

FABIO BRAVO

## APPALTI PUBBLICI PER LA FORNITURA DI BENI E SERVIZI NEL SETTORE ICT E TECNICHE DI REDAZIONE CONTRATTUALE. LE LINEE GUIDA DEL CNIPA

**SOMMARIO:** 1. I contratti pubblici di appalto per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT. Le Linee Guida del CNIPA e la norma EN ISO 9001:2000. — 2. Il « governo dei contratti » di appalto nel settore ICT e la sua rilevanza strategica. — 3. « Contratti misti », tipo ed oggetto contrattuale. — 4. Strategie di acquisizione e tecniche di redazione contrattuale mediante l'utilizzo delle « Classi di forniture » e delle « Istanze ».

### 1. I CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO PER LA FORNITURA DI BENI E SERVIZI NEL SETTORE ICT. LE LINEE GUIDA DEL CNIPA E LA NORMA EN ISO 9001:2000.

L'esigenza di radicale rinnovamento della P.A. ha portato, nel settore informatico, all'elaborazione delle « *Linee guida del CNIPA sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione* », predisposte dal CNIPA e recentissimamente aggiornate in occasione dell'entrata in vigore del « *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* »<sup>1</sup>.

\* Il presente contributo costituisce parte del risultato dell'attività di ricerca personale condotta sul tema « *Gli appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e gli appalti pubblici elettronici alla luce del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)* » presso il CIRSIFID dell'Università di Bologna ([www.cirsfid.unibo.it](http://www.cirsfid.unibo.it)) nell'ambito del Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale (MIUR ex 40% 2003-2005) dal titolo « *Il cittadino europeo nell'e-governance: profili filosofico-giuridici, giuridici, informatici ed economici* ». Per l'esigenza di contribuire ad una quanto più ampia diffusione possibile dei risultati, i diritti relativi alla presente opera vengono rilasciati all'editore in via non esclusiva, con ogni più ampia riserva di ripubblicare,

riutilizzare e diffondere il presente lavoro, con qualsivoglia modalità, forma e mezzo, ivi incluso quello telematico.

<sup>1</sup> Le Linee Guida in parola, frutto della concertazione tra il CNIPA e le diverse associazioni di categoria dei fornitori di servizi operanti nel settore dell'ICT, sono reperibili sul sito istituzionale del CNIPA medesimo, all'indirizzo [www.cnipa.gov.it](http://www.cnipa.gov.it). Si compongono di sette parti, ciascuna costituita da un autonomo documento denominato « Manuale ». I sette manuali che compongono le Linee Guida sono intitolati rispettivamente: 1) « Presentazione e utilizzo delle Linee Guida » (Manuale d'uso); 2) « Strategie di acquisizione delle forniture ICT » (Manuale applicativo); 3) « Appalto pubblico di forniture ICT » (Manuale applicativo); 4) « Dizionario delle forniture ICT » (Ma-

Gli obiettivi che si sono voluti perseguire con l'emanazione delle Linee Guida sono ambiziosi ed articolati.

In primo luogo si è inteso definire un solido quadro di riferimento per l'appalto di servizi nel settore ICT da parte delle amministrazioni pubbliche.

In secondo luogo si sono voluti individuare metodi quantitativi che dovranno essere applicati per «definire misure di qualità ed identificare processi di misura, allo scopo di fornire indicazioni concrete, pragmatiche, immediatamente applicabili, sia alle amministrazioni appaltanti che ai fornitori offerenti»<sup>2</sup>.

In terzo luogo, le Linee Guida si propongono di intervenire sulla parte normativa dei contratti di appalto ICT e, più precisamente, di definire le clausole a cui si può utilmente ricorrere nella fase della «negoiazione, per la definizione di capitolati e contratti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT, relative alla descrizione delle attività da prevedersi contrattualmente, ai prodotti che dette attività realizzano (*deliverables* contrattuali), agli indicatori e misure di qualità da riferirsi sia alle attività che ai prodotti»<sup>3</sup>.

Sempre in ambito contrattuale le Linee Guida si prefiggono anche, in quarto luogo, di definire quelle clausole che risultano utili nella fase di attuazione dei contratti ICT, le quali si risolvono in efficaci strumenti per la «necessaria azione di governo del contratto e lo svolgimento del monitoraggio per la verifica del rispetto dei requisiti contrattuali in termini di tempi, costi e stato avanzamento lavori, quantità e qualità dei servizi ICT richiesti»<sup>4</sup>.

Il processo di ammodernamento della P.A., che costituisce fattore determinante per l'efficienza dell'azione amministrativa e per l'innalzamento del livello di competitività del Paese, transita necessariamente attraverso il migliore *governo* delle procedure di appalto per la fornitura di beni e servizi ICT. A tal riguardo le Linee Guida presentano una scelta chiara ed univoca, concentrando l'attenzione sugli standard di qualità previsti dalla norma EN ISO 9001:2000, nonché sulla contrattualizzazione di tali norme, che vanno a formare un regime giuridico con cui gestire e governare la fornitura ICT.

Il cambiamento di prospettiva è piuttosto significativo. Al di là delle indicazioni tempo addietro fornite dall'AIPA con Circolare

---

nuale operativo); 5) «Esempi di applicazione» (Manuale applicativo); 6) «Modelli per la qualità delle forniture ICT» (Manuale di riferimento); 7) «Governo dei contratti ICT» (Manuale operativo).

<sup>2</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, vers. 1.2 del 15 dicembre 2005, p. 3.

<sup>3</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 3.

<sup>4</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 3.

n. 49/2000, intitolata « *Regole tecniche e criteri operativi per l'utilizzo della certificazione EN ISO 9000 nell'appalto di contratti relativi a progettazione, realizzazione, manutenzione, gestione e conduzione operativa dei sistemi informativi automatizzati* », per le Linee Guida anche i procedimenti amministrativi devono essere apprezzati alla stregua del processo di qualità secondo la norma EN ISO 9001:2000 sopra citata.

Al riguardo ivi si legge testualmente che « Nel linguaggio della norma rappresentare e razionalizzare i propri procedimenti amministrativi significa progettare, in un'ottica orientata ai processi e, successivamente gestire un sistema qualità dell'amministrazione (...) »<sup>5</sup>.

## 2. IL « GOVERNO DEI CONTRATTI » DI APPALTO NEL SETTORE ICT E LA SUA RILEVANZA STRATEGICA.

L'aspetto più delicato negli appalti pubblici ICT è connesso alla spesso necessaria esternalizzazione di attività che, in contesti di tipo tradizionale, vengono svolte con risorse interne all'amministrazione. I rischi affrontati dall'ente appaltante sono davvero considerevoli sotto molteplici profili (strategico, organizzativo, economico ed operativo, salvo altri) e vengono risolti, nella soluzione prospettata dalle Linee Guida, attraverso un adeguato « governo dei contratti » di appalto<sup>6</sup>.

Il ruolo affidato ai contratti di appalto nel settore ICT diventa fondamentale. Per il CNIPA, infatti, tali contratti non solo « evidenziano una rilevanza strategica nel dover presidiare, in modo cooperativo tra amministrazione e fornitore, l'interesse delle prestazioni sui diversi piani interpretativi dei contenuti, dei costi, della qualità, delle responsabilità »<sup>7</sup>, ma assumono al contempo an-

<sup>5</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 8.

<sup>6</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 9 e 10. Segnatamente viene ivi precisato che « l'attenzione deve concentrarsi sulla delega operativa dei servizi ICT che una amministrazione concede ad un fornitore (outsourcer), ovvero sul demandare all'esterno ciò che tradizionalmente si usava fare all'interno, cosa di cui si parla negli ultimi anni in termini di outsourcing (esternalizzazione). (...) ». Questo passaggio di attività dal cliente [sott. "amministrazio-

ne"] al fornitore è estremamente delicato per i rischi strategici, organizzativi, economici ed operativi che comporta, e, al tempo stesso, ha delle fortissime rilevanze di impatto organizzativo sulla struttura del cliente. Per questi motivi, dal punto di vista del cliente, specificatamente nel caso in cui questo cliente sia una pubblica amministrazione, il problema che si pone al centro dell'attenzione nell'utilizzo di una strategia di acquisizione basata sull'esternalizzazione dei servizi ICT è quello del buon governo dei contratti per la progettazione, lo sviluppo e la gestione di sistemi informativi ». Il testo tra parentesi quadre è di chi scrive.

<sup>7</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

che una « rilevanza operativa nel pianificare, regolamentare e controllare le prestazioni concordate tra l'amministrazione, utente dei servizi, ed il fornitore, erogatore dei servizi; in questo modo il controllo è l'unico mezzo utile ad eliminare le possibili ambiguità tra le parti prima che queste effettivamente si presentino »<sup>8</sup>.

Per altro verso, i contratti di appalto nel settore ICT sono considerati, nella ricostruzione del CNIPA, « l'elemento essenziale, presupposto ineliminabile per garantire il raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'amministrazione, trasversale a tutte le iniziative che la stessa amministrazione deve porre in atto per fronteggiare un rapporto di esternalizzazione dei servizi ICT e per impostare ed attuare un'efficace azione di governo delle forniture; sul contratto si fonda l'utilizzo degli strumenti di supporto al suo governo; in altre parole la direzione dei lavori, il monitoraggio dello stato avanzamento lavori e dei livelli di servizio, l'efficace assicurazione e controllo della qualità dei servizi e dei prodotti realizzati dal fornitore, sono frutto di un contratto ben definito, negoziato, stipulato dalle parti in causa »<sup>9</sup>.

I contratti in parola, sotto altro profilo, vengono a costituire, poi, « l'unica base di riferimento, il documento di riscontro, per la misura della qualità dei servizi erogati e dei beni forniti dal fornitore; per questo il contratto deve compiutamente definire, oltre che i beni e servizi oggetto del contratto, anche le attività e le responsabilità legate all'erogazione dei servizi, la documentazione da produrre, i livelli di qualità dei servizi, le modalità di misurazione di detti livelli di servizio »<sup>10</sup>.

