose quanto in relazione a quello in cui preveda la fornitura di servizi. Inoltre, l'interpretazione appena illustrata appare condivisibile anche da un punto di vista logico in quanto l'unica che consenta di cogliere nella predisposizione del predetto criterio gerarchico l'intenzione del legislatore di valorizzare la durata del rapporto quale elemento causale della somministrazione e delle diverse fattispecie contrattuali aventi a oggetto la prestazione nel tempo di servizi e, in quanto tale, capace di distinguerle dall'appalto di servizi che da' origine a un rapporto non duraturo.

Questo il quadro che emerge dall'analisi della dottrina. La giurisprudenza, dal proprio canto, molto più semplicemente, nella maggior parte dei casi riconduce all'appalto le fattispecie contrattuali rientranti nella categoria dei contratti di *outsourcing* e vi applica la relativa disciplina³⁵.

Tornando all'*outsourcing* di servizi, va rimarcato che se è l'elemento temporale - dato dalla durata nel tempo del rapporto conseguente alla esternalizzazione, in quanto solo tale durata è atta a soddisfare un bisogno duraturo dell'*outsourcee* (delegante) – il connotato che lo qualifica sotto il profilo causale, questo elemento è sempre

³⁵ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 02.10.2006, n. 21287, in *Giur. It.*, 2007, p. 2729 ss.

necessariamente ricorrente nella somministrazione, in quanto consustanziale al tipo, ma, viceversa, come si è già accennato, non è altrettanto un connotato essenziale e, dunque, qualificante del tipo appalto, in cui la “durata” rappresenta soltanto una modalità accessoria o strumentale dell’esecuzione della prestazione, perciò non necessariamente ricorrente, posta in funzione solo di una esigenza pratica dell’appaltatore. Si tratta, dunque, di una semplice e non necessaria modalità della prestazione che non assurge ad elemento causale del rapporto contrattuale³⁶ ed a connotato caratterizzante del tipo. Detto ciò e avendo ricondotto il contratto di *outsourcing* alla somministrazione di servizi per gli elementi che lo caratterizzano piuttosto che all’appalto, si può concludere, ragionevolmente, che all’*outsourcing* si applicheranno oltre che le norme sul contratto in generale, in particolare quelle che riguardano i contratti di durata, le norme sulla somministrazione, nonché quelle proprie delle singole prestazioni dedotte in contratto, anche se riferibili a tipi diversi. E più specificatamente qualora le prestazioni erogate dall’*outsourcer* abbiano ad oggetto servizi previsti da uno o più contratti tipici, la disciplina positiva applicabile, in mancanza di una regolamentazione pattizia o per colmare eventuali lacune, sarà quella della somministrazione e quella prevista dal codice civile sui contratti di durata in generale integrate dalle norme sul contratto o sui contratti tipici che, di volta in volta, vengono in rilievo in quanto compatibili con le prime. Qualora, invece, le prestazioni dell’*outsourcer* riguardino servizi atipici la disciplina della somministrazione e quella prevista dal codice civile sui contratti di durata in generale saranno integrate dalle norme sul contratto di appalto, in forza dell’ulteriore norma di rinvio di cui all’art. 1677 c.c., ma anche queste ultime in quanto compatibili con le norme sulla somministrazione³⁷. E pertanto, nell’ipotesi in cui con la stipula

³⁶ Si è, infatti, evidenziato (cfr., CAGNASSO O., *Il contratto di appalto*, in *Tratt. di dir. comm.* diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 655 ss., GIANNATTASIO C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Tratt. Cicu- Messineo*, XXIV, 1, Milano, 1974, p. 267) che la durata nell’appalto non sta in funzione dell’interesse alla soddisfazione di un bisogno continuativo o periodico dell’avente diritto all’adempimento.

³⁷ Sul punto Trib. Padova, 4.4.32005, n. 957, in *Massimario della Giurisprudenza Civile Patavina*, 2009, afferma: “ *L’appalto di servizi ex art. 1677 c.c., deve essere regolato, per quanto possibile, dalle norme in*

dell'accordo di *outsourcing* si preveda pure il trasferimento, a vario titolo, al delegato di beni od *utilities*, di proprietà del delegante, strumentali per l'esercizio dell'attività esternalizzata, troveranno anche applicazione la disciplina della vendita, del comodato, della locazione etc.

Parimenti potranno trovare applicazione, in ragione dell'articolato mosaico degli interessi in gioco, gli artt. 2112 e 2558 c.c., sul trasferimento del ramo di azienda e dei contratti relativi al ramo ceduto, unitamente alla disciplina specifica di settore a tutela dei lavoratori, laddove, in conseguenza della cessione del ramo di azienda, si abbia un trasferimento all'*outsourcer* di parte del personale dipendente dell'impresa esternalizzante³⁸.

In definitiva all'*outsourcing* di servizi saranno applicabili un *mix* di norme che vanno coordinate con quelle che connotano la somministrazione in quanto tipo negoziale di riferimento principale. Aggiungasi che significativi interventi normativi hanno arricchito il quadro legislativo di riferimento con l'introduzione nel sistema di discipline riguardanti, nel settore produttivo, la subfornitura industriale (ci si riferisce alla L. 18 maggio 1998, n. 192), ed in quello distributivo, il *franchising* (ci si riferisce alla L. 6 maggio 2004, n. 129). Norme queste che, sono variamente riferibili al contratto di *outsourcing*. Esiste, poi, una variegata disciplina, anche di rango secondario, relativa al comparto bancario e creditizio nonché assicurativo, rispondente alla prevalente finalità di ricondurre il fenomeno dell'esternalizzazione delle funzioni aziendali relative a detti comparti entro argini ritenuti compatibili con l'obiettivo di tutela dell'integrità dei mercati finanziari e dei consumatori. Infine, nel c.d. Codice del turismo (L. 23 maggio 2011, n. 79) è collocata la disciplina del contratto turistico ove, agli artt. 43, comma 2, e 48, è disciplinato il regime delle responsabilità e delle rivele laddove il venditore o l'organizzatore di un pacchetto turistico si avvalga di altri prestatori di servizi. Disposizioni analoghe si trovano nella convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio turistico

tema di somministrazione"; ma vedi anche per una impostazione più articolata, Cass., 27.08.2003, n. 12546, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 7-8.

³⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 02.10.2006, n. 21287, cit.

(C.C.V.), ratificata in Italia con L. 27 dicembre 1977, n. 1084. Si deve osservare che questa conclusione consente, da un lato, di riconoscere correttamente l'unicità causale del negozio in esame essendo, evidentemente, unica la sua causa³⁹ e di sgombrare, conseguentemente, il campo dalla tentazione di individuare in esso la figura del c.d. contratto complesso o del contratto misto. Dall'altro lato, ha il pregio di privilegiare l'integrazione, anziché la prevalenza, delle discipline dei tipi contrattuali cui sono riconducibili le prestazioni oggetto del contratto di *outsourcing*, in ossequio al principio dell'autonomia contrattuale sancito dagli artt. 1322 e 1323 C.C. .

2.5 L'unitarietà dell'operazione economica e la sospetta invalidità della c.d. "clausola di separazione"

L'analisi sin qui svolta delle operazioni di *outsourcing* consente di ribadire che i negozi che la costituiscono sono espressione di una complessiva operazione economica nella quale ciascuno ne rappresenta una parte essenziale. Questi finiscono per rappresentare fattori di un'operazione diretta alla produzione di due risultati economici correlati ed interdipendenti: la fornitura dei servizi necessari alla gestione della funzione, attività o processo delegato all'esterno ed il pagamento di un corrispettivo. Ciò impone l'adozione di un criterio di valutazione che consenta di cogliere la realtà regolamentare complessa voluta dalle parti mediante la conclusione di negozi strutturalmente autonomi ma funzionalmente legati. In altri termini, l'analisi dei singoli negozi non può prescindere dalla consapevolezza che questi sono stati conclusi, oltre che per il raggiungimento delle finalità proprie di ciascuno di essi, per la realizzazione di un risultato complessivo rappresentato da un assetto economico globale e inscindibile che le parti hanno voluto. Ed è il loro intento che sfocia in questo assetto che va, anzitutto, sottoposto all'esame di meritevolezza e, se superato, rispettato in conformità al potere di autonomia delle parti ed in ossequio al canone

³⁹ Si aderisce, sul punto, alla tesi che vede nella causa negoziale intesa in senso obiettivo l'elemento discriminante tra unicità e pluralità di negozi, ben espressa nel lavoro di CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948.

ermeneutico della “totalità” di cui all’art. 1363 c.c.. Questo argomentare, sebbene con riferimento a fattispecie diverse, è condiviso dalla giurisprudenza⁴⁰. Ed è questa stessa impostazione che si ritiene conveniente adottare nell’esame delle questioni riguardanti il collegamento negoziale nelle operazioni di *outsourcing*. Operazioni che, come già osservato in precedenza, per loro stessa natura, sono complesse, in quanto si caratterizzano per la presenza, accanto al contratto di *outsourcing*, di uno o più ulteriori negozi con i quali l’*outsourcee* trasferisce all’*outsourcer*, a titolo definitivo o soltanto temporaneo, il complesso dei rapporti giuridici di cui si è valso per la gestione della funzione, attività o processo aziendale che intende delegare all’esterno e, in alcuni casi, instaura con lo stesso rapporti di natura associativa.

In considerazione di quanto innanzi occorre preliminarmente verificare l’efficacia di un’eventuale clausola di separazione dei negozi di un’operazione di outsourcing talvolta riscontrabile nella prassi contrattuale. Atteso che i soggetti che pongono in essere questa operazione intendono dar vita ad un unico affare diretto all’esternalizzazione di una o più funzioni, attività o processi aziendali del soggetto delegante e riconosciuta, di conseguenza, l’esistenza, anche se non oggettivata in nessuno dei negozi di cui si compone l’operazione medesima, di una ben precisa funzione unitaria degli stessi per il raggiungimento del fine predetto, è possibile osservare che è proprio tale funzione ad agire da limite all’efficacia di una previsione del genere. A ben vedere, infatti, l’indipendenza sancita da questa clausola di separazione non potrebbe che risultare artificiosa proprio perché, a dispetto della previsione di siffatta clausola, quei negozi sono collegati. E tale collegamento non dipende da circostanze oggettive tali da imporsi persino su una volontà difforme delle parti dell’operazione, ma da questa volontà stessa, dal fatto, cioè, che sono state proprio le parti a volere dare vita ad un unico affare attraverso negozi diversi. Di conseguenza, nel momento stesso in cui l’indagine ermeneutica consente, come effettivamente accade,

⁴⁰ Cfr. Cass. 27 gennaio 1997, n. 827, in *Foro it.*, 1997, I, p.1142; Cass., 4 settembre 1996, n. 8070, in *Foro it.*, *Rep.*, 1996, voce “ *Contratto in genere*”, n. 100; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, *Rep.*, 1993, voce “ *Contratto in genere*”, n. 311; Cass., 25 novembre 1998, n. 11942, in *Foro it.*, *Rep.*, 1998, voce “ *Fallimento*”, n. 541.

di far emergere l'unitarietà dell'operazione e, quindi, il collegamento tra negozi pur strutturalmente autonomi, la presenza di regole confliggenti va risolta con il riconoscimento della prevalenza di quelle che risultano dall'operazione complessiva – appunto, l'unitarietà dell'affare – e con la negazione di ogni efficacia della clausola di separazione, che, per questa via, dovrebbe ritenersi nulla⁴¹.

A tale considerazione, certamente condivisibile per l'ipotesi in cui la previsione negoziale in questione miri a tenere separati artificiosamente segmenti di una fattispecie unitaria, va poi aggiunto che la previsione *de qua* potrebbe essere soggetta, laddove ne sussistano i presupposti di applicazione, alla sanzione di nullità prevista dal 3° comma dell'art. 9 della L. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura, in quanto patto idoneo a realizzare un abuso di dipendenza economica in danno dell'imprenditore che si trovi in posizione di "debolezza" economica. Tale notazione apre la riflessione ad una ulteriore problematica, concernente l'applicabilità o meno all'operazione di *outsourcing* della disciplina di cui alla L. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura. E' innegabile che sotto il profilo economico e gestionale le affinità tra *outsourcing* e subfornitura sono molto forti, giacchè tanto l'uno quanto l'altra operano sul piano della gestione esterna dell'attività d'impresa. Non è poco significativa la circostanza che in uno studio realizzato negli Stati Uniti prima dell'entrata in vigore in Italia della L. n. 192/1998 tali operazioni economiche vengono considerate "facce" della stessa medaglia. Tuttavia, secondo la prevalente dottrina civilistica⁴², detta disciplina non sarebbe applicabile all'*outsourcing* essenzialmente sulla base di tre argomentazioni:

⁴¹ In dottrina, sulla natura e validità della clausola di separazione di più negozi collegati, si vedano: BIN M., *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, in Aa. Vv., *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, p. 71 ss.; CARUSI D., *La disciplina della causa*, in Aa. Vv., *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., I, Torino, 1999, p. 582 ss.; GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 2002, p. 112 ss.; ROPPO E., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2011, p. 390 ss.

⁴² Cfr. GIOIA G., *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corr. Giur.*, n. 7, 1999, p. 901 ss.; PITTALIS M., *Outsourcing*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1022 ss., che si esprime soprattutto con riferimento all'ipotesi di esternalizzazione dei servizi informatici; DE NOVA G., *La subfornitura* in AA.VV., Milano 1998, p.9, che categoricamente afferma: "non è subfornitura l'*outsourcing*"; ROSBOCH A., *op. cit.*, p. 997.

- 1) che l'*outsourcing* rientrerebbe tra i contratti "bilateralmente d'impresa", il che garantirebbe, almeno in linea di principio, una regola di parità tra i contraenti tale da far escludere l'applicazione della disciplina in questione, orientata non già a disciplinare tutte le esternalizzazioni industriali, bensì solo quelle in cui sia riscontrabile una dipendenza economica/giuridica del subfornitore;
- 2) che nell'*outsourcing* non vi sarebbe neppure una dipendenza tecnologica dell'impresa delegante, in quanto il delegato verrebbe scelto proprio in quanto soggetto titolare di un proprio *know how* nell'esecuzione del servizio esternalizzato, con facoltà di individuare anche soluzioni innovative e, dunque, dotato di un notevole margine di discrezionalità nell'espletamento dell'attività oggetto del contratto;
- 3) che l'*outsourcer* non avrebbe, normalmente, una posizione di dipendenza economica nei confronti del delegante, espletando i propri servizi in favore di più utenti.

Dette obiezioni possono essere condivise solo nel caso in cui non abbiano l'intento di affermarsi a prescindere dall'analisi del caso concreto, in cui si tenga conto delle parti coinvolte nell'operazione, delle clausole del contratto, del tipo di servizio esternalizzato, del margine di discrezionalità, assai spesso ridotto, lasciato all'*outsourcer* nell'espletamento della propria attività. In mancanza di una valutazione complessiva di tutto quanto innanzi l'esclusione della disciplina sulla subfornitura industriale appare aprioristica ed ingiustificata. Premesso quanto innanzi, occorre verificare come il nesso negoziale operi nella fattispecie di operazione di *outsourcing* complessa più diffusa in cui, accanto a quello di *outsourcing*, le parti ricorrono ad un contratto di compravendita per trasferire all'*outsourcer* il complesso dei rapporti giuridici di cui si è detto. Più precisamente, v'è da chiedersi se e come le vicende dell'uno influiscano sulla sorte dell'altro, precisando, da subito, che l'ipotesi considerata desta perplessità laddove si consideri che questi negozi sono l'uno a effetti reali, capace, pertanto, di produrre ed esaurire, *uno actu*, il suo effetto tipico e l'altro ad effetti obbligatori e ad esecuzione continuata. Se si esaminano gli effetti che le vicende di

quest'ultimo possono causare sul primo appare , infatti, singolarmente che la caducazione del contratto di durata possa comportare quella del primo, il cui effetto tipico – *la traslatio dominii* – si è già prodotto ed esaurito da tempo (anche nell'ipotesi in cui alcuni degli obblighi siano differiti ad un momento successivo). Verrebbero, in altri termini, a mancare gli effetti di questo secondo negozio suscettibili di essere travolti dagli eventi che colpiscono il primo. Si dovrebbe, conseguentemente, concludere che, pur esistendo un collegamento fra i due negozi in questione e pur essendo questi espressione di un programma unitario, di fronte alla loro difformità tale nesso non comporterebbe alcun effetto e, pertanto, le vicende patologiche non potrebbero trasferirsi da un contratto all'altro. Questa conclusione appare assai discutibile, ma il criterio ermeneutico adottato consente di superare la prospettiva "atomistica" con la quale tradizionalmente si guarda ai negozi collegati e che impedisce di accettare la caducazione di un negozio i cui effetti si siano già esauriti e, per di più, a causa di un vizio a esso "esterno". E' proprio avendo a mente l'operazione plurinegoziale intesa come unità che si perviene alla conclusione che le vicende che colpiscono il contratto di *outsourcing* possono incidere sul contratto di compravendita che lo accompagna. Se questa soluzione è accettabile da un punto di vista teorico, da quello pratico è impossibile stabilire un criterio unico e di generale applicazione. Pertanto, in mancanza di una regolamentazione pattizia di questo profilo, andrà verificata, di volta in volta, se la caducazione del primo negozio possa o debba effettivamente travolgere il secondo. Resta, a questo punto, da approfondire perché, da un punto di vista giuridico, il verificarsi di un evento patologico tale da determinare la caducazione di uno dei negozi considerati sia capace di causare lo stesso effetto rispetto all'altro negozio della medesima operazione. La risposta a quest'ultima domanda emerge nel momento stesso in cui si approfondiscono e si precisano ulteriormente le conseguenze che derivano dall'aver individuato l'intenzione delle parti di realizzare un unico assetto economico quale elemento collante di tutti i negozi di cui si compone quella trama negoziale che è un'operazione di *outsourcing* complessa. Ed è, infatti, proprio l'unicità della funzione

dell'operazione medesima che ciascuno di essi è chiamato ad assolvere in tale ambito e che supera, senza annullarle, le funzioni loro tipiche, che consente di individuare in questo genere di operazioni un "*sinallagma unico della fattispecie complessiva risultante dal collegamento negoziale*", prendendo a prestito un'espressione tratta da una pronuncia della Suprema Corte relativa ad un'ipotesi di collegamento negoziale⁴³ e di attribuire a tale sinallagma non tanto il significato di reciprocità ma quello di interdipendenza fra le prestazioni proprie di ciascuno di essi. Quest'ultima considerazione è decisiva per il quesito che si è posto perché consente di svolgere quelle precisazioni di cui si è detto. Approfondendo questa affermazione è possibile sostenere che, di fronte al collegamento che è dato riscontrare nell'ambito di un'operazione del genere, i negozi che la costituiscono, pur restando strutturalmente autonomi, perdono la loro autonomia sul piano teleologico, sociale ed economico per assumere quella, più ampia, dell'operazione cui appartengono. Con la conseguenza che essi stessi vanno valutati unitariamente, come se fossero un unico contratto, poiché portatori di un interesse economico e sociale unitario e, pertanto, devono ricevere una disciplina parimenti unitaria. In conclusione, la ricostruzione proposta giustifica che, nell'ambito di un'operazione di *outsourcing*, le ipotesi più rilevanti di patologie di un negozio influiscono sulla sorte degli altri a esso collegati non tanto in funzione del collegamento in sé e per sé considerato ma perché l'intento delle parti da cui deriva il predetto collegamento costituisce questi negozi in un'unica fattispecie nella quale i vizi di ciascuno cessano di essere a esso limitati per appartenere all'unica fattispecie plurinegoziale e per determinare la sorte. Ne consegue che, come, già si è avuto modo di osservare, qualsiasi valutazione in merito all'esistenza e agli effetti di un vizio o di una causa di nullità o annullabilità relativa a uno dei predetti negozi deve essere svolta avendo a mente l'assetto di interessi che emerge dal regolamento negoziale complessivo dell'operazione di *outsourcing*. Con l'ulteriore necessaria conseguenza che un evento patologico afferente uno di

⁴³ Cfr. Cass., 20 gennaio 1974, n. 474, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce "Contratto in genere", n. 93.

questi negozi potrebbe essere del tutto irrilevante nell'ambito dell'operazione medesima e, pertanto, inidoneo a generare gli effetti giuridici suoi propri o, ancora, che un evento del genere risulti proprio dalla combinazione dei negozi in questione ma non ne caratterizzi alcuno considerato singolarmente. In sintesi, la comune intenzione economica dei contraenti sottostante il nesso teleologico dell'operazione di *outsourcing*, lungi dall'essere indifferente all'ordinamento giuridico, finisce per rappresentare lo stato di fatto cui esso stesso riconduce quale effetto il rovesciamento del meccanismo tradizionale di causalità giuridica dei singoli negozi che la costituiscono. Con un'importante precisazione. L'invalidità, risoluzione o rescissione di uno dei negozi in questione non reagisce direttamente sugli altri ma determina l'impossibilità del conseguimento dell'intento comune. Pertanto, al fine di maggiore chiarezza, le vicende dell'uno si propagano agli altri e li influenzano, impedendo agli stessi di realizzare i loro effetti, non per una loro causa di invalidità o per un loro vizio ma in quanto ormai inutili per l'impossibilità di raggiungere il predetto intento⁴⁴.

