

CORTE DI GIUSTIZIA CEE

5 DICEMBRE 1989

PRESIDENTE:

DUE

PARTI:

COMMISSIONE CEE

REPUBBLICA ITALIANA

Comunità Europee • Servizi • Libera circolazione • Direttiva sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture • Appalto per sistemi informativi • Riserva in favore di imprese a partecipazione statale • Violazione Trattato CEE • Sussiste.

La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 52 e 59 del trattato CEE e della direttiva del consiglio n. 77/62, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, riservando alle sole società con partecipazione statale italiana maggioritaria la possibilità di stipulare convenzioni con la P.A. per la realizzazione di sistemi informativi.

Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 6 gennaio 1988, la Commissione delle Comunità Europee ha proposto un ricorso, ex art. 169 del Trattato CEE, diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana, avendo emanato norme che riservano alle sole società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, la possibilità di concludere con lo Stato italiano convenzioni per la realizzazione di sistemi informativi per conto della P.A., è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nonché della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, n. 77/62, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (G.U. 1977, n. L13, p. 1, in prosieguo: la direttiva).

Constatato che secondo la vigente legislazione italiana lo Stato era autorizzato a stipulare convenzioni, in vari settori di attività pubbliche (fiscale, sanitario, agricolo, edilizia urbana), soltanto con società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, e ritenendo detta disciplina contraria alle citate disposizioni comunitarie, il 3 dicembre 1985 la Commissione ha inviato al Governo italiano una lettera di diffida che ha avviato il procedimento ex art. 169 del Trattato.

Non avendo ricevuto alcuna comunicazione dal Governo italiano, la Commissione ha emesso il 1° luglio 1986 il parere motivato di cui all'art. 169, comma 1, del Trattato.

Su richiesta del Governo italiano sono stati organizzati due incontri con funzionari della Commissione, l'uno a Roma, il 25-27 gennaio 1987, e l'altro a Bruxelles il 10 marzo 1987, allo scopo di chiarire la situazione. Il 5 maggio successivo, il Governo italiano ha preso posizione sul parere motivato. Non avendo ritenuto soddisfacente tale presa di posizione, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Per una più ampia illustrazione della disciplina italiana di cui è causa, dello svolgimento del procedimento nonché dei mezzi e argomenti delle parti, si fa rinvio alla relazione d'udienza. Questi elementi del fascicolo sono richiamati solo nella misura necessaria alla comprensione del ragionamento della Corte.

Sulla censura di violazione degli artt. 52 e 59 del Trattato. — Secondo la Commissione, riservando alle sole società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, la possibilità di concludere convenzioni relative alla realizzazione di sistemi informativi per conto della P.A., le leggi e i decreti-legge in causa, benché si applicano senza distinzioni alle imprese italiane e a quelle di altri Stati membri, sarebbero discriminatori e costituirebbero un ostacolo alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi previste dagli artt. 52 e 59 del Trattato.

Il Governo italiano deduce anzitutto che le leggi e i decreti-legge controversi non distinguono in base alla nazionalità delle società che possono concludere le convenzioni di cui è causa. Ne consegue

che ove lo Stato italiano partecipi in modo totale o maggioritario non solo al capitale di società italiane ma anche a quello di società di altri Stati membri, le une e le altre possono concorrere alla messa in funzione dei sistemi informativi in oggetto, senza alcuna discriminazione.

Va rilevato al riguardo che, secondo la giurisprudenza della Corte, il principio della parità di trattamento, del quale sono specifica espressione gli artt. 52 e 59 del Trattato, vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze (si veda in particolare sentenza 29 ottobre 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Racc. p. 3427).

Ora, si deve constatare che le leggi e i decreti-legge controversi, sebbene distintamente applicabili a qualsiasi società italiana o straniera, favoriscono essenzialmente le società italiane. Infatti, come ha affermato la Commissione senza essere contraddetta dal Governo convenuto, attualmente non esistono nel settore dell'informatica società di altri Stati membri a partecipazione pubblica italiana, totale o maggioritaria.

Per giustificare il requisito della partecipazione pubblica il Governo italiano invoca l'esigenza dei pubblici poteri di controllare l'esecuzione dei contratti, in modo da poterla adeguare all'evolversi di fattori imprevedibili al momento della stipulazione dei contratti stessi. A suo dire, inoltre, per alcune attività che la società è chiamata a svolgere, specialmente in settori strategici nei quali, come quelli in oggetto, sono comprese informazioni di natura confidenziale, lo Stato ha diritto di rivolgersi ad un'impresa che goda di tutta la sua fiducia.

In proposito, va constatato, da un lato, che il Governo italiano disponeva degli strumenti giuridici necessari per adeguare l'esecuzione dei contratti a circostanze future ed imprevedibili nonché per garantirne la conformità all'interesse generale e, dall'altro, che per tutelare la confidenzialità delle informazioni in causa, lo stesso Governo avrebbe potuto ricorrere a provvedimenti meno restrittivi della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, in particola-

re imponendo al personale delle società interessate un obbligo di segretezza sanzionabile penalmente. Nessun elemento del fascicolo autorizza a ritenere che il personale di società senza partecipazione pubblica italiana non potrebbe osservare detto obbligo con pari efficacia.

Il Governo italiano sostiene inoltre che, in ragione del loro carattere confidenziale, le attività inerenti al funzionamento del sistema informativo partecipano all'esercizio di pubblici poteri ai sensi dell'art. 55.

Va ricordato al riguardo che, secondo la giurisprudenza della Corte (si veda sentenza 21 giugno 1974, Reyners, 2/74, Racc. p. 631), l'eccezione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi di cui agli artt. 55, comma 1 e 66 del Trattato CEE va limitata alle attività previste dagli artt. 52 e 59, che di per sé stessi, implicano la partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri. Tuttavia, non è questo il caso nella fattispecie in esame, poiché le attività di cui è causa, relative alla progettazione, alla definizione dei programmi e alla gestione di sistemi informativi, sono di natura tecnica e pertanto estranee all'esercizio di pubblici poteri.

Infine, il Governo italiano deduce che le attività inerenti al funzionamento dei sistemi informativi in oggetto riguardano, in considerazione dei loro fini nonché della confidenzialità dei dati elaborati da tali sistemi, l'ordine pubblico italiano ai sensi dell'art. 56, n. 1, del Trattato.

Anche questo argomento deve essere disatteso. Basta infatti osservare, da un lato, che non ci si può fondare sulla sola natura dei fini perseguiti dai sistemi informativi in causa per stabilire che l'ordine pubblico sarebbe minacciato, qualora la realizzazione e il funzionamento di detti sistemi venisse affidata a società di altri Stati membri. Dall'altro, va ricordato che la confidenzialità dei dati elaborati dai sistemi informativi può essere garantita, come si è prima osservato, dall'obbligo del segreto, senza che sia necessario limitare la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi.

In considerazione di quanto precede, la censura di violazione degli artt. 52 e 59 deve essere accolta.

Sulla censura di violazione della direttiva n. 77/62/CEE. — Secondo la Com-

missione, le leggi e i decreti-legge controversi hanno trasgredito la direttiva con riferimento all'acquisizione da parte dell'amministrazione delle apparecchiature necessarie alla realizzazione dei sistemi informativi di cui è causa. Poiché queste devono essere considerate prodotti ai sensi dell'art. 1, n. 1, lett. a) della direttiva e il valore degli appalti relativi alla loro fornitura supera, inoltre, il limite fissato dall'art. 5 della direttiva, le autorità competenti avrebbero dovuto osservare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva ed impedire gli obblighi di pubblicazione dei relativi bandi di gara nella *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità Europee, come stabilito dall'art. 9.

Il Governo italiano obietta anzitutto che oltre all'acquisizione del materiale il sistema comporta l'elaborazione dei programmi, la progettazione, l'installazione, la manutenzione, la conduzione tecnica del sistema e, talvolta, la sua gestione. L'interdipendenza di queste attività imporrebbe di attribuire ad un'unica società l'intera responsabilità di realizzazione dei sistemi informativi previsti dalle leggi e decreti-legge controversi. Di conseguenza, e considerato che il materiale è un elemento accessorio della realizzazione di un sistema informativo, la direttiva non troverebbe applicazione. Il Governo italiano aggiunge a questo proposito che, secondo l'art. 1, lett. a) della direttiva, sono appalti pubblici di forniture solo i contratti aventi come oggetto principale la fornitura di prodotti.