La gestione del contratto di appalto nelle sue diverse fasi (inclusa la definizione dei contenuti, la scelta del contraente, il controllo sull'esecuzione) diventa quindi momento essenziale per la gestione dei menzionati rischi strategici, organizzativi, economici ed operativi, nonché ottimo strumento per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'amministrazione appaltante. Il « governo dei contratti ICT », però, impone all'amministrazione medesima di dotarsi di un'adeguata organizzazione capace di:

a) effettuare una chiara identificazione dei processi, delle attività, dei documenti di supporto e di riscontro (rispettivamente « documentazione tecnica » e « documentazione di gestione »), nonché delle competenze rilevanti tanto nell'acquisizione della

<sup>8</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

<sup>9</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica*

*Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

<sup>10</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

fornitura ICT che nell'attuazione e nella esecuzione della medesima;

b) effettuare una concreta rappresentazione dell'amministrazione come reale controparte rispetto al fornitore, «presidiando le funzioni essenziali alla gestione della relazione cliente/fornitore, con una struttura organizzativa adeguata e con risorse professionali idonee»<sup>11</sup>;

c) padroneggiare, sia sotto il profilo culturale che operativo, «gli strumenti di supporto al governo del contratto abitualmente ed intensivamente utilizzati dal fornitore per competere sul mercato», con particolare riferimento a:

c/1) «*project management*» (direzione lavori per la gestione del contratto);

c/2) «*process benchmarking*» (confronto periodico delle misure dei servizi rispetto a quelle relative ad altre organizzazioni affini);

c/3) «*project monitoring & control*» (monitoraggio per la misurazione continua della quantità e della qualità dei servizi erogati dal fornitore e comparazione con i requisiti contrattualmente indicati);

c/4) «*qualità assurance & management*» (verifica dei processi, normalmente certificati secondo lo standard EN ISO 9001:2000, posti in essere dal fornitore nella prestazione dei servizi richiesti dall'amministrazione appaltante)<sup>12</sup>.

In sintesi, le Linee Guida rimarcano la centralità del contratto come strumento di buon governo dell'attività amministrativa ed enfatizzano il ruolo strategico della negoziazione tra le diverse parti contraenti, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 10.

<sup>12</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 32 e 33.

<sup>13</sup> Al riguardo meritano ancora una volta di essere trascritte le riflessioni del CNIPA, esterne nelle Linee Guida, là dove si sottolinea che «il contratto ICT evidenzia una rilevanza strategica nel dover presidiare, in modo cooperativo tra cliente e fornitore, l'interesse delle prestazioni sui diversi piani interpretativi dei contenuti, dei costi, della qualità, delle responsabilità. Al tempo stesso il contratto manifesta

una rilevanza operativa nel pianificare, regolamentare e controllare le prestazioni concordate tra il cliente, utente delle forniture e dei servizi, ed il fornitore. Ne consegue che il contratto è l'unico mezzo utile ad eliminare le possibili ambiguità nel rapporto tra le parti prima che queste effettivamente si presentino. Alla rilevanza strategica ed operativa il contratto ICT aggiunge il fatto di rappresentare il primo elemento di garanzia per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal cliente. Su questo elemento si fonda l'utilizzo degli strumenti di supporto al governo del contratto. In altre parole una direzione lavori, un monitoraggio, un'assicurazione e controllo di qualità efficaci, sono frutto di un contratto ICT ben stipulato e negoziato dalle parti in causa. Nel suo ruolo di elemento di garanzia il contratto costituisce la base di riferimento, il documento di riscontro, per la misura della qualità dei servizi erogati

La fase più delicata, tuttavia, è quella relativa alla redazione del contratto, per addivenire alla quale il ricorso a formulari standard è destinato ad un sicuro insuccesso<sup>14</sup>.

Le stesse Linee Guida enfatizzano il ruolo della contrattazione, quale attività di negoziazione instaurata in un clima di positivo confronto e dialogo tra cliente (pubblica amministrazione) e fornitore ICT. Anche in tal caso le osservazioni rese nelle Linee Guida sono ben strutturate là dove enfatizzano come «Provocatoria-mente si può affermare che un buon contratto è un contratto ben negoziato dalle parti in causa. Ovverosia un contratto per il quale il processo di negoziazione ha obbligato il cliente ed il fornitore ad esplorare aspetti latenti, possibili fonti di problemi, prima dell'emergere effettivo di questi ultimi nella fasi di attuazione. Questo significa assumere un punto di vista manageriale, che, pur dovendo ovviamente tenere conto delle definizioni e dei vincoli espressi dal codice civile e dalla normativa comunitaria e nazionale in materia di appalto pubblico di servizi e di forniture, amplia da un punto di vista operativo e pragmatico la definizione [normativa] di contratto (...)»<sup>15</sup>.

Ulteriore aspetto da considerare, anch'esso ben reso dal CNIPA, riguarda la necessità di annoverare, nelle norme contrattuali che

dal fornitore. Per questo deve compiutamente definire, oltre che i servizi oggetto del contratto, anche le attività e le responsabilità legate all'erogazione dei servizi, i livelli di qualità dei servizi, le modalità di misurazione di detti livelli di servizio. Per quanto detto il contratto ICT è l'elemento primario di una qualsiasi fornitura di beni o servizi, presupposto imprescindibile per l'azione di governo che il cliente dovrà esercitare nella fase di attuazione del contratto operata da parte del fornitore». Cfr. CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 33.

<sup>14</sup> Le Linee Guida ribadiscono che «stilare un contratto ICT non è un'operazione banale che possa svolgersi in tempi affrettati, magari utilizzando un modello standard di contratto. Purtroppo, nonostante si possano individuare elementi comuni ai contratti ICT, non esiste uno standard che possa essere ritenuto universalmente valido ed applicabile. Ogni contratto ICT è conseguentemente un atto a se stante, frutto di requisiti espressi dagli utenti dei servizi esternalizzati, certamente migliorabile sulla base delle esperienze precedentemente fatte sia dal cliente che dal for-

nitore. Per questi motivi nelle Linee Guida non si propongono generici schemi di soluzioni contrattuali di discutibile significato e praticabilità. Più pragmaticamente da un lato (...) si sviluppa un quadro concettuale, relativo alle caratteristiche del contratto ICT ed una rete di argomentazioni che identificano le principali tematiche che l'amministrazione appaltante, già proiettandosi nel suo futuro ruolo di direttore dei lavori, deve affrontare nella stesura del contratto e che deve chiaramente rappresentare all'interno delle clausole contrattuali; dall'altro lato si forniscono una serie di componenti elementari (...) che costituiscono gli elementi di base per costruire contratti misti che prevedano variegati oggetti contrattuali senza per questo rappresentare soluzioni preconfezionate di istantaneo utilizzo». Cfr. CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 34 e 35.

<sup>15</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 33. Il testo tra parentesi quadre è di chi scrive.

traducono in clausole gli obiettivi prefissati e gli impegni da assumere, le regole ed i processi di relazione « che hanno lo scopo di regolare l'interazione tra le diverse parti coinvolte nell'attuazione del contratto nelle diverse situazioni immaginabili. Anche queste debbono essere elaborate dalle parti all'interno del processo di negoziazione propedeutico alla firma del contratto »<sup>16</sup>.

Si comprende bene, dunque, come la « managerializzazione » negli appalti pubblici ICT, rimessa per la gran parte al Responsabile unico di cui all'art. 10 del Codice dei contratti pubblici, sia determinante per ottenere con efficienza gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante, a maggior ragione se si considera che l'efficiente acquisizione di beni e servizi ICT non è di per sé il fine ultimo della procedura di appalto e del relativo contratto, dovendosi invece ritenere che tali beni e tali servizi, forniti alla pubblica amministrazione dagli operatori economici, sono strumentali all'erogazione dei servizi che la stessa pubblica amministrazione è tenuta istituzionalmente ad erogare ai cittadini in termini di efficienza, come pretende l'art. 97 Cost.

La gestione degli appalti pubblici nel settore ICT, dunque, si inserisce in un contesto di generale ammodernamento dell'apparato burocratico italiano, secondo una visione ed una prospettiva che mutua l'efficienza dalle *best practices* del settore imprenditoriale, senza perdere ovviamente, con ciò, l'essenziale perseguimento di finalità non lucrative, ma rivolte alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

Pur tenendo conto degli aspetti legati al procedimento amministrativo per la gestione dell'appalto, nonché degli aspetti relativi al rapporto contrattuale governato essenzialmente da regole privatistiche, le Linee Guida del CNIPA mutano radicalmente l'atteggiamento finora assunto dalla pubblica amministrazione, facendo sì che le norme sul procedimento amministrativo e quelle del diritto contrattuale siano gestite ed applicate secondo una prospettiva manageriale, alla cui base c'è un preciso slogan: « Ottenere qualità dai fornitori di servizi ICT per fornire qualità a cittadini ed imprese »<sup>17</sup>. In proposito il CNIPA ricorda che la « Direttiva del Comitato dei Ministri per la società dell'informazione del febbraio del 2002 e, immediatamente dopo, le Linee Guida del Governo per lo sviluppo della Società dell'Informazione nella legislatura del giugno 2002, identificano l'*e-Government* quale passaggio innovativo fondamentale nell'evoluzione del rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione, che si inserisce nel processo di pro-

---

<sup>16</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 34.

<sup>17</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 11.

fonda trasformazione che tutti gli enti pubblici stanno affrontando per servire i cittadini e le imprese come “clienti” da gestire con la massima attenzione. Il concetto di cliente qui rappresentato è assolutamente in sintonia con le precedenti considerazioni fatte sulla catena cliente/fornitore. Avere clienti non significa che le Amministrazioni operano in un’ottica di profitto, ma più semplicemente che il loro obiettivo diventa quello di erogare servizi in linea con le esigenze di chi ne usufruisce e la soddisfazione del ricettore del servizio è strumento fondamentale di verifica della sua qualità»<sup>18</sup>. È stato altresì sottolineato che «Migliorare il livello di servizio verso cittadini ed imprese si traduce, nel caso di servizi online e più in generale dell’e-Government, nello slogan già precedentemente evidenziato: ottenere qualità dai fornitori di servizi ICT per fornire qualità a cittadini ed imprese. Favorire l’efficienza e l’economicità di gestione, unitamente all’introdurre strumenti innovativi di gestione dei progetti, sono indirizzi che hanno una stretta connessione con l’evoluzione delle forme contrattuali volta a commisurare i costi sostenuti con la qualità dei servizi ICT ricevuti»<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 11.