Giova aggiungere che le considerazioni esposte trovano applicazione nell'ipotesi, molto frequente nella prassi, in cui ai negozi esaminati si affianchi un negozio di programma dove i primi, in esso previsti ma ad esso cronologicamente successivi, rappresentano l'esecuzione del programma indicato in quest'ultimo. In casi del genere risulta, infatti, in modo ancora più evidente l'unitarietà dell'operazione di *outsourcing* e come i negozi che la eseguono rappresentino momenti di un unico regolamento negoziale.

2.6 Elementi tipici e clausole ricorrenti dell'operazione di *outsourcing*

E' emerso che l'obbligazione principale dell'*outsourcer*, come risulta dall'oggetto del contratto di *outsourcing*, consiste non soltanto nell'erogazione delle prestazioni necessarie alla gestione della funzione, attività o processo aziendale che gli è delegato, quanto nel raggiungimento di obiettivi di qualità concordati tra le parti

⁴⁴ Propugnano questa tesi, tra gli altri: DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. Dir. comm.*, 1977, II, p. 331 ss.; SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 196 ss.

contraenti. In altri termini, è intenzione dell'*outsourcee*, nel momento stesso in cui si determina a porre in essere una qualunque operazione di *outsourcing*, ottenere dall'*outsourcer* non soltanto la mera prestazione di uno o più servizi, quanto il soddisfacimento di determinati livelli di qualità. E', pertanto, certo che, pur non escludendosi prestazioni secondarie, accessorie o strumentali, dell'*outsourcer* consistenti in un *dare*, il suo adempimento consiste principalmente in un *facere* e nel soddisfacimento di determinati livelli di qualità del servizio o dei servizi erogati. Il che consente di poter qualificare l'obbligazione dell'*outsourcer* come di risultato.

Vi è da considerare, infine, che parte della dottrina individua nel contratto in esame l'elemento dell'*intuitu personae*, ma tale opinione sarebbe fondata sulla frequenza con cui si rinvencono, nella prassi contrattuale, clausole che vietano all'*outsourcer* di affidare a terze parti l'erogazione di una o più attività oggetto del contratto di *outsourcing*, non appare condivisibile. In proposito, da un lato, è sufficiente osservare che a rilevare nel contratto di *outsourcing* non è tanto la considerazione della persona dell'*outsourcer* quanto la sua organizzazione di impresa. Dall'altro si osservi che queste clausole di divieto di subcontratto, espressione di un'esigenza di tutela del delegante, si ritrovano anche nella disciplina di parecchi contratti tipici – per esempio la locazione di cose mobili, il comodato, la locazione di immobili a uso abitazione, il subaffitto, il subdeposito – senza che per questo solo motivo questi acquistino carattere fiduciario. Del resto, che il divieto di cessione non sia sufficiente a far presumere che un contratto sia concluso *intuitu personae* è unanimemente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Se ne ricava, pertanto, la necessità di ricevere, di volta in volta, se nel caso concreto sussistano quegli elementi e quegli indici che permettano di riconoscere rilevanza all'elemento *dell'intuitu personae*.

Tanto premesso, occorre ora analizzare gli elementi propri del contratto di *outsourcing* che qualificano le modalità dell'adempimento dell'*outsourcer* e confermano la natura di risultato dell'obbligazione tipica di questo rapporto. Come già osservato in precedenza, la caratteristica principale delle prestazioni oggetto del

contratto in esame è la loro unità complessiva in quanto ripetute con un certo ritmo ed intensità e non il loro numero indefinito. Queste prestazioni si presentano con il carattere dell'indivisibilità per l'unicità dello scopo che le rende unite, sebbene esse siano suscettibili, teoricamente di una materiale distinzione in quanto altro non sono che il risultato di separate attività umane. Ciascun intervento dell'*outsourcer*, in sé considerato, è distinto dagli altri, mentre l'oggetto del contratto li considera inseparabili e proprio in quanto tali attribuisce loro rilevanza. Ancora più chiaramente, questo carattere unitario si manifesta nella garanzia di costanza delle attività di *outsourcer*; garanzia tanto più essenziale quanto maggiore è la rilevanza dell'attività esternalizzata nella catena del valore del delegante. Questo aspetto dell'oggetto della prestazione dell'*outsourcee* è espresso con il principio della c.d. *business continuity* (continuità operativa), che attraverso l'inserimento di relativa clausola contrattuale, in possibile deroga a quanto disposto dall'art. 1565 c.c., stabilisce che il delegato sarà comunque tenuto ad erogare il servizio fino alla definizione delle controversie insorte o al passaggio delle consegne ad altro *outsourcer*. La costanza dell'erogazione delle prestazioni oggetto del contratto finisce per rappresentare - come accade per tutti i contratti di durata - una condizione essenziale dell'adempimento del fornitore e un criterio cardine nella sua valutazione. Essa implica importanti e complesse conseguenze giuridiche. Poiché l'adempimento di un'obbligazione ricorre soltanto quando il debitore esegue esattamente e puntualmente quanto dovuto e non quando la prestazione sia eseguita soltanto in parte, l'*outsourcer* può rifiutare l'adempimento parziale, perché spetta unicamente al creditore della prestazione non adempiuta giudicare sull'opportunità di accettare il parziale adempimento o chiedere la risoluzione del rapporto, ferma restando in entrambi i casi l'azione di danni. In questo secondo scenario la difficoltà principale consiste, in assenza di una specifica regolamentazione pattizia - posta la facoltà delle parti di derogare alla norma contenuta nell'art. 1564 c.c. -, nell'applicazione dei criteri positivi in forza dei quali chiedere la risoluzione: l'importanza dell'inadempimento e la menomazione della fiducia nei successivi

adempimenti. Condizioni che, si ricorda, debbono ricorrere entrambe e che confermano, ancora una volta, la prevalenza dei fini unitari del contratto di *outsourcing* sulla pluralità delle autonome prestazioni che ne costituiscono l'oggetto. Nell'*outsourcing* di servizi ricorre, inoltre, l'esigenza dell'*outsourcer* (delegante) di mantenere un livello costante di qualità del servizio esternalizzato, e perciò l'*outsourcer* (delegato) è scelto sul mercato in ragione della fiducia riposta dal delegante nelle sue capacità di svolgere con professionalità qualificata il servizio. Tale esigenza trova indiretta tutela nella clausola con la quale si vieta all'*outsourcer* di affidare in subcontratto l'esecuzione di una o più attività oggetto del contratto di *outsourcing*. Detta previsione, infatti, va considerata non solo quale espressione del carattere fiduciario del contratto⁴⁵, profilo che peraltro potrebbe in concreto anche essere di grande rilevanza laddove ad esempio il servizio esternalizzato comporti il trattamento dal parte del delegato di dati sensibili del delegante⁴⁶, quanto, anche, nell'esigenza di quest'ultimo di potere esercitare il ruolo di verificatore dell'attività dismessa. Bisogna considerare che vi è un'obiettiva difficoltà di determinare l'esattezza dell'adempimento dell'*outsourcer* attraverso i criteri forniti dalle norme di legge e, questo, specialmente se ad essere esternalizzato è un processo o un'attività deputata alla fornitura di un servizio; difficoltà dipendente dalla genericità del criterio di cui all'art. 1176 c.c. rispetto alla complessità degli obblighi in capo al debitore in un rapporto del genere. Né per lo stesso motivo aiutano le norme di cui all'art. 1560 c.c. o, laddove applicabili, quelle dettate in materia di adempimento dell'appaltatore ex artt. 1667 ss. c.c. . Sono anche emersi, da un lato, la natura spesso estremamente complessa delle funzioni esternalizzate e delle attività che l'*outsourcer* è tenuto ad eseguire per adempiere esattamente l'oggetto dei suoi obblighi e, dall'altro, la necessità per il delegante di instaurare con l'*outsourcer* un rapporto che non soltanto consenta il raggiungimento di determinati livelli di qualità ma anche un miglioramento continuo nella gestione di quanto esternalizzato.

⁴⁵ Enfatizza tale connotato GIOIA G., *op. cit.*, p. 903; in senso critico, invece, TOTARO F., *op. cit.*, p. 1 ss.

⁴⁶ Non è infrequente che siano inserite nel contratto anche clausole a contenuto "personale", con riferimento a eventuali procedimenti di insolvenza o a semplici cambi di proprietà dell'impresa delegata.

Per questi motivi le parti individuano i cc.dd. livelli o parametri di qualità delle attività erogate dall'*outsourcer* (i cc.dd. "*service levels*" o "*key performance indicators*"). Si tratta di vere e proprie unità di misura cui vengono riconosciute due principali funzioni:

- descrittiva, in quanto fissano il livello quantitativo e, soprattutto, qualitativo delle prestazioni del fornitore, e
- metrica, in quanto stabiliscono i criteri di valutazione della loro esattezza attraverso il ricorso a indici obiettivi di misurazione e di controllo (spesso rappresentati da complessi algoritmi matematici e da indici di soddisfazione oggettivi). Operano, pertanto, in due direzioni. Da un lato, qualificano gli obblighi dell'*outsourcer* come di risultato offrendogli le istruzioni necessarie per eseguirli correttamente, e, dall'altro, rappresentano l'unico strumento metrico e, pertanto, obiettivo, per valutare l'esattezza dell'adempimento del fornitore e, di conseguenza, per svolgere quelle valutazioni sulle conseguenze dell'inadempimento dell'*outsourcer* di cui si è già detto innanzi.

Con un'importante precisazione. La valutazione dei servizi erogati dall'*outsourcer* attraverso gli strumenti di misurazione in esame non intende rappresentare un collaudo degli stessi nel senso tradizionale del termine per cui un soggetto verifica, in un momento prestabilito, la conformità del servizio a determinati requisiti, scartando eventualmente la componente di servizio non conforme. Nell'ambito di un rapporto di *outsourcing* i livelli di servizio sono strumenti di misurazione che consentono di eseguire la valutazione delle prestazioni erogati dall'*outsourcer* per un certo periodo di tempo durante l'effettiva erogazione delle stesse.

La necessità dell'*outsourcer* di coprire i costi iniziali fa sì che nel contratto di *outsourcing* sia generalmente previsto un periodo minimo della durata di esso. E' appena da sottolineare che più fattori condizionano la determinazione di tale periodo minimo.

Un'altra previsione contrattuale tipica in un contratto di *outsourcing*, in particolare in quelli che prevedono una lunga durata, è quella che introduce un meccanismo periodico di revisione del corrispettivo e dei livelli di qualità delle prestazioni dell'*outsourcer* (*benchmarking*)

attraverso la loro comparazione con quelli praticati da fornitori terzi con riferimento a prestazioni analoghe a quelle oggetto del contratto. Con questa clausola le parti affidano ad un soggetto terzo (generalmente si tratta di società di consulenza attive specialmente nel settore dell'*outsourcing*) il compito di effettuare, a scadenze prefissate, delle indagini di mercato volte a svolgere la comparazione di cui si è detto e a determinare se gli elementi contrattuali appena menzionati siano in linea con quelli praticati sul mercato da operatori terzi. Questa clausola prevede l'impegno delle parti di rivedere questi elementi contrattuali per allinearli – talvolta retroattivamente – alle condizioni di mercato qualora dalla comparazione emergano sostanziali differenze tra gli uni e le altre.

Se esaminata dalla prospettiva del soggetto delegante questa clausola è estremamente importante (soprattutto nei rapporti di lunga durata), in quanto garantisce che le principali condizioni contrattuali siano sempre in linea con quelle di mercato e con l'evoluzione tecnologica e quel miglioramento continuo nella gestione della funzione, dell'attività o del processo esternalizzato che rappresenta uno dei fattori chiave di ogni operazione di *outsourcing*.

Dal punto di vista dell'*outsourcer* tali clausole rappresentano una minaccia alla profittabilità derivante dall'operazione di *outsourcing*. Ciò spiega il tradizionale atteggiamento di diffidenza di questo soggetto nei confronti di previsioni del genere ed il tentativo di limitarne il più possibile l'operatività. E questo, ora costruendo queste previsioni in modo estremamente specifico o rendendole particolarmente onerose per l'*outsourcee* o, ancora, introducendo dei limiti alle eventuali revisioni dei termini contrattuali che potrebbero derivare dalla loro applicazione. Altre volte impedendo alle società di consulenza, di volta in volta incaricate di svolgere le predette indagini di mercato, di conservare le informazioni raccolte durante l'esecuzione delle loro attività e di riutilizzarle in futuro, rendendo, di fatto, estremamente difficile lo svolgimento di quell'analisi comparativa di cui si è detto. Inoltre, nonostante le comprensibili resistenze dell'*outsourcer*, sarà opportuno che il corrispettivo fissato sia articolato su una base fissa ed una porzione variabile in ragione dell'incrementarsi del volume dell'attività esternalizzata rispetto ad un

minimo prestabilito. D'altra parte, una tale previsione negoziale sarebbe anche in linea con il disposto dell'art. 1562 c.c., in tema di somministrazione, a norma del quale il prezzo deve essere *"..corrisposto....in proporzione di ciascuna delle prestazioni"*. Da ciò deriva che, in assenza di una regolamentazione tra le parti, qualora la prestazione dell'*outsourcee* ecceda la quantità prefissata, l'accettazione della prestazione da parte del delegante "somministrato" obbligherà quest'ultimo al pagamento dell'eccedenza secondo quanto previsto dal predetto articolo in tema di somministrazione.

Sarà altresì opportuno che il contratto includa la disciplina relativa alle eventuali modifiche del servizio richieste dal delegante in ragione di esigenze sopravvenute rispetto alla stipula del contratto. In mancanza di una tale previsione, infatti, si porrà il problema della disciplina applicabile che, nell'ipotesi in questione, dovrà ritrovarsi nella previsione dell'art. 1660 c.c., relativo alle variazioni apportate dal committente, in tal caso certamente riferibile alla fattispecie non essendoci, peraltro, una disposizione analoga dettata in tema di somministrazione. Con riferimento a tale figura, infatti, il legislatore si limita a disciplinare, all'art. 1560 c.c., il diverso caso in cui non sia determinata l'entità della prestazione, dunque non l'ipotesi in cui il somministrato richieda, per sopravvenute esigenze, una prestazione modificata, non solo nella quantità, rispetto a quella originariamente convenuta. D'altra parte questa soluzione sembra coerente con la previsione dell'art. 1677 c.c. che, per la prestazione continuativa o periodica di servizi, dispone l'applicazione, in quanto compatibili, delle norme tanto dell'appalto quanto della somministrazione. Di conseguenza, conformemente al disposto di cui al c. 1 dell'art. 1661 c.c., il committente potrà apportare variazioni alle modalità di esecuzione dei servizi di *outsourcing*, purchè il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto. In questo caso, il delegato avrà diritto alla maggiorazione del prezzo anche se il corrispettivo era stato determinato globalmente; nell'ipotesi, invece, di superamento del tetto del sesto, il delegato avrà diritto di recedere dal contratto. Tuttavia, in applicazione di quanto previsto dal c. 2 dell'art. 1661 c.c., la disciplina appena evidenziata non troverà

applicazione nel caso in cui le variazioni, pur essendo contenute nei limiti del sesto dell'importo globale, importino notevoli modificazioni della natura del servizio da erogarsi. Nella prassi contrattuale è assai frequente riscontrare una previsione a mezzo della quale l'impresa delegante si riserva la facoltà di "subentrare" al soggetto fornitore nell'esecuzione di uno o più servizi oggetto del contratto di *outsourcing* qualora si verificano eventi che integrino casi di grave inadempimento di quest'ultimo (ad esempio in caso di mancato raggiungimento dei livelli di servizio concordati per un prolungato periodo di tempo).

In ipotesi del genere, azionando questa facoltà, l'*outsourcee* ha facoltà di sostituirsi all'*outsourcer* eseguendo direttamente le prestazioni oggetto delle obbligazioni inadempite o affidandole ad un fornitore terzo rispetto all'*outsourcer* per il tempo necessario a consentire a quest'ultimo di ripristinare la corretta esecuzione delle sue prestazioni.

Caratteristica peculiare di questa previsione è che i termini del rapporto di *outsourcing* non subiscono alcuna modifica: l'unica novità è rappresentata dalla sostituzione temporanea all'*outsourcer* della stessa impresa delegante o di un terzo fornitore scelto da quest'ultima.

Se la funzione economica che questa previsione assolve è evidente e non richiede alcuna riflessione, la natura giuridica del rapporto che origina l'esercizio della facoltà in essa prevista è piuttosto complessa.

Va da subito esclusa la possibilità di configurare tale fattispecie come un'ipotesi di cessione parziale e limitata nel tempo del contratto di *outsourcing*. Sul punto, è sufficiente considerare che l'istituto di cui agli artt. 1406 e seguenti c.c. si configura come negozio causativo di una modificazione soggettiva del contratto che ne costituisce l'oggetto, determinando la risoluzione del rapporto tra le parti originarie. Il che non rientra nella presente fattispecie, né nelle intenzioni delle parti stesse.

Né, tantomeno, è possibile ricondurre questo rapporto ad altri istituti tipici del nostro ordinamento.

Conviene allora concludere riconoscendo, nella previsione in esame, l'attribuzione al soggetto delegante delle facoltà di attivarsi per

rimediare ad un grave inadempimento del fornitore senza pregiudicare l'intero rapporto contrattuale e configurando il rapporto che da essa si genera tra il soggetto delegante ed il terzo fornitore come parallelo e autonomo rispetto a quello di *outsourcing* già in essere. Normalmente nel contratto di outsourcing un'apposita clausola disciplinerà tutti gli aspetti legati ai diritti di proprietà intellettuale ed industriale correlati all'oggetto del servizio esternalizzato nonché relativi alle modalità attraverso cui detto servizio dovrà essere eseguito dall'*outsourcee*.