L'argomento non può essere accolto. L'acquisizione dell'apparecchiatura necessaria alla realizzazione di un sistema informativo è scindibile dalle attività relative alla sua progettazione e gestione. Infatti, il Governo italiano avrebbe potuto rivolgersi a società specializzate nella definizione di programmi, per la progettazione dei sistemi informativi in causa e acquisire, nel rispetto della direttiva, il materiale conforme alle caratteristiche tecniche indicate da dette società.

Il Governo italiano deduce inoltre che la decisione 11 settembre 1979 n. 79/783/CEE, che stabilisce un programma pluriennale (1979-1983) nel settore dell'informatica (*G.U.* n. L231, p. 23), modificata dalla decisione 22 novembre

1984, n. 84/559/CEE (*G.U.* n. L308, p. 49), va interpretata nel senso che l'esenzione temporanea di cui all'art. 6, n. 1, lett. h) della direttiva continua ad applicarsi fino alla realizzazione del programma stesso.

Secondo detta norma, le amministrazioni aggiudicatrici possono non applicare le procedure previste dall'art. 4, nn. 1 e 2 « per gli appalti di forniture d'equipaggiamenti nel settore dell'informatica, fatte salve le decisioni del Consiglio adottate su proposta della Commissione e che definiscono le categorie di materiale cui non si applica la presente eccezione. Non è più possibile ricorrere alla presente eccezione dopo il 1° gennaio 1981, salvo decisione del Consiglio presa su proposta della Commissione che modifica questa data ».

Va rilevato al riguardo che le decisioni menzionate dal Governo italiano sono state adottate sulla base dell'art. 235 del Trattato e non in applicazione dell'art. 6, n. 1, lett. h) della direttiva. Esse hanno ad oggetto la realizzazione di un programma nel settore dell'informatica che non riguarda, direttamente o indirettamente, il regime degli appalti di forniture di equipaggiamenti informatici.

Secondo il Governo italiano, gli appalti di forniture di cui è causa rientrebbero anche nelle deroghe stabilite dall'art. 6, n. 1, lett. g), della direttiva, che consente alle amministrazioni giudicatrici di non osservare le procedure di cui all'art. 4, nn. 1 e 2, « quando le forniture sono dichiarate segrete o quando la loro esecuzione richieda misure speciali di sicurezza conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti nello Stato membro considerato, o quando lo esige la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato ». Esso fa valere in proposito il carattere di segretezza dei dati in parola, il quale sarebbe essenziale nella lotta contro la criminalità, soprattutto nel settore fiscale, della salute pubblica e della repressione delle frodi in materia agricola.

L'obiezione si riferisce alla natura confidenziale dei dati oggetto dei sistemi informativi in causa. Ora, come si è prima rilevato, il rispetto di detta confidenzialità da parte del personale interessato non dipende dalla partecipazione pubblica nella società contraente.

Il Governo italiano deduce ancora che le attività affidate alle società specializzate, scelte per la realizzazione dei sistemi informativi in causa, costituiscono esercizio di un'attività di servizio pubblico. Pertanto, le convenzioni fra lo Stato e le società affidatarie di dette attività sarebbero escluse dal campo di applicazione della direttiva, il cui art. 2, n. 3, dispone:

« se lo Stato, un ente pubblico territoriale o una delle persone giuridiche di diritto pubblico oppure uno degli enti equivalenti, enumerati nell'allegato I, accorda ad un ente diverso dalle amministrazioni aggiudicatrici, indipendentemente dal suo stato giuridico, diritti sociali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione stabilisce che detto ente deve rispettare, per gli appalti pubblici di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, il principio della non discriminazione in base alla nazionalità ».

L'argomento va disatteso. Le forniture di apparecchiature necessarie alla realizzazione di un sistema informativo, nonché la progettazione e la gestione di questo, consentono all'amministrazione di realizzare i compiti affidatili senza costituire esse stesse un servizio pubblico.

Infine, il Governo italiano deduce che nel caso del sistema informativo del ministero delle finanze si dovrebbe applicare la deroga di cui all'art. 6, n. 1, lett. e) della direttiva, secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici possono non applicare le procedure previste dall'art. 4, nn. 1 e 2, « per forniture complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente, o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, se il cambiamento di fornitore costringesse l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare del materiale di tecnica differente il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbe un'incompatibilità o delle difficoltà tecniche sproporzionate ».

Al riguardo, è sufficiente affermare che simili casi di forniture complementari non possono giustificare una regola generale che riserva gli appalti di forniture a società a partecipazione pubblica italiana.

Risulta da quanto precede che deve essere accolta anche la censura di violazione della direttiva n. 77/62/CEE.

Si deve dunque dichiarare che la Repubblica italiana, avendo riservato alle sole società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, la possibilità di concludere convenzioni per la realizzazione di sistemi informativi per conto della P.A., è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nonché della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, n. 77/62.

Sulle spese. — Ai sensi dell'art. 69, par. 2, del regolamento di procedura la parte soccombente è condannata alle spese. Essendo rimasta soccombente, la convenuta va condannata alle spese.

P.Q.M. — La Corte dichiara e statuisce:

1. Avendo riservato alle sole società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, la possibilità di concludere convenzioni per la realizzazione di sistemi informativi per conto della P.A., la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nonché della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, n. 77/62.

2. La Repubblica italiana è condannata alle spese.

LA VIOLAZIONE DEL TRATTATO CEE NEGLI APPALTI PUBBLICI PER LA REALIZZAZIONE DI SISTEMI INFORMATIVI

1. A distanza di alcuni anni da un precedente caso¹ si torna a parlare in ambito comunitario di contratti aventi ad oggetto beni e servizi informatici. A differenza delle circostanze che giustificavano quello sporadico « non » intervento (limitatamente alla decisione della Commissione di non intervenire sulla base dell'art. 85 del Trattato di Roma) sono cambiati i parametri di riferimento: non si tratta più di un contratto di distribuzione informatica, ma di realizzazione di un « sistema informativo » per conto della P.A.; in gioco non è tanto un aspetto concernente la disciplina della concorrenza (almeno direttamente), quanto la violazione delle norme del Trattato poste a tutela della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi; mutano altresì i soggetti (allora l'IBM, oggi la Repubblica Italiana)

¹ Decisione Commissione CEE del 18 aprile 1984, pubblicata in Italia in *Riv. dir. ind.*, 1985, I, p. 85; più diffusamente sugli interessanti spunti ricavati dalla vicenda v. R. RISTUCCIA, *Disciplina antimonopolistica e Computer Business*, in AA.VV., *I Contratti di informatica*, Milano, 1987, p. 165 ss.

² Per un primo sommario riferimento, cfr. la nota di richiami in *Foro it.*, 1990, IV, 113. Sotto il profilo dell'indubbia novità della decisione da segnalare un primo commento a caldo di D.A. LIMONE, *Appalti pubblici con « riserva »: l'Europa dice no*, su *Sole-24 Ore*, n. 351, del 22 dicembre 1989.

³ Pubblicata in *GUCE*, L13, del 15 gennaio 1977, p. 1 ss., successivamente modificata dalla Direttiva 80/767/CEE in *GUCE*, L215, del 18 agosto 1980, p. 1 ss., a sua volta modificata dalla Direttiva 88/295/CEE, in *GUCE* L127, del 20 maggio 1988, p. 1 ss.

⁴ La legislazione è ampiamente riportata nella relazione d'udienza del giudice relatore Moitinho de Almeida. Successivamente alla pubblicazione della sentenza non sono mancati inoltre interventi di alcune associazioni di categoria (Assintel, Anasin), rivolti all'ampliamento dei riferimenti alla legislazione colpita dalla decisione.

e soprattutto l'organo comunitario interveniente (non la Commissione, ma la Corte di Giustizia).

Vista l'indubbia rilevanza delle parti in causa, la sentenza in commento merita qualche approfondimento ulteriore rispetto al rilievo (peraltro corretto) della continuità giurisprudenziale seguita dalla Corte, che ha ribadito principi più volte espressi in materia di violazione degli artt. 52 e 59 del Trattato istitutivo²: applicandoli tuttavia, nel caso di specie, ad una materia inusitata, quella dei contratti che, avendo ad oggetto la realizzazione di « sistemi informativi » (con locuzione inveterata nell'uso definiti « chiavi in mano »), legano una impresa fornitrice alla P.A.