<sup>19</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., p. 12. Le Linee Guida del CNIPA hanno individuato almeno sei momenti rilevanti del processo di acquisizione di beni e servizi ICT, compresa la sua fase esecutiva: a) strategie di acquisizione; b) definizione di contratto; c) pianificazione e controllo; d) sviluppo prodotti e servizi; e) erogazione; f) *customer satisfaction*. Nell’accennare al momento iniziale, di determinazione della «strategia di acquisizione» della fornitura o del servizio ICT, giova sottolineare l’estrema delicatezza in cui viene a muoversi la stazione appaltante, dato che è proprio in questa fase che viene a caratterizzarsi, generalmente, l’intero successivo percorso di acquisizione, dovendosi procedere alla valutazione, ad esempio: a) della tipologia di appalto (se di fornitura, di servizi o misto); b) della modalità di acquisizione e delle relative implicazioni strategiche, economiche, operative (*full o selective outsourcing* di servizi ICT, *business process outsourcing*, *insourcing* e *co-sourcing*, *joint venture*, consorzi, *project financing*); c) dell’oggetto dell’acquisizione (sviluppo

di software applicativo *ad hoc*, acquisizione di pacchetti standard, reingegnerizzazione o riuso di software preesistente, utilizzo di software *open source* con eventuali personalizzazioni, fornitura via Internet del software in modalità ASP, etc.; fornitura di client e server locali, *housing o hosting*, etc.); d) delle architetture contrattuali (contratti quadro, lotto unico di fornitura o suddivisione in più lotti, subappalto, etc.); e) delle tipologie di contratto specifiche del settore ICT (fornitura di apparecchiature o sistemi ICT completi, locazione di apparecchiature o sistemi ICT completi, acquisto di programmi (*software*), licenza d’uso di programmi (*software*), sviluppo di software applicativo, prestazione di servizi ICT); f) dei contenuti del contratto ICT (durata del contratto, modalità di definizione dell’oggetto del contratto, modalità e condizioni della prestazione, modalità di controllo e verifica della prestazione, modalità di determinazione dei corrispettivi, forme di tutela); g) etc. Sul punto cfr., *amplius*, Cfr. CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Presentazione ed utilizzo delle Linee Guida*, Manuale n. 1, cit., pp. 24 e 25; nonché CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Strategie di acquisizione delle forniture ICT*, Manuale n. 2.



La *governance* dei contratti ICT è messa specificamente in risalto nel Manuale Applicativo n. 7 delle Linee Guida del CNIPA, intitolato « Governo dei contratti ICT ». In esso si rimarca ancora una volta la novità dell'approccio, che segna una decisiva evoluzione dei rapporti tra pubblica amministrazione, imprese e cittadini. Più precisamente può dirsi che la « Pubblica Amministrazione si è evoluta da tradizionale produttore di servizi pubblici a responsabile della produzione ed erogazione, da parte di fornitori privati, di una serie crescente di servizi, per i quali deve essere garantito l'accesso a strati sempre più ampi della società. Deve pertanto abbandonare il ruolo di produttore diretto, per assumere quello di regolatore di servizi, che ha la responsabilità di:

- definire gli standard essenziali che il produttore effettivo deve rispettare;

- verificare che il servizio sia erogato alle condizioni previste, e con le modalità di trasparenza dei comportamenti tipiche dell'attività pubblica.

(...) L'acquisizione di forniture ICT risponde pertanto alla necessità di commissionare i necessari potenziamenti e ammodernamenti tecnologici ed organizzativi dell'Amministrazione per l'espletamento delle sue funzioni nella nuova prospettiva illustrata<sup>20</sup>. Si noti come il CNIPA abbia ulteriormente sottolineato che « Per far ciò vengono impostate iniziative progettuali a livello di pianificazione strategica ed operativa nelle quali la parola “progetto” ha un'intrinseca ambiguità perché usata nel linguaggio corrente sia a livello macroscopico-strategico (es.: Progetto Certificazione della Firma Digitale) sia a livello operativo-tecnico (es.: Progetto per la conversione di un programma informatico), con conseguenti diverse relazioni (uno a molti, o viceversa) tra il livello progettuale e quello contrattuale; possono cioè esistere sia progetti (di livello strategico) che danno luogo a più contratti, ovvero contratti che si attuano realizzando più progetti (di livello esecutivo) »<sup>21</sup>.

Si comprende bene la stretta correlazione tra realizzazione dei progetti legati al raggiungimento degli obiettivi fissati nell'ambito dell'azione amministrativa e gestione dei contratti di appalto nel settore ICT, dalle fasi preparatorie al controllo della corretta esecuzione della prestazione dedotta nel contratto di appalto stipulato con l'aggiudicatario, passando per le procedure di affidamento.

L'enfasi sugli aspetti contrattuali si rinviene, nell'ambito delle Linee Guida, nel Manuale Applicativo n. 3, intitolato « *Appalto*

<sup>20</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Governo dei contratti ICT*, Manuale Applicativo n. 7, p. 15.

<sup>21</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Governo dei contratti ICT*, Manuale Applicativo n. 7, pp. 15 e 16.

*Pubblico di forniture ICT* », ove l'attenzione è posta, primariamente, sui seguenti aspetti:

a) scelta dell'oggetto e della modalità di fornitura (valutazione delle dimensioni della fornitura, individuazione dei requisiti tecnici, definizione della base d'asta, etc.);

b) scelta della procedura di gara;

c) determinazione dei criteri di accesso alla gara (capacità economico-finanziaria, capacità tecnica, bilanciamento punteggio tecnico ed economico);

d) attribuzione del punteggio tecnico (criteri di carattere generale, griglia di valutazione tecnica, punteggio tecnico minimo, valutazione delle offerte tecniche, etc.);

e) attribuzione del punteggio economico (scelta della formula economica, etc.);

f) prevenzione e reazione alle offerte anomale verso il basso.

Le procedure volte alla scelta del contraente aggiudicatario, alla determinazione dell'offerta migliore ed alla stipulazione del contratto costituiscono senza dubbio, insieme alla fase esecutiva del contratto, l'aspetto prevalente e decisivo della *governance* del fenomeno complesso degli appalti di forniture e servizi ICT.

Sugli aspetti contrattuali, pertanto, ci si soffermerà nel prosieguo, cogliendo quanto ci sembra di maggiore significatività, tenendo conto dell'economia del presente discorso.

### 3. « CONTRATTI MISTI », TIPO ED OGGETTO CONTRATTUALE.

Per la qualificazione dei contratti pubblici di appalto nell'ambito delle categorie dell'appalto di servizi, di forniture o di lavori, si è passati da un criterio quantitativo ad un criterio qualitativo, recependo le indicazioni comunitarie<sup>22</sup>.

Nel Codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi la materia si trova disciplinata agli artt. 14 e 15.

Ai sensi dell'art. 14, co. 1, del Codice, i contratti misti vengono definiti come quei « contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture », esaurendo le possibilità combinatorie tra le tre categorie di appalto.

In linea di principio, qualora ci si trovi di fronte a contratti misti di appalto, deve essere seguito il criterio della *prevalenza*, in

<sup>22</sup> Viene annotato da R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 63, che « Le norme italiane anteriori alla L. n. 62/2005 non avevano fatto corretta applicazione della disciplina co-

munitaria degli appalti misti, optando per un criterio quantitativo, e non qualitativo, al fine di individuare la disciplina applicabile (secondo il diritto italiano anteriore alla L. n. 62/2005, un appalto pubblico è appalto di lavori se l'importo dei lavori supera il cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto) ».

base al quale trova applicazione per intero la disciplina che regola la prestazione ritenuta prevalente<sup>23</sup>. Proprio il dettato di cui all'art. 14, co. 2, del Codice sembra chiaramente ispirato a tale principio, statuendo che «I contratti misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, o concessioni di lavori, secondo le disposizioni che seguono:

a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un “appalto pubblico di forniture”;

b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II è considerato un “appalto pubblico di servizi” quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto;

c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un “appalto pubblico di servizi” ».

Il criterio qualitativo, come emerge dalla lettura delle norme in questione, finisce in realtà per combinarsi con il criterio quantitativo, a tal punto che il successivo co. 3 dell'art. 14 dianzi citato statuisce che «Ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto »<sup>24</sup>.

Il criterio di prevalenza, tuttavia, non opera sempre in maniera rigorosa ed esclusiva, giacché l'art. 15 del Codice, rubricato « *Qualificazione nei contratti misti* », impone agli operatori economici che concorrono alle procedure di affidamento di un contratto misto di « possedere i requisiti di qualificazione e capacità pre-

<sup>23</sup> R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 63.

<sup>24</sup> Chi ha commentato la norma in questione ha evidenziato la consapevolezza del legislatore italiano in ordine alla possibilità che il criterio qualitativo (secondo cui l'appalto misto si qualifica di volta in volta come appalto di lavori, di servizi o di forniture a seconda di quale sia l'oggetto principale del contratto, a prescindere dal suo valore economico) potesse essere fonte di incertezze applicative. Pertanto si è rimarcato che, proprio per tentare di superare le paventate incertezze, il Codice, in sede di recepimento delle istanze comunita-

rie, ha preferito seguire « la soluzione di cui all'art. 24, L. n. 62/2005 (legge comunitaria per il 2004), che detta un criterio interpretativo per acclarare quale sia l'oggetto principale del contratto. Secondo tale soluzione, il criterio quantitativo assurge a criterio esegetico per determinare quale sia la prestazione principale e quella accessoria, nel senso che, di regola, è principale la prestazione il cui valore supera il 50% del prezzo complessivo, fermo restando il criterio qualitativo quando una delle prestazioni sia meramente accessoria rispetto alle altre ». Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 63.

scritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto», con eccezionale affermazione del principio della «combinazione» (in base al quale ciascuna prestazione rimane regolata dalla disciplina normativa per essa di volta in volta prevista) rispetto a quello di «prevalenza» (in base al quale si applica per tutte le prestazioni la disciplina normativa applicabile alla prestazione prevalente)<sup>25</sup>.

In ogni caso deve essere fatto salvo il principio generale, dettato all'art. 14, co. 4, del Codice, secondo cui «L'affidamento di un contratto misto (...) non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza».

Poiché il principio di prevalenza, salvo i casi di eccezione, opera in riferimento alle disposizioni di cui al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006), che sembrano disinteressarsi, per lo più, della disciplina del rapporto contrattuale dopo l'aggiudicazione definitiva e la conseguente stipulazione del contratto, potrebbero sorgere dubbi sulla perdurante applicazione del principio di prevalenza per i contratti misti, potendosi ipotizzare che, per quanto non attiene agli istituti previsti nel d.lgs. 163/2006, debba trovare applicazione la più consolidata teoria della «combinazione», diffusamente caldeggiata nella nostra esperienza giuridica.