Specialmente tale ultimo profilo acquista rilevanza in ordine ad entrambe le parti del rapporto e sotto aspetti differenti: quello della tutela del *know-how* e quello della disciplina delle invenzioni realizzate dall'*outsourcee* nell'esecuzione dell'attività esternalizzata. A tale riguardo, nell'ipotesi in cui, con riferimento al concreto rapporto di *outsourcing*, ricorrano i presupposti per l'applicazione della normativa sulla subfornitura industriale (è quanto potrebbe verificarsi qualora il delegante abbia messo a disposizione del delegato un proprio *know-how* per l'esecuzione del servizio), potrebbe ben ritenersi applicabile, alla fattispecie in oggetto, l'art. 6, comma 3, della L. n. 192/1998, che sancisce la nullità del "*patto con cui il subfornitore disponga.....di diritti di privativa industriale o intellettuale a favore del committente e senza un congruo corrispettivo*"; la norma, come è stato efficacemente rilevato⁴⁷, sottopone "*in modo assolutamente frontale e diretto....a sindacato l'equilibrio economico del contratto*", aprendo inequivocabilmente ad un controllo giudiziale circa l'adeguatezza dei termini economici dello scambio (titolarità del diritto di privativa verso corrispettivo) così come dalle parti e, segnatamente ed in concreto, dal committente trasfusi nel contratto ⁴⁸. Infine, è doveroso menzionare i casi, per taluni servizi di *outsourcing*, in cui, a seguito delle conquiste delle moderne tecnologie informatiche, il fornitore si trovi in un luogo del tutto diverso da quello del delegante, talvolta addirittura in un continente diverso.

Si pensi al servizio di *call center*.

⁴⁷ ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino 2002, p.40.

⁴⁸ Cfr. Per maggiori approfondimenti, MONTICELLI S., *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2006, p. 218 ss.

In questi casi sarà molto utile che le parti, appartenenti a diverse nazionalità, prevedano in contratto quale sia la legge ad esso applicabile e la relativa giurisdizione in ipotesi di contenzioso. Attesa la complessità della materia e, il più delle volte, la necessità di una rapida risoluzione delle eventuali possibili controversie, è consigliabile l'inserimento nel contratto di una clausola arbitrale

Capitolo III

L'outsourcing strutturale e funzionale nella Pubblica Amministrazione

3.1.1 L'outsourcing strutturale

Le diverse tipologie di *outsourcing* possono essere ricondotte a due gruppi: quelle strutturali e quelle funzionali; tra le prime, come è noto, rientrano le società miste, consorzi e il *project financing*; tra le seconde rientrano il *global service*, i contratti *in service*, il *leasing operativo*, il *general contractor*. La società mista rappresenta una forma gestionale mutuata dal diritto privato, caratterizzata dal fatto che i soggetti pubblici e quelli privati mettono in comune energie, risorse, capitali al fine di realizzare congiuntamente un'attività di erogazione di servizi. Si tratta di un accordo collaborativo che dà vita ad un soggetto giuridico autonomo ai cui processi decisionali partecipano coloro che hanno aderito all'accordo stesso, abbandonando logiche di accentuata "proceduralizzazione" e di controllo formale degli atti, per adottare forme organizzative improntate al risultato e dotate di strumenti di misurazione economica in grado di evidenziare oneri e proventi derivanti dall'attività. L'accordo svincola l'attività di produzione ed erogazione del servizio dalla gestione dell'amministrazione pubblica e delle sue attività istituzionali, nonché riduce l'impegno finanziario e la relativa spesa pubblica. Il valore aggiunto prodotto da tale accordo può essere destinato a soddisfare interessi particolari, come la divisione dei dividendi, o utilizzato per perseguire fini di interesse pubblico generale, come la riduzione delle tariffe. La relazione collaborativa tra soggetto pubblico e soggetto privato è di solito caratterizzata dal monitoraggio dei reciproci comportamenti che costituisce una notevole garanzia per entrambi. Il progetto di accordo deve definire gli obiettivi specifici, esplicitare le motivazioni che hanno indotto la ricerca di collaborazione con soggetti privati, specificando se queste riguardino principalmente il conferimento di capitale o l'acquisizione di specifiche competenze tecniche, indicare i benefici di ordine tecnico, organizzativo, gestionale, motivare la superiorità del modello organizzativo proposto rispetto alle potenziali forme organizzative

alternative, definire il piano economico-finanziario della società, elaborare una stima del volume e dell'attività prevista e l'evoluzione della domanda dei servizi, specificare le cautele che l'amministrazione della società impone⁴⁹. Uno degli aspetti giuridicamente più critici del procedimento di costituzione delle società miste è quello dell'individuazione dei soci privati; che si ricorra a una gara o ad un confronto concorrenziale, è l'amministrazione che invita il candidato privato a presentare il proprio progetto di servizio e le condizioni alle quali è disposto ad assicurare la fornitura, facendo salve le fondamentali esigenze di tutela dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione pubblica che la procedura e le norme dell'evidenza pubblica mirano a garantire, specie quando la scelta imponga una adeguata valutazione dell'*intuitus personae*, ancorchè ci si trovi in ipotesi di contratti associativi; e laddove la partecipazione pubblica sia di minoranza. Anche la circolazione delle azioni può e deve talora subire delle limitazioni, con l'introduzione di regole di gradimento o con l'imposizione di una nuova valutazione della sussistenza delle condizioni iniziali presupposte per la stipulazione dell'accordo.

3.1.2 I consorzi

Oltre alle società miste, anche i consorzi rappresentano una strategia di *outsourcing* strutturale. Essi costituiscono una forma di aggregazione di soggetti, costituita per provvedere, attraverso strutture gestionali unitarie, al perseguimento di fini di interesse comune ai consorziati. L'organismo consortile, giuridicamente configurabile come complesso, dotato di propria organizzazione e di propria personalità, solitamente è costituito per il raggiungimento di due finalità tipiche, cioè di mettere in comune le risorse per svolgere attività e servizi utili ai soggetti consorziati e le risorse per svolgere prestazioni, oltre che per i consorziati, anche per i terzi, nel qual caso si parla di consorzio con attività esterna. Al consorzio sono affidati compiti che prima venivano svolti all'interno della singola amministrazione con l'intento di ricavare, dalla gestione in comune,

⁴⁹ Si fa riferimento, ad esempio, alla regolamentazione dei conferimenti, alla suddivisione delle quote azionarie, alla composizione ed al funzionamento del consiglio di amministrazione.

significativi vantaggi in efficienza ed economicità. Per le sue caratteristiche strutturali, specie di flessibilità, questa forma di *outsourcing*, di regola volontaristica, è preferita per la gestione di attività che non richiedono ingenti apporti di capitale e per le quali si prevede un termine finale di breve periodo. E' configurabile come uno strumento elastico per porre in essere forme di collaborazione nel medesimo settore, tra amministrazioni che restano autonome e libere di operare sia pure nel rispetto degli obblighi assunti con la stipulazione dell'accordo. La razionalizzazione ed il contenimento della spesa conseguono alle amministrazioni dall'elaborazione di strategie comuni, dall'accorpamento dei consumi e dalla standardizzazione degli ordini di acquisto che rafforzano il potere contrattuale e consentono di ottenere condizioni più vantaggiose⁵⁰. Oltre a svolgere funzioni tipiche di coordinamento tra le amministrazioni consorziate, il consorzio può svolgere attività verso terzi, nei confronti dei quali assume obbligazioni per conto delle consorziate. In questi casi la disciplina del consorzio deve tener conto della sua struttura più articolata e complessa rispetto a quella con mere attività interne; deve soprattutto essere rigorosamente disciplinata la responsabilità verso i terzi e per converso deve essere salvaguardata l'esigenza di tutela dei terzi contraenti. E ciò sia per le obbligazioni assunte in nome del consorzio che per quelle assunte per conto dei singoli consorziati. Quella degli approvvigionamenti è senz'altro una delle funzioni che meglio si presta ad essere gestita in forma consortile. Sotto questo aspetto i "consorzi di acquisto" rappresentano una soluzione interessante per uniformare e qualificare la domanda e per eseguire procedure di acquisto unitarie razionalizzando le spese e impegnando le risorse in modo ottimale. L'attenzione non va posta soltanto sulla fattibilità giuridico-istituzionale del modello consortile nelle sue possibili configurazioni, ma anche e soprattutto sulla verifica della fattibilità organizzativa, logistica ed economico-finanziaria; specie quando la strategia che ha giustificato l'alleanza consortile è quella di usare la leva delle

⁵⁰ Sin dall'entrata in vigore della legge 30 dicembre 1991, n. 412, cui è succeduta la legge n. 502 del 1992, cui hanno fatto seguito legge n. 517 del 1993 e n. 229/99, la lettura delle norme è risultata complessa, destando perplessità e incertezze: non risulta chiaro se il legislatore, nelle varie formulazioni, abbia voluto introdurre modelli di sperimentazione gestionale nella forma consortile, o che altro.

economie di scala e di creare sinergie tra i livelli professionali presenti in ogni singola amministrazione consorziata per raggiungere l'eccellenza delle risorse umane.

3.1.3 Il project financing

Lo stesso tipo di attenzione va posto in ordine alle operazioni di *project financing* che costituiscono anch'esse esempi di esternalizzazione strutturale.

Il *project financing*, ossia (per utilizzare l'espressione impiegata dal legislatore) la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, costituisce un modello per il finanziamento e la realizzazione di opere pubbliche del tutto nuovo nella disciplina di settore che, nelle aspettative dei suoi sostenitori, dovrebbe porre rimedio alla scarsità di fondi pubblici e al *gap* infrastrutturale che divide l'Italia dagli altri Paesi industrializzati. Si tratta di approccio diverso al finanziamento degli investimenti. Mentre il tradizionale approccio creditizio si concretizza nell'allestimento di una operazione di prestito, basata essenzialmente sulla valutazione della capacità di rimborso delle imprese finanziate, il *project financing* identifica nelle prospettive di reddito di un progetto la fondamentale garanzia dell'indebitamento contratto⁵¹. In altre parole, la caratteristica del *project financing* risiede nel fatto che il finanziatore del progetto non richiede a protezione dello stesso (o richiede in minima parte) garanzie personali o reali secondo i tradizionali schemi di finanziamento, ma affida la garanzia del proprio credito alla redditività futura del progetto. Se questo non consente previsioni di flussi di cassa consistenti e sufficienti a ripagare il finanziamento ed a remunerare il capitale investito non si può parlare di *project financing*. Esso poggia, dunque, su una struttura contrattuale flessibile con un panorama variegato di garanzie e di piani di rimborsi predisposta misura del progetto; consiste, dunque, in una molteplicità di contratti di concessione, finanziamento, di appalto, di fornitura, di garanzia, di

⁵¹ Cfr. AMATUCCI F., *Nuove opportunità di gestione finanziaria per le amministrazioni pubbliche: project financing, fondi immobiliari chiusi, cartolarizzazioni, fondazioni bancarie*, in *I sistemi di finanziamento e co-finanziamento per gli acquisti pubblici*, Milano, 2002.

costruzione e gestione tra loro legati da un vincolo di scopo. Ciò che rileva è l'impalcatura logica che rende necessari e che collega tra di loro i diversi contratti⁵² la cui fisionomia dipende dalle specifiche problematiche dell'opera che si vuole finanziare. Con il *project financing* l'amministrazione può integrare le proprie risorse per realizzare un'opera pubblica e l'interlocutore privato può realizzare un equo compenso, correlato alle risorse. In estrema sintesi, un'operazione di *project financing* si articola nelle seguenti fasi: *inquadramento programmatico*, nella quale la pubblica amministrazione indica una o più opere di utilità generale; *proposte dei promotori*, nella quale i promotori, società miste, enti finanziari, imprese di costruzioni, gestori di servizi presentano il progetto; *approvazione del progetto*, nella quale la p.a. sceglie e approva il progetto migliore, con la facoltà di chiedere integrazioni e variazioni; *indizione della gara*, nella quale il solo progetto preliminare del promotore viene posto a base di gara⁵³. Il *project financing* dovrebbe consentire la realizzazione accelerata di grandi infrastrutture pubbliche o di insediamenti strategici di preminente interesse pubblico attraverso la definizione di percorsi programmati che comprendono l'inquadramento territoriale ed ambientale dell'opera, l'asseverazione del progetto, il piano economico-finanziario, le risorse a carico totale o parziale dei promotori, i costi di gestione e manutenzione, il rendimento dell'opera, le tariffe da applicare. Il modello giuridico applicabile alle operazioni di *project financing* è quello della concessione di costruzione e gestione, parzialmente innovata rispetto alla concessione classica. Il fabbisogno finanziario relativo all'opera deve essere ben individuato: dovrà essere costituita un'unità economica *ad hoc*, cioè un soggetto di progetto, con lo scopo di gestire l'opera e di garantire i rischi sopportati dagli appaltatori, indipendentemente dall'obbligo di trasferire poi, al termine, l'opera all'amministrazione. La garanzia per il finanziatore è costituita dalla separazione tra la gestione del progetto e le vicende

⁵² Cfr. AMATUCCI F., *op. cit.*; LUBELLI M., *Il project financing*, in *Nuovi strumenti e strategie contrattuali per le aziende sanitarie*.

⁵³ Cfr. GRAZIANO A., *Project financing: un'ipotesi da decifrare*, in *Teme*, 5/2001, p. 28 ss.; GRASSI M.T., *Project financing: nuove prospettive di sviluppo*, in *Le disposizioni per il rilancio delle attività produttive* a cura di Mariani M. – Menaldi V., 2002; DOSSENA G., *La gestione per progetti*, Milano, 2000.

imprenditoriali dei concessionari. Si tratta, dunque, di uno strumento attraverso cui l'amministrazione può trarre favorevoli opportunità riguardo ai vantaggi macroeconomici, e non solo, legati al singolo progetto. In particolare, facendo ricorso alla finanza di progetto l'amministrazione potrebbe affrontare progetti innovativi ma caratterizzati da rischi superiori a quelli che potrebbero assumere per competenze e risorse senza confondere il proprio patrimonio con i rapporti patrimoniali esterni; e senza essere coinvolta direttamente con le imprese terze. Soprattutto se il piano di fattibilità del progetto è serio e coerente, il finanziatore può chiedere condizioni meno onerose per la concessione del finanziamento, essendo il rischio mitigato. Il ruolo dell'amministrazione dovrebbe essere strategico, stabilendo prescrizioni e pattuizioni chiare ed efficaci, prevedendo un finanziamento iniziale che assicuri al concessionario un equilibrato impatto economico-finanziario.

3.2.1 L'*outsourcing* funzionale

Fra le tipologie di *outsourcing* definito funzionale si annovera, nell'ambito della pubblica amministrazione, tra gli altri, il *global service*. L'istituto è stato definito⁵⁴ come un contratto avente ad oggetto una molteplicità di servizi eterogenei tra loro, a proposito dei quali la giurisprudenza sottolinea che l'unicità del contratto consente all'amministrazione di avere un unico interlocutore responsabile delle varie prestazioni, con conseguente razionalizzazione e riduzione dei costi e, quindi, con un migliore soddisfacimento degli interessi pubblici. L'istituto è riconducibile agli strumenti di gestione delle risorse da valutarsi in funzione del risultato e dei parametri d'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, nonché di stabilizzazione della finanza pubblica (importante per le aziende a finanza derivata). Sebbene sia stato adottato inizialmente per le sole attività di manutenzione (es: pulizia degli uffici, servizi di lavanderia, eliminazione dei rifiuti, gestione delle proprietà immobiliari), è stato

⁵⁴ Cfr. PITTALIS G., *Il Global service nel quadro degli appalti di servizi*, in *www.giust.it*; vedi anche Tar Lazio, II bis, 13.12.2001 n. 1086; il fondamento normativo può essere rintracciato nell'art. 1322 c.c., nella direttiva comunitaria n. 92/50, nell'art. 28 della L. 23 dicembre 1999 (legge finanziaria 2000). Cfr. BONI M., *Il Global service*, Imola, 2000; MASSARI R., *Il Global service nella p.a.*, in *Comuni d'Italia*, 11/1999, p. 1511 ss.

poi esteso anche a quei servizi che erano già stati affidati a soggetti esterni, sia pure con affidamenti separati. Tuttavia, il *global service* ha tradizionalmente per oggetto servizi diversi da quelli riconducibili in senso stretto al servizio pubblico. In questi casi dovrebbe parlarsi più propriamente di *facility management*: una metodologia di gestione aziendale mediante la quale si provvede all'esternalizzazione globale ed integrata di ordine tecnico-manutentivo, finanziario e organizzativo degli immobili, delle attrezzature e più in generale di tutte quelle attività che hanno pertinenza con la logistica e le dotazioni infrastrutturali che non rientrano nel *core-business* dell'azienda, con l'evidente obiettivo di facilitare lo svolgimento dell'attività principale dell'azienda stessa sollevandola dai relativi oneri organizzativi e gestionali ⁵⁵. Rispetto al *global service*, che presenta un oggetto più circoscritto e specifico, benchè complesso, il *facility management* si connota per un più elevato grado di integrazione orizzontale tra una pluralità di componenti e per la maggiore ampiezza del servizio complessivo offerto, che comprende non solo attività manutentiva in senso stretto ma si estende ad un'ampia gamma di prestazioni accessorie fino a ricomprendere, in alcuni casi, la totalità dei servizi di supporto, al fine di consentire all'impresa di occuparsi solo del *core-business*. L'ambito possibile di applicazione del *global service* è ritenuto quello dell'appalto di servizi, che, come è noto, è un contratto di scambio che ha per oggetto prestazioni imprenditoriali rese dal privato appaltatore a favore della stazione appaltante, tenuta a riconoscere all'impresa il corrispettivo del servizio⁵⁶, mentre il servizio pubblico, che è costituito da una prestazione a favore della collettività e dell'utenza, implica poteri speciali propri di un soggetto pubblico e trasferibili di regola a privati gestori sulla base non di appalti ma di concessioni. Si è assistito ad una progressiva espansione dell'utilizzo del contratto di *global service* sia perché esso costituisce una

⁵⁵ Cfr. MASSARI A., *op. ult. cit.* .

⁵⁶ Cfr. PITTALIS G., *op. cit.*; deve considerarsi, comunque, che nell'ordinamento italiano il *global service*, come altri istituti che prevedono il trasferimento ai privati della gestione complessiva di un servizio è in continua evoluzione. Anche alla luce delle disposizioni della legge obiettivo n. 443 del 2001 sembra possibile una configurazione più estesa dell'*outsourcing* con ridefinizione dei confini tra concessione e *global service*. V. anche RIGHI L., *Il global service*, in *Teme*, n. 3/2001.

tipologia contrattuale che vincola l'assuntore al raggiungimento di risultati gestionali predeterminati dal committente pubblico, sia perché consente un certo margine di discrezionalità superiore a quello consentito nell'affidamento di un appalto di servizi. Tale fattispecie può definirsi come un contratto misto, riconducibile, dal punto di vista del contenuto, a differenti fattispecie contrattuali tipiche, i cui elementi si fondano in un'unica causa: in esso possono essere ricompresi lavori e servizi se pure i primi risultano accessori. Il criterio della accessorietà dei lavori può essere affiancato anche da quello della prevalenza del valore economico dei servizi⁵⁷, dal che potrebbero discendere valutazioni di tipo soggettivo-funzionale contrapposte a quelle di tipo oggettivo-patrimoniali, secondo che si abbia riguardo alla volontà delle parti ed alle finalità dalle stesse perseguite con il contratto o al valore determinante della prestazione economica⁵⁸; anche se un criterio non esclude necessariamente l'altro. Ciò che deve essere chiaro è che l'affidamento di un servizio tiene in prevalente considerazione e mira a valorizzare certe capacità tecniche che sono valutate in differente modo nell'affidamento di un lavoro; quindi deve essere evitato ogni stratagemma che miri ad includere surrettiziamente prestazioni non omogenee tra loro e soprattutto non considerabili unitariamente dal punto di vista funzionale. Il *global service* non può e non deve essere considerato un contratto il cui oggetto sia determinato arbitrariamente dall'amministrazione, la quale vi includa attività di diversa natura ed eterogenee tra di loro, prive di una ragionevole e logica connessione di tipo economico funzionale. Le prestazioni dedotte in contratto, anzi, debbono essere considerate nella loro inscindibile globalità ed in vista del raggiungimento di uno scopo negoziale oggettivamente

⁵⁷ Per approfondimenti, v. MASTRAGOSTINO F., *Inquadramento giuridico dei modelli di affidamento relativi a contratti di global service*, in *Atti del convegno: il global service*, Imola 2000. Con riferimento al criterio dell'accessorietà, la giurisprudenza ha assegnato allo stesso una valenza per c.d. "funzionale" e non soltanto economica. In altri termini, nel formulare il giudizio sul carattere principale o accessorio dell'una o dell'altra prestazione, ha mostrato di tenere in considerazione anche (se non prevalentemente) i profili soggettivi, quali la reale volontà delle parti o l'interesse primario della stazione appaltante.