L'antefatto della vicenda ha origine da una comunicazione della Commissione, del gennaio 1985, con la quale erano inviate al Governo italiano osservazioni circa la proliferazione di leggi e decreti-lege contrari al diritto comunitario, in quanto riservavano a società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica taluni contratti ivi previsti per l'acquisto di attrezzature e materiali necessari alla messa in funzione di sistemi informativi, nonché la progettazione e, talvolta, la conduzione tecnica di detti sistemi. Ritenuta insufficiente una prima risposta governativa, la Commissione reputava opportuno ricorrere alla procedura prevista dall'art. 169 del Trattato di Roma, emettendo il parere motivato previsto dalle norme: nonostante una serie di incontri organizzati tra i rappresentanti del Governo italiano e della Commissione, quest'ultima proponeva ricorso (ex art. 169, comma 2), registrato il 6 gennaio 1988, alla Corte di Giustizia CEE, che pronunciava la sentenza in epigrafe.

Ai fini di una efficace comprensione del ragionamento seguito dall'organo giudicante, e per poter constatare efficacemente la violazione degli obblighi imposti dagli artt. 52 e 59 del Trattato, nonché dalla direttiva 77/62/CEE³, occorre richiamare brevemente la legislazione italiana incriminata⁴. Si tratta di una serie di leggi e decreti-lege che coprono un arco temporale compreso tra il 1976 ed il 1984, e riguardano la realizzazione di sistemi informativi in vari settori di attività pubbliche (fiscali, sanitario, agricolo, catastale); il d.l. 30 gen-

naio 1976, n. 8, convertito con modificazioni, nella legge 27 marzo 1976, n. 60, recante norme per l'attuazione del sistema informativo del Ministero delle Finanze e per il funzionamento dell'anagrafe tributaria⁵; il d.l. 30 settembre 1982, n. 688, convertito, con modificazioni, nella legge 27 novembre 1982, n. 873, che reca misure urgenti in materia di entrate fiscali (con particolare riferimento, per la materia in questa sede trattata, alla lotta all'evasione)⁶; la legge 26 aprile 1982, n. 181, concernente le disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato (finanziaria 1982)⁷; la legge 4 giugno 1984, n. 194, concernente interventi a sostegno dell'agricoltura (prevede nel proprio art. 15 la realizzazione di un sistema informativo agricolo nazionale)⁸; il d.l. 19 dicembre 1984, n. 853, convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 1985, n. 17, concernente disposizioni in materia di imposta sul valore aggiunto e di imposte sul reddito e disposizioni relative all'Amministrazione finanziaria (tra le quali spicca la realizzazione del programma di automazione del catasto edilizio urbano)⁹. Fin qui la relazione d'udienza, necessariamente limitata alle norme entrate in vigore prima dell'inizio del procedimento (1985); tuttavia ad esse possono aggiungersi, perché nate dallo stesso intento, e formulate in modo analogo, la legge 28 febbraio 1986, n. 41 (legge finanziaria 1986), che ha sostanzialmente consentito il rinnovo della convenzione prevista nell'art. 15 della citata legge 26 aprile 1982, n. 181¹⁰, e la legge 11 marzo 1988, n. 6¹¹, la quale, a sua volta, richiama esplicitamente l'art. 7 del d.l. 30 settembre 1982, n. 688, estendendo la sfera di applicabilità dei contratti ivi previsti anche al sottosistema informativo del catasto, al progetto di automazione delle attività di controllo dei prodotti soggetti ad imposta di fabbricazione o di consumo, al sistema informativo delle dogane¹².

2. Il primo punto sul quale la Corte di Giustizia ha ritenuto il complesso della normativa citata attaccabile sotto il profilo della non conformità al diritto comunitario, riguarda in modo particolare gli artt. 52 e 59 del Trattato, posti a tutela, rispettivamente, della libertà di stabilimento (relativa alle professioni li-

berali o all'esercizio di attività di impresa, per distinguerla da quella concer-

⁵ Pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 29 del 2 febbraio 1976. L'art. 3 di detto decreto, come modificato dalla legge di conversione (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 84 del 31 marzo 1976) afferma che «...con apposita convenzione, stipulata per il periodo di tempo occorrente alla completa funzionalità del sistema informativo di cui all'art. 1 del presente decreto e comunque per una durata non superiore a cinque anni, possono essere affidate ad una società specializzata:

a) La realizzazione del sistema informativo (...);

b) La conduzione tecnica del sistema informativo e precisamente: le attività di ricerca e sviluppo necessarie alla schematizzazione delle procedure, come definite dai centri informativi, ed alla successiva trasformazione in insiemi di istruzioni formanti i programmi di macchina; la definizione della struttura degli archivi e delle norme operative per l'accesso alle informazioni in esse contenute in applicazione delle procedure eseguite dalle apparecchiature centrali, la pianificazione ed esecuzione di tutte le operazioni per il funzionamento delle apparecchiature centrali in relazione alle esigenze poste dagli uffici centrali e periferici.

La società affidataria deve essere costituita con prevalente partecipazione statale, anche indiretta. I suoi amministratori e sindaci non possono essere soci di società esercenti imprese produttrici di apparecchiature elettroniche né avere con queste rapporti di lavoro anche autonomo. Il Ministero delle Finanze è autorizzato a stipulare la convenzione a norma dell'art. 17, commi 4 e 10, della legge 9 ottobre 1971, n. 825 e successive modificazioni.

L'attività della società affidataria deve essere svolta secondo i criteri ed in conformità a degli obiettivi fissati dall'amministrazione finanziaria sotto la vigilanza delle direzioni generali nel cui ambito sono istituiti i centri informativi (...) ».

⁶ Pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 270 del 30 settembre 1982.

L'art. 7 del decreto prevede che, « per provvedere alle necessità di potenziamento delle strutture dell'amministrazione finanziaria, ai fini della lotta dell'evasione, in aggiunta agli ordinari stanziamenti di bilancio, è autorizzata la spesa di L. 500 miliardi, da iscriverne nello stato di previsione del Ministero delle Finanze per l'anno 1983 per la stipulazione di contratti e convenzioni intesi (...) ad acquistare beni e servizi (categoria IV di bilancio) fino a concorrenza di L. 116 miliardi allo scopo di provvedere in particolare: all'acquisto ed al noleggio dei mezzi tecnici, arredi, attrezzature ed apparecchiature, anche meccanografiche, ed elettroniche; alla fornitura di materiale di consumo e di servizi, compresi quelli inerenti all'automazione delle procedure, in aggiunta alle forniture ordinarie previste dalle vigenti disposizioni.

Il Ministero delle Finanze è altresì autorizzato ad affidare, mediante la stipula di uno o più contratti o convenzioni, ad una o più società specializzate a totale partecipazione pubblica, anche diretta, il completamento e l'esecuzione di nuove realizzazioni ed integrazioni, nonché la conduzione tecnica sotto la direzione e la vigilanza degli organi dell'amministrazione, del sistema informativo delle strutture centrali e periferiche del Ministero delle Finanze » (...).

Per far fronte all'onere derivante dalla stipula dei contratti e convenzioni previsti nel comma 2, per il quinquennio 1983-1987 è autorizzata la spesa di:

— L. 130 miliardi per l'anno 1983;

— L. 125 miliardi per ciascuno degli anni dal 1984 al 1987.

A valere sulle autorizzazioni di spesa di cui ai precedenti commi, il Ministero delle Finanze provvede a stipulare i contratti e le convenzioni di cui al presente articolo anche in deroga agli artt. da

nente i lavoratori, di cui all'art. 48) ed alla libertà di prestazione dei servizi.

3 a 9 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, e successive modificazioni e integrazioni, nonché alle relative disposizioni regolamentari di cui al r.d. 23 maggio 1924, n. 827, e successive modificazioni e integrazioni, ed all'art. 14 della legge 28 settembre 1942, n. 1140. È esclusa ogni forma di gestione fuori bilancio » (...).

⁷ Pubblicata nel Suppl. ord. *Gazzetta Ufficiale* n. 113 del 26 aprile 1982.

L'art. 15 della legge precisa che:

« Il Governo della Repubblica è delegato ad emanare, entro 120 giorni dall'entrata in vigore della presente legge, con uno o più decreti aventi valore di legge ordinaria, norme dirette a potenziare le strutture dell'ufficio centrale della programmazione sanitaria ».

L'art. 15 ai commi 2 e 3 dispone:

« Per l'esigenza della programmazione sanitaria nazionale ed i controlli sull'impiego del fondo sanitario nazionale, il Ministro della Sanità è autorizzato a stipulare una o più convenzioni per l'affidamento a società specializzate a prevalente partecipazione statale, anche indiretta, secondo i criteri e in conformità con gli obiettivi fissati dal Ministro stesso e sotto la direzione e la vigilanza dei competenti organi, dei compiti di analisi, progettazione e supporto dell'amministrazione sanitaria centrale, compreso il consiglio sanitario nazionale, l'istituto superiore di sanità e l'istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro, ai fini della realizzazione, della messa in funzione e dell'eventuale temporanea gestione del sistema informativo sanitario in sede centrale e in sede locale, a richiesta delle unità sanitarie locali e delle regioni o, in via sostitutiva, in caso di presistenti inadempienze.

Le convenzioni di cui al precedente comma, aventi durata non superiore a cinque anni, sono stipulate, e le relative spese sono eseguite, anche in deroga alle norme sulla contabilità dello Stato ed all'art. 14 della legge 28 settembre 1942, n. 1140, con l'esclusione di ogni forma di gestione fuori bilancio ».

⁸ Pubblicata nella *G.U.* n. 153 del 5 giugno 1984.

L'art. 15 dispone in particolare:

« Ai fini dell'esercizio delle competenze statali in materia di indirizzo e coordinamento delle attività agricole e della conseguente necessità di acquisire e verificare tutti i dati relativi al settore agricolo nazionale, il Ministro dell'Agricoltura e delle foreste è autorizzato all'impiego di un sistema informativo agricolo nazionale attraverso la stipula di una o più convenzioni con società a prevalente partecipazione statale, anche indiretta, per la realizzazione, messa in funzione ed eventuale gestione temporanea di tale sistema informativo ed in base ai criteri e secondo le direttive fiscali fissate dal Ministro medesimo.

Le convenzioni di cui al precedente comma, aventi durata non superiore a cinque anni, sono stipulate, e le relative spese sono eseguite, anche in deroga alle norme sulla contabilità dello Stato ed all'art. 14 della legge 28 settembre 1942, n. 1140, con esclusione di ogni forma di gestione fuori bilancio.

Per i fini di cui al precedente comma 1 è autorizzata, per il triennio 1984-1986, la spesa di L. 6 miliardi in ragione di L. 2 miliardi per ciascuno degli anni dal 1984 al 1986 ».

⁹ Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 347 del 19 dicembre 1984.

L'art. 4, n. 20 dispone che:

« Per la realizzazione del programma di automazione del catasto edilizio urbano il Ministero delle Finanze si avvale dell'autorizzazione di cui all'art. 7, comma 2, del d.l. 30 settembre 1982, n. 688, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 1982, n. 873 (cioè dell'autorizzazione a concludere una o più convenzioni con una o più società specializzate a totale partecipazio-

L'assunto sostenuto dalla Commissione riguarda essenzialmente la natura dissimulativa (rispetto al generale principio della non discriminazione) del requisito della partecipazione pubblica totale o maggioritaria, nelle imprese contraenti: e sebbene l'obiezione (di natura meramente formale) sollevata dalla convenuta si fondasse sull'inesistenza di una qualsiasi esclusione di imprese di diversa nazionalità rispetto a quella italiana, ciò non è valso a scardinare il principio più volte accolto, ed ormai consolidato, secondo il quale l'art. 7 del Trattato (implicitamente richiamato dall'art. 52) vieta qualsiasi discriminazione a causa della cittadinanza; e non solo le discriminazioni palesi, ma anche quelle dissimulate « che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbiano in pratica le stesse conseguenze »¹³. In sintesi la Corte di Giustizia ha inteso il requisito della partecipazione pubblica (italiana) all'impresa contraente (per di più, particolare non trascurabile, accompagnata dalla circostanza che non esistono, nel settore dell'informatica, società di altri stati membri in cui ricorra tale requisito) rientrando nel novero delle disposizioni di natura legislativa, regolamentare o amministrativa o conseguenti all'applicazione di questa o da pratiche amministrative, che di diritto (come discriminazione palese) o di fatto (come discriminazione « occulta ») condizionino o addirittura impediscano, rispetto ai cittadini o imprenditori comunitari di diversa nazionalità, la prestazione dei servizi.

Ancora più labile, rispetto alla precedente, la giustificazione addotta dallo Stato italiano in merito alla giustezza della normativa che esclude imprese non partecipate, dalla stipula delle convenzioni in esame: sebbene ragioni di economia processuale consigliassero di collocare l'assunto a difesa delle eccezioni dalla Commissione sollevate circa l'inadempimento della direttiva 77/62, è stato affermato che la realizzazione dei sistemi informativi previsti dalle norme oggetto della disputa, dovesse avvenire necessariamente tramite un interlocutore noto alla P.A., a causa della necessità di controllo della esecuzione di contratti per consentire un loro adeguamento all'evolversi di fattori imprevedibili al momento della stipulazione dei contratti

stessi. È facile tuttavia sostenere che la P.A. gode già di ampia possibilità circa l'adeguamento dei contratti in corso di esecuzione¹⁴ e che comunque, nessuna norma del nostro ordinamento autorizza a ritenere che sussista una speciale disciplina per le imprese a partecipazione pubblica, una volta che il rapporto con la P.A. sia stato sancito in modo rituale: l'eventuale presenza del requisito può, al massimo, giustificare una deviazione dai principi generali in materia di scelta del contraente, in forza di un non dissimulato « *favor* » del nostro legislatore verso imprese in cui sia presente capitale pubblico¹⁵ ma non può mai consentire una deroga dai principi generali in materia di esecuzione dei contratti. Giova richiamare il precedente accenno sulle ragioni di economia processuale: si rammenti che la Corte è investita dalla questione concernente la discriminazione operata in base alla scelta del contraente privato (artt. 52-59 del Trattato) e non anche, in questa fase, del modo in cui il legame tra questo e la P.A. si è venuto realizzando (pertinente viceversa alla direttiva 77/62); chè proprio il ricorso alla convenzione (*rectius* trattativa privata) avrebbe potuto giustificare, più e meglio, l'emersione in sede contrattuale, delle ragioni di interesse pubblico impreviste e sopravvenute tali da consentire adeguamenti della fattispecie¹⁶.

Di maggior interesse appare l'altra questione, affrontata dalla Corte, in materia di applicabilità, nel caso di specie, degli artt. 55 e 56 del Trattato. Com'è noto, nelle norme citate, viene sancita la deroga all'applicazione delle regole in materia di libertà di stabilimento, nei casi di attività che « partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri » (art. 55), e viene altresì lasciata « impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedono un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica » (art. 56). La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha progressivamente definito l'ambito di applicazione delle norme in parola, con specifico riferimento alle professioni liberali (in particolare quella forense). In una ormai storica decisione¹⁷, l'organo di giustizia comunitario ha affermato il

carattere eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 55, che ne giustifi-

cazione pubblica anche indiretta). A tal fine, l'autorizzazione di spesa di cui al comma 6 del richiamato art. 7 viene aumentata di L. 65 miliardi, di cui L. 10 miliardi per l'anno 1985, L. 20 miliardi per l'anno 1986 e L. 35 miliardi per l'anno 1987. Si applicano le disposizioni di cui ai commi 3, 5 e 7 del cit. art. 7 ».

Sempre l'art. 4, n. 26, aggiunge che:

« Per l'anno 1985, è autorizzata la spesa di L. 10 miliardi da iscriverne in apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero delle Finanze per l'acquisto di apparati tecnici e attrezzature, per l'esecuzione di tutti i lavori occorrenti per la realizzazione delle misure di sicurezza; per l'acquisto di mezzi tecnici, arredi, attrezzature ed apparecchiature anche meccanografiche ed elettroniche; per la fornitura di materiale di consumo e di servizi, compresi quelli inerenti all'automazione delle procedure, in aggiunta alle forniture ordinarie previste dalle vigenti disposizioni. Si applicano le disposizioni di cui al comma 7 dell'art. 7 del d.l. 30 settembre 1982, n. 688, convertito in legge con modificazioni, dalla legge 27 novembre 1982, n. 873 ».

¹⁰ Sulla vicenda della realizzazione del sistema informativo sanitario, v., con dovizia di particolari, I. D'ELIA, C. CIAMPI, *L'informatica nella P.A.*, Roma, 1987, p. 35 ss. In particolare la legge finanziaria del 1982, e gli altri provvedimenti normativi a cui si fa riferimento nella relazione d'udienza avrebbero spinto l'Anasin (l'Associazione nazionale delle imprese fornitrici di servizi di informatica e telematica) a proporre ricorso alla Corte di Giustizia (secondo quanto riportato dagli autori citati, *op. ult. cit.*, p. 43, nota 11). Si tratta probabilmente di un refuso, poiché come visto, il procedimento ex art. 169 del Trattato attribuisce un potere di impulso alla sola Commissione.