Occorre peraltro precisare che nel Codice dei contratti pubblici si parla di «contratti misti» connotati per un «oggetto» che veda il combinarsi di lavori, forniture e/o servizi, senza far riferimento al «tipo» contrattuale ovvero alla «causa» del contratto, con ciò impedendo ogni effettiva e diretta corrispondenza tra i «contratti misti» di cui agli artt. 14 e 15 del d.lgs. 163/2006 e la categoria dei «contratti misti» tipicamente contemplata nella dottrina giusprivatistica.

Ciò che connota un «contratto misto», per i canoni della dottrina privatistica, è la commistione di più schemi contrattuali, ovvero di più tipi contrattuali, i quali vengono a comporre un unico contratto dotato di un'unica causa.

Nella ricostruzione di un attento studioso del diritto privato si trova precisato che «Sul piano ricostruttivo il contratto misto è configurato come la risultante della combinazione di una pluralità di schemi che si fondono in un'unica causa e si condizionano vicendevolmente. Tali schemi non sono dunque suscettibili di autonomia e separata considerazione. La giurisprudenza considera, ad

---

<sup>25</sup> Cfr., ancora una volta, R. DE NICOTIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice*

*dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, cit., p. 64.*

esempio, contratto misto sinallagmatico che partecipa della vendita e del mandato quello con cui un soggetto, obbligandosi allo svolgimento di una attività promozionale per la diffusione di un prodotto, ottiene l'esclusiva per la vendita del prodotto stesso»<sup>26</sup>. Talvolta, però, può riscontrarsi che «un unico rapporto può presupporre una duplicità di autonomi tipi. Il contratto si presenta allora come un autonomo schema del tutto peculiare perché caratterizzato dalla riferibilità ad una pluralità di tipi legali e di funzioni. Esempio ne sarebbe la vendita con prezzo notevolmente basso, per donarne la differenza, rispetto a quello di mercato, all'acquirente. L'incompatibilità dei due schemi (vendita e donazione) e delle due funzioni (scambio e liberalità) comporta che non è possibile ipotizzare in tal caso un contratto misto inteso come fusione di tipi che confluiscono nella unicità della causa, perché se unica è la causa, concorrenti sono i tipi, che mantengono la propria autonomia, cosicché le prestazioni sono giustificate, per un verso, dallo scambio (cioè dalla vendita) e per altro verso dalla liberalità (cioè dalla donazione). Si applicherà allora la disciplina della vendita per le garanzie e l'inadempimento nonché quella della donazione, per il resto (...)»<sup>27</sup>.

Con riguardo ai contratti misti la dottrina di matrice privatistica contrappone solitamente la teoria della prevalenza o dell'assorbimento alla teoria della combinazione<sup>28</sup>. Ad esse si affianca una

<sup>26</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 774.

<sup>27</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 774.

<sup>28</sup> Sul tema si è ulteriormente ribadito che, «Com'è noto, non poche critiche si sono levate nei confronti del criterio dell'assorbimento o della prevalenza sul presupposto che esso risulta inapplicabile nei casi in cui non vi sia nemmeno un elemento dei contratti tipici che compone il contratto misto che abbia quel carattere di predominanza tale da subordinare gli altri. Inoltre, si ritiene che seguendo questo criterio si possa incorrere in un eccessivo semplicismo ed approssimazione che porterebbe a trascurare i concreti interessi delle parti». Così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistemi e prassi*, Padova, 2006, p. 367, nota n. 6. Per una puntuale analisi critica delle teorie dell'assorbimento e della prevalenza si può fare riferimento all'attenta dottrina di R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 47, per il quale alla teoria dell'assorbimento si può agevolmente «replicare che, ove ricorre un elemento fino a tal segno preponderante, ci si dovrebbe trovare di fronte ad un'ipotesi di contratto tipico, parzialmente modificato, o forse anche ad un'ipotesi di contratto

innominato, piuttosto che versare in tema di contratti misti. Nei confronti dei quali non ci pare possibile d'altronde, ed a meno di non voler falsare la realtà del fenomeno, sezionare i diversi elementi tipici, che qui si fondono in una funzione unitaria, per formulare sul punto un giudizio di prevalenza». A ciò, poi, si aggiunga che non sempre la disciplina giuridica del tipo prevalente è idonea ad affrontare e risolvere le questioni che si pongono in relazione alla restante parte del fenomeno contrattuale che dal tipo prevalente si discosta. Quanto alla teoria della combinazione, elaborata in ragione dell'autonomia concettuale della categoria dei contratti misti, peraltro controversa, la dottrina da ultimo citata replica «che, allo stesso modo in cui non è possibile ravvisare nel contratto nominato la sommatoria dei singoli elementi e distinguere correlativamente la disciplina nell'identificazione delle norme a ciascun elemento relative, così, e tanto meno, può ammettersi che il contratto misto costituisca la risultante di elementi, determinati questa volta con un'arbitraria quanto inconcepibile operazione di vivisezione (dei tipi contrattuali invocati), e la sua disciplina si ricavi poi dall'insieme delle norme che si pretendono ad essa pertinenti».

terza teoria, quella dell'« applicazione analogica », che considera il contratto in maniera unitaria come un contratto atipico, non soggetto alla disciplina del tipo riconducibile alla prestazione prevalente, né a quella del tipo che entra di volta in volta in rilievo, riconducibile ora ad un tipo, ora ad un altro tipo contrattuale. Infatti, secondo tale ultima teoria, la disciplina giuridica andrebbe « ricercata facendo ricorso al criterio dell'interpretazione analogica, che consente di utilizzare le norme disposte per i contratti tipici, per i casi simili o le materie analoghe (art. 12 della disciplina di legge in generale) »<sup>29</sup>.

A differenza delle altre impostazioni, la « disciplina così determinata (...) non sarà ravvisabile in quella propria di uno schema tipico che, nell'economia del rapporto in essere risulta quantitativamente e qualitativamente prevalente (...) »<sup>30</sup>. In proposito acutamente è stato osservato che i contratti misti, non essendo suscettibili di essere adeguatamente inquadrati entro i confini degli schemi negoziali tipici previsti dall'ordinamento, finiscono per non essere *specificamente* disciplinati dalla legge, al pari dei contratti innominati, talché per entrambi (contratti misti e contratti atipici) la disciplina diviene la medesima: l'applicazione analogica, infatti, è il criterio generalmente seguito per l'individuazione della disciplina giuridica applicabile nell'ipotesi di contratti atipici e, pertanto, è preferibile ricorrere ad essa anche per l'altra categoria di contratti non riconducibili a specifici schemi tipici, qual è la categoria dei contratti misti, ora in esame<sup>31</sup>.

Il principio dell'applicazione analogica delle norme esige che si debbano « applicare (...) ai contratti misti le norme, tra quelle dettate dal codice riguardo ai contratti tipici, che appaiono più congrue alle ipotesi di specie; con l'avvertenza che qui indubbiamente l'individuazione degli elementi dei contratti tipici, che confluiscono nella figura unitaria (mista), offre una suggestione innegabile seppure non del tutto decisiva, per l'individuazione di criteri e regole normative da prendersi in considerazione »<sup>32</sup>.

Si noti bene come tutte le teorie elaborate con riguardo ai contratti misti postulano non solo l'ipotesi dell'*unitarietà* della fatti-

<sup>29</sup> Così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistemi e prassi*, Padova, 2006, p. 367. La teoria dell'applicazione analogica è stata messa ben in evidenza dall'illustre posizione di R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Bologna-Roma, 1970, p. 47, e dal medesimo caldeggiata come preferibile rispetto a quella della prevalenza ed a quella della combinazione.

<sup>30</sup> Così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistemi e prassi*, cit., p. 367; conformemente cfr., altresì, E. TOSI, *Natura e qualificazione dei contratti di*

*fornitura di sistemi informatici*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 395.

<sup>31</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., pp. 47 e 48.

<sup>32</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 48. L'A. sottolinea, peraltro, come debba essere rifiutata anche la soluzione secondo cui sarebbe da valutare di volta in volta, a seconda del caso concreto, l'applicabilità alternativa del criterio della combinazione e di quello della prevalenza.

specie contrattuale, ma anche la riconducibilità di tale unico contratto a schemi contrattuali riconducibili contemporaneamente a tipi di contratti tra loro diversi.

L'assetto unitario degli interessi che le parti vogliono perseguire, cioè, è suscettibile di essere contemporaneamente sussunto, sotto il profilo logico, in tipi contrattuali differenti.

Non si parla, invece, di « contratti misti » quando la fattispecie contrattuale è connotata da una pluralità di contratti causalmente autonomi, ancorché collegati, in quanto si verterebbe in tema di « collegamento contrattuale », concettualmente distinto dal fenomeno dei contatti misti<sup>33</sup>.

Non si parla di « contratti misti » neanche quando l'operazione economica si connota per una *pluralità di prestazioni*, ancorché collegate, riconducibili al *medesimo schema contrattuale*. L'unicità del « tipo » di riferimento fa sì che il contratto non possa, per definizione, dirsi « misto », giacché ciò che viene concettualmente composto ad unità, nei contratti misti, è proprio l'astratta appartenenza a tipi contrattuali diversi.

Ebbene, c'è da chiedersi a quale categoria concettuale appartengano i « contratti misti » di cui agli artt. 14 e 15 del Codice dei contratti pubblici di lavori, fornitura e servizi. Come ricordato sopra, si discute per lo più del rapporto tra tre ipotesi di appalto, con una distinzione che fa riferimento più all'« oggetto » (lavori, fornitura, servizi) che non al tipo contrattuale (« appalto »)<sup>34</sup>.

La questione viene risolta sbrigativamente dal legislatore richiamando la teoria dei « contratti misti » e propendendo in linea generale per il criterio della prevalenza (o dell'assorbimento), seppur con talune eccezioni, ad esempio in ordine alla disciplina della qualificazione dei soggetti, con riferimento alla quale si applica il criterio della combinazione.

Tuttavia, a ben guardare, le scelte lessicali ed i criteri per la concreta applicazione della disciplina giuridica delineati nell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici non sembra possano scalfire gli ordinari criteri interpretativi giusprivatistici in ordine alla gestione delle dinamiche contrattuali successive all'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto. Infatti, la formulazione dell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici, come sembra corretto poter interpretare, è tale da imporre il principio di prevalenza e, in via di eccezione, il principio della combinazione, esclusivamente

<sup>33</sup> Per un'analisi del tema sia consentito rinviare a F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la « sovrapposizione » contrattuale*, in *Contratti*, 2004, n. 2, pp. 118 e ss.

<sup>34</sup> Vero è, però, che l'« appalto pubblico » per la « fornitura » non continuativa, né periodica, di beni sembra collocabi-

le più nello schema causale della compravendita che non in quello dell'appalto di cui all'art. 1655 cc., il quale ultimo espressamente si riferisce alla realizzazione di un'opera o alla prestazione di un servizio, rispettivamente accostabili all'« appalto pubblico di lavori » ed all'« appalto pubblico di servizi ».

ai fini della disciplina di cui al medesimo d.lgs. 163/2006, con riferimento, in particolare, alle fasi che conducono alla scelta del contraente ed all'individuazione della migliore offerta, salvo altro, lasciando per lo più al di fuori dal proprio ambito di normazione la disciplina del rapporto contrattuale che, come esplicitato anche dall'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici, è destinato a rimanere assoggettato alle norme civilcodicistiche, tra le quali assumono indubbio rilievo quelle di cui agli articoli da 1321 a 1469 c.c., dedicate al contratto in generale<sup>35</sup>.

Si tenga conto, infatti, che l'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi testualmente statuisce che « Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile ». La disposizione può efficacemente essere letta in combinato disposto con l'art. 1323 c.c., per il quale « Tutti i contratti [e dunque anche i contratti pubblici, *n.d.a.*], ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo »<sup>36</sup>.

Ne risulta che la denominazione (con riferimento ai « contratti misti ») ed i principi di applicazione (con riferimento alla ripartizione tra il criterio della prevalenza e quello dell'assorbimento), contenuti nell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici, possono essere ritenuti applicabili limitatamente alla gestione dei procedimenti amministrativi rilevanti fino alla conclusione del contratto (si pensi alle procedure di affidamento ed alla qualificazione dei concorrenti), non invece per la regolamentazione del rapporto contrattuale, per il quale si potrà ricorrere alle scelte dottrinali e giurisprudenziali che la materia privatistica ha elaborato finora.

È stato rammentato, infatti, che « la dottrina prevalente ritiene che l'appalto pubblico non perda la sua natura di contratto di diritto privato, presentando solo tutte le particolarità dei contratti conclusi dalla pubblica amministrazione ad iniziare dalla presenza di atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto. In questa prospettiva sarebbero allora applicabili almeno in parte e nei limiti di compatibilità con la normativa speciale, anche le norme del codice civile, che regolamentano invece esclusivamente l'appalto privato »<sup>37</sup>. Del resto, l'esplicito richiamo alle norme del co-

<sup>35</sup> Il richiamo a norme di diritto privato ed ai principi del codice civile, si noti, è espressamente contenuto, ora, anche nella legge n. 241/90, così come modificata dalla legge n. 15/2005 e dal d.l. 35/2005, convertito con modificazione nella legge 80/2005. Al riguardo si rinvia, *amplius*, a quanto è stato efficacemente osservato da G. ALPA, *L'attività negoziale della pubbli-*

*ca amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in P. STANZIONE-A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pp. 75 e ss.

<sup>36</sup> Le parole tra parentesi quadre sono di chi scrive.

<sup>37</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1081.



dice civile enucleato nella formulazione dell'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è da mettere in relazione con tutte le disposizioni del *corpus* normativo civilcodicistico e, dunque, anche con gli art. 1655 c.c. sul contratto di « appalto » privato, la cui disciplina è, e deve costituire, il principale riferimento per la regolamentazione delle fattispecie contrattuali di nostro interesse.

A ben guardare, però, le categorie contrattuali relative all'« appalto privato » ed all'« appalto pubblico » sono divergenti anche con riferimento agli schemi causali che tali sintagmi sottintendono, di modo che i « tipi » contrattuali non sembrano affatto del tutto coincidenti.

Ad un'attenta analisi, cioè, pare di ravvisare uno scollamento, nell'appalto pubblico, dalla tradizionale qualificazione giusprivatistica di « appalto ».

Infatti, all'art. 1655 c.c., da ritenersi applicabile ai contratti pubblici in forza della già ricordata dizione dell'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici, l'appalto viene testualmente definito come « il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro ».

Ne deriva che « oggetto del contratto è un'opera o un servizio »<sup>38</sup>. Potrebbe semmai delinearci, nell'ambito della macrocategoria dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c., due distinti « tipi » contrattuali (o « sotto-tipi », se si preferisce): il contratto di « appalto d'opera », da una parte, e quello dell'« appalto di servizi », dall'altra parte, i quali sono sottoposti a norme particolari differenti, che valgono a delineare una differente disciplina specifica, che si innesta su quella comune al macro-tipo dell'appalto<sup>39</sup>. Si è osservato che la « qualificazione di una data fattispecie contrattuale come appalto di opere o come appalto di servizi, è essenziale al fine di stabilire la disciplina applicabile. Infatti, non tutte le regole dettate dal codice civile in tema di appalto di opere sono applicabili anche all'appalto di servizi »<sup>40</sup>.

Quanto alla « fornitura » di beni, invece, abbiamo, sempre nell'appalto privato, una disciplina particolare.

<sup>38</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1083. Cfr., *amplius*, D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, Bologna-Roma, 1992, p. 100 e ss., ove si precisa che « Secondo una formula ricorrente pure nelle pronunce giurisprudenziali, oggetto del contratto di appalto è il risultato di un *facere*, che può concretarsi tanto nel compimento di un'opera, quanto in quello di un servizio, che l'appaltatore assume verso il committente contro il pagamento di un corrispettivo in denaro (...)». Nella vasta

gamma di possibili oggetti dell'appalto, possono essere operate varie distinzioni, fra le quali la più rilevante è la bipartizione esplicitamente posta dalla legge fra appalto di opere ed appalto di servizi ».

<sup>39</sup> Cfr. D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 101, ove espressamente si parla di « tipo contrattuale » con riferimento alla distinzione tra « appalto d'opera » ed « appalto di servizi ».

<sup>40</sup> D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 101.

Infatti, a mente dell'art. 1658 c.c. (rubricato « *Fornitura di materia* »), si noti, la fornitura è contemplata come accessoria al compimento dell'opera, che riveste il ruolo di prestazione principale dell'appalto, senza con ciò configurare un contratto misto, giacché è tipico dell'appalto che « La materia necessaria a compiere l'opera deve essere fornita dall'appaltatore, se non è diversamente stabilito dalla convenzione o dagli usi »<sup>41</sup>.

Per altro verso, l'art. 1677 c.c. richiama, per le prestazioni continuative o periodiche di servizi, proprio le norme sulla somministrazione, la quale, com'è noto, concerne la fornitura periodica o continuativa di cose, in forza di quanto contemplato nell'art. 1559 c.c.

Non sembra possa sostenersi che la fornitura di uno o più prodotti, a maggior ragione quando la medesima non è periodica, né continuativa, possa essere inquadrata nel « tipo » dell'appalto, che risponde a schemi causali diversi e, più precisamente, della compravendita.

La *vexata quaestio* del confine non chiaro tra appalto e vendita, è bene rimarcarlo, non concerne la fornitura di prodotti, in cui ciò che conta è il trasferimento della proprietà di beni già presenti sul mercato, ma concerne quel tipo particolare di operazione economica in cui si affida l'esecuzione di un'opera di cui si vuole acquistare la proprietà. Tale fattispecie, che ha animato un ampio dibattito, è fattispecie di confine tra l'appalto d'opera e la vendita di cosa da produrre, presupponendo un *facere* che si concluda con il trasferimento della proprietà dell'opera realizzata. Ebbene, è stato al riguardo ben osservato che « quando si passa all'esame dei casi concreti, è agevole rilevare che, mentre l'individuazione in concreto dell'una o dell'altra figura negoziale risulta agevole nei casi in cui oggetto del contratto sia un'obbligazione consistente in un mero *facere* o solo in un dare — non sorge alcuna difficoltà nell'inquadramento della prima ipotesi negoziale nello schema dell'appalto e della seconda in quello della vendita — la qualificazione negoziale diventa ardua nei casi in cui l'obbligazione di *facere*, tipica dell'appalto, e l'obbligazione di dare, propria della vendita, coesistano, nel senso che uno stesso contraente, obbligandosi al tempo stesso a fornire i materiali e la propria opera, assuma entrambe le obbligazioni »<sup>42</sup>. A titolo esemplificativo, la dottrina ricorda le ipotesi frequenti « in cui il committente ordina all'altro contraente l'esecuzione di una serie di opere, consistenti magari in cose mobili che l'assuntore abitualmente costruisce anche per altri, da realizzarsi non solo con una organizzazione e rischio esclusivi dello stesso assuntore, ma anche con materiali da

<sup>41</sup> Così recita l'art. 1658 c.c.

<sup>42</sup> D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 43.

lui soltanto procurati, in guisa che lo stesso schema può essere riguardato, in astratto, sia come vendita di cosa futura, che il venditore resta obbligato a creare, sia come appalto per la costruzione della cosa »<sup>43</sup>.

La qualificazione del contratto non è senza conseguenze, che appaiono estremamente rilevanti sotto il profilo pratico ed operativo, giacché « dalla qualificazione del tipo concreto come appalto o come vendita deriva l'applicazione di un differente regime normativo: basti pensare alle differenze di disciplina per quanto attiene al rischio della perdita della cosa, che nella vendita di cosa specifica è a carico del compratore a partire dalla conclusione del contratto, mentre nell'appalto è di regola sopportato dall'appaltatore fino all'accettazione dell'opera da parte del committente (art. 1673 cod. civ.); alla facoltà di recesso unilaterale concessa al committente (art. 1671 cod. civ.) e non presente nella disciplina della vendita; alla presenza nell'appalto della peculiare disciplina sulla responsabilità del costruttore in caso di rovina o pericolo di edifici entro dieci anni dal compimento dell'opera (art. 1669 cod. civ.), che non presenta alcun equivalente nella normativa della vendita »<sup>44</sup>.

Nella nuova disciplina degli « appalti pubblici », invece, la qualificazione del contratto di « appalto » presenta delle differenze rispetto alla dizione dell'art. 1655 c.c., giacché nella definizione contenuta nell'art. 3, co. 6, del d.lgs. 163/2006, gli « appalti pubblici » sono intesi come quei « contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti nel presente codice ».

Si noti come vi sia rispondenza, da una parte, tra « esecuzione di lavori » e « appalto d'opera » e, dall'altra parte, tra « prestazione di servizi » ed « appalto di servizi ». La « fornitura di prodotti », invece, vive una più sofferta qualificazione, potendo in realtà essere attratta allo schema della compravendita o, se si bada al *facere* necessario alla *produzione* del bene, allo schema dell'appalto. Peraltro, se ci confrontiamo con la definizione di « appalti pubblici di forniture » racchiusa nell'art. 3, co. 9, del Codice dei contratti pubblici, possiamo leggere che tali appalti pubblici sono quelli diversi dagli appalti di lavori e dagli appalti di servizi, aventi « per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti ».

Può notarsi l'uso disinvolto delle categorie giuridiche da parte del legislatore, che non esita a stravolgere il tipo e la causa dell'ap-

<sup>43</sup> D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., pp. 43 e 44.

<sup>44</sup> D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., pp. 44.

palto individuando un nuovo sotto-tipo di appalto, accanto a quello di opere ed a quello di servizi, che comprende nel suo insieme, indifferentemente, le operazioni economiche che abbiano per oggetto:

- a) l'acquisto di prodotti (anche qualora la produzione sia eseguita da altri soggetti e l'« appaltatore di forniture » si limiti all'operazione di vendita del prodotto);
- b) la locazione finanziaria;
- c) la locazione di prodotti, con o senza opzione per l'acquisto;
- d) l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto.

Si noti l'eterogeneità dei tipi contrattuali e delle cause che, indifferentemente ed alternativamente tra loro, vengono ad essere ricollocate nello schema contrattuale dell'« appalto pubblico di forniture ».

C'è da chiedersi quale sia l'impatto di una simile ricostruzione nei rapporti contrattuali.

Il Codice dei contratti pubblici, infatti, dopo aver « tipizzato » in tal modo, all'art. 3, il *macro-tipo* degli « appalti pubblici » ed i tre *sotto-tipi* consistenti nell'« appalto pubblico di lavori », nell'« appalto pubblico di servizi » e nell'« appalto pubblico di forniture », ha ricondotto i primi due sotto-tipi agli schemi classici dell'« appalto d'opera » e dell'« appalto di servizi », mentre ha creato una figura di « appalto di forniture », nella quale ha posizionato schemi causali che nulla hanno a che fare con l'appalto ed assoggettabili a norme tra loro completamente differenti.

Non pago di ciò, nel prevedere il possibile concorso tra i diversi sotto-tipi di « appalti pubblici », ha parlato di « contratti misti » anche là dove tradizionalmente si rimane entro i confini di un medesimo schema contrattuale (quello dell'appalto *tout court*, ex art. 1655 c.c.), come nell'ipotesi di concorso tra appalto di lavori ed appalto di servizi, ed anche là dove i rapporti negoziali potrebbe in realtà essere ricondotti ad altri fenomeni, con particolare attenzione al collegamento contrattuale.

Ulteriore difficoltà generata dal sistema normativo introdotto con il Codice dei contratti pubblici riguarda il regime applicabile ai singoli contratti, dato che, nel propendere in via generale per il criterio della prevalenza (o dell'assorbimento), l'art. 14 del d.lgs. 163/2006 insinua il serio rischio di vedere applicate le norme dell'appalto di cui all'art. 1655 e ss. c.c., così come quelle della somministrazione richiamate ex art. 1677 c.c., anche ad operazioni economiche di vendita di beni, ovvero di *leasing*, ovvero di locazione o di acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto.

Le conseguenze che ne deriverebbero in termini di responsabilità, recesso, garanzie, sarebbero stravolte.

Peraltro, la prassi, soprattutto nel settore dell'informatica e della telematica, conosce figure contrattuali non sempre facilmente collocabili nell'oggetto espresso in sede definitoria con riguardo ai tre sotto-tipi di appalti pubblici previsti dal d.lgs.

163/2006. Si pensi, ad esempio, alla licenza d'uso di programmi per elaboratori, la cui disciplina non si colloca esattamente nello schema dell'« appalto », né in quello della « vendita di prodotti », né in quello della « locazione di beni », avendo tratti autonomi in parte importati dalla disciplina del diritto industriale (si pensi alle analogie con le licenze per l'utilizzo di marchi e di brevetti), per cui i diversi schemi causali richiamati valgono solamente ad individuare in via analogica la disciplina di volta in volta applicabile per i singoli aspetti dell'atipica fattispecie contrattuale, tipizzatasi nella prassi degli affari e nelle pronunce giurisprudenziali.

Al di là del discorso relativo alle licenze d'uso di *software*, l'intero settore dell'*Information and Communication Technologies* è attraversato da una vivacità di schemi contrattuali spesso concatenati l'un l'altro<sup>45</sup>, in modo tale che non è sempre agevole valutare se si sia in presenza di un fenomeno contrattuale atipico unitario, eventualmente riconducibile ad un contratto misto (ove la causa unitaria è il frutto della fusione unitaria di cause appartenenti a schemi contrattuali differenti, solitamente tipici o, comunque, tipizzati), ovvero se si sia in presenza di un fenomeno negoziale di più ampio respiro, che vede il collegamento di più contratti causalmente autonomi ma tra loro connessi al fine di realizzare una unitaria e più complessa operazione economica<sup>46</sup>.

La configurazione dei rapporti è tema piuttosto delicato nel settore ad esame e già da tempo la dottrina ha riflettuto su come le attuali tecniche di distribuzione commerciale e di redazione dei contratti possano avere riflessi negativi per il contraente « nei casi in cui la segmentazione dei contratti (e delle connesse responsabilità) contrasti con la sostanziale unitarietà dell'operazione economica complessiva. È ad esempio intuibile che l'inadempimento di un contratto di manutenzione (concluso con lo stesso fornitore) si riverbera inevitabilmente sul contratto principale, in quanto rende inutilizzabile quanto forma oggetto della fornitura, e potrebbe quindi legittimare l'eccezione di inadempimento anche rispetto al pagamento del corrispettivo di quest'ultimo: in maniera ancor più evidente, la risoluzione per qualsiasi causa del contratto principale priva di senso il contratto accessorio di assistenza o di manutenzione, e analogo nesso potrebbe riconoscersi, sia pure in

<sup>45</sup> Per un'impostazione sul tema della categoria giuridica di « contratti di informatica », sul loro « ruolo sociale », sui riflessi in tema di causa del contratto e sulla pluralità degli schemi causali cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti di infor-*

*matica*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1987, n. 5-8, I, pp. 165 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la « sovrapposizione » contrattuale*, cit., 2004, n. 2, pp. 118 e ss.

maniera più problematica, nel rapporto tra contratti relativi all'*hardware* e contratti relativi al *software* (essendo l'uno inutilizzabile in difetto dell'altro)»<sup>47</sup>.

I risvolti negativi della parcellizzazione delle prestazioni in contratti separati sono stati risolti in dottrina ed in giurisprudenza mediante l'applicazione della teoria del collegamento negoziale, in base al quale tutti i contratti, legati da un nesso di interdipendenza funzionale in quanto protesi a realizzare un'unica operazione economica, sono soggetti al principio «*simul stabunt, simul cadent*», con ciò dovendosi intendere che le vicende e la sorte di ciascun contratto, e così ad esempio la risoluzione, l'annullamento, la nullità, si ripercuotono su tutti gli altri contratti collegati<sup>48</sup>.

Altre volte si preferisce inquadrare la fattispecie concreta nell'ambito di un unico contratto misto, anziché in una pluralità di contratti collegati.

La giurisprudenza ha chiarito che «(...) il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali, o dalla

<sup>47</sup> C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, pp. 6 e 7. Si veda, altresì, C. ROSSELLO, *Tecniche redazionali, garanzie e distribuzione del rischio nei «contratti dell'informatica»*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, pp. 733 e ss.

<sup>48</sup> C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 7. Cfr., sul punto, anche P. SAMMARCO, *op. cit.*, p. 364, il quale rimarca che «Se vi è un collegamento di tipo unilaterale tra le diverse figure contrattuali presenti nell'operazione, vale a dire il caso in cui un contratto sia in stretta e diretta dipendenza da un altro, tanto da qualificare il primo come accessorio od anche ausiliario all'altro, ogni vicenda patologica invalidante che coinvolge il secondo andrà a riverberare i propri effetti anche sul contratto dipendente, che invece non presenta nella sua struttura alcun vizio. È il caso, ad esempio, del contratto di assistenza e manutenzione delle apparecchiature *hardware* che viene riconosciuta all'acquirente del sistema informatico e del contratto di acquisto delle medesime apparecchiature. Nel caso in cui risultasse viziato il contratto di compravendita, anche il contratto di assistenza e manutenzione da esplicare sulle stesse apparecchiature risulterebbe travolto nella sua efficacia e ciò in quanto le sorti del

contratto cosiddetto dipendente (il secondo) sono inevitabilmente ed inscindibilmente legate a quelle del contratto dominante e tutte le patologie di quest'ultimo, dalla nullità alla annullabilità, dall'inefficacia alla risolubilità, sono trasmesse direttamente anche all'altro che, in astratto e singolarmente considerato, avrebbe tutti i requisiti per rimanere invece valido. Ciò in quanto, con la caduta del contratto dominante di compravendita di *hardware*, si determina il venire stesso dello scopo del contratto di assistenza e di manutenzione sulle stesse apparecchiature. Ugualmente, per l'ipotesi del contratto di licenza di *software* unito al contratto di formazione inerente all'uso di tale programma per elaboratore (...). Nello stesso tracciato possiamo inserire il contratto di progettazione del sistema informatico con i successivi contratti che le parti andranno a concludere che, per ragioni di ordine logico, sono necessariamente dipendenti dal primo. Ugualmente per quanto attiene allo sviluppo del *software* personalizzato con l'assistenza e la manutenzione di esso». L'A. ult. cit. considera diversamente, invece, le trasmissioni delle vicende patologiche invalidanti dal contratto accessorio o dipendente al contratto principale, in quanto quest'ultimo, in linea generale, non verrebbe travolto dall'invalidità del negozio accessorio. In ciò non c'è uniformità di interpretazione in dottrina.

contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unità o pluralità degli interessi perseguiti (...)» (Cass. Civ., sez. III, 18 luglio 2004, n. 11240)<sup>49</sup>.

Pertanto, i problemi di qualificazione e l'oscillazione tra la categoria del contratto misto e quella dei contratti collegati sono stati riscontrati, nel settore ICT, proprio con riferimento alla fornitura di un sistema informatico, nel cui ambito possono essere riscontrate prestazioni tra loro notevolmente diverse, quali: lo studio di fattibilità per l'individuazione della soluzione migliore; la consulenza tecnico-informatica per la progettazione del sistema informatico; la vendita di *hardware* (es.: *server*, *client*, *router*, *switch*); la realizzazione della rete locale (LAN); la vendita di licenze d'uso di *software* (con riferimento al *software* di base ed agli applicativi); l'eventuale sviluppo di *software ad hoc*; l'eventuale personalizzazione degli applicativi; l'installazione e la configurazione; la formazione, l'addestramento e l'avviamento; la manutenzione *hardware*; la manutenzione correttiva e la manutenzione migliorativa del *software*; l'assistenza tecnica a richiesta (*on-site*, telefonica, via *e-mail*); l'eventuale supporto tecnico *on-line* (*help-desk*); etc.

Si è ammonito che « anche un contratto apparentemente semplice come quello relativo alla vendita di macchinari (...) ricomprende (di per sé, e indipendentemente dal collegamento con altri separati contratti) una serie di prestazioni (attività di consulenza e assistenza, addestramento del personale, ecc.) classificabili come servizi, e in quanto tali estranee allo schema della compravendita. Per converso, un contratto come quello di sviluppo *software* (...), relativo alla organizzazione di un'attività di programmazione specificamente commissionata dall'utente — in quanto tale inquadrabile nello schema dell'appalto — prevede collateralmente la fornitura di beni (supporti fisici, materiali illustrativi e di documentazione, ecc.) rispetto ai quali ben potrebbe ipotizzarsi l'applicabilità della disciplina dei vizi redibitori apprestata in materia di compravendita »<sup>50</sup>. Talvolta la commistione tra contratti è talmente stretta che si è parlato di contratti « chiavi in mano », in grado di ricomprendere « in un unico documento negoziale tutti gli elementi (materiali ed immateriali, aventi natura di beni o di servizi) della fornitura. In tal caso si è infatti con tutta evidenza in presenza di un unico contratto atipico con causa mista, che andrà amministrato secondo le tecniche indicate al riguardo dalla giurisprudenza »<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Per una nota di commento alla sentenza riportata *in parte qua* nel testo cfr. F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la « sovrapposizione » contrattuale*, cit., pp. 118 e ss.

<sup>50</sup> C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 8.

<sup>51</sup> C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 9. Il riferimento è ai criteri della prevalenza (o dell'assorbimento), della combinazione e dell'interpretazione analogica.

Inquadrato come un unico contratto a causa mista e, per questo, atipico (in quanto non espressamente riconducibile ai tipi di contratto legislativamente previsti), il fenomeno presenta però il carattere dell'«*atipicità standardizzata*»<sup>52</sup>, in quanto l'atipicità del contratto viene ripetuta in modelli ed in condizioni generali di contratto standardizzate, diffusamente utilizzate nella prassi degli affari<sup>53</sup>.

La disciplina applicabile viene ad essere delineata non sempre in maniera inequivoca e spesso affidata alla soluzione giurisprudenziale, secondo l'apprezzamento e la sensibilità del giudicante. Infatti, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato più volte il principio secondo cui « (...) Accertare se vi è un solo contratto [misto] o una pluralità di contratti [collegati] rientra nei compiti esclusivi del giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici » (Cass. Civ., sez. III, 18 luglio 2004, n. 11240)<sup>54</sup>.

Le scelte interpretative per l'individuazione della disciplina giuridica dei contratti nel settore ICT, anche con riferimento ai « contratti pubblici di appalto » in ambito tecnologico, riflettono la complessità delineata ed il dibattito in corso sulla qualificazione del fenomeno contrattuale e sulla disciplina applicabile, per cui si ritiene di confermare l'opinione, già espressa *supra*, che la qualificazione ed i criteri applicativi delineati dall'art. 14 e dall'art. 15 del Codice dei contratti pubblici non alterano le interpretazioni (su qualificazione e criteri di individuazione della disciplina contrattuale) sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ambito privatistico sul fenomeno contrattuale nel settore dell'informatica, valendo l'art. 14 e l'art. 15 citati a risolvere, essenzialmente e primariamente, i problemi di disciplina applicabile ai procedimenti amministrativi che portano alla stipulazione del contratto.

Dunque, qualificare la fornitura di un sistema informatico come un contratto pubblico di appalto misto di fornitura e di servizi (in quanto contemplante le prestazioni molteplici e disomogenee sopra esemplificativamente annoverate), non vale a sottrarre la fattispecie contrattuale (una volta giunti alla stipulazione del contratto pubblico a seguito dell'aggiudicazione definitiva a cui si è giunti al-

<sup>52</sup> Così C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 8 e ss.

<sup>53</sup> Così C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 9 e ss.

<sup>54</sup> Le parole tra parentesi quadre sono di chi scrive. Per il commento alla sentenza citata nel testo si rimanda, ancora una volta, a F. BRAVO, *L'unicità di regolamento*

*nel collegamento negoziale: la « sovrapposizione » contrattuale*, cit., pp. 118 e ss. Per gli orientamenti giurisprudenziali in materia di contratti dell'informatica si rimanda alla preziosa raccolta di materiale proposta nell'opera di C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 197 e ss., nonché, in misura più sintetica, ai riferimenti in nota offerti da P. SAMMARCO, *op. cit.*, p. 369.



l'esito della procedura di affidamento) dal problema pratico, tipico dell'approccio giusprivatistico, in ordine alla effettiva qualificazione del rapporto giuridico, tenendo conto se trattasi di collegamento negoziale o di contratto misto e se, nell'ambito di tali fenomeni, debba essere applicata, in tutto o in parte, la disciplina relativa ad uno o più tipi contrattuali, anche diversi dall'appalto di opere o di servizi *ex artt.* 1655 e ss. c.c.

In altre parole, sembra che l'avvenuta tipizzazione dei contratti pubblici di appalto, soprattutto con riferimento al sotto-tipo dell'appalto pubblico di forniture ed alle sue connessioni con il sotto-tipo dell'appalto pubblico di servizi, non faccia venir meno l'esigenza di un'indagine sulla qualificazione giusprivatistica dei rapporti contrattuali concretamente posti in essere dalle parti, senza escludere le ipotesi, ad esempio, in cui l'operazione economica sia da qualificare sostanzialmente come una « compravendita » sotto il profilo sostanziale, con applicazione della relativa disciplina, benché la stazione appaltante ricorra all'« appalto pubblico di forniture » per l'« acquisto di prodotti », soprattutto se di fabbricazione altrui. Né sembra da escludere, ancora una volta esemplificativamente, che si possa qualificare come collegamento negoziale un'operazione economica realizzata dalla stazione appaltante anche qualora ricorra allo schema dell'appalto misto di servizi e di forniture. L'indagine non può che essere svolta caso per caso, in relazione alla fattispecie concreta che di volta viene a realizzarsi.

#### 4. STRATEGIE DI ACQUISIZIONE E TECNICHE DI REDAZIONE CONTRATTUALE MEDIANTE L'UTILIZZO DELLE « CLASSI DI FORNITURE » E DELLE « ISTANZE ».

Decisiva appare, al riguardo, la scelta strategica della stazione appaltante nel processo di acquisizione delle risorse tecnologiche e le modalità con cui la stessa viene realizzata ed, altresì, esternata nella formulazione degli atti amministrativi ed in quelli negoziali.

Proprio sulle strategie di acquisizione e sulla loro inscindibile connessione con il tema dei contratti pubblici di appalto ha insistito il CNIPA nel Manuale Applicativo n. 2 del 25 gennaio 2005, intitolato « *Strategie di Acquisizione delle Forniture ICT* », reso nell'ambito delle già più volte richiamate « *Linee guida sulla qualità di beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione* ». In esse si sottolinea lo sforzo di reingegnerizzazione dei processi ed il ripensamento organizzativo che la fornitura ICT spesso richiede, soprattutto nelle ipotesi in cui la stazione appaltante decida, a livello strategico, di ricorrere all'esternalizzazione dei servizi mediante contratti di *outsourcing*, che richiedono un diverso approccio della p.a., da organizzatore dei fattori di produzione acquisiti negli appalti, al fine di erogare in proprio i servizi ai cittadini, ad organizzatore e controllore dell'attività delegata ai fornitori di servizi esterni me-

dante *outsourcing*, sia esso « globale » (c.d. *Full Outsourcing*) o « selettivo » (c.d. « *Selective Outsourcing* »).

Si consideri che nella scelta dell'approccio strategico adottabile da parte della p.a. può essere considerata anche la necessità che la p.a. medesima garantisca la qualità (pure secondo gli standard ISO 9001:2000) nella fornitura dei servizi, che, se non demandati all'esterno, è tenuta a svolgere in proprio.

L'esternalizzazione dei servizi che tradizionalmente la p.a. ha sempre svolto all'interno implica non solo che la p.a. svolga una funzione di committente e di direzione e controllo nei confronti del fornitore di servizi esternalizzati, ma anche che la gestione dei processi secondo gli standard della qualità certificata ISO 9001:2000, tipica delle *best practice* provenienti dal mondo imprenditoriale e già recepita legislativamente negli appalti pubblici di lavori, possa essere assicurata e replicata anche per la fornitura dei servizi tipici dell'attività amministrativa, in quanto richiesta contrattualmente e monitorata dalla stazione appaltante, eventualmente anche a mezzo di altri fornitori.

Nelle predette strategie di acquisizione delineate dal CNIPA, un ruolo peculiare è svolto dalla *governance* sui contratti. In particolare si evidenzia, in esse, che « Poiché la gestione del rapporto tra amministrazione e fornitore è fortemente condizionata dal rischio per l'amministrazione di trovarsi in una posizione di dipendenza, l'azione di governo del contratto deve garantire un rapporto paritetico. Questo può essere facilitato, garantendo la trasparenza e la tracciabilità delle attività espletate dal fornitore, mediante l'accesso da parte dell'amministrazione al sistema produttivo utilizzato dal fornitore. Nel linguaggio e nel senso definito della norma contrattuale UNI EN ISO 9001 sulla qualità, garantendo all'amministrazione l'accesso al sistema qualità ed alle registrazioni di qualità del fornitore. Sulla base di questo presupposto, governare il contratto significa per l'amministrazione attuare un'attenta azione di direzione dei lavori, effettuare il monitoraggio continuo dei servizi erogati dal fornitore, valutare periodicamente il livello di soddisfazione degli utenti finali dei servizi. Tutto ciò facilita una valutazione di possibili elementi di rischio, il rispetto dei tempi e dei costi previsti, il mantenimento dei livelli di servizio ed il raggiungimento degli obiettivi stabiliti »<sup>55</sup>.

Nella *governance* dei contratti, particolare attenzione deve essere posta anche all'individuazione delle prestazioni che si intendono richiedere a chi fornisce beni o servizi nel settore ICT, fissandole adeguatamente nel contratto e, prima ancora, nella determina o nella delibera a contrarre, nel bando e nei capitoli.

<sup>55</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica*

*Amministrazione. Strategie di acquisizione delle forniture ICT*, Manuale Applicativo n. 2, versione 1.0 del 25 gennaio 2005, p. 39.

Anche su questo intervengono le Linee Guida del CNIPA, le quali, nell'intento di dare un contributo operativo alla scelta dell'individuazione delle prestazioni da indicare nell'oggetto contrattuale, dopo aver posto l'enfasi sull'importanza dello svolgimento di uno *studio di fattibilità*, passano in rassegna talune delle principali possibilità di acquisizione di forniture ICT, vagliandole sotto il profilo dell'approccio strategico di impronta manageriale e suddividendole per le seguenti aree tematiche:

a) strategie di acquisizione delle forniture ICT (*outsourcing* globale o selettivo dei servizi ICT; *outsourcing* dei processi di *business*; *insourcing* e *co-sourcing*; *joint venture* (società pubblica-privata); consorzi; *project financing*; comparazione delle strategie di acquisizione, fattori critici di successo);

b) strategie inerenti il *software* applicativo (sviluppo di *software ad hoc*; reingegnerizzazione e riuso di *software* esistente; utilizzo di soluzioni *open source*; utilizzo di soluzioni commerciali; soluzione progettuale contro realizzazione su specifiche);

c) architetture contrattuali (contratti quadro; suddivisione in lotti di una fornitura ICT; integrazione di più contratti ICT; utilizzo del subappalto);

d) contratti ICT (tipologie contrattuali; organizzazione del contratto);

e) principali contenuti dei contratti ICT (norme regolatrici; durata contrattuale; modalità di definizione dell'oggetto del contratto: descrizione dei servizi; livelli di servizio; modalità e condizioni della prestazione: specifiche per le risorse ICT, specifiche per le risorse professionali, specifiche per la sicurezza; utilizzo del subappalto; pianificazione delle transizioni);

f) modalità di controllo e verifica della prestazione (collaudi e verifiche; monitoraggio);

g) modalità di determinazione dei corrispettivi (modelli a corpo; modelli a consuntivo; quadro sinottico dei modelli; meccanismi di incentivazione *ex-post*; revisione dei prezzi);

h) forme di tutela (garanzie; cauzioni; penali).

Per una più chiara individuazione dell'oggetto del contratto nell'ambito delle forniture di beni e servizi dell'ICT e, conseguentemente, delle prestazioni da richiedere, le stazioni appaltanti possono giovare dell'ausilio fornito dal Manuale Operativo n. 4 del 15 dicembre 2005, intitolato « *Dizionario delle Forniture ICT* », reso nell'ambito delle citate Linee Guida del CNIPA.

In tale dizionario sono elencate trentadue « Classi di fornitura » e quattro « Servizi trasversali », per un totale di tentasi voci, ciascuna delle quali contenente una specifica dettagliata delle attività (e dunque delle relative prestazioni contrattuali) necessarie per la realizzazione della fornitura medesima.

Tali voci del dizionario sono state classificate dal CNIPA secondo lo schema che di seguito si riporta, per dar conto delle possibili complessità dell'appalto di forniture ICT:

1. SERVIZI PER L'UTENTE
  - 1.1. SVILUPPO E MANUTENZIONE EVOLUTIVA APPLICAZIONI
    - 1.1.1. Sviluppo e Manutenzione evolutiva di *software ad hoc*
    - 1.1.2. Personalizzazione e Manutenzione evolutiva di prodotti esistenti
    - 1.1.3. Sviluppo e Manutenzione evolutiva mediante soluzioni commerciali
  - 1.2. GESTIONE E MANUTENZIONE APPLICAZIONI
    - 1.2.1. Gestione applicativi e Basi Dati
    - 1.2.2. Manutenzione correttiva ed adeguativa
    - 1.2.3. Migrazione e conversioni applicazioni
  - 1.3. ASSISTENZA ALL'UTENTE E FORMAZIONE
    - 1.3.1. Assistenza in remoto e in locale
    - 1.3.2. Formazione e addestramento
2. SERVIZI PER L'INTEROPERABILITÀ E LA COOPERAZIONE
  - 2.1. SERVIZI DI INTEGRAZIONE
    - 2.1.1. Integrazione di prodotti *software* e basi dati
    - 2.1.2. Integrazione di sistemi e infrastrutture
  - 2.2. SERVIZI APPLICATIVI
    - 2.2.1. Servizi applicativi in modalità ASP
    - 2.2.2. Posta elettronica
    - 2.2.3. Posta elettronica certificata
    - 2.2.4. Servizi Internet
    - 2.2.5. Gestione contenuti *WEB*
  - 2.3. RICONOSCIMENTO DIGITALE
    - 2.3.1. Certificazione delle firma digitale
3. SERVIZI INFRASTRUTTURALI
  - 3.1. SERVIZI PER LE RETI
    - 3.1.1. Sviluppo Reti
    - 3.1.2. Gestione e manutenzione reti
  - 3.2. SERVIZI PER I SISTEMI
    - 3.2.1. Sviluppo sistemi
    - 3.2.2. Gestione sistemi
    - 3.2.3. Manutenzione sistemi
  - 3.3. SERVIZI DI SICUREZZA
    - 3.3.1. Gestione della sicurezza logica
    - 3.3.2. Gestione della sicurezza fisica
  - 3.4. SERVIZI DI GESTIONE DOCUMENTALE
    - 3.4.1. Trattamento documentale e acquisizione dati
    - 3.4.2. Gestione elettronica dei documenti
  - 3.5. SERVIZI DI MONITORAGGIO DELLA QUALITÀ DEI SERVIZI
    - 3.5.1. Controllo dei livelli di servizio
  - 3.6. SERVIZI DI *DESKTOP*
    - 3.6.1. Gestione e manutenzione delle postazioni di lavoro
4. SERVIZI DI CONSULENZA E *BODY RENTAL*
  - 4.1. SERVIZI PROFESSIONALI
    - 4.1.1. Consulenza
    - 4.1.2. Direzione lavori

4.1.3. Misura della *Customer Satisfaction*4.2. SERVIZI DI *BODY RENTAL*

## 4.2.1. Ingegneria e Mano d'opera

## 5. FORNITURA DI BENI

5.1. FORNITURA DI PRODOTTI *HARDWARE* E *SOFTWARE*5.1.1. Prodotti *Hardware* e *Software*

## 6. PROCESSI TRASVERSALI ALLE CLASSI DI SERVIZIO

## 6.1. PROCESSI DI SUPPORTO

## 6.1.1. Documentazione

## 6.1.2. Gestione della Configurazione

## 6.1.3. Assicurazione della Qualità

## 6.2. PROCESSI ORGANIZZATIVI

## 6.2.1. Gestione e Processi Organizzativi.

Secondo le indicazioni offerte dal CNIPA, ogni lemma del Dizionario si riferisce ad una « Classe di fornitura ICT elementare », detta semplicemente « Classe di fornitura », la quale rappresenta e delinea una « specifica tipologia di fornitura nell'insieme di quelle che si sono ritenute necessarie per rappresentare compiutamente i contratti ICT delle pubbliche amministrazioni »<sup>56</sup>.

Si tenga conto che per ogni « Classe di fornitura » presente nel Dizionario sono state riportate: *a)* la descrizione della Classe di fornitura elementare; *b)* l'esplicitazione di « regole » per l'uso della classe di fornitura; *c)* la descrizione delle attività di sviluppo e gestione operativa della Classe di fornitura ed i relativi prodotti di queste attività da esigere contrattualmente, come *deliverables* o come elementi di fornitura; *d)* una tabella riassuntiva delle attività, dei prodotti e degli indicatori di qualità; *e)* una scheda per ogni indicatore di qualità; *f)* un glossario<sup>57</sup>.

Pur potendo essere assunte a base della stesura dei contratti e dei capitolati tecnici degli appalti pubblici, il CNIPA ammonisce che le classi di fornitura espresse nel Dizionario « non eliminano la complessa attività di scrittura di contratti e capitolati tecnici; più semplicemente aiutano la scrittura di questi documenti fornendo materiale da riutilizzare. Nell'ottica del riuso particolare attenzione dovrà essere prestata alle imprescindibili e necessarie attività di specificazione e taratura delle classi di fornitura ICT elementari utilizzate e, successivamente, all'integrazione delle diverse classi di fornitura scelte in un unico e coerente contratto ICT »<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, versione 1.2 del 15 dicembre 2005, p. 3.

<sup>57</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica*

*Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, versione 1.2 del 15 dicembre 2005, pp. 4 e 5.

<sup>58</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, cit., p. 3.

Dalla « Classe di fornitura » viene poi distinta l'« Istanza », definita come « uno specifico elemento di una Classe di fornitura caratterizzato in termini di dimensione di qualità (ad esempio in un contratto alla Classe di fornitura sviluppo e MEV [Manutenzione Evolutiva] di *software* applicativo appartengono due istanze: la procedura A della dimensione di 500 *function point* contraddistinta da una elevata usabilità perché destinata a cittadini ed imprese; la procedura B della dimensione di 1.000 *function point* di bassