

GUIDO ALPA

I CONTRATTI INFORMATICI DELLA P.A. NOTE SUL D.LGS. N. 39 DEL 1993

SOMMARIO: 1. Le fonti della disciplina dei contratti informatici della P.A. — 2. I limiti all'autonomia negoziale delle parti nei contratti ad oggetto informatico conclusi dalla P.A. — 3. La durata dei contratti.

1. LE FONTI DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI INFORMATICI DELLA P.A.

Il d.lgs. n. 39 del 1993 è il primo modello organico di disciplina dei contratti informatici (o, come oggi si preferisce dire, ad oggetto informatico) conclusi dalla P.A. Come è avvenuto in altri settori (ad es., locazioni di beni immobili ad uso abitativo e ad uso non abitativo, affitti agrari, factoring, ecc.) la disciplina tratta solo alcuni aspetti essenziali, ma non esaurisce l'intera materia, né risolve tutte le questioni che possono essere aperte dai contratti così normati. Tale disciplina, pur essendo stata formulata *ad hoc*, deve essere coordinata:

a) con l'eventuale disciplina di settore precedentemente introdotta e non abrogata esplicitamente o implicitamente dal nuovo provvedimento;

b) con la disciplina di codice civile, sia essa riferita alle regole generali destinate a regolare il contratto ovvero alle regole speciali destinate a normare tipi contrattuali affini;

c) con gli atti amministrativi anteriori, che non si pongano in contrasto con la nuova disciplina (ad es. decreti ministeriali).

In ogni caso, la terminologia impiegata — essendo costituita da locuzioni assistite da una risalente tradizione — necessariamente riflette le nozioni dottrinali e la elaborazione giurisprudenziale pregressa, ancorché non riferita alla nuova disciplina.

Per quanto riguarda i contratti ad oggetto informatico, vengono quindi in considerazione:

a) quanto alle leggi speciali, la legge 11 novembre 1986, n. 770 («disciplina delle procedure contrattuali dello Stato per l'esecuzione di programmi di ricerca e per l'acquisizione e la manutenzione di prodotti di alta tecnologia»), ove sia applicabile a mate-

riali (quali l'*hardware* e il *software*) che, pur essendo ascrivibili al settore altamente tecnologico, sono ormai così diffusi sul mercato da apparire avvicinati a qualsiasi;

b) quanto alla disciplina di codice civile, le regole sulla formazione del contratto (qui integrate e corrette dalla disciplina della formazione dei contratti ad evidenza pubblica), le regole sulla risoluzione del contratto e quelle — desumibili dai principi generali — sulla durata del contratto medesimo;

ad esse si affiancano le regole dei tipi contrattuali di riferimento, quali, di volta in volta, la compravendita, la locazione, l'appalto di servizi, e le regole applicabili ai tipi innominati, come il leasing;

c) quanto alla disciplina di regole *sub*-primarie, o di atti amministrativi, viene in considerazione, ove non abrogato dalla nuova disciplina, il d.m. 8 febbraio 1986 (« approvazione del capitolato d'oneri per gli acquisti e la locazione di apparecchiature e di prodotti diversi, e per la prestazione di servizi in materia di informatica, eseguiti nell'ambito della Amministrazione statale dal Provveditorato generale dello Stato o con il suo intervento »). Quest'ultimo è destinato ad essere sostituito dai regolamenti e dalle direttive promananti dall'Autorità per l'informatica, di cui al d.lgs. citato.

2. I LIMITI ALL'AUTONOMIA NEGOZIALE DELLE PARTI NEI CONTRATTI AD OGGETTO INFORMATICO CONCLUSI DALLA P.A.

Gli artt. 12, 13, 14, 15, 16 delineano una disciplina speciale per i contratti in esame.

a) *Limitazioni relative al contenuto.*

L'art. 12 dispone che le « clausole generali » (sic) « dei contratti che le singole amministrazioni stipulano in materia di sistemi informatici automatizzati sono contenute in capitoli approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro del Tesoro, su proposta dell'Autorità ». La dizione « clausole generali » non è corretta, in quanto essa si riferisce, per universale stipulazione dottrinale e giurisprudenziale, alle espressioni di ampia portata contenute nei testi normativi, quali « buona fede », « correttezza » e così via. Sembra quindi lecito correggere, in via interpretativa, l'espressione « clausole » con l'espressione « condizioni ». Tali condizioni sono diffuse nei capitoli generali, quali ad es. quelle contenute nei capitoli delle opere pubbliche, e, secondo l'orientamento recente della giurisprudenza, debbono essere partitamente sottoscritte (magari con una sottoscrizione unica, aggiuntiva a quella che approva il testo contrattuale), perché, essendo predisposte da una parte e imposte all'altra, possono avere contenuto vessatorio.

Il fatto che il decreto faccia riferimento a capitolati ministeriali è indicativo del modo nel quale si intende avvenga la negoziazione: in altri termini, si tratta di una adesione delle imprese costruttrici di *hardware* e di *software* alle condizioni predisposte dall'amministrazione contraente.

Nei capitolati si prevede la presenza — « in ogni caso » — di clausole riguardanti la scelta del contraente, la vigilanza in corso d'opera, la formazione del costo, le penali per i ritardi, la decadenza, la risoluzione, la sostituzione, la consegna e l'acquisizione dei beni e servizi forniti, l'idoneità del personale impiegato, l'affidamento a terzi delle prestazioni oggetto del contratto, gli studi di fattibilità preliminari all'aggiudicazione.

b) Le limitazioni alla conclusione del contratto.

Si prevede l'osservanza delle « disposizioni della normativa comunitaria ». Con tale generica espressione, che il legislatore sembra oggi incline ad usare, anche con diverse locuzioni (ad es., con il riferimento ai principi del diritto comunitario, come si legge nell'art. 1 comma 2 legge antitrust), si fa riferimento ai criteri di scelta del contraente, al fine di ampliare la gara in sede europea, di rendere trasparenti le procedure, di riservare alla trattativa privata una posizione di eccezione. È evidente il richiamo alla legge 30 marzo 1981, n. 113, concernente le procedure di aggiudicazione delle pubbliche forniture (e alle succ. modif. di tale legge), mentre appare dubbio che le direttive non ancora attuate in materia possano ritenersi integralmente richiamate e che siano direttamente operanti per il semplice, generico riferimento alla normativa comunitaria.

c) Gli obblighi di informazione.

Le imprese contraenti (insieme con le Amministrazioni) sono tenute a fornire all'Autorità le informazioni da questa richieste.

d) I controlli.

Al di là delle modalità di scelta del contraente e della elaborazione di capitolati inerenti ai contenuti dei contratti, la nuova disciplina prevede forme di controllo non usuale per i contratti conclusi dalla P.A.:

a) innanzitutto, la elaborazione di studi di fattibilità, volti alla definizione degli obiettivi organizzativi e funzionali dell'amministrazione interessata;

b) poi, il « monitoraggio », cioè il controllo dell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa che ha fornito l'*hardware*, il *software*, o i servizi integrativi; il monitoraggio è svolto secondo i criteri fissati dall'Autorità;

c) la verifica dei risultati, che può essere impeditiva del rinnovo;

d) il controllo della conformità dei contratti (cioè delle condizioni previste) alla disciplina della concorrenza, con eventuale segnalazione delle violazioni alla Autorità antitrust e la esclusione delle imprese dalle gare;

e) infine, il controllo della Corte dei conti.

3. LA DURATA DEI CONTRATTI.

Per venire alla disciplina della durata, che deve essere interpretata alla luce delle considerazioni precedenti, la nuova disciplina prevede un triplo regime: il regime ordinario, il regime di prima applicazione, e il regime transitorio.

a) Il regime ordinario è fissato o dalla volontà delle parti, di volta in volta, a seconda delle esigenze emergenti dalle circostanze del caso, ovvero può essere previsto dalle condizioni generali, atteso che l'art. 12 (che non menziona la durata) indica semplicemente i contenuti obbligatori dei capitoli, ma non impedisce alla Amministrazione di integrare quel contenuto con riferimenti alla durata.

Con decreto min. può essere fissata una durata precisa: è il metodo seguito dal cit. d.m. 8 febbraio 1986, che all'art. 12 prevede una durata pluriennale delle locazioni di apparecchiature.

b) Diverso è il regime di «prima applicazione». Con tale espressione si intende, normalmente, l'applicazione del primo periodo; il termine è elastico, e serve a consentire all'Amministrazione, oltre che all'Autorità, di dare avvio all'organizzazione dell'attività, dei controlli e alla elaborazione della disciplina; tuttavia, analoga espressione è contenuta nell'art. 17 comma 4, che però ancora il periodo al 31 dicembre 1993 (quale termine massimo). Si consente, in tale periodo, il *jus variandi* alla P.A. In altri termini, la P.A. può richiedere alle imprese contraenti di modificare l'intero contratto, ancorché sia in corso di esecuzione, ovvero di modificare singole clausole; ciò per adeguare i contratti (o le clausole) alle finalità e ai principi del decreto sulla base di indirizzi e criteri definiti dall'Autorità. L'espressione «principi» è usata in modo generico, e allude alla cooperazione dell'impresa, alla trasparenza delle condizioni generali, alle altre condizioni di cui all'art. 12 cit.

Ancora: si prevede il rinnovo dei contratti, sempre che esso fosse previsto nel testo negoziato con l'impresa; tale rinnovo non è però consentito qualora non sia preventivamente effettuata la verifica dei risultati conseguiti.

L'espressione «rinnovo» è impiegata anche all'art. 17, per il regime transitorio. In assenza di una disciplina generale della materia, dal punto di vista della trattazione codicistica del con-

tratto, per « rinnovo » si deve intendere quella vicenda contrattuale in base alla quale:

— il contratto precedentemente stipulato abbia esaurito i suoi effetti;

— il testo contrattuale preveda l'automatica rinnovazione delle clausole già predisposte, eventualmente a determinate condizioni e in presenza di determinate circostanze, o semplicemente la possibilità che le parti scelgano di reiterare l'impegno assunto;

— il contratto « rinnovato » sia considerato un nuovo contratto, al quale si applica la medesima disciplina negoziale pregressa, così come stabilito dalle parti.

Si tratta di principi desumibili dalla terminologia impiegata (che, per l'appunto, fa riferimento ad una nuova conclusione, semplificata nella procedura) e dalle fattispecie particolari disciplinate nel codice civile o nella legislazione speciale.

In materia di contratti, il codice civile usa, per la verità, la locuzione « rinnovazione », a proposito della locazione (art. 1597), dell'affitto (art. 1630) e della mezzadria (artt. 2143, 2144).

In tutti questi casi l'impiego della locuzione corrisponde ad identica disciplina: si fa riferimento cioè ad un nuovo contratto, ad un nuovo rapporto, con contenuto identico al precedente. Nella legislazione speciale la disciplina è proposta *ad hoc*, e quindi non può essere applicata analogicamente.

c) *Il regime transitorio.*

L'art. 17 del d.lgs. prevede una deroga a « quanto previsto dal presente decreto »: cioè agli artt. 12 ss. sopra brevemente commentati. La deroga riguarda due categorie di contratti:

a) i contratti « in corso di rinnovo », cioè contratti i cui termini finali siano già scaduti, e che possano essere rinnovati, ovvero che siano rinnovabili in quanto sia decorso il termine da parte dell'Amministrazione per comunicare il recesso (e che siano quindi rinnovati tacitamente);

b) i contratti prossimi alla scadenza.

In queste due ipotesi l'Amministrazione ha facoltà di prorogare i rapporti contrattuali (per un periodo non superiore ai tre anni).

La facoltà si deve intendere come diritto potestativo? cioè come una prerogativa concessa solo ad una parte, per l'appunto l'Amministrazione, contro la quale l'impresa contraente non può reagire essendo posta in posizione di soggezione?

Mi pare che il problema debba essere risolto in altro modo: il decreto conferisce alla Amministrazione uno *jus variandi* unilaterale, nel senso che viene introdotta *ex lege* la clausola in base alla quale l'Amministrazione può optare per la proroga; tuttavia, come in ogni rapporto a tempo determinato che viene protratto per fatti esterni, la controparte è legittimata a recedere. Sarebbe contraria ai principi generali un'interpretazione che risul-

tasse vincolante per la controparte; e in ogni caso, non sarebbe stata scritta con la formula prescelta, ma si sarebbe previsto l'inserzione automatica di una clausola specificante il diritto potestativo.

L'impiego del termine « proroga » — che non può essere avvicinato alle proroghe di cui alla legislazione speciale, che sono normalmente operanti *ex lege*, cioè imperativamente (come in materia di locazioni abitative, di accordi collettivi di lavoro e di affitto di fondi rustici) — vale semplicemente a significare che il rapporto negoziale in essere tra le parti è rinnovabile o prossimo alla scadenza continua a produrre i suoi effetti alle condizioni pregresse; non si procede quindi al rinnovo (se così l'Amministrazione ritiene) ma si continuano ad osservare le clausole vigenti.

Qualora il contratto prevedesse clausole diverse, o modificazioni di quelle previgenti per il caso di rinnovo, tali clausole non si debbono applicare, perché la proroga sostituisce il rinnovo.

Qualora tuttavia l'impresa controparte non ritenesse vantaggioso, il regime transitorio, ritengo che sia legittimata a recedere dal contratto, perché l'art. 17 non è formulato nel senso di una sostituzione automatica di clausole (*ex art. 1339*) a cui l'impresa non potrebbe sottrarsi.

In fin dei conti, si tratta di una misura che avvantaggia l'Amministrazione, perché fa perdurare un rapporto che essa ritiene vantaggioso, e, attesa la natura del contratto, potrebbe essere messa in difficoltà se dovesse interrompere l'informatizzazione delle procedure e degli atti; ma avvantaggia anche l'impresa, perché la nuova contrattazione potrebbe essere assoggettata alle modalità di scelta del contraente che porrebbero l'impresa in regime concorrenziale con altre.