¹¹ La legge in parola concerne il « Programma di interventi per l'adeguamento dei servizi e dei mezzi della Guardia di finanza per la lotta all'evasione fiscale, ai traffici marittimi illeciti, nonché disposizioni per il completamento e lo sviluppo del sistema delle strutture centrali e periferiche del Ministero delle Finanze ». Tale riferimento è stato suggerito da un intervento (v. *supra*, nota 4) dell'Assintel (altra Associazione di vita e scopi parallela all'Anasin) in un proprio notiziario (Lettera Assintel n. 6, gennaio 1990), nel quale era stigmatizzato l'atteggiamento dello Stato italiano nel consentire, attraverso il ricorso a speciali convenzioni, « l'aggiornamento delle normali procedure di appalto pubblico per le commesse informatiche », di fatto ampiamente favorendo « le imprese dei servizi di informatica rientranti nella sfera pubblica, tagliando fuori il resto del settore ».

¹² Peraltro potrebbero essere aggiunti a tale elenco anche provvedimenti normativi di carattere regionale, nei quali, accanto alla definizione delle strutture, dell'organizzazione, degli scopi e del funzionamento di sistemi informativi regionali, vengono individuate le modalità di partecipazione dell'ente territoriale a società di diritto privato destinate ad operare in ambito informatico (rinnovandosi in tal modo, e nell'ambito di normative *ad hoc*, il fenomeno di società controllate dalla mano pubblica destinate al trattamento di favore condannato nella sentenza). Basti come indicazione, fra le più recenti, la legge regionale emiliana 26 luglio 1988, n. 30 (« Costituzione del sistema informativo regionale »), e quella ligure 22 agosto 1989, n. 30 (« Realizzazione, sviluppo e gestione del sistema informativo elettronico della Regione »).

¹³ V. causa 22/80, Boussac Saint - Frères s.a., del 29 ottobre 1980, in *Raccolta*, 1980, p. 3427 ss., nonché in *Foro it.*, 1981, IV, 413. Sulla natura del principio di non discriminazione, v., in dottrina A. TIZZANO, *Stabilimento e prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1977, V, 345 ss., e più recen-

cherebbe l'interpretazione restrittiva. Da tale premessa la Corte si è progressi-

temente, a cura del medesimo Autore, *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, 1985, p. 1 ss. Altri precedenti giurisprudenziali sul punto possono rinvenirsi nella sentenza della causa 152/73, Sotgiu, del 12 febbraio 1974, in *Raccolta*, 1979, p. 153 ss., nell'*arrete Seco*, cause 62 e 63/81, del 3 febbraio 1982, in *Raccolta*, 1982, p. 235 ss., e nella decisione 4 dicembre 1986, causa 205/84, Commissione CEE c. Repubblica di Germania, in materia di assicurazione, in *Foro it.*, 1988, IV, 18, con note di A. FRIGNANI e V. SCORDAMAGLIA. Non sembra necessario in questa sede riportare il lungo travaglio degli articoli del trattato in esame (non prevedendo essi una liberalizzazione immediata, ma limitandosi a sancire l'eliminazione delle discriminazioni esistenti, con relativo obbligo di armonizzazione delle legislazioni interne da parte degli Stati membri). Sul punto, per tutti, v. T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1987, p. 282. In ordine alla politica di armonizzazione, e relativa distinzione in tre diverse fasi, cfr. W. HENNING-ROTH, *The European Economic Community's law on services: Harmonisation*, in *Common Market Law Review*, 1988, 2, p. 35 ss.

¹⁴ Si pensi, ad esempio, all'art. 119 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per la contabilità generale dello Stato. Più in generale, sui poteri dell'Amministrazione in materia di esecuzione dei contratti, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1989, Tomo II, p. 840 ss.

¹⁵ Tuttavia tale circostanza si realizza per lo più nell'ambito delle fattispecie note alla dottrina come concessioni-contratto, in particolare nel settore dei servizi pubblici, laddove l'incardinamento del privato imprenditore nell'ambito dello schema organizzativo della P.A. conferisce a questo compiti, poteri e funzioni a quella originariamente spettanti. Si veda, in una materia affine a quella trattata, l'art. 198 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, il c.d. cod. postale, in tema di scelta del concessionario per i servizi pubblici di telecomunicazioni.

¹⁶ Basti considerare le numerose clausole in materia di modifica contenute nel « Capitolo d'oneri della P.A. per i beni e servizi informatici », approvato con D.M. del Tesoro 8 febbraio 1986, su questa *Rivista*, 1986, p. 667 ss.

Si potrebbe tuttavia obiettare in proposito, come parte della più accorta dottrina ha già fatto (v. V. ZENO ZENCOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti di informatica*, in AA.VV., *I contratti...*, op. cit., p. 38) che caratteristica ricorrente in tali fattispecie contrattuali sia il divario di conoscenze tra fornitore ed acquirente (ancora più penetrante, in proposito, M. MONINA, *Contratti informatici ed obblighi di informazione*, in AA.VV., *I contratti...*, op. cit., p. 115 ss.), tali da giustificare il continuo richiamo a regole di correttezza e di buona fede nella conclusione dei contratti. Sicché il ricorso ad un rapporto privilegiato consentirebbe di ovviare all'inconveniente di una eccessiva sperequazione tra il livello di conoscenza dei contraenti, che avrebbe ribaltato quel tradizionale rapporto di forza cui la P.A., in ragione di una posizione di oggettiva preminenza, è tradizionalmente abituata. Tuttavia, massimamente nella circostanza oggetto del giudizio, può correttamente affermarsi che le società d'informatica di grandi dimensioni (in Italia essenzialmente quelle a partecipazione pubblica) abbiano messo a frutto una esperienza ed una padronanza della tecnica contrattuale (proprio attraverso la stipula delle convenzioni in parola), non paragonabile a quella, corrispondente, dell'amministrazione contraente. V., sul punto, E. D'ELIA, C. CIAMPI, op. cit., pp. 33 e 43, nota 12.

¹⁷ Sentenza del 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners, in *Raccolta*, 1974, p. 631 ss., nonché in *Foro it.*, 1974, IV, 281, con nota

vamente spostata verso un'accezione liberale della norma, giungendo a precisare che le attività in essa contemplate (giacché di attività si tratta e non di professioni), in tanto ricadrebbero nella previsione in esame, in quanto « considerate in se stesse, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri »¹⁸.

Sebbene definiti i limiti di applicabilità delle norme, restano vaghi i contenuti precisi della locuzione « esercizio di pubblici poteri »: ma, ancora dalla sentenza citata¹⁹, proviene una indicazione ermeneutica oggi prevalente, secondo la quale « l'autorità pubblica è l'incarnazione della sovranità dello Stato, e come tale consente ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi cui i privati devono sottomettersi. La facoltà di esercitare autorità non può quindi emanare che dallo Stato, direttamente o in forza di una delega conferita a persone che non debbono necessariamente far parte dei pubblici dipendenti²⁰ ». Non dissimilmente si è espressa la dottrina per la quale si ha esercizio di pubblici poteri quando l'attività considerata presenti caratteri « che ne dimostrino l'effettiva partecipazione ad una funzione tipica ed esclusiva dello Stato, anche se attuata senza vincoli gerarchici rispetto ad organi statali, e quindi svolta, per così dire, in maniera decentrata »; un'attività, insomma, che implichi l'esercizio di poteri autoritari, ossia di « poteri di comando o di coercizione, o anche, essendovi implicito un comando, di certificazione fidefacente »²¹.

Orbene, se questa è da considerarsi l'interpretazione dominante in materia di definizione di pubblici poteri, non si vede come possa applicarsi la deroga prevista dall'art. 55 alle attività in esame. L'informatica nella P.A., al di là di enfatiche locuzioni, sufficienti al massimo per qualche convegno, non riveste natura di pubblico servizio — l'unica circostanza ammessa nel nostro ordinamento per la quale un'impresa viene incardinata²² nell'ordinamento gerarchico della P.A. — ma è, per lo più, una modalità organizzativa di servizi e funzioni (« di natura tecnica », precisa la Corte). Inoltre non ricorre in nessuna norma oggetto della controversia una fattispecie

concessoria, che potrebbe giustificare l'attribuzione di specifici poteri da parte della pubblica autorità all'impresa contraente (sia pure per fini limitati all'esecuzione del contratto). Né vale richiamare la circostanza, nella specie relativa ad una delle norme incriminate (legge finanziaria del 1982), secondo la quale ricorre il pericolo che « le funzioni affidate alla Società esterna (funzioni non esclusivamente tecniche ma con implicazioni istituzionali rilevanti) ipotichino pesantemente i rapporti tra i vari livelli dell'amministrazione »²³. In effetti, a parere di chi scrive, si tratterebbe, nel caso, di partecipazione a pubblici poteri del tutto occasionale, nell'interpretazione di « occasionalità » che dalla stessa Corte è stata suggerita²⁴: cioè di un inciso che rafforza il principio della natura di attività intrinsecamente coinvolte nell'esercizio di poteri pubblici, laddove il « sia pure occasionalmente » è criterio meramente quantitativo della ricorrenza della partecipazione, e non già estensione a circostanze del tutto sporadiche, eventuali e neanche legislativamente (o in forza di un atto amministrativo) previste.

In ordine alla deroga di cui all'art. 56, si rinvia alla dottrina circa le perplessità sorte sulla reale natura della nozione di « ordine pubblico comunitario », e sulla possibile confusione, in un unico principio, dei motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e sanità pubblica²⁵: giova in questa sede ricordare che i limiti imposti dall'art. 56, che sono frequenti in materia di accordi internazionali, servono solo a garantire la permanenza di un regime particolare per gli stranieri, ma che vanno interpretati, come norma eccezionale, in senso restrittivo²⁶. Inoltre è stato efficacemente affermato che « la deroga in esame ha una portata diversa « rispetto a quella dell'art. 55, « perché incide non su singoli aspetti della prestazione (la natura delle attività rilevanti), ma su tutta la libertà in esame; sia perché non importa l'esclusione di interi settori della liberalizzazione, ma solo l'applicazione di un particolare regime per gli stranieri; sia infine perché riflette un orientamento che investe, in termini analoghi, tutto il settore della circolazione delle persone »²⁷. A voler dar credito a tale interpretazione dottrinale, l'affermazione dello Stato italiano

circa l'applicabilità dell'art. 56, fondata sui fini dei sistemi informativi in oggetto (soddisfazione di interessi pubblici, e non mero perseguimento di obiettivi economici, come lotta all'evasione fiscale, repressione delle frodi in campo farmaceutico ed in campo agricolo, ecc.) e sulla natura confidenziale dei dati in essi raccolti, sarebbe stata del tutto irrilevante, poiché concernente la singola attività svolta, e non l'intera libertà in capo a soggetti comunitari: infatti, una corretta applicazione di tale principio comunitario negherebbe ogni diritto di stabilimento a tali imprese, e non si limiterebbe ad inibire loro l'accesso ad attività svolte nell'ambito della P.A. Ma anche accogliendo una diversa interpretazione della norma la conclusione della Corte non avrebbe potuto essere diversa: il richiamo operato dalla convenuta alla sussistenza di una norma penale (art. 326 cod. pen.) circa l'obbligo del mantenimento del segreto²⁸, non vale, di per sé, ad escludere indirettamente, affermando l'esclusiva dignità in capo ad imprese a partecipazione pubblica, aziende di diversa nazionalità, cui incomberebbe il medesimo obbligo penalmente sanzionato.

di richiami. Conforme, sul punto la sentenza Sotgiu, cit. In dottrina cfr. A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali*, in *Professioni...*, op. cit., p. 51 ss.; per una analisi estremamente dettagliata della questione, sia pure ai fini della rilevanza delle direttive comunitarie in materia di armonizzazione, v. F. CAPPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983.

¹⁸ Cfr. sentenza Reyners, cit., cpv. 45.

¹⁹ Meglio ancora dalla relazione dell'Avvocato Generale MAYRAS, in *Raccolta*, 1974, p. 662.

²⁰ *Loc. ult. cit.*

²¹ V. RUGGIERO, DE DOMINICIS, *Commento artt. 52-57, in Commentario CEE*, Milano, 1965, p. 431 ss.

²² Secondo una felice intuizione di M.S. GIANNINI, cfr. *Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1092.

²³ I. D'ELIA, C. CIAMPI, op. cit., p. 35.

²⁴ Cfr. sentenza Reyners, cit., pag. 662.

²⁵ Cfr., per tutti, B. NASCIMBENE, *Trasferimento e soggiorno delle persone*, in A. TIZZANO (a cura di), *Professioni...*, op. cit., p. 83 ss.

²⁶ Cfr. Sentenza 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer, in *Foro it.*, 1976, 375, con nota di A. TIZZANO.

²⁷ A. TIZZANO, *La libera circolazione*, op. cit., p. 56.

²⁸ Esplicitamente richiamata dallo Stato italiano nella sua difesa, la disposizione dell'art. 7, lett. c) del d.l. 30 settembre 1982, n. 688, che stabilisce quanto segue:

« I dipendenti e collaboratori di qualsiasi tipo delle società affidatarie, comunque addetti alle attività oggetto delle convenzioni, sono tenuti a mantenere il segreto d'ufficio. Per la violazione di tale obbligo si applica l'art. 326 cod. pen. ».

3. Venendo al secondo ordine di rilievo formulato dalla Corte di Giustizia, esso riguarda, come ricordato in precedenza, la direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1976, n. 77/62, più volte modificata²⁹, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, imponendo l'adozione di particolari procedure comunitarie di gara, superata una soglia di valore per singola commessa. La fattispecie in esame ha destato numerose perplessità da parte

degli operatori, dal momento che la collocazione del contratto di « fornitura » è sempre oscillata, nel nostro sistema tra la vendita e la somministrazione. Una dottrina particolarmente seguita³⁰ ha ritenuto di poter individuare in due caratteristiche gli elementi discretivi della fornitura rispetto alle altre fattispecie contrattuali tipiche: da un lato sottolineando che la prestazione del fornitore deve corrispondere al fabbisogno effettivo del committente (diversamente dalla vendita); dall'altro affermando che la circostanza dell'adempimento in un'unica soluzione differenzerebbe la fornitura dalla somministrazione, che viceversa ha natura di contratto ad esecuzione continuata e periodica.

In questa sede tuttavia sembra preferibile una diversa accezione del contratto di fornitura, desumibile direttamente dalla nozione suggerita dalla stessa normativa comunitaria³¹. In effetti, a prescindere da *nomen iuris* del singolo negozio giuridico e dalle differenti figure contrattuali conosciute nell'ordinamento interno dei singoli stati, ricorre la categoria negoziale comunitaria dell'appalto pubblico di fornitura ogniquale si si trovi in presenza di contratti a titolo oneroso, aventi forma scritta, conclusi tra un fornitore (sia esso persona fisica o giuridica) ed un'amministrazione pubblica, aventi per oggetto la fornitura di prodotti, con eventuali lavori accessori di posa ed installazione³². Ne consegue, pertanto, che la direttiva contiene la definizione di una « categoria negoziale » idonea ad abbracciare più fattispecie contrattuali nelle quali siano riscontrabili taluni determinati elementi essenziali; essa, quindi, può per comodità meglio definirsi « categoria negoziale aperta »³³; potendo ben comprendere nel suo ambito tanto contratti di alienazione, quanto di godimento. Tuttavia ciò che ai fini del commento alla decisione della Corte più interessa, è l'oggetto della prestazione: non sembra dubitabile che debba trattarsi di prodotti, eventualmente accompagnati da lavori condotti con il necessario vincolo dell'accessorietà. Ed appare altrettanto chiaro che il termine prodotti vada inteso nel senso di beni, secondo una contrapposizione logica alla locuzione « lavori » (*rectius* servizi)³⁴. Ebbene è proprio nell'inquadrabilità dell'oggetto dei contrat-

²⁹ V. *supra*, nota 3. La direttiva è stata applicata in Italia con la legge 30 marzo 1981, n. 113, modificata, da ultima, con la legge 23 marzo 1983, n. 83.

Per gli aspetti di carattere generale cfr. AA.VV., *I contratti nella P.A. di fronte all'apertura ai mercati europei degli appalti pubblici di opere e forniture*, in *Quaderni Formez*, Roma, 1979; V. ANGIOLINI, N. MARZONA, *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali ed amministrativi*, Padova, 1990, p. 70 ss.

³⁰ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. IV, Milano, 1954, p. 154. Conforme G. FAZIO, *L'attività contrattuale della P.A.*, vol. I, Milano, 1988, pp. 135, 136.

³¹ L'art. 1, lett. a), della direttiva 77/62, sostituito dalla direttiva 88/295, recita testualmente: « gli "appalti pubblici di forniture" sono contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza l'opzione per l'acquisto, conclusosi per iscritto tra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lett. b). La fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione ».

³² La specificazione dei singoli contratti contenuti nell'articolo riportato alla nota precedente, non aggiunge elementi significativi all'individuazione della fattispecie, definita, nelle sue linee essenziali, già dalla prima formulazione contenuta nell'originaria direttiva. Così A. BOZZI, A. MARZANTI, *La disciplina concorsuale in materia di forniture e di lavori pubblici*, in AA.VV., *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, p. 280.

³³ A. BOZZI, A. MARZANTI, *op. cit.*, p. 279.

³⁴ V. sul punto A. BOZZI, A. MARZANTI, *op. cit.*, p. 278; in modo particolare si richiama « un criterio quantitativo discretivo tra « servizi » e « forniture » basato sul raffronto tra il valore dei servizi accessori o quello dei prodotti forniti (...) introdotto in occasione della stipulazione dell'accordo sugli appalti pubblici (del 12 aprile 1979) nell'ambito degli accordi GATT di Tokio. Ivi si dispone, infatti, che i servizi accessori accedono al contratto di fornitura « qualora il valore di questi servizi accessori non superino quello degli stessi ». È, quindi, importante tenere presente che i costi da raffrontare riguardano, da un lato, il costo della materia prima e della sua trasformazione in prodotto finito (i cui lavori infatti non sono « accessori », bensì ineriscono indefettibilmente al processo produttivo), dall'altro lato, il costo dei lavori o servizi « accessori », quelli cioè che nulla aggiungono al processo produttivo già esaurito, ancorché siano necessari e direttamente connessi ai fini della fornitura ».

Sul profilo della possibile contrapposizione, in termini di definizione « statica » tra beni e servizi, cfr. G. SANTINI, *I servizi*, Bologna, 1987, p. 16.

ti in esame, nell'ambito della categoria dei prodotti, che la sentenza fornisce gli elementi di maggiore novità.

I provvedimenti normativi incriminanti si riferiscono alla realizzazione di « sistemi informativi » per conto della P.A., cioè di sistemi in grado di acquisire, memorizzare, aggiornare, elaborare, integrare i flussi informativi ed i dati dell'attività economica e sociale delle strutture pubbliche, e di quelli relativi all'esercizio delle funzioni della P.A. Correttamente lo Stato italiano ha sostenuto che tale prestazione comporta, oltre l'acquisizione delle apparecchiature, anche l'elaborazione dei programmi, la progettazione, la manutenzione, la conduzione tecnica del sistema e, talvolta, la sua gestione³⁵; conseguenza dell'argomentazione sarebbe l'esclusione dell'applicazione della direttiva, poiché limitata, come detto, ai soli prodotti, ed ai semplici « lavori » di natura accessoria. In realtà la questione ne sottende un'altra, più complessa, e da tempo al centro delle attenzioni di parte della dottrina: cioè quella del contratto misto e del collegamento negoziale, rispetto alla quale i contratti aventi ad oggetto beni e servizi informatici costituiscono valido banco di prova³⁶. Infatti in numerosi casi, e quello di specie vi rientra a pieno titolo, non è possibile procedere alla perfetta individuazione dell'oggetto della prestazione³⁷, essendo questa preordinata all'ottenimento di un risultato per il quale si rendono necessarie un complesso di attività tra loro funzionalmente ed oggettivamente collegate. Si tratterà pertanto, di volta in volta, considerando i non unanimi pareri espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza³⁸, di stabilire se si debba assegnare al negozio di una disciplina prevalente corrispondente alla prestazione (meglio al negozio) preponderante sotto il profilo economico o funzionale, oppure provvedere ad una sorta di vivisezione del rapporto, scomponendolo in tante specifiche discipline quante sono le prestazioni oggettivamente (o soggettivamente) scindibili, ed enucleando quella sulla quale si è innestata la patologia del rapporto stesso³⁹. Non è mancato chi abbia ritenuto la questione una mera esercitazione accademica⁴⁰, dunque priva di immediate conseguenze pratiche: tuttavia il colpo di spugna, con il quale la Corte europea

ha cancellato ogni perplessità, circa la scindibilità delle prestazioni relative al

³⁵ Si è rilevato che tra le varie formule contrattuali si è fatta largo, in tempi recenti, una soluzione operativa concernente l'acquisto di « sistemi » con formula cosiddetta « chiavi in mano ». L'espressione, « che è ripresa dal gergo di altri settori commerciali, significa "pronto all'uso" e vuole indicare la particolare attenzione che i fornitori pongono, nella definizione dei sistemi, alla soluzione efficace dei problemi degli utenti, i quali (stando alle assicurazioni) dovrebbero poterli usare appena installati, senza ritocchi o integrazioni. La differenza tra questa soluzione e quella dell'acquisto delle macchine come pacchetti delle case costruttrici starebbe, oltre che in tale dichiarata qualità dei programmi applicativi (più o meno centrati sui bisogni degli utenti), anche nella responsabilità che i fornitori dei sistemi chiavi in mano assumono per il loro funzionamento complessivo e per il risultato concreto da raggiungere, non per il solo funzionamento delle macchine e dei programmi, separatamente » (I. D'ELIA, C. CIAMPI, *op. cit.*, p. 125). Sulla questione v. anche A. SPADARO, *Appalti e forniture di prodotti e servizi informativi nella P.A.*, Rimini, 1990, p. 44. In materia di contratti, con particolare riferimento allo schema elaborato dalla CECUA (Confederation of European Computer's Users Association) v. V. FROSINI, *I contratti dell'informatica*, in *Informatica, diritto e società*, Milano, 1989, p. 261 ss.

³⁶ Cfr., per tutti, G. SANTINI, *op. cit.*, p. 148.

³⁷ Cfr. G. SBISÀ, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti di utilizzazione del computer*, Milano, 1984, p. 28.

³⁸ Limitandoci alle questioni concernenti l'applicazione delle teorie in parola ai contratti aventi per oggetto beni e servizi informatici, cfr. G. SBISÀ, *op. cit.*, favorevole alla identificazione della singola prestazione rispetto alla quale è sorto il contrasto piuttosto che all'individuazione dello schema applicabile in base ad una valutazione di sintesi. Della stessa opinione G. MIRABELLI, *I contratti di informatica: modelli, tipicità, collegamento*, in AA.VV., *I contratti...*, *op. cit.*, p. 3 ss. Contrario alla tesi dell'applicazione della disciplina per prestazioni G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, *op. ult. cit.*, p. 21 ss.; inoltre rammenta l'autore che la frammentazione dei contratti informatici nella prassi non deriva dalla ricerca di una maggiore funzionalità rispetto al loro oggetto, ma dal noto procedimento del Department of Justice nei confronti dell'IBM per violazione della normativa antitrust (sul quale v. R. RISTUCCIA, *op. cit.*).

Maggiori perplessità sono avanzate da M. BIN, *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, in AA.VV., *I contratti...*, *op. cit.*, p. 61 ss., circa l'individuazione del collegamento sulla base di criteri oggettivi e non solo riconducibili all'espressione della volontà contrattuale delle parti. In dottrina, v. anche, sul punto, M.R. MARELLA, *Vendita di hardware con software e risoluzione del contratto per inadempimento*, nota a Corte App. Torino, 15 febbraio 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2718 ss.; per una rassegna delle (poche) decisioni sulla questione v. M. FABIANI, *I contratti di utilizzazione delle opere d'ingegno*, Milano, 1987, p. 217 ss. Interessante lo spunto, applicabile al caso in esame, di V. ZENO ZENCovich, *op. cit.*, p. 31 ss., per il quale potrebbe configurarsi una causa mista (*do ut des ut facias*) in particolari fattispecie contrattuali (o quanto meno ricorrere all'istituto della presupposizione) nelle quali rilevi un'obbligazione di risultato. Sulla ricorrenza dell'ampiezza delle prestazioni dedotte in contratti con la P.A., v. R. CLARIZIA, *I contratti stipulati con le P.A.*, in G. ALPA (a cura di), *op. cit.*, p. 61 ss. In tema di « rapporto potenziale » tra hardware e software, v. R. BORRUSO, *Computer e diritto*, tomo II, Milano,

contratto avente per oggetto la realizzazione di un sistema informativo, dimostra l'indubbia rilevanza della *querelle*.

Nel rigettare la tesi sostenuta dalla ricorrente, la Corte ha laconicamente affermato essere la realizzazione del sistema scindibile dalla sua progettazione e dalla sua gestione; implicitamente affermando il principio della scomposizione della fattispecie, e rendendo applicabile, limitatamente al prodotto (cioè l'elabo-

ratore) le norme della direttiva 77/62. Ben diverso sarebbe stato il risultato qualora l'organo di giustizia comunitario avesse utilizzato l'opposto principio della prevalenza, poiché, a meno di un palese travisamento della realtà, non vi è dubbio che nel rapporto enucleato le attività ulteriori svolte dal privato contraente rispetto alla semplice fornitura di macchinari, rivestono carattere di assoluta preminenza; né sarebbe stato possibile, nel caso, invocare un vincolo di accessorietà rispetto al prodotto, e dunque la sottoposizione alle disposizioni contenute nella direttiva, poiché la progettazione e la gestione di un sistema informativo non possono essere equiparati a lavori di installazione e di posa (questi viceversa « accessori » rispetto al prodotto finito)⁴¹.

Al di là della giustezza della decisione della Corte, rende perplessi la stringatezza dell'affermazione, che le impedisce di assurgere a vero e proprio principio di diritto. Sicché si può legittimamente ritenere che in futuro, investita (in ipotesi) di medesima questione, la Corte possa pronunciarsi in modo diametralmente opposto, rinvenendo nella fattispecie elementi che rendano indispensabile l'inscindibilità delle singole prestazioni, in forza di un collegamento non solo soggettivo (cioè frutto della volontà dei contraenti), ma oggettivamente riscontrabile (come avrebbe potuto essere considerato quello del caso in esame). Circa la normativa italiana resta comunque sancito il divieto di procedere alla stipulazione di contratti unitari tra la P.A. ed una impresa operante nel settore dell'informatica, limitatamente al solo *hardware*, alla sua installazione ed alla sua posa in opera: dovendo arguirsi, *a contrario*, che restano possibili prestazioni aventi per oggetto contemporaneamente più attività di « servizi » in campo informatico (quali la progettazione del sistema, la sua gestione, la realizzazione e lo sviluppo del *software*, ecc.) che, proprio in quanto « servizi », restano escluse dai vincoli imposti dalla normativa comunitaria⁴².

4. Riguardo agli ulteriori motivi sollevati dalla Repubblica italiana a difesa della propria legislazione, e puntualmente disattesi dalla Corte, possono svolgersi concise considerazioni. La con-

1989, p. 204 ss. Sulle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza tedesca v. C. SCOGNAMIGLIO, *La giurisprudenza tedesca in materia di contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici*, in questa *Rivista*, 1988, p. 593 ss. In ultimo, sulle conseguenze dell'integrazione economica in merito all'integrazione giuridica (possibilità di concentrazione di più fasi del processo produttivo-distributivo dei servizi con permanenza dell'autonomia, ovvero raggiungimento dell'unitarietà di modelli contrattuali) v., con particolare riferimento ai contratti di informatica, G. SANTINI, *op. cit.*, p. 153 ss.

³⁹ Cfr. C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica. Spunti di riflessione in comparazione con l'esperienza statunitense e francese*, in G. ALPA (a cura di), *op. cit.*, p. 108.

⁴⁰ Cfr. M. BIN, *op. cit.*, p. 70.

⁴¹ Presumibilmente la Corte di Giustizia ha rinvenuto nella prassi commerciale i modelli contrattuali ispiratori del suo ragionamento; modelli che, per altro, non sempre appaiono strettamente funzionali agli scopi voluti dalle parti, ma sono frutto di precisi interventi di natura *antitrust* (v. *supra*, nota 38). Non è un caso, infatti, che la sentenza in commento sia stata salutata come provvedimento necessario al fine di garantire il rispetto di regole di concorrenza, ancor prima che in sede comunitaria, nel nostro paese.

Inoltre, rimanendo nell'ambito della legislazione nazionale, occorre ricordare la legge 1° novembre 1986, n. 770, in materia di procedure contrattuali aventi per oggetto l'acquisizione e la manutenzione dei prodotti ad alta tecnologia, nella quale si riscontra un'ideale prosecuzione della tendenza ispirata a privilegiare il metodo della trattativa giustificabile sulla scorta della natura tecnica delle prestazioni o dei beni che l'amministrazione desidera. Sul contrasto tra tale tendenza interna e la normativa comunitaria v. B. MASI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di trattativa privata*, in *Il diritto dell'economia*, 1989, 2, p. 509 ss.

⁴² Ciò, beninteso, in tutti i casi in cui una legge preveda la possibilità di stipulazione di convenzioni aventi ad oggetto la realizzazione di sistemi informativi. Nel caso in cui manchi un provvedimento normativo *ad hoc* valgono invece non solo le regole comunitarie, ma anche le generali disposizioni contenute nella legge di contabilità dello Stato (laddove, come è noto, il ricorso alla trattativa privata è criterio di scelta del contraente meramente residuale rispetto al pubblico incanto, appalto concorso, licitazione privata). Resterebbero invece possibili delle previsioni normative che, senza discriminare in base alla detenzione del capitale sociale, consentano alla P.A. di contrarre direttamente con società operanti nel campo dell'informatica la prestazione di più servizi connessi alla realizzazione, gestione, sviluppo di un sistema informativo (con ovvia esclusione della fornitura del solo *hardware*): con ciò eludendo da un lato la direttiva europea (perché limitata ai soli prodotti), dall'altro (soprattutto) i pesanti vincoli della legge di contabilità generale dello Stato, secondo la quale il ricorso alla

venuta ha sostenuto che l'esenzione temporanea prevista dalla lett. h) dell'art. 6 della direttiva (allo scopo di consentire la definizione delle categorie di materiali comprese o meno nel novero dei prodotti da favorire) fosse stata prolungata da due decisioni del Consiglio rispettivamente dell'11 settembre 1979, n. 79/783, e del 22 novembre 1984, n. 84/559⁴³, relative ad un programma pluriennale dell'informatica.

Nonostante la Corte sia caduta in errore negando in radice ogni connessione tra le decisioni ed il regime degli appalti di forniture in materia di informatica (ben presente viceversa negli aspetti programmatici delle decisioni in parola), sembra corretta l'esclusione del fondamento dell'obiezione sollevata dallo Stato italiano, poiché nessuna deroga il Consiglio ha apportato alla definizione del termine del 1° gennaio 1981, quale *dies a quo* per l'entrata in vigore della norma.

In merito all'esenzione prevista dall'art. 6, lett. g) possono valere le considerazioni sopra riportate circa l'irrilevanza tra la segretezza e la confidenzialità dei dati trattati e la mancata applicazione delle norme comunitarie⁴⁴.

Analoghi a quanto esposto in precedenza i motivi di ordine del rigetto della rilevanza come attività di servizio pubblico della realizzazione del sistema informativo.

In punto di fatto l'ultimo rilievo. Per quel che concerne la deroga di cui all'art. 6, n. 1, lett. e) della direttiva (forniture complementari per le quali il cambiamento di fornitore costringerebbe all'acquisto di materiale differente comportante incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate nell'impiego e nella manutenzione), la Commissione fa valere che non è stato dato alcun elemento di prova, né in relazione all'incompatibilità né a difficoltà tecniche sproporzionate che deriverebbero dal suo impiego.

FRANCESCO CARDARELLI

trattativa privata è consentito in poche e particolarissime circostanze, la cui sussistenza deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata ai competenti organi di controllo (art. 41 R.D. 23 maggio 1924, n. 827). Inoltre, in data 21 dicembre 1989 il consiglio CEE ha provveduto ad emanare una propria direttiva che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture di lavori, n. 89/665. In particolare, oltre al tentativo di armonizzare la disciplina interna degli Stati membri, è previsto un potere di impulso da parte della Commissione relativo ad una procedura di sospensione dell'aggiudicazione illegittima o presunta tale. In tale modo gli interventi degli organi comunitari in materia di pubblici appalti, fino ad oggi privi di uno strumento di efficace coazione nei confronti delle amministrazioni inadempienti, sono destinati ad assumere un ruolo ed una efficacia crescenti nel prossimo futuro.

⁴³ Sulle quali, diffusamente, D.A. LIMONE, *Politica e normativa comunitaria per l'informatica*, Milano, 1985.

⁴⁴ A ciò si aggiunga che nessun atto ha mai provveduto a dichiarare esplicitamente la segretezza delle forniture (caso diverso è l'obbligo del segreto cui è vincolato il privato contraente circa notizie di cui venga a conoscere in ragione del proprio ufficio). Per un precedente giurisprudenziale interno cfr. Consiglio di Stato del 24 febbraio 1987, n. 173, in *Cons. St.*, 1989, p. 324.