⁵⁸ Cfr. CANCRINI A., *Il contratto di outsourcing nella P.A.*, in *Atti del Convegno: Il contratto di outsourcing*, Milano, 2002. Cfr. anche RIGHI L., *op. cit.*, p. 15 ss. L'A. ricorda che talora il Consiglio di Stato ha ritenuto che non potesse considerarsi meramente accessoria la componente di lavori presente nel contratto a fronte di un importo degli stessi di gran lunga superiore rispetto a quello della componente dei servizi, anche se il contratto di *global service* è spesso assoggettato alla disciplina degli appalti di servizi sulla base dell'applicazione del criterio dell' "accessorietà" intesa in senso non prettamente economico.

unitario: questa è la causa giuridica. Si tratta di un contratto da cui deriva un obbligo di risultato, il che significa che l'affidatario è fortemente coinvolto nelle fasi di programmazione e di organizzazione delle attività per apportare migliorie, ridurre costi, migliorare caratteristiche tecniche, ed è responsabile delle scelte di progetto, di direzione e di attuazione⁵⁹. I vantaggi organizzativi per la committenza pubblica sono molteplici: essa può concentrare le proprie risorse sul proprio *core-business*, svolgendo nei confronti dell'affidatario soltanto funzioni di indirizzo e controllo dopo essersi liberata degli aspetti operativi; può ottenere garanzie di mantenimento nel tempo dello *standard* del servizio; ha un unico interlocutore specializzato, scelto a seguito di un rigoroso confronto; può acquisire un nuovo *know-how* gestionale dalla esperienza dell'affidatario; ottiene una contrazione dei costi del servizio e degli investimenti fissi. Questi vantaggi non devono, tuttavia, indurre le amministrazioni a ricorrere al contratto di *global service* come ad uno strumento "*utile a far tutto*" o a un mezzo per eludere l'una o l'altra disciplina pubblicistica per la scelta del contraente o per l'affidamento di un lavoro o di una fornitura. Anzi, proprio perché al contraente è affidato, con un unico contratto, lo svolgimento di un complesso di attività pur univocamente o funzionalmente finalizzate, è evidente la necessità di indicare rigorosi criteri di selezione e di riscontro delle qualità e delle referenze richieste; il che non può che imporre cautela nel ricorso al *global service*, alternativo all'istituto della associazione temporanea di imprese (ATI), che è la forma tradizionale di partecipazione alle gare. La scelta del contraente nel contratto di *global service*, pertanto, dovrà essere rispettosa di principi e regole, *in primis* di valenza costituzionale, quali il buon andamento, l'economicità e l'efficienza, la libertà di iniziativa economica, la concorrenza ed il libero accesso alle procedure di

⁵⁹ Il contratto, generalmente, deve indicare: *oggetto ed obiettivo* (mantenimento dello stato di efficienza di un bene o di un prodotto, riparazione di un bene o di un prodotto; in questa parte si tende anche a definire la tipologia del servizio di manutenzione richiesta); *capitolato e progetto di global service* (il contratto deve contenere un rinvio al capitolato tecnico ed al progetto, da considerarsi parte integrante del contratto stesso); *descrizione dei lavori* (elenco dettagliato dei materiali da sostituire, frequenza e durata degli interventi, qualifica degli operatori, collaudi da eseguire, responsabile del piano di manutenzione); *inventario dei beni*; *luogo o ambiente* (ove debbono essere eseguiti i lavori); *oneri a carico del committente*, *norme di sicurezza, durata, prezzo*. Cfr. ZANOVELLO R., *Il global service, contenuti e aspetti tecnici*, op.cit.

scelta e di gara, l'adeguata qualificazione del fornitore, la sua affidabilità e le sue dimostrate capacità organizzative. L'amministrazione deve anche puntualmente definire il livello delle prestazioni e del loro rilevamento, sviluppando, previamente, di concerto con il potenziale affidatario, simulazioni delle probabili dinamiche prestazionali, al contempo formulando ogni informazione necessaria relativa allo stato degli impianti, delle strutture, delle macchine connessi alla gestione del servizio sicché il fornitore possa approntare strategie ottimali.

3.2.2 Il *facility management*

Se con il contratto di *global service* l'amministrazione di solito affida al privato attività di maggiori dimensioni e importanza (come la ristrutturazione, la manutenzione e la gestione totale di un settore o, nel caso del *facility management*, ad esempio l'intero servizio di pulizia dello stabile dell'Ente) tanto che l'assuntore è chiamato ad offrire un sistema integrato di gestione del tipo "chiavi in mani", con i *contratti in-service* vengono, invece, affidate prestazioni più circoscritte ma accorpate, come ad esempio la fornitura di materiale di consumo. La casistica dei *contratti in-service* sembra ricadere principalmente nelle norme che regolano l'appalto di fornitura, anche se, tecnicamente, sarebbe meglio ricondurla alle forme dell'appalto misto⁶⁰. Ricorrendo a questi contratti, tuttavia, l'amministrazione esclude una vera gara pubblica come occasione di confronto e di scelta del fornitore, fermo restando l'obbligo della resa del conto, cioè della dimostrazione a posteriori del rispetto dei limiti delle eventuali autorizzazioni, della imparzialità dell'azione, della proficuità della scelta. Mentre il *global service* è un contratto unico, il *contratto in-service* consta di solito di una pluralità di accordi collegati da un'unica causa, riconducibile ad una molteplicità di prestazioni con finalità unitarie. Nonostante il contratto sia composto da un insieme eterogeneo di prodotti e nel suo oggetto concorrano elementi di più negozi tipici, non lo si può definire un contratto frazionato dal momento che le varie prestazioni sono legate da una

⁶⁰ Alcune norme dell'appalto di lavori vengono talora utilizzate nei contratti in-service soprattutto per valutare i progetti di ristrutturazione di locali o di collocazione degli impianti e delle apparecchiature.

destinazione comune qual è la gestione complessiva dell'intervento; può definirsi, perciò, un contratto plurimo con cause ed oggetti molteplici e con due elementi comuni: l'identità dei contraenti e lo scopo generale. Se prima dell'accordo l'amministrazione stipulava più contratti e ne coordinava l'esecuzione, ora ne stipula soltanto uno e trasferisce all'esterno il collegamento gestionale ma non il controllo. Oggetto del service sono dunque: la fornitura di materiale di consumo, come già detto in precedenza; l'assistenza tecnica e la manutenzione ordinaria e straordinaria. La durata del contratto normalmente è di dodici mesi con possibilità di rinnovo per altri dodici, ma, nella prassi, può arrivare fino a cinque anni. Una peculiarità di questo contratto è la definizione della qualità di beni da acquisire o delle prestazioni da effettuare al fine di evitare oscillazioni del numero di interventi che costituirebbero, ovviamente, un elemento di incertezza e renderebbero difficile la formulazione di offerte serie e adeguate alle previste esigenze. I criteri di scelta e di aggiudicazione sono fortemente influenzati dal c.d. "parametro qualità" che può venire suddiviso in più sottosectori: qualità dei materiali, qualità delle soluzioni, qualità dell'assistenza. E' evidente che i *contratti in-service* semplificano e agevolano l'attività dell'amministrazione: con un unico "bando" essa acquisisce tutte le forniture di cui ha bisogno, riduce i tempi per lo svolgimento delle "gare", ottiene forniture di ultima generazione senza immobilizzazioni di capitali, sostituendo quelle obsolete senza oneri aggiuntivi, raggiunge maggior semplicità nella gestione degli ordini, trasferisce sul contraente *in-service* il rischio della gestione; soprattutto, ottiene un risparmio economico di non sommersa entità fissando tariffe, costi e spese in via preventiva e senza previsione di variazioni. Quanto agli aspetti critici del ricorso a tali contratti se ne può indicare il principale: quello della "dipendenza" che il contratto può creare nei confronti del fornitore a discapito dell'autonomia dell'amministrazione⁶¹.

⁶¹ Altro punto critico può essere costituito dalla complessità tecnica della prestazione, se suddivisa in lotti, anche diversi sotto il profilo della classificazione merceologica. Per quanto riguarda le "formule per partecipare alle gare", l'ampiezza e l'articolazione dell'oggetto del contratto *in-service* non consentono, spesso la partecipazione autonoma di una singola impresa che difficilmente racchiude in sé competenze

3.2.3 Il *leasing* operativo

Tra le tipologie di *outsourcing* funzionale va ricordata anche quella del *leasing* operativo, contratto in forza del quale l'amministrazione acquisisce in uso certi macchinari insieme con una serie di servizi accessori di assistenza, di manutenzione, di controllo sistematico, fornendo un corrispettivo periodico. Con questo contratto l'amministrazione riesce ad utilizzare macchinari che rendono possibile l'erogazione di servizi richiesti, pagando un canone periodico per un certo lasso di tempo, beneficiando, così, dell'utilizzo del bene senza un cospicuo esborso iniziale e ridistribuendo il costo del macchinario in un lungo periodo. Così l'amministrazione soddisfa l'esigenza dell'utenza, supera la difficoltà finanziaria, ed evita, nel contempo, il problema della rapida obsolescenza delle apparecchiature, di solito ad alto contenuto tecnologico. Il *leasing* operativo è riconducibile alla categoria degli appalti di fornitura ed è regolato dalle norme che disciplinano questi ultimi: per individuare il contraente con cui stipulare l'accordo l'amministrazione dovrà ricorrere, pertanto, alla relativa procedura di evidenza pubblica. Questa tipologia di *outsourcing* ha generato, e non da pochi anni, una serie di dubbi interpretativi che anche la giurisprudenza non ha risolto definitivamente. Il *leasing* operativo si discosta nettamente dal *leasing* finanziario ed appare piuttosto assoggettabile alle norme sui contratti di locazione, anche quando l'operazione è posta in essere con la presenza di un intermediario finanziario che garantisce l'assunzione dei rischi da parte del fornitore⁶². Tuttavia, quasi sempre si caratterizza come locazione avente natura finanziaria quando la durata della locazione del bene è ragguagliata al periodo di obsolescenza dello stesso. A favore della locazione ordinaria depongono le caratteristiche specifiche del contratto: il canone pattuito tra le parti in rapporto al godimento del bene e non al suo valore, la durata commisurata alle esigenze del conduttore, anche se di fatto non è facile che un produttore o un commerciante siano

diversificate quali richiede il committente. Sono, pertanto, ammesse a partecipare le AA.TT.II., i consorzi, i consorzi di imprese o il gruppo europeo di interesse economico (GEIE).

⁶² Cfr. CANDI M., *Il leasing operativo degli intermediari finanziari*, in www.assolea.it.

disposti a locare beni strumentali o impianti ad alta tecnologia per un periodo di tempo correlato alle mutevoli esigenze dell'utilizzatore, specie quando il rischio di obsolescenza non è facilmente prevedibile o non può essere prudentemente ragguagliato al periodo di utilizzo sicchè non appaia oggettiva la possibilità di remunerazione. Resta, comunque, fermo il punto che il *leasing* operativo semplifica notevolmente la gestione del servizio da parte dell'amministrazione che ottiene da un unico interlocutore contrattuale una molteplicità di servizi, evitando appesantimenti finanziari, procedurali, organizzativi e manutentivi; quanto al contraente privato, esso beneficerà del fatto che l'amministrazione non è un soggetto a rischio e non richiede di essere affidato.

3.2.4 Il *general contractor*

Tra le strategie di *outsourcing* per la gestione di attività strumentali e di supporto che per la loro natura possono essere affidate a soggetti esterni si annovera, infine, il *general contractor* : questi si configura come un interlocutore unico, individuato dall'amministrazione attraverso gare nazionali ed europee per l'acquisizione di beni omogenei. In questo modo, il rapporto tra l'amministrazione e il mercato avviene attraverso poche e meno costose intermediazioni che consentono la soppressione di parte dei servizi interni dedicati e l'eliminazione delle corrispondenti risorse e spese. Al *general contractor* può essere affidata anche l'esecuzione di opere pubbliche nel qual caso si assume tutte le attività organizzative e amministrative finalizzate alla realizzazione dell'opera o di un programma di opere, dalla predisposizione degli studi preliminari e della progettazione alla scelta dell'esecutore materiale dell'attività di direzione dei lavori, alla contabilità, ai collaudi. Si parla in questi casi di un concessionario di committenza che svolge una funzione sostitutiva dell'amministrazione in quasi tutte le attività concernenti la realizzazione dell'opera, coordinando le prestazioni esecutive di terzi con assunzione del rischio di risultato. La concessione di committenza è perciò più ampia di quella di costruzione, e può essere considerata una forma di organizzazione indiretta della pubblica amministrazione. Si parla, anche in questi casi, di contratti

innominati di servizi e prestazioni aventi natura e contenuti complessi, perché al *general contractor* può derivare l'obbligazione dell'esecuzione di alcune opere, come l'affidamento di tale esecuzione a terzi, con insorgenza di obblighi di risultato ma anche di mezzi e commistione tra contratto d'appalto e contratto di committenza⁶³.

⁶³ L'appalto del *general contractor* è quello che ha per oggetto l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice; esso ricomprende l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione ad un unico soggetto contraente generale che assume un'obbligazione di risultato.

Capitolo IV

L'esternalizzazione dei servizi pubblici locali

4.1 Il servizio pubblico locale: definizione

Con riferimento agli enti territoriali, nell'ambito del concetto generale di servizio pubblico, è individuabile quello del servizio pubblico locale. L'art. 112 del Testo Unico degli Enti Locali (D.Lgs.: 267/00) stabilisce che *“Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.

Il servizio pubblico assume, quindi, la denominazione di locale quando è caratterizzato dai seguenti elementi:

- imputabilità all'ente locale del servizio;
- oggetto del servizio consistente nella produzione di beni ed attività destinati alla comunità locale;
- scopo consistente nella realizzazione di fini sociali e nella promozione e sviluppo delle comunità locali.

L'aggettivo “locali” e la conseguente riconducibilità dei servizi a circoscritte realtà territoriali, discende dal ruolo dei Comuni quali “soggetti istituzionali” più vicini ai cittadini, pertanto particolarmente idonei ad interpretarne e soddisfarne le esigenze (principio di sussidiarietà verticale). Nell'era della globalizzazione, però, tale requisito non assume valenza univoca: di certo, vuole evidenziare come i servizi in esame insistano su determinati territori e siano vincolati ai bisogni ed alle risorse (naturali, infrastrutturali, ecc.) ivi riscontrabili, nonché alla scelta (per i servizi non indispensabili) o all'obbligo (per i servizi indispensabili) dei Comuni di farsi carico della relativa fornitura, ma sulla concreta delimitazione dei bacini d'utenza sussistono notevoli margini di incertezza e flessibilità. Anche il carattere di “pubblica utilità”, peraltro, non conosce confini prestabiliti. I suoi contenuti, infatti, variano nel tempo e nello spazio in relazione all'evoluzione sociale, economica e culturale di ciascuna comunità, ovvero al mutamento dei bisogni espressi dai singoli e dalla collettività ed agli strumenti attraverso i quali le imprese e l'apparato pubblico sono in grado di soddisfarli. La categoria dei servizi pubblici viene definita “aperta”, soggetta ad ampliarsi o a restringersi,

secondo le valutazioni politiche e sociali fatte dagli organi competenti, relativamente all'interesse generale che una certa prestazione riveste per la collettività. Si deve, infatti, rilevare l'esistenza di attività, come quella bancaria, quella assicurativa o quella editoriale, che, pur rivestendo il carattere di essenzialità nella vita della collettività, non è ritenuto necessario da parte dello Stato riconoscere la caratteristica di pubblica utilità, con la conseguente assunzione diretta della responsabilità della gestione. Tale circostanza giustifica la scelta del legislatore nazionale di non fornire una definizione dettagliata di "servizio pubblico locale", né un elenco tassativo delle prestazioni che vi afferiscono, lasciando agli enti locali massima discrezionalità nella scelta delle attività da ricondurre entro tale alveo. Superato l'approccio interpretativo soggettivo e ridimensionata la valenza di quello oggettivo, la legislazione e la letteratura giuridica ed economico aziendale mostrano crescente convinzione nell'affermare che a rendere "pubblico" un determinato servizio non è il carattere pubblico del soggetto gestore, né il contenuto oggettivo della prestazione, quanto piuttosto la rilevanza che la prestazione assume in uno specifico contesto socio-economico, accompagnata dalla incapacità dei privati di provvedere autonomamente alla sua fornitura secondo requisiti accettabili di quantità, qualità, prezzo, continuità e capillarità. L'inadeguatezza dell'iniziativa privata⁶⁴ è ricondotta dalla teoria economica a tre cause principali (c.d. fallimenti del mercato), che possono, o meno, coesistere:

1. il carattere di non rivalità e non escludibilità del consumo;
2. le condizioni di monopolio naturale;
3. il fenomeno delle esternalità.

L'espressione "non rivalità" descrive la situazione in cui la quantità di un bene/servizio consumata da un soggetto non diminuisce la quantità disponibile per gli altri, essendo nullo il costo marginale di produzione. Il requisito di "non escludibilità", invece, sottolinea la difficoltà (o la scarsa convenienza economica) di precludere il godimento di un bene/servizio a coloro che allo scopo non pagano alcun prezzo. Servizi pubblici locali che presentano entrambi questi requisiti sono, ad esempio l'illuminazione pubblica ed il servizio di spazzamento delle strade: la fruizione da parte di n.

⁶⁴ Può trattarsi, peraltro, di una inadeguatezza totale o anche solo parziale; nulla esclude, infatti, che, con riguardo a determinati ambiti della vita socio-economica di una comunità, l'iniziativa pubblica possa affiancarsi all'iniziativa privata, non completamente assente ma, appunto, solo insufficiente.

1 cittadino non riduce l'utilità per l'ennesimo cittadino e, al contempo, anche l'ennesimo cittadino non ne condivide i costi, non è comunque possibile escluderlo agevolmente dalla fruizione. Il consumo "non rivale" e non escludibile (caratteristico dei c.d. beni pubblici puri) conduce la produzione a livelli troppo bassi rispetto alla domanda: infatti, se da un lato la non rivalità disincentiva i consumatori a rivelare le proprie preferenze (anche se l'ennesimo consumatore non esprime alcuna preferenza, infatti, può ugualmente usufruire del servizio, eventualmente addirittura a costo zero) e rende molto difficile la definizione della curva di domanda, dall'altro la non escludibilità frena l'offerta privata, in quanto i produttori, pur non potendo appropriarsi di tutti i benefici della propria attività (per definizione, infatti, essi non riescono a precluderne la fruizione a coloro che non pagano alcun prezzo), dovrebbero sopportarne integralmente i costi. Con il termine esternalità, infine, si identifica un fenomeno per il quale gli effetti delle scelte individuali di produzione e/o consumo non restano circoscritti entro la sfera degli interessi del "decisore", ma ne fuoriescono, generando dei benefici (esternalità positive) o dei danni (esternalità negative) che si ripercuotono su altri soggetti, senza che questa circostanza si rifletta sul meccanismo di formazione dei prezzi. E' proprio in funzione di tali esternalità che, in generale, si giustifica il carattere di pubblica utilità di determinati servizi, anche se il loro consumo è rivale ed escludibile (si pensi ad esempio ai servizi di distribuzione dell'acqua potabile o del gas naturale) o il loro mercato non presenta un assetto naturalmente monopolistico (come nel caso di alcune prestazioni assistenziali, sanitarie, ecc.). Alcuni servizi locali sono pubblici in modo sostanzialmente irreversibile, nel senso che la loro essenzialità, trasversalità e, parallelamente, l'inadeguatezza di una eventuale offerta privata rispetto alle esigenze collettive (non solo economiche, ma anche di tutela della legalità e dei diritti naturali dell'uomo, quali la libertà, l'uguaglianza, la salute, ecc.) si presentano pressochè immutate nel tempo e nello spazio, pur potendo variare le condizioni e le modalità concrete di erogazione. Si tratta dei c.d. servizi indispensabili- connessi al funzionamento degli organi istituzionali, alla giustizia, alla tutela dell'ordine pubblico, all'istruzione, alla nettezza urbana, alla distribuzione di acqua potabile, alla regolazione della viabilità- così definiti perché, appunto, rientrano fra le funzioni fondamentali, e pertanto non derogabili, di ogni amministrazione comunale. Al di fuori della categoria dei servizi indispensabili, però, la scelta

di considerare pubblico un determinato servizio e, conseguentemente, di presidiarne le condizioni di espletamento, spetta alla autonoma iniziativa di ogni Comune, alla luce delle specifiche esigenze della comunità locale⁶⁵. Le prestazioni concretamente afferenti alla categoria dei servizi pubblici locali variano nel tempo e nello spazio al mutare delle esigenze della collettività, a loro volta dipendenti dalle caratteristiche naturali dei territori, dal progresso tecnologico, dall'evoluzione culturale, ecc.⁶⁶.

Inoltre, tali prestazioni variano anche in relazione al contesto economico in cui l'iniziativa privata può svilupparsi. In particolare, se a rendere inadeguata l'offerta privata di un determinato bene/servizio è l'assetto naturalmente monopolistico di un mercato, qualora tale assetto vengano meno, cedendo spazio alla libera concorrenza, anche le ragioni che in precedenza giustificavano il presidio pubblico delle condizioni di fornitura vengono a decadere, nonostante il persistere del carattere di essenzialità del bene/servizio per il contesto socio-economico di riferimento. Qualora l'assetto naturalmente monopolistico di un mercato venga meno, cedendo spazio alla libera concorrenza, anche le ragioni che in precedenza giustificavano il presidio pubblico delle condizioni di fornitura vengono a decadere, nonostante il persistere del carattere di essenzialità del bene/servizio per il contesto socio-economico di riferimento. L'assetto naturalmente monopolistico di un mercato può trovare superamento grazie al progresso tecnologico, qualora questo si mostri idoneo a ridurre la scala di efficienza minima ed il costo delle infrastrutture e, pertanto, ad abbatterne il carattere di barriera all'ingresso e/o all'uscita del mercato per gli aspiranti *competitor*. Da quanto sin d'ora affermato discende che, il termine "azienda

⁶⁵ Su questo punto si veda, oltre all'art. 118 Cost. e all'art. 112 T.U.E.L., anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 5643/2004, Sez. V.

⁶⁶ I servizi che interessano le amministrazioni locali possono essere distinti in due tipologie principali: servizi intermedi e servizi finali. I servizi finali sono prestazioni indirizzate ai cittadini ed al soddisfacimento dei loro bisogni, come utenti individuali (es. servizio idrico, trasporto pubblico, ecc.) o come membri della collettività (es. spazzamento delle strade, illuminazione pubblica, ecc.). I servizi intermedi, invece, sono prestazioni di cui beneficiano uno o più divisioni, settori o uffici dell'ente stesso (es. servizio di pulizia degli immobili, servizio di manutenzione e riparazione dei computer e delle stampanti degli uffici, ecc.). Possono essere intese come attività di supporto, in quanto il loro espletamento è strumentale alla realizzazione dei servizi finali. Solo i servizi finali sono veri e propri servizi pubblici locali, poiché solo questi sono orientati alla soddisfazione diretta delle esigenze collettive ed hanno un impatto immediato sull'assetto socio-economico della comunità locale. Il servizio pubblico locale si configura come un vero e proprio *output* del processo produttivo dell'azienda Comune, con riferimento allo svolgimento delle funzioni istituzionali di definizione e monitoraggio delle condizioni di fornitura dei servizi essenziali a favore della comunità e, in caso di gestione diretta, anche con riguardo alla attività di produzione in senso fisico-tecnico; le caratteristiche del servizio finale colgono pienamente tutti questi aspetti.

di servizi pubblici”, comunemente adottato nella pratica e dagli studiosi del settore, è impreciso; sarebbe, invece, più esatto ed appropriato definire con il termine “attività di pubblica utilità”: “tutte quelle attività di produzione di beni e servizi che in un preciso momento storico la pubblica amministrazione svolge direttamente, oppure ne delega a terzi lo svolgimento sotto il suo controllo, sempre e comunque nell’interesse generale della collettività”. I fenomeni caratterizzanti il settore dei servizi pubblici, sono riscontrabili attraverso numerosi interventi di riforma, basate su principi diversi tra di loro. Già agli inizi del secolo scorso, e con forza maggiore a partire dal 1990, si è sviluppato il processo di esternalizzazione, che ha portato l’ente locale a “spogliarsi” della gestione diretta di molti servizi, assumendo nel contempo un ruolo di mera regolazione. Si è trattato di un processo complesso e tortuoso, caratterizzato da provvedimenti non sempre coerenti tra loro, avviato con la Legge 29 Marzo 1903 n. 103 (c.d. Legge Giolitti) e ancora oggi in divenire.

4.2.1 L’esternalizzazione dei servizi pubblici locali: elementi definitori ed obiettivi perseguiti

I principali interventi legislativi che hanno interessato ed innovato il settore dei servizi pubblici locali hanno modificato il ruolo svolto dall’ente locale. Infatti, si è assistito ad un passaggio da una modalità di gestione dei servizi pubblici locali che vedeva impegnato l’ente locale in maniera diretta ad una caratterizzata dall’assunzione di un ruolo di regolatore. Questo processo che vede l’ente locale svolgere essenzialmente funzioni di indirizzo e controllo, ossia di scelta di soluzioni che possono meglio soddisfare le legittime aspettative dei cittadini e la naturale e conseguente verifica della bontà delle soluzioni adottate, senza perciò interessarsi agli aspetti organizzativi interni del gestore ma esclusivamente agli aspetti prestazionali, è la conseguenza del processo di esternalizzazione. Con la gestione esternalizzata dei servizi pubblici il legislatore ha voluto essenzialmente adeguarsi alle pressioni comunitarie indirizzate ad una maggiore apertura del mercato dei servizi alla concorrenza. Ciò ha consentito alle imprese private, nel rispetto della normativa di settore, di intervenire direttamente nella gestione, sempre previo controllo dell’ente locale, al fine di assicurare al cittadino una erogazione più efficace ed efficiente specie da un punto di vista del

miglioramento della qualità, sancendo nei fatti il passaggio da un orientamento alla produzione verso un orientamento al mercato.

Si è, così, passati all'adozione di metodologie e logiche proprie della gestione di impresa, caratterizzata dall'orientamento alla *performance* ed al controllo di gestione e dall'adozione di strumenti basati sulla *public-private partnership* quali l'*outsourcing*⁶⁷.

In queste trasformazioni del tessuto dell'amministrazione pubblica si è ampiamente registrato il fenomeno dell'esternalizzazione⁶⁸, il cui utilizzo è intimamente legato a molteplici fattori, quali l'introduzione e la diffusione della cultura manageriale all'interno delle strutture pubbliche; le sempre più esigenti richieste da parte del pubblico in merito alla qualità delle prestazioni offerte dall'amministrazione in relazione ai costi sostenuti; le esigenze di contenimento della spesa e razionalizzazione del sistema; infine, la maggior percezione da parte dell'amministrazione stessa di non avere valide alternative a tale soluzione di fronte al rischio incombente di dover cedere definitivamente e completamente a privati la gestione di servizi pubblici in caso di *performance* non soddisfacenti da parte propria⁶⁹. Da un punto di vista generale, non v'è dubbio che il fenomeno dell'esternalizzazione sia del tutto nuovo. Da sempre l'impresa, nell'intento di ridurre i costi e aumentare l'efficienza, si è posta l'interrogativo circa la convenienza economica del *make or buy* e, quindi, fra le alternative *produrre o acquistare*. Anche il pubblico ha largamente usato, già in un passato non troppo recente, fornitori esterni per determinati servizi, in specie per quelli a carattere strumentale; ormai da molti decenni, per fare un esempio, i servizi di logistica o di pulizie sono appaltati, nei ministeri come negli enti locali, a ditte private. Inoltre, a fronte dell'emergere di nuove necessità operative e della pressione ad adottare nuove funzioni, il pubblico, in una prima fase, ha spesso usato la "mano privata" per evitare insuccessi organizzativi e darsi il tempo di acquisire il *know-how* necessario a svolgere i compiti imposti dalla necessità o dalle leggi. Ciò che negli ultimi tempi permea di novità questo fenomeno all'interno della pubblica amministrazione non è, tanto, la sua

⁶⁷ Cfr. CASSESE S., *La riforma amministrativa in Europa e in Italia*, in *La modernizzazione dello Stato*, a cura di Fiorentino L. e Pacini M., Milano, 2002, p.13.

⁶⁸ Esternalizzare significa affidare una specifica produzione all'esterno di una data unità e, di conseguenza, instaurare un rapporto di tipo contrattuale, fra cliente (amministrazione) e fornitore (azienda).

⁶⁹ Cfr. LOMBRANO A., *L'autonomia degli enti locali e le politiche di esternalizzazione: basi per la creazione di reti di servizi*, in *Economia & Management*, n. 6, 1998.

esistenza, ma la sua natura ed il suo oggetto. Se per molti anni, infatti, l'esternalizzazione ha interessato solo singole attività intermedie e marginali, oggi la sua diffusione riguarda sempre più spesso interi processi produttivi, strategici per la loro criticità rispetto all'espletamento di altre attività istituzionali (quando si tratta di servizi intermedi) o per il loro impatto diretto sulla qualità della vita dei cittadini (quando si tratta di servizi finali). In ambito locale, si pensi, ad esempio, alla enorme incidenza di una buona o cattiva gestione del servizio informatico di un Comune (servizio intermedio) rispetto al regolare, efficiente ed efficace svolgimento delle altre sue attività, o, con riguardo ai servizi finali, al forte impatto che una gestione più o meno soddisfacente di servizi pubblici essenziali quali il servizio idrico integrato, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti, il trasporto pubblico locale, ecc. senz'altro determina sul benessere socio-economico della comunità. In questa nuova prospettiva, l'esternalizzazione non si concretizza semplicemente nella delega a terzi di fasi elementari di una più ampia filiera produttiva, ma assume i connotati di una vera e obbligata scelta strategica, che riguarda interi produttivi e incide profondamente sulla *mission* dell'ente locale, sulla sua struttura organizzativa e sui suoi rapporti con gli altri attori dell'ambiente politico, sociale ed economico circostante. Una scelta, quindi, di grande rilevanza non solo per l'ente locale promotore, ma anche per le imprese e i cittadini su cui ne ricadono, direttamente o indirettamente, gli effetti.

4.2.2 Segue

Il termine esternalizzazione identifica, quindi, il trasferimento a soggetti terzi, in base ad un contratto, il compito di svolgere talune attività o di erogare determinate prestazioni in precedenza gestite internamente. Nella letteratura economico-aziendale, pertanto il termine esternalizzazione può essere impiegato in due accezioni principali:

- in senso tradizionale, per indicare l'affidamento ad un *provider* esterno di attività elementari e collaterali rispetto alla attività principale (*core business*) dell'azienda-cliente. In questa ipotesi, il rapporto tra l'azienda-cliente (ovvero l'ente locale) e l'impresa-fornitrice è disciplinato principalmente secondo i criteri della negoziazione contrattuale (logica classica);

- in senso strategico, per esprimere la scelta di delegare ad un fornitore esterno la realizzazione di interi processi produttivi o di attività fondamentali rispetto al *core business* aziendale. In questa ipotesi, l'azienda-cliente e l'impresa-fornitrice mirano alla creazione non di un occasionale rapporto contrattuale, ma di un più intenso e durevole rapporto di partnership (logica razionale), ispirato a principi di integrazione e cooperazione fra le rispettive strutture organizzative e attività gestionali.

L'esternalizzazione di un servizio pubblico locale coinvolge sempre tre attori principali :

- il committente (o *outsourcer*), cioè il comune che affida a terzi la gestione del servizio;
- il gestore (o *outsourcer*), ovvero il soggetto incaricato dal Comune della gestione del servizio;
- i cittadini-utenti finali, cioè coloro che usufruiscono delle prestazioni offerte dal gestore su incarico del committente.

Uno degli aspetti più interessanti dell'esternalizzazione dei servizi pubblici locali riguarda la responsabilità politica nei confronti dei cittadini in merito alle condizioni di fornitura delle prestazioni essenziali, che comunque permane in capo all'ente locale committente. A prescindere dalla identità del soggetto gestore, infatti, il comune resta l'organismo istituzionalmente preposto a rappresentare i bisogni fondamentali della comunità di riferimento e a garantire che tali bisogni vengano soddisfatti.

In caso di esternalizzazione tradizionale di un servizio intermedio, l'amministrazione locale si limita, di fatto, a delegare a terzi l'espletamento di una determinata attività, in alternativa alla sua realizzazione in economia, accettando un'offerta piuttosto che un'altra, ma senza interferire sulle modalità concrete di produzione implementate dall'*outsourcer* prescelto.

Nell'ipotesi di esternalizzazione strategica di un servizio pubblico, invece, l'ente locale non solo deve selezionare le più opportune condizioni di fornitura (protezione, finanziamento e organizzazione del servizio) e, intrapresa la strada del *contracting out*, l'offerta più aderente alle esigenze della comunità, ma, proprio nell'interesse della collettività cui il servizio è destinato, deve anche concordare nel

dettaglio, con il gestore affidatario, gli *standard* minimi (qualità, quantità, continuità e prezzo) delle prestazioni essenziali, nonché le modalità attraverso cui tali *standard* potranno essere costantemente e puntualmente monitorati. In conseguenza all'affidamento in *outsourcing* di un servizio pubblico, pertanto, l'ente locale riconosce al gestore aggiudicatario il diritto di scegliere in autonomia le più opportune formule organizzative e tecnico-produttive (in funzione e a presidio della economicità aziendale), ma resta comunque impegnato nel presidiare gli effetti di tali scelte sulle condizioni di offerta ai cittadini delle prestazioni essenziali. In particolare, l'esternalizzazione di un servizio pubblico, lontano dal volersi liberare dall'espletamento di un'attività non gradita, sta ad esternare la volontà dell'ente locale di affidarne la gestione ad un esperto, per concentrarsi maggiormente sulle proprie, precipue funzioni di indirizzo e controllo. Tali funzioni spettano istituzionalmente al Comune anche qualora questi provveda in modo diretto alla gestione del servizio, ma in caso di esternalizzazione il loro espletamento può e deve avvenire in modo ancora più rigoroso.

Attraverso l'organizzazione di un servizio pubblico, l'ente locale provvede alla scelta e alla definizione della sua forma di gestione più appropriata, in relazione alle specifiche condizioni socio-culturali ed economiche del contesto di riferimento.

Appurati l'esistenza di un determinato bisogno collettivo e di un servizio pubblico locale idoneo a soddisfarlo, di cui l'amministrazione comunale intende assumere la protezione, la scelta della forma di gestione è il risultato di un articolato percorso di analisi e valutazioni, sinteticamente riconducibile alle seguenti fasi principali:

- analisi delle fondamentali caratteristiche tecnico-produttive del servizio e dei tratti economico-finanziari che tali caratteristiche imprimono alla gestione;
- analisi del contesto ambientale di riferimento;
- analisi dei modelli di gestione concretamente adottabili, con particolare attenzione al confronto incrociato fra i benefici e i limiti delle diverse alternative.

A prescindere dall'ambito comunale o sovra-comunale di implementazione, comunque, tutti i modelli di gestione dei

servizi pubblici locali presentano i propri vantaggi ed i propri limiti, che l'ente locale deve valutare attentamente, in una logica comparata con il supporto di informazioni sia quantitative che qualitative, tanto prima della scelta iniziale della forma di gestione quanto, successivamente, ogni volta in cui tale scelta viene rimessa in discussione.

Prima di procedere, nel paragrafo successivo, all'individuazione dei principali aspetti di forza e di debolezza inerenti alla gestione esternalizzata dei servizi pubblici locali rispetto alla gestione diretta, è bene elencare le più significative ragioni della crisi del modello municipale della gestione diretta dei servizi, rappresentate:

1. dal crescere della complessità del sistema dei servizi per l'emergere di nuovi e più articolati bisogni;
2. dall'insostenibilità dei costi connessi alla gestione diretta dei servizi;
3. dall'esigenza di strutture di gestione dei servizi più agili ed estranee ai vincoli del diritto amministrativo;
4. dal processo di integrazione europeo e la relativa pressione comunitaria per l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza;
5. dalla generale crisi del modello dell'intervento pubblico in economia, aggravata in alcuni casi da fenomeni degenerativi quale quello della corruzione.

4.3 I vantaggi del ricorso all'*outsourcing* nei servizi pubblici locali

Nell'approfondire gli aspetti di forza relativi al ricorso all'*outsourcing* come utile alternativa alla produzione diretta dei servizi pubblici da parte delle amministrazioni pubbliche, si ritiene di poter distinguere tre tipologie principali:

- 1) aspetti strategico-organizzativi⁷⁰: anche per il Comune, così come per le imprese private, l'esternalizzazione di

⁷⁰ Cfr. ANSELMI L., *Autonomia e capacità manageriale per le gestioni competitive*, in *I servizi pubblici locali in uno scenario competitivo*, *Supplemento a Economia Pubblica* n. 3, 1997, p. 105-116; FARNETI G., *Il controllo di gestione nelle amministrazioni e nelle aziende pubbliche locali*, in *Le aziende degli enti locali tra indirizzo pubblico e mercato*, Rimini, 1997, p. 73-99; GROSSI G., *Il gruppo comunale e le sue dinamiche economico-*

determinate attività può trovare un valido movente nella volontà di concentrarsi sulla *mission* istituzionale (concetto corrispondente al *core business* delle imprese private) di promozione dello sviluppo sociale, economico e competitivo della comunità locale, da realizzarsi attraverso le proprie funzioni di indirizzo e controllo, delegando invece a operatori specializzati i compiti operativi della gestione.

L'*outsourcing*, inoltre, consente di accedere rapidamente, in una ottica di flessibilità, a competenze esterne e specializzate, liberando così il Comune dalla necessità di predisporre una organizzazione *ad hoc* per l'erogazione di ciascun servizio; questa circostanza si mostra particolarmente vantaggiosa con riguardo allo sviluppo di nuove attività in tempi abbastanza ristretti, o di attività a carattere temporaneo, con una domanda in rapida crescita o con una notevole variabilità dei carichi di lavoro. Con riferimento alla gestione delle risorse umane, l'affidamento di un servizio in *outsourcing* consente all'amministrazione locale di sopperire con facilità alla eventuale carenza interna di determinate professionalità, sollevandola dalla difficoltà di reperire, formare e aggiornare personale il proprio personale e, al contempo, sottraendola al rischio di demotivare i propri dipendenti con l'assegnazione di compiti estranei alle loro capacità e competenze;

- 2) aspetti economico-finanziari: l'affidamento in *outsourcing* può garantire molteplici vantaggi anche sotto il profilo economico. Primo fra tutti, sul fronte della gestione, l'affidamento di un servizio pubblico ad un *outsourcer* specializzato dovrebbe favorire l'implementazione delle tecnologie, delle procedure e delle combinazioni produttive più efficienti con conseguente riduzione dei

costi di produzione e, di riflesso, delle tariffe applicate all'utenza finale.

Del resto, uno dei principali fattori discriminanti nella scelta fra gestione interna e outsourcing di un servizio pubblico risiede proprio nel costo delle alternative.

Nel bilancio dell'ente locale, l'*outsourcing* conduce alla flessibilizzazione della struttura dei costi. Attraverso l'esternalizzazione, i costi fissi della gestione diretta, particolarmente riconducibili alle dotazioni infrastrutturali e alla forza lavoro, si trasformano in costi variabili. Qualunque possa esserne la causa, l'interruzione o la riconversione di una gestione esternalizzata, salvo un'adeguata disciplina del rapporto negoziale fra amministrazione comunale e *outsourcer*, sono tendenzialmente meno complesse rispetto alla dismissione o alla riconversione di un apparato interno.

Sotto il profilo finanziario, l'*outsourcing* consente di liberare risorse che l'ente locale può impiegare o in altre attività di maggiore valore strategico, o per ridurre il proprio indebitamento. L'esternalizzazione, infatti, abbattendo il fabbisogno finanziario dell'amministrazione comunale, offre a questa la possibilità di ridurre l'ammontare dei propri investimenti e, di riflesso, le proprie passività;

- 3) aspetti operativi⁷¹: l'esternalizzazione con gara a favore di un *outsourcer* specializzato promette una gestione più efficiente ed efficace e, di riflesso, un miglioramento generale del servizio pubblico reso in termini di qualità, quantità, continuità, capillarità delle prestazioni e riduzione dei prezzi dell'utenza e una maggiore reattività dell'offerta rispetto alle mutevoli esigenze della domanda.

Tali aspettative scaturiscono, da un lato, dal rapporto di competizione che il meccanismo di gara dovrebbe

⁷¹ Cfr. ANSELMI L., *Le politiche di privatizzazione, in Privatizzazioni: come e perché*, Rimini, 1995, p. 53-64.

instaurare tra gli aspiranti gestori e, dall'altro, dal fatto che l'*outsourcing*, se opportunamente gestito, dovrebbe condurre ad affidare il servizio ad professionista, munito appunto di capitali, tecnologie e *know-how* necessari. Notevole giovamento alle condizioni di erogazione del servizio pubblico esternalizzato può altresì derivare dalla separazione fra le funzioni di indirizzo e controllo, in capo all'amministrazione comunale, e le attività di produzione, delegata all'*outsourcer*; tale separazione, riducendo i rischi di indebite, reciproche ingerenze fra politica e gestione, può senz'altro favorire il contemperamento degli obiettivi, con principale riguardo, rispettivamente, alla promozione della equità, della efficacia sociale e della universalità delle prestazioni essenziali e al presidio della economicità aziendale.

4.4 I limiti e le criticità del ricorso all'*outsourcing*

Ai possibili benefici dell'*outsourcing* si contrappongono rischi altrettanto numerosi e non meno evidenti, che permeano tutte le fasi della procedura, dalla progettazione alla implementazione del *contracting out*, dalla transizione verso la gestione esternalizzata al suo successivo governo.

Pertanto, i principali limiti dell'*outsourcing*, vengono individuati:

- 1) nella possibilità che fenomeni di assunzioni clientelari, corruzione nella scelta dell'*outsourcer* e collusione fra gli aspiranti gestori intacchino il corretto funzionamento delle procedure di gara ⁷²;
 - 2) nel rischio di ingerenza politica nell'attività di gestione del servizio esternalizzato ⁷³;
 - 3) nelle difficoltà che l'ente locale può incontrare nel riallocare le risorse umane divenute eccedenti per effetto dell'esternalizzazione e, conseguentemente, nell'arginare il possibile stato di demotivazione dei propri dipendenti;
 - 4) nell'insorgenza dei costi di transazione e dei costi di transizione.
- Alcune tipologie di costo caratteristiche della gestione esternalizzata

⁷² Cfr. FRANCESCONI A., *La scelta del modello di gestione dei servizi*, in *Autonomia ed economicità nelle aziende pubbliche*, Milano, 1994, p. 283-325; POZZOLI S., *Riforma dei servizi pubblici locali: i nuovi assetti per l'ente locale*, in *Le aziende dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2005, p. 19-31.

⁷³ Cfr. FARNETI G., *op.cit.*, p.73-99; GROSSI G., *op. cit.*

sono oggettivamente difficili da quantificare, a priori, con ragionevole certezza. Il riferimento riguarda, in particolare, i costi di transazione e i costi di transizione. I costi di transazione sono i costi d'uso del mercato e comprendono, in particolare, tutti gli oneri che l'amministrazione comunale deve sostenere per la selezione dell'*outsourcer* e la gestione del rapporto di *outsourcing*. I costi di transizione, invece, scaturiscono dal passaggio da un modello di gestione ad un altro o, quando è adottato un modello che prevede la periodica sostituzione del soggetto erogatore, dal passaggio di consegne da un *outsourcer* ad altro.

- 5) Nel rischio di impoverimento delle competenze e del capitale intellettuale interno alla pubblica amministrazione, anche se la produzione del servizio in *outsourced* dovrebbe tradursi in un rafforzamento delle competenze necessarie all'espletamento dell'attività di controllo, fondamentali per una verifica sulla validità e congruenza dei risultati ottenuti rispetto agli obiettivi prefissati.
- 6) Nella possibile mancanza di alternative gestionali concrete, con conseguente sostanziale irreversibilità della scelta di esternalizzazione compiuta dall'ente locale. Infatti, qualora l'affidamento in *outsourcing* non producesse i risultati attesi risulta essere estremamente oneroso ritornare alla gestione in proprio (c.d. processo di *insourcing*). Inoltre, nel caso di servizi, che richiedono risorse e tecnologie difficili da garantire per un ente locale, in questo caso la scelta ricadrebbe sull'*outsourcing* e, pertanto, l'*insourcing* deve essere inevitabilmente scartata a priori. In questo caso, l'ente locale si pone in una situazione di debolezza rispetto all'*outsourcer* e, in particolare, all'*outsourcer* monopolista, poiché, in mancanza di valide alternative, sarà costretto ad accettarne passivamente l'operato, pena l'interruzione del servizio pubblico.
- 7) Nell'insorgenza di asimmetrie informative fra ente locale e *outsourcer*, da cui scaturiscono palesi difficoltà di indirizzo e controllo per l'amministrazione. Infatti, per quanto l'ente locale possa dedicarvi impegno e risorse, l'azione di indirizzo e controllo sul servizio pubblico esternalizzato risentirà comunque di una certa inadeguatezza, in ragione del fatto che le informazioni a disposizione dell'*outsourcer* sulla configurazione del mercato, sulle caratteristiche della propria

gestione saranno sempre più tempestive e complete di quelle a disposizione dell'amministrazione affidante ⁷⁴.

4.5.1 Il ruolo dell'ente locale e del soggetto gestore nell'*outsourcing*

Nell'*outsourcing* dei servizi si distinguono due differenti posizioni, cui fanno capo due fondamentali funzioni: da un lato l'ente locale con la sua attività di indirizzo e controllo, dall'altro il soggetto erogatore incaricato di organizzare materialmente il servizio.

In primo luogo, in sintesi, si analizza il ruolo di quest'ultimo che va a svolgere fondamentalmente due funzioni: quella di organizzazione del servizio e quella di erogazione del servizio.

Relativamente all'organizzazione del servizio, l'affidatario individuato dall'ente locale organizza l'erogazione del servizio seguendo gli indirizzi dell'amministrazione affidante, ma mantenendo piena autonomia nella gestione. Pertanto, il soggetto affidatario organizza le risorse strumentali ed umane disponibili secondo modalità di cui assume la responsabilità ed al di fuori delle ingerenze della P.A. affidante.

Riguardo all'erogazione servizio, l'affidatario, sulla base della propria autonomia organizzativa e seguendo gli indirizzi ed obiettivi fissati dall'Amministrazione affidante, eroga il servizio, garantendo il conseguimento degli *standard* prestazionali pattuiti.

Non meno significativo è il caso di amministrazioni locali che individuano forme di cooperazione per la gestione associata di servizi indiretti, di rilevanza certamente strategica.

Sul piano organizzativo dei controlli è lo stesso Testo Unico degli Enti Locali (D.Lgs. n. 162/2000) ad aprire la prospettiva della gestione

⁷⁴ Nella relazione principale-agente, questi fattori di complessità sono ampliati. Quando un ente pubblico implementa un programma direttamente, attraverso il proprio apparato burocratico, gli obiettivi sono definiti e perfezionati attraverso prove ed errori. Se emergono problemi gli obiettivi possono essere adeguati. In una relazione contrattuale, invece, gli obiettivi devono essere definiti molto più chiaramente, in anticipo ed in modo strettamente vincolato al carattere impositivo del linguaggio legale. Per l'ente pubblico "principale" il compito è arduo, in quanto gli obiettivi pubblici raramente restano immutati sufficientemente a lungo da consentire una formulazione precisa. Per il dirigente che contrae per conto dell'ente, tali obiettivi mutevoli rendono difficile comprendere le aspettative della propria amministrazione. E senza obiettivi chiaramente specificati nel contratto, non ci sono chiari *standard* rispetto ai quali misurare la *performance* dell'*outsourcer*. La definizione degli obiettivi è, pertanto, al contempo, la più importante e più evasiva componente del rapporto principale-agente.

associata del servizio, prevedendo all'art. 147, comma 4, che per l'effettuazione dei controlli interni più amministrazioni locali possano istituire uffici unici.

Le semplificazioni sopra ricordate servono a comprendere che, molto spesso, l'esternalizzazione dei servizi, tanto finali che di supporto, vicini o meno all'attività *core* dell'amministrazione e di complessità più o meno intensa, sono spesso affidati ad aziende che, rette in forme giuridiche private o pubbliche, sono controllate dall'amministrazione medesima.

Relativamente, invece, all'ente locale, le funzioni del Comune di governo dei servizi pubblici si articolano su due livelli principali, diversi ma nel contempo strettamente correlati fra loro, ossia: il livello strategico ed il livello manageriale-operativo.

4.5.2 Le funzioni strategiche dell'Ente locale nel governo dei servizi pubblici

Il livello strategico riguarda la rilevazione e l'interpretazione dei bisogni pubblici, l'individuazione dei servizi più idonei a soddisfarli e, per ciascun servizio, la definizione delle modalità di organizzazione e finanziamento più appropriate. Tali funzioni, essenzialmente di pianificazione e controllo strategico, competono all'amministrazione comunale indipendentemente dal modello di gestione concretamente implementato, di volta in volta, per ciascun servizio.

La responsabilità politica nei confronti dei cittadini per le condizioni di erogazione (qualità, quantità, continuità e prezzo) delle prestazioni essenziali, infatti, fa sempre capo al Comune, a prescindere dalla forma di gestione prescelta e dalla identità del soggetto erogatore.

Si tratta di attività impennate sul rapporto tra l'amministrazione comunale ed il suo ambiente esterno.

La pianificazione ed controllo strategico sono "due facce della stessa medaglia"; dal punto di vista logico, l'una precede l'altra, ma dal punto di vista temporale-operativo, si tratta di funzioni destinate a intrecciarsi e a sovrapporsi.

La pianificazione attiene alla definizione degli obiettivi strategici, che scaturiscono e al contempo danno contenuto alla *mission* istituzionale dell'ente locale, precisando in quale direzione le decisioni e i

comportamenti dell'amministrazione devono muoversi per essere coerenti con le finalità del soggetto economico, ovvero dei cittadini, che gli organi politici sono chiamati a rappresentare.

Il controllo, invece, è indispensabile ad assicurare il perseguimento degli obiettivi di servizio pubblico definiti dall'ente locale in fase di pianificazione strategica e, se necessario, a consentirne il perfezionamento e/o l'adeguamento in relazione ad eventuali esigenze sopravvenute⁷⁵.

Il suo espletamento, pertanto, non può concentrarsi unicamente a posteriori, al termine di un contratto di esternalizzazione o di un mandato elettorale, ma deve accompagnare l'implementazione delle scelte strategiche "passo dopo passo". Un semplice controllo a posteriori, infatti, non potrebbe che condurre ad una presa d'atto dei risultati conseguiti, senza alcuna possibilità di correzione retrospettiva; il monitoraggio in *itinere*, invece, presenta l'indubbio pregio di consentire interventi di revisione sull'attività di pianificazione (a medio/lungo termine), programmazione (a breve termine) e indirizzo fin dal momento in cui questa comincia a produrre i suoi primi, parziali risultati.

Con riguardo all'*outsourcing*, al termine del rapporto con l'*outsourcer* uscente e in preparazione alla gestione successiva, gli organi politici devono senz'altro riflettere sui risultati conseguiti, in relazione agli obiettivi prefissati, per comprendere se l'esperienza di esternalizzazione è stata o meno positiva, se è il caso di ripeterla, per quali servizi e migliorando quali aspetti. Il controllo a consuntivo, pertanto, serve all'amministrazione comunale per verificare a posteriori la bontà delle proprie scelte strategiche e rialimentare, in un processo virtuoso, la pianificazione, migliorando via via la propria capacità di organizzazione dei servizi pubblici e, di riflesso, la loro aderenza alle esigenze del contesto socio-economico locale.

⁷⁵ Cfr. BORGONOVÌ E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2005, p.355. Borgonovi, parlando di controllo manageriale, sostiene che il controllo assume un ruolo di vero e proprio sistema direzionale, di meccanismo operativo preordinato a rendere efficiente ed efficace il funzionamento di strutture organizzative complesse.

4.5.3 Le funzioni di natura manageriale-operativa

Le funzioni di natura manageriale-operativa, invece, variano notevolmente in relazione al modello di gestione concretamente adottato: in particolare nell'*outsourcing* si riferiscono allo svolgimento della procedura di esternalizzazione e al controllo della gestione esternalizzata.

Le funzioni di natura manageriale-operativa attengono strettamente ad una prospettiva interna all'amministrazione comunale, riguardante la definizione del suo assetto organizzativo e della sua attività. Fissati gli obiettivi strategici da parte degli organi politici, alla struttura operativa compete la loro traduzione in programmi e azioni concrete, l'integrazione dei compiti e delle risorse in funzione al raggiungimento di tali finalità.

A livello manageriale, la *programmazione* si concretizza nella definizione delle operazioni da compiere per conseguimento degli obiettivi strategici e nella assegnazione delle relative risorse e responsabilità a ben precisi segmenti o soggetti della struttura organizzativa; il *controllo*, invece, si traduce in una costante azione di monitoraggio di tali operazioni, delle risorse disponibili e dei risultati raggiunti, volta a verificare *in itinere* l'effettivo orientamento dell'organizzazione verso gli obiettivi prefissati.

Il livello operativo, invece, riguarda l'azione delle singole unità organizzative. In relazione ai compiti, ai mezzi e agli specifici obiettivi assegnati dal *top management*, ogni unità organizzativa deve sforzarsi di condurre la propria attività in modo economico, ovvero efficiente nell'uso delle risorse ed efficace nel conseguimento delle finalità. Sul piano operativo, la *programmazione* attiene proprio alla impostazione della gestione secondo criteri di efficienza ed efficacia aziendale; il *controllo*, invece, riguarda la verifica *in itinere* e a posteriori circa il rispetto di tali parametri.

Con riguardo alla organizzazione dei servizi pubblici locali, la formula "in economia" impegna l'amministrazione comunale nella programmazione e nel controllo della gestione intesa quale vera e propria attività di produzione.

Nell'ambito delle forme di gestione che prevedono l'affidamento del servizio ad una organizzazione esterna all'amministrazione comunale,

invece, le funzioni manageriali operative di programmazione e controllo si traducono, nella prospettiva dell'ente locale, nell'indirizzo e nel monitoraggio dell'attività produttiva espletata dal soggetto affidatario. Con specifico riferimento all'*outsourcing* tali funzioni riguardano la programmazione del processo di esternalizzazione, con particolare riferimento alle seguenti fasi: **a.** individuazione del servizio pubblico da affidare esternamente. Si tratta, in sostanza, di una forma di controllo *ex ante*, in quanto si traduce in una verifica a priori della convenienza dell'*outsourcing* rispetto ad altre possibili forme di gestione (specie rispetto alla gestione diretta), fondata sul confronto fra costi e benefici. Segue, poi, sul piano operativo, la verifica della concreta e convenienza dell'*outsourcing*, in relazione alle specifiche caratteristiche del servizio, di eventuali servizi complementari/surrogati, della domanda, dell'offerta e di ogni altra variabile rilevante; **b.** formulazione di un documento in cui l'amministrazione comunale definisce ai potenziali *outsourcer*, fin dalle prime fasi della programmazione, gli obiettivi prefissati (es. copertura dei costi di produzione con i ricavi di vendita; qualità, quantità, continuità e prezzo del servizio erogato) da raggiungere con la gestione in *outsourcing*: il *service level agreement* (SLA). La fissazione degli obiettivi e dei risultati attesi dalla gestione in *outsourcing* consente all'ente locale di ridurre al minimo le controversie con il gestore e, al contempo, rappresenta un presupposto indispensabile per il controllo a posteriori dei risultati raggiunti. La verificabilità degli obiettivi prefissati e dei risultati conseguiti dipende peraltro in misura molto forte da una definizione semplice e chiara dell'attività oggetto di *outsourcing*; **c.** conduzione della procedura di selezione e scelta del fornitore. Se dall'analisi costi-benefici emerge la preferibilità dell'esternalizzazione rispetto ai possibili modelli di gestione alternativi e la effettiva sostenibilità di tale scelta nella prospettiva dell'amministrazione comunale, la fase successiva del percorso di *outsourcing* consiste nella selezione dell'*outsourcer*. La selezione di quest'ultimo avviene mediante gara, a favore dell'offerta più aderente ai parametri fissati nel bando. Tali parametri riguardano, principalmente, gli *standards* minimi di qualità, quantità, continuità e prezzo del servizio. Nella scelta dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, tuttavia, l'ente locale dovrebbe prendere in considerazione anche altre caratteristiche dell'aspirante gestore⁷⁶:

- la solidità finanziaria, alla quale è strettamente correlata la sua capacità di effettivo adempimento degli impegni contrattuali che andrà ad assumere;
- la composizione del c.d. "portafoglio cliente": un aspirante *outsourcer* che non ha altri clienti rischia di essere inaffidabile, ma anche il ruolo di cliente marginale non è consigliabile, poiché, come ovvio, l'*outsourcer* tenderà a soddisfare con precedenza le richieste dei clienti più importanti;
- il *know-how* e le tecnologie disponibili con riguardo al servizio specifico;
- la capacità di adeguarsi alle esigenze del committente;
- la possibilità di instaurare rapporti e sinergie anche con riguardo ad altre attività.

Se l'aspirante gestore è un monopolista, il rapporto di *outsourcing* rischia di porre l'ente locale in una posizione di subordinazione, sia in relazione alla definizione iniziale e alla eventuale revisione periodica delle clausole contrattuali, sia in merito alle modalità effettive di svolgimento del servizio.

Le offerte caratterizzate da un prezzo troppo basso, inoltre, dovrebbero portare ad attente valutazioni sull'affidabilità dell'*outsourcer*. Infatti, in vigenza dell'affidamento, il gestore potrebbe non essere in grado di rispettarle e costringere l'amministrazione comunale a scegliere fra una brusca interruzione del servizio e, in mancanza di alternative, l'accettazione di un prezzo più alto. L'aumento del corrispettivo di fornitura in un momento successivo alla aggiudicazione della gara, peraltro, rischia di penalizzare fortemente l'ente committente, poiché, da un lato, può invalidare le considerazioni preliminari sulla scelta della forma di gestione e dell'offerta più conveniente e, dall'altro, può condurre a un prezzo ultimo superiore a quello che avrebbe potuto essere ragionevolmente fissato durante la contrattazione iniziale; **d.** definizione del contratto di servizio diretto a regolare il rapporto fra l'ente committente e

⁷⁶ Cfr. VALENTINI S., *Gestire l'outsourcing*, Milano 1999, p. 67 ss.

l'*outsourcer* affidatario del servizio pubblico. Alcuni autori⁷⁷ ritengono che il contratto di servizio possa essere ricondotto alla fattispecie giuridica del contratto con clausole a favore di terzi, di cui all'art. 1411 c.c.⁷⁸. In effetti, il contratto di servizio pone a carico del gestore degli obblighi che si concretizzano in altrettanti diritti dei cittadini a pretendere una prestazione conforme agli *standard* prefissati; l'interesse dello stipulante di cui parla la norma da ultimo citata sarebbe, pertanto, da ricercare nella volontà dell'ente locale di garantire ai terzi, cioè agli utenti, il libero accesso ai servizi essenziali secondo condizioni accettabili e non discriminatorie.

4.5.4 Segue

Il legislatore ha introdotto il concetto di contratto come "regolazione dei rapporti tra Ente e azienda speciale" per effetto della previsione contenuta nell'art. 4 L.95/95 (art. 114 TUEL).

Un riferimento allo stesso come "convenzione con le società miste" si trova anche nell'art. 5 D.P.R. n. 533/96.

Le normative di settore fanno riferimento allo strumento contrattuale rapportandolo agli elementi di valutazione dei risultati del servizio affidato.

Va, altresì, evidenziato che l'art. 35 L. n. 448/01 (riformando gli artt. 113 e 113 bis TUEL) ha:

- introdotto l'obbligo di contratto di servizio per la regolazione dei rapporti tra P.A. e soggetto erogatore del servizio pubblico in relazione ad ogni ipotesi di affidamento di servizio pubblico locale; nonché previsto che il contratto di servizio vada allegato al bando di gara, nella fase di scelta del soggetto gestore.

⁷⁷ Per approfondimenti sul contratto di servizio si vedano per tutti, GARLATTI A., *Scelte gestionali per i servizi pubblici locali*; PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001; SAN MAURO C., *I nuovi strumenti di regolazione dei servizi pubblici: la carta dei servizi pubblici ed il contratto di servizio*, Rimini, 2004.

⁷⁸ " E' valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa può essere revocata o modificata dallo stipulante, finchè il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare.

In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto".

- Pertanto, alla luce delle evoluzioni normative descritte, il contratto di servizio ha acquisito una determinante centralità nel sistema dei servizi pubblici locali ⁷⁹.

Secondo la tesi prevalente, il contratto di servizio è un negozio giuridico di natura privatistica ⁸⁰(nota Antonio pg. 92); anch'esso, come tutti i contratti, si fonda sul consenso, anche se il libero accordo delle parti nella determinazione del contenuto è parzialmente vincolato dalle clausole dei capitolati di gara. I suoi contenuti anticipano e, in un certo senso, vincolano quelli dei contratti individuali che verranno stipulati fra il soggetto gestore e i singoli utenti; da un lato l'ente locale richiede all'*outsourcer* le prestazioni necessarie a realizzare le finalità d'interesse collettivo e, dall'altro, si assume l'impegno di sostenerne l'attività attraverso finanziamenti anticipati o posticipati, conferimenti di beni pubblici in proprietà o ad uso gratuito e/o agevolazioni di altra natura.

Il contratto di servizio realizza perfettamente il principio di separazione fra la funzione di regolazione e l'attività di gestione; grazie ad esso, gli obblighi di servizio pubblico si trasformano in obbligazioni contrattuali e l'ente locale diventa a tutti gli effetti controparte negoziale.

Per ridurre al minimo il rischio che insorgano controversie durante lo svolgimento del rapporto di *outsourcing*, le clausole del contratto di servizio dovrebbero essere definite in modo molto rigoroso e

⁷⁹ Sul contratto di servizio si vedano, su tutti, i seguenti contributi: SAN MAURO C., *I nuovi strumenti di regolazione dei servizi pubblici: la carta dei servizi pubblici ed il contratto di servizio*, Rimini, 2004; LOTTINI M., *Il contratto di servizio fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. servizi*, 2002, p. 53 ss.; MICONI S., *I contratti dei servizi pubblici*, Padova, 2010; MOZZATI A., *Contributo allo studio del contratto di servizio*, Torino, 2010.

⁸⁰ Nel senso di un'interpretazione privatistica del contratto di servizio si sono espressi, tra gli altri: MARZUOLI C., *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2000, p. 749 ss.; OTTAVIANO V., *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 237 ss.; PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 452 ss.; TORRICELLI S., *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Aa. Vv., Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, p. 39 ss. Inquadra invece il fenomeno in un'ottica pubblicistica, tra gli altri: BRUTI LIBERATI E., *La separazione tra funzioni di indirizzo e controllo da funzioni di gestione. Il contratto di servizio*, in *Atti del convegno su "La riforma dei servizi pubblici locali"*, Milano, 18-19 febbraio 2002; CARROZZA L., *Partecipazione e contratto di servizio*, in *Aa. Vv., Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, p. 3 ss.; FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, p. 295 ss.; MAZZAMUTO M., *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 2000, p. 569 ss.; ROMANO TASSONE A., *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasporti*, 1998, p. 613 ss.

dettagliato. Tuttavia, in considerazione della oggettiva impossibilità di prevedere, in fase di definizione del contratto, tutte le specifiche contingenze che dovranno essere regolamentate durante la sua esecuzione, è evidente come la “bontà” del rapporto di esternalizzazione dipenda in misura determinante dallo sviluppo, o meno, di un clima di reciproca collaborazione e fiducia fra le parti. Senza entrare nel dettaglio delle singole clausole, i contenuti del contratto di servizio dovrebbero specificare:

- la natura delle prestazioni che ne costituiscono l’oggetto e i relativi *standard* minimali di qualità, quantità, continuità e prezzo;
 - l’ambito territoriale di riferimento e i criteri identificativi dei destinatari del servizio;
 - la durata dell’affidamento;
 - la responsabilità dell’*outsourcer* con riguardo al rispetto della carta dei servizi, all’eventuale sostenimento dei costi relativi agli interventi di manutenzione ordinaria sugli asset messi a disposizione dell’ente locale, ecc.;
 - le eventuali incombenze a carico dell’ente locale a sostegno dell’attività del gestore;
 - I tempi e le modalità di revisione periodica delle clausole contrattuali;
 - Le conseguenze economiche e contrattuali di eventuali inadempimenti;
 - I tempi e le modalità di esercizio delle funzioni di indirizzo e controllo da parte dell’ente locale;
- e. “reingegnerizzazione” organizzativa: l’esternalizzazione di un servizio pubblico locale ha sempre un evidente impatto diretto sulle economie personali dei cittadini e delle aziende utenti, ripercuotendosi sulle condizioni di erogazione delle prestazioni essenziali, e del gestore affidatario, in relazione alla improrogabile necessità di adeguare l’organizzazione e le procedure di produzione all’incarico assunto. La “reingegnerizzazione” (cioè, la revisione) dell’organizzazione e delle procedure dell’azienda-Comune in funzione

dell'*outsourcing* di un servizio inizia indubbiamente fin dalla individuazione del processo da esternalizzare. Siccome, nell'ambito di qualsiasi attività aziendale, ogni processo è inscindibilmente connesso a molti altri, è infatti evidente come, in fase di selezione del servizio da affidare esternamente, l'ente locale non possa esimersi dal considerare tale servizio nell'ambito del contesto produttivo/erogativo in cui si colloca, mettendo in luce tutte le sue correlazioni e interferenze con le altre attività, nonché l'impatto su tali altre attività e sull'organizzazione comunale complessiva. Completata questa analisi e scelta la strada dell'esternalizzazione, il passo successivo della "reingegnerizzazione" dell'organizzazione comunale riguarda la focalizzazione degli obiettivi che hanno ispirato l'esternalizzazione medesima, non tanto in relazione al miglioramento delle caratteristiche del servizio pubblico, quanto con riferimento proprio alla revisione e alla flessibilizzazione dell'organizzazione comunale, alla liberazione delle risorse umane e capitali da dedicare ad altre attività, ecc..

I tempi della reingegnerizzazione possono essere più o meno lunghi, in relazione alle dimensioni (territoriali, infrastrutturali, economiche, ecc.) e alla complessità dell'organizzazione comunale e del servizio oggetto di *outsourcing*. Durante la fase di transizione, inoltre, gli interventi di riorganizzazione possono essere definitivi o anche solo sperimentali, diretti alla graduale individuazione, direttamente sul campo, delle soluzioni organizzative più confacenti alle esigenze dell'amministrazione comunale.

4.5.5 L'attività di controllo sui servizi esternalizzati

La gestione del rapporto, principalmente inteso come monitoraggio dell'*outsourcer* e del rispetto, da parte sua, degli obblighi assunti in sede di gara e di sottoscrizione del contratto di servizio, ex art. 113 T.U.E.L., comma 11⁸¹.

⁸¹ "I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio (.....), allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti".

L'obiettivo di tale controllo concomitante sui servizi esternalizzati è verificare che l'*outsourcer* rispetti il contratto di servizio con particolare riguardo agli *standard* di qualità, quantità, continuità e prezzo delle prestazioni, e prendere gli opportuni provvedimenti sanzionatori in caso di inadempimento. Nel contempo tale attività di monitoraggio pone altresì le basi per la revisione periodica delle clausole contrattuali, particolarmente rilevante con riguardo agli affidamenti di durata medio-lunga per assicurare il regolare adeguamento delle condizioni di espletamento del servizio alle mutevoli esigenze dei contraenti e della comunità locale. Posto che il rapporto di *outsourcing* è principalmente regolato dal contratto di servizio, il monitoraggio sull'attività del gestore compete alla controparte negoziale, ovvero all'ente locale. Si tratta, quindi, di un controllo di natura contrattuale che trae dal contratto di servizio non solo la propria legittimazione, ma anche i limiti e gli strumenti della propria azione. In altri termini, poiché il controllo che l'ente locale esercita sull'*outsourcer* è un controllo intersoggettivo, questo non può essere liberamente svolto alla stregua di qualsiasi controllo interno di gestione, ma può avvenire solo nel rispetto delle clausole negoziali che regolano il rapporto di *outsourcing*.

A questa aggiungasi, per completezza, che, per alcuni servizi pubblici locali, la normativa vigente (a livello nazionale o locale) attribuisce importanti compiti di controllo anche ad organismi diversi dal Comune, quali le *Authority* nazionali, le Regioni, le Autorità d'ambito, le Agenzie locali, ecc.

Senza entrare nel dettaglio delle funzioni di ciascun organismo, è tuttavia importante sottolineare come la presenza di altri organismi di controllo non faccia venir meno la responsabilità dell'amministrazione comunale nei confronti dei propri cittadini per la qualità dei servizi affidati in *outsourcing*. Ne consegue che il Comune deve sempre continuare a presidiare i servizi pubblici locali, in un rapporto di stretto coordinamento con gli altri eventuali organismi, attraverso la condivisione delle informazioni raccolte.

Al fine di garantire un controllo concomitante efficace, è necessario in primo luogo che l'amministrazione comunale fissi con precisione,

ab initio, gli obiettivi verso i quali la scelta dell'*outsourcing* vuole tendere. Segue, poi, l'assegnazione degli stessi ai rispettivi responsabili, unitamente alle risorse necessarie ed alla specificazione dei tempi e delle modalità di realizzazione. Ogni obiettivo deve risultare "misurabile" e cioè associato ad uno o più indicatori⁸², che, in un clima di condivisione tra gli attori coinvolti, devono essere idonei a quantificarne il grado di raggiungimento nel modo più oggettivo e rigoroso possibile.

Gli indicatori di riferimento devono essere scelti in base ai fattori critici di successo e agli obiettivi che si vogliono perseguire (riduzione dei costi, riduzione dei tempi, aumento della qualità, standard di desiderabilità del servizio), anche per consentire un utilizzo corretto del *benchmarking*. E' questa la verifica della soglia di efficienza di una decisione di esternalizzazione. Si tratta di capisaldi del monitoraggio *in itinere* e del controllo a consuntivo della gestione esternalizzata, atti a garantire l'adozione, in presenza di eventuali "scostamenti", l'adozione di misure correttive e, anche, eventuali provvedimenti sanzionatori nei confronti del gestore.

Oltre al tema degli indicatori, un altro aspetto particolarmente rilevante del controllo della gestione esternalizzata (*in itinere* o a consuntivo) riguarda la natura dell'organismo comunale deputato al suo espletamento. In mancanza di indicazioni normative a riguardo, ogni ente può scegliere la soluzione che, di volta in volta, ritiene più appropriata.

A parte il caso, patologico sotto il profilo economico-aziendale, degli enti che abbandonano le gestioni in *outsourcing* a se stesse, omettendo di effettuare qualsiasi sia pur minimo controllo sul loro andamento, le soluzioni concretamente più diffuse fra i Comuni italiani riguardano l'affidamento del governo dei servizi esternalizzati:

- 1) direttamente ai propri uffici, secondo un criterio funzionale;
- 2) ad una unità comunale (es. ufficio, agenzia) specifica;
- 3) ad una unità (es. ufficio, agenzia) sovracomunale.

⁸² Cfr. ROMANO TASSONE A., *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasporti*, 1998, p. 613 ss..

La scelta dovrebbe orientarsi verso l'opzione più efficace, nell'ottica della sistematicità e adeguatezza dell'azione di regolazione, e meno onerosa nell'ottica delle risorse umane, infrastrutturali, tecnologiche e finanziarie che va stabilmente ad assorbire.

4.5.6 Il controllo a consuntivo

L'ultima fase del percorso di esternalizzazione riguarda il controllo a consuntivo. Decorso il periodo di affidamento del servizio del gestore, l'ente locale deve verificare i risultati conseguiti ed il grado di realizzazione degli obiettivi prefissati. Lo scopo di tale analisi critica, da effettuarsi sulla base delle informazioni raccolte attraverso il controllo concomitante e in relazione alle vicende intercorse nei rapporti con il gestore in vigenza del contratto, consiste nel verificare i punti di forza e di debolezza dell'esperienza di esternalizzazione appena conclusa, per comprendere se è opportuno o meno ripeterla, per quali servizi e modificando quali aspetti.

Attraverso la verifica a posteriore, il Comune rialimenta la pianificazione e la programmazione, migliorando progressivamente la propria capacità di gestire l'*outsourcing* e, di riflesso, promuovendo lo sviluppo di servizi pubblici locali più aderenti alle attese e alle esigenze della comunità di riferimento.

In sede di controllo *ex-post*, l'amministrazione comunale deve pertanto valutare se e in quale misura i vantaggi originariamente attesi dall'*outsourcing* sono stati effettivamente conseguiti e analizzare le cause degli eventuali scostamenti, per rialimentare, sulla base di tali considerazioni, i processi di pianificazione e programmazione delle modalità di fornitura del servizio cui l'esperienza appena conclusa si riferisce e, nei limiti in cui i relativi risultati possono essere considerati validi o comunque adattabili in altri contesti, anche di altri servizi pubblici locali.

E' importante che l'amministrazione pubblica non finisca per dipendere operativamente dal fornitore esterno, il che può determinare uno squilibrio della forza contrattuale a vantaggio del fornitore, il quale potrà essere indotto a irrigidimenti nelle

richieste, o, addirittura, a pretendere deroghe nell'erogazione del servizio.

Capitolo V

L'outsourcing tra regole di mercato e libertà d'impresa: considerazioni conclusive

Considerazioni finali

Alla luce di quanto illustrato nei capitoli precedenti, risulta evidente l'esigenza di affidare certi servizi al "gioco" regolato del mercato, sottraendoli all'amministrazione, anche se in fase di ammodernamento e razionalizzazione organizzativa e operativa, purchè questo affidamento sia compatibile con le esigenze di universalità ed economicità che costituiscono i fondamenti logici della democrazia costituzionale. Una nuova cultura organizzativa dei servizi serve a risvegliare fiducia, ad accentuare i momenti di confronto, a mettere in evidenza la peculiarità dell'organizzazione interna dell'amministrazione stessa che può giustificare certi momenti di inerzia che sorgono in caso di mutamenti organizzativi profondi. L'organizzazione amministrativa non deve essere pensata come un sistema naturale che semplicemente esiste, ma come un sistema che deve essere organizzato attraverso "l'organizzazione dell'organizzazione". Si deve avere riguardo alle esigenze e alle possibilità di soddisfarle, alla raggiungibilità o irraggiungibilità operativa, ai costi operativi degli sviluppi interni, alla capacità di fornire indirizzi. Si tratta di riflessioni che portano a concludere che può essere razionale rinunciare ad una gestione diretta dei servizi. Tuttora, nella logica tradizionale, il servizio pubblico è tendenzialmente quello gestito in modo diretto o indiretto dall'amministrazione secondo modalità non strettamente imprenditoriali, fuori dalla logica della concorrenza. A ben vedere pare più corretto affermare che il servizio pubblico è oggi assoggettato ad un diritto speciale della concorrenza⁸³ che dà luogo ad un mercato-servizio pubblico quale nuova forma di attività amministrativa, capace di contenere ed indirizzare la spinta al profitto attraverso l'intervento regolatore, facendo salva, tuttavia, la convenienza per l'operatore. In questo contesto si

⁸³ Cfr. IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

possono individuare correttamente forme di partenariato pubblico-privato, secondo linee guida anche comunitarie, e si può costruire giuridicamente il nuovo servizio pubblico, rispettoso al contempo dei principi della concorrenza e delle indeclinabili connotazioni giuridiche di base. Le regole del mercato, *in primis* la concorrenza, consentono infatti la proficua verifica dell'ottimale dimensionamento dei servizi, ma non possono tradursi in disattenzione per gli inderogabili diritti degli utenti. Deve sussistere proporzionalità tra restrizioni alla concorrenza e limitazioni della libertà del mercato, da una parte, e l'effettivo assolvimento della missione di interesse generale dall'altra, qualificata anche dalla promozione della coesione sociale che impone un rapporto di complementarità tra concorrenza e servizi pubblici. Quando l'amministrazione affida il servizio pubblico ad un gestore privato, l'elemento qualificante è, sicuramente, l'esistenza in capo a questi di obblighi di continuità, regolarità, di non discriminazione e di imparzialità. Va sottolineato, anche, il carattere di doverosità del servizio reso dal gestore privato, elemento sconosciuto nel mercato. Il ricorso all'*outsourcing* si basa sia sulla libertà del mercato e sulla libertà della persona che sulla libertà della impresa e quella degli utenti. Si tratta di un dettato costituzionale che, attraverso i criteri conformativi disciplina i processi attuativi dei diritti e doveri sociali, con la mediazione della legge ordinaria e dell'atto amministrativo. Ne discende che liberalizzare non significa necessariamente privatizzare. Il processo di esternalizzazione trova il suo presupposto in una serie di elementi chiave che lo consigliano, quali, principalmente, l'incertezza generalizzata sull'andamento della domanda di servizi e l'innovazione tecnologica.

L'andamento della domanda di servizi è caratterizzato da un'alta variabilità, che richiede risposte di alta qualità, idonee a soddisfare contemporaneamente la richiesta di servizi standardizzati – frutto dell'omologazione dei gusti e delle preferenze degli utenti – ma anche di servizi differenziati su base locale. L'innovazione tecnologica provoca notevoli cambiamenti nell'organizzazione e nell'erogazione dei servizi, muta la produzione e le logiche

dell'utenza, cambia i rapporti di forza tra amministrazione e consumatori/utenti. Le forme tradizionali dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica, caratterizzata da strutture verticali, funzionalmente gerarchizzate, in cui autorità formale e norme rigide rappresentano i meccanismi di coordinamento e controllo, sono entrate in crisi, mostrando, così, la necessità di strutture flessibili, deverticalizzate e decentrate, caratterizzate da continui scambi di informazione e da interazione con l'esterno. L'amministrazione avverte sempre più il bisogno di ridisegnare i propri confini, adottando strategie di esternalizzazione che implicano il coinvolgimento di attori esterni per la realizzazione di servizi tradizionalmente di pertinenza dell'amministrazione stessa. In tale ottica, l'*outsourcing* esprime una logica di ridisegno organizzativo dell'amministrazione che mira a focalizzare le risorse sulla missione principale, sfruttando al meglio le proprie capacità distintive, e rinunciando a presidiare direttamente alcune aree d'attività. L'amministrazione deve identificarsi come un insieme di competenze piuttosto che come insieme di attività, focalizzando l'attenzione su ciò che essa è in grado di fare più che sui bisogni che cerca di soddisfare⁸⁴, avendo presente la capacità di produrre a minori costi e a qualità superiore grazie alla disponibilità di competenze difficilmente replicabili in tempi brevi⁸⁵ e difficilmente rinvenibili all'esterno. E' proprio l'individuazione delle competenze distintive dell'amministrazione che contribuisce a risolvere uno dei principali problemi legati all'*outsourcing* consistente nell'individuazione di quali attività è opportuno affidare a terzi e quali invece è conveniente realizzare all'interno o addirittura

⁸⁴ E' questo il concetto di *competenza distintiva*. Si individua nelle *core-competencies* l'attitudine a gestire meglio le proprie capacità che saranno misurate e definite soltanto quando consentono superiori benefici al consumatore o all'utente, quando cresce il valore del prodotto o del servizio offerto e ne permette la differenziazione.

⁸⁵ Il punto essenziale è quello della sinergia tra competenza rappresentata dalla conoscenza accumulata grazie all'esperienza maturata svolgendo determinate funzioni e competenza acquisibile e acquisita con gli studi. Definito il "campo di azione", costituito da servizi resi, bisogni riscontrati, va analizzata la relazione tra l'organizzazione ed il suo *task environment* che deve essere una relazione di scambio. Soltanto se l'organizzazione è disposta ad accondiscendere alle "pressioni" della collettività, a modificare, avuto riguardo al *core-business* e al *core-process*, le proprie strategie di risposta, ad aggiornare i propri obiettivi in rispondenza alle mutate richieste, l'azione dell'organizzazione risulta correlata ai reali bisogni degli utenti. Si possono così riscontrare le competenze critiche, per far fronte alle quali il ricorso all'esternalizzazione risulta proficuo.

acquisire dall'esterno (*insourcing*). L'amministrazione deve, quindi, analizzare le proprie *performances* e quelle degli operatori esterni, confrontarsi in termini quali/quantitativi (utilizzando anche il *benchmarking*), valutare il "portafoglio" delle proprie competenze distintive, concentrare le risorse in queste competenze. Occorre che sulle attività esternalizzate l'amministrazione conservi un potere di costante controllo, proprio sui processi stessi esternalizzati, sulla qualità del servizio, sulla sua pianificazione, sullo sviluppo della tecnologia. Ciò comporta che le risorse manageriali liberate per effetto dell'*outsourcing* vengano utilizzate sia per rafforzare le competenze distintive, sia per analizzare e controllare le prestazioni del servizio erogato dal partner. E' opportuno, quindi, che l'amministrazione *outsourcée* adotti, come già ribadito innanzi, sistemi di controllo che tendano ad incidere sulla condotta dell'*outsourcer* piuttosto che a verificare la gestione operativa dell'attività; cioè adottare meccanismi di controllo che comprendano strumenti prettamente economici (*budget, report, prezzi di trasferimento*), operativi (regole e procedure contrattuali), organizzativi (fiducia relazionale). Si può più propriamente parlare di controlli esecutivi, controlli manageriali, controlli sociali, così da consolidare un rapporto di cooperazione e adottare comportamenti adeguati alle esigenze di conduzione strategica del ricorso all'*outsourcing*. Si ribadisce che la verifica dei risultati non dovrà essere svolta sulle *performance* dell'*outsourcer* in ogni microattività di cui si compone l'intero processo esternalizzato, ma sul processo dell'attività affidata, individuandone, previamente, come già precedentemente precisato, gli indicatori di riferimento. Premesso tali considerazioni, si può affermare che il vero problema è che l'*outsourcing* è proficuo soprattutto se l'amministrazione è disposta a scostarsi dalla sua configurazione tradizionale, ossia ad intraprendere un cammino verso nuovi modelli organizzativi, quali, ad esempio quello di amministrazione "corta", con livelli gerarchici ridotti, snellimento delle unità organizzative e degli strumenti di organizzazione, creazione e mantenimento di una fitta rete di relazioni contrattuali con operatori esterni, oppure quello

caratterizzato dalla suddivisione del servizio in fasi diverse: quella della pianificazione e di determinazione dell'architettura del servizio stesso, di determinazione delle caratteristiche, dei requisiti, delle condizioni quali-quantitative; quella dell'erogazione, affidata all'esterno, che avviene in conformità alle linee guida prefissate, secondo formule di *partnership*; quella della integrazione operativa con altri fornitori scelti anche dall'affidatario, pur sotto il controllo e con il consenso dell'amministrazione committente, per assicurare l'ottimizzazione della fornitura principale. In entrambi i casi sono necessari una gestione delle relazioni contrattuali, il ricorso ad una molteplicità di strumenti e di sistemi informativi, la definizione di procedure di snodo che possono mettere in crisi l'idea tradizionale di organizzazione della pubblica amministrazione in termini di azione regolativa. Se il fornitore entra nei confini organizzativi della amministrazione è necessaria una definizione dei processi condivisi, fermo restando che alla "dorsale" organizzativa pubblica restano, come più volte ricordato, le funzioni di guida e di controllo – riscontro della integrazione e del sincronismo di tutti gli apporti di fornitura al processo principale. Il che porta a concludere che l'*outsourcing* non rappresenta la soluzione per risolvere tutti i problemi dell'amministrazione pubblica chiamata ad erogare servizi, ma le valutazioni devono essere condotte tenendo conto delle caratteristiche peculiari della gestione di ciascun servizio, della qualità delle risorse, della specifica cultura di ogni amministrazione. In sintesi, si può concludere affermando che affinché l'*outsourcing* apporti realmente i benefici che lo contraddistinguono è determinante che l'amministrazione possieda o acquisisca una cultura volta al cambiamento e aperta a soluzioni flessibili che siano in grado di superare gli atavici livelli della sua struttura gerarchica.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DEGLI AUTORI

- ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati, Teoria generale*, Milano, 1956
- AMATUCCI F., *Nuove opportunità di gestione finanziaria per le amministrazioni pubbliche: project financing, fondi immobiliari chiusi, cartolarizzazioni, fondazioni bancarie*, in *I sistemi di finanziamento e co-finanziamento per gli acquisti pubblici*, Milano, 2002
- ANSELMINI L., *Autonomia e capacità manageriale per le gestioni competitive*, in *I servizi pubblici locali in uno scenario competitivo, Supplemento a Economia Pubblica* n. 3, 1997, p. 105 ss.
- ANSELMINI L., *Le politiche di privatizzazione*, in *Privatizzazioni: come e perché*, Rimini, 1995
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 494 ss.; *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *JUS*, 1999, p. 867
- BIN M., *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, in Aa. Vv., *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, p. 71 ss.
- BOCCHINI R., *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999
- BOCCHINI R., *Somministrazione di servizi*, in *Enc. Dir.*, AGG., Milano, 2000, p. 1108 ss.
- BONI M., *Il Global service*, Imola, 2000
- BORGONOVI E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2005
- BORGONOVI E., *Ripensare le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2004
- BORGONOVI E., *Voglia di privato o voglia di razionalità*, in *Azienda Pubblica*, n.2/3, 1992
- BRUTI LIBERATI E., *La separazione tra funzioni di indirizzo e controllo da funzioni di gestione. Il contratto di servizio*, in *Atti del convegno su "La riforma dei servizi pubblici locali"*, Milano, 18-19 febbraio 2002
- CAGNASSO O., *Il contratto di appalto*, in *Tratt. di dir. comm.* diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 655 ss.
- CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 927 ss.
- CANCERINI A., *Il contratto di outsourcing nella P.A.*, in *Atti del Convegno: Il contratto di outsourcing*, Milano, 2002
- CANDI M., *Il leasing operativo degli intermediari finanziari*, in www.assolea.it

- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948
- CARLEO R., *Il contratto di outsourcing.*, in Aa. Vv., *I contratti di somministrazione e di servizi*, a cura di Bocchini R., Torino, 2006, p. 550 ss.
- CARROZZA L., *Partecipazione e contratto di servizio*, in Aa. Vv., *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002
- CARUSI D., *La disciplina della causa*, in Aa. Vv., *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., I, Torino, 1999, p. 582 ss.
- CASSESE S., *La riforma amministrativa in Europa e in Italia*, in *La modernizzazione dello Stato*, a cura di Fiorentino L. e Pacini M., Milano, 2002
- COMITO V., *La dimensione strategica e finanziaria dei processi di outsourcing*, in *L'impresa dell'outsourcing. Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso Te.SS.*, Milano, 2004
- CORRADO R., *La somministrazione*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 2, III ed., Torino, 1963, p. 8 ss
- COSTANZA M., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989
- CRISTOFOLI D. – TURRINI A. – VALOTTI G. (a cura di), *Da burocrati a manager: una riforma a metà*, Milano, 2007
- D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992
- DE MAGISTRIS V., *La public governance in Europa*, Roma, 2004
- DE NOVA G., *La subfornitura* in AA.VV., Milano 1998, p. 9 ss.
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in Aa. Vv., *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, VI, Milano, 1924, p. 6 ss.
- DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. Dir. comm.*, 1977, II, p. 331 ss.
- DOSSENA G., *La gestione per progetti*, Milano, 2000
- DOSSENA G., *Le privatizzazioni delle imprese. Modalità, problemi e prospettive*, Milano, 1990
- ESPOSITO C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini* in *La Costituzione Italiana*, Saggi, Padova, 1954
- FAERNETI G., *Aspetti gestionali, organizzativi ed economico aziendali*, Brescia, p.56
- FAGIOLO A. – LA MARCA E., *L'inadempimento e la responsabilità contrattuale nell'outsourcing.*, in Aa. Vv., *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*, a cura di Cendon P., V, Torino, 2006, p. 231 ss.

FARNETI G., *Il controllo di gestione nelle amministrazioni e nelle aziende pubbliche locali*, in *Le aziende degli enti locali tra indirizzo pubblico e mercato*, Rimini, 1997, p. 73 ss.

FERRANDO G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, p. 591 ss.

FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998

FRANCESCONI A., *La scelta del modello di gestione dei servizi*, in *Autonomia ed economicità nelle aziende pubbliche*, Milano, 1994

GABRIELLI E., *I contratti in generale*, in Rescigno P. – Gabrielli E., *Trattato dei contratti*, I, Torino, 1999, p. 719 SS.

GABRIELLI E., *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 738 ss.

GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in www.judicium.it

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 719 SS.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 2002, p. 112 ss.

GERVASI S., *Il fenomeno dell'outsourcing nell'Information Technology*, in *Outsourcing. I vantaggi di una scelta strategica*, Milano, 2006

GIANNATTASIO C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Tratt. Cicu- Messineo*, XXIV, 1, Milano, 1974, p. 267 ss.

GIOIA G., *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corr. giur.*, n. 7, 1999, p. 899 ss.

GRASSI M.T., *Project financing: nuove prospettive di sviluppo*, in *Le disposizioni per il rilancio delle attività produttive* a cura di Mariani M. – Menaldi V., 2002

GRAZIANO A., *Project financing: un'ipotesi da decifrare*, in *Teme*, 5/2001, p. 28 ss.

GROSSI G., *Il gruppo comunale e le sue dinamiche economico-gestionali*, Padova, 2001

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998

LOMBRANO A., *L'autonomia degli enti locali e le politiche di esternalizzazione: basi per la creazione di reti di servizi*, in *Economia & Management*, n. 6, 1998

LOTTINI M., *Il contratto di servizio fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. sevizi*, 2002, p. 53 ss.

LUBELLI M., *Il project financing*, in *Nuovi strumenti e strategie contrattuali per le aziende sanitarie*

MARZUOLI C., *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2000, p. 749 ss.

MASSARI A., *La strategia dell'outsourcing dal settore privato a quello pubblico: introduzione al facility management ed al global service*, in *Comune Italia*, 2002, p. 161 ss.

MASSARI R., *Il Global service nella p.a.*, in *Comuni d'Italia*, 11/1999, p. 1511 ss.

MASTRAGOSTINO F., *Inquadramento giuridico dei modelli di affidamento relativi a contratti di global service*, in *Atti del convegno: il global service*, Imola, 2000

MAUGERI M., *Esterneizzazione di funzioni aziendali e "integrità organizzativa nelle imprese di investimento*, in *Banca, borsa*, 2010, II, p. 439 ss.

MAZZAMUTO M., *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, 2000, p. 569 ss.

MAZZONI C., *La gestione in outsourcing dei servizi no-core*, in *Teme*, 10/2000

MELE R., *Economia e gestione delle imprese di pubblici servizi: tra regolamentazione e mercato*, Cedam, Padova, 2003

MERUSI F., *Servizi pubblici*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1970, p. 218 ss.

MICONI S., *I contratti dei servizi pubblici*, Padova, 2010

MONTICELLI S. – PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, Torino, 2006, p. 79 ss.

MONTICELLI S., *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 218 ss.

MONTICELLI S.; *I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, fasc. n. 2.

MOZZATI A., *Contributo allo studio del contratto di servizio*, Torino, 2010

NEPI F., *I profili contrattuali dell'outsourcing*, in *L'impresa dell'outsourcing. Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso Te.SS.*, Milano, 2004

OTTAVIANO V., *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 237 ss.

PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970

PANOZZO F., *Pubblica amministrazione e competitività territoriale. Il management pubblico per la governance locale*, Milano, 2005

- PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001
- PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001
- PEZZANI F., *Le società miste nei pubblici servizi*, in *Le aziende degli enti locali tra indirizzo pubblico e mercato*, Rimini, 1997
- PINTUS E., *La creazione di valore nelle relazioni impresa – P.A. Le scelte di gestione per il governo del contratto*, Milano, 2002
- PITTALIS G., *Il Global service nel quadro degli appalti di servizi*, in www.giust.it
- PITTALIS M., *Outsourcing*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1022 ss.
- POPOLI P., *I processi di Privatizzazione*, a cura di Mele R., *op. cit.*, Cedam, Padova, 2003
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padona, 1964
- POZZOLI S., *Riforma dei servizi pubblici locali: i nuovi assetti per l'ente locale*, in *Le aziende dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2005
- PROSPERETTI L., *Monopolio, concorrenza e regolazione: i pubblici servizi in un mercato che cambia*, in *Economia e politica industriale*, n. 80, 1998
- REBORA G., MENEGUZZO M., *Strategia delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 1990
- RIGHI L., *Il global service*, in *Teme*, n. 3/2001
- ROMANO TASSONE A., *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasporti*, 1998, p. 613 ss.
- ROPPO E., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 390 ss.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino 2002
- ROSOCH A., *Outsourcing (Diritto privato)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., agg., III, Torino, p. 995 ss.
- ROSSOTTO R., *Outsourcing: profili societari e contrattuali*, in *Atti del convegno: gestione mista dei servizi, pubblico, privato profit e no profit*, Roma, 2000
- SAN MAURO C., *I nuovi strumenti di regolazione dei servizi pubblici: la carta dei servizi pubblici ed il contratto di servizio*, Rimini, 2004
- SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.
- SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992
- SILLA V., *Il contratto di outsourcing.*, in *Aa. Vv., I singoli contratti*, a cura di Cassano G., III, Padova, 2010, p. 2019 ss.

SIROTTI GAUDENZI A., *La "terziarizzazione produttiva fra subfornitura ed outsourcing. Problematiche civilistiche e diritto industriale*, in Aa. Vv., *Proprietà industriale e diritto della concorrenza*, III, Torino, 2010, p. 248 ss.

TORRICELLI S., *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in Aa. Vv., *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, p. 39 ss.

TOTARO F., *Outsourcing*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. xxv, p. 1 ss.

TRIMARCHI F., *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'outsourcing nella pubblica amministrazione – Prime riflessioni*, in *Dir. ed econ.*, 2002, p. 1 ss.

VALENTINI S., *Gestire l'outsourcing*, Milano 1999

ZANGRANDI A., *Autonomia ed economicità nelle aziende pubbliche*, Milano, 1994

ZANOBINI F., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, Milano

INDICE DELLE SENTENZE

Cass., 2 dicembre 2006, n. 21287, in *Giur. It.*, 2007, p. 2729

Cass. 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Guida dir.*, 2006, 42, p. 52

Cass., sez. lavoro, 14 dicembre 2002, n. 17919, in *Dir. e giust.*, 2003, 3, p. 103

Cass., sez. lavoro, 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.* 2003, I, c. 103

Cass., sez. lav., 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Foro it.*, 2003, I, c. 104

Cass., 27 agosto 2003, n. 12546, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 7-8

Cass. , 25 novembre 1998, n. 11942, in *Foro it.*, Rep., 1998, voce "Fallimento", n. 541

Cass. 27 gennaio 1997, n. 827, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1142

Cass., 4 settembre 1996, n. 8070, in *Foro it.*, Rep., 1996, voce " Contratto in genere", n. 100

Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, Rep., 1993, voce " Contratto in genere", n. 311

Cass., 6 giugno 1991, n. 6445, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 8761

Cass., 20 gennaio 1974, n. 474, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce "Contratto in genere", n. 93

Trib. Padova, 4.4.32005, n. 957, in *Massimario della Giurisprudenza Civile Patavina*, 2009

Consiglio di Stato, 30 agosto 2004, n. 5643, in *Foro amm Cds.*, 2004, p. 222

Tar Lazio, 13 dicembre 2001 n. 1086, in www.giustiziaamministrativa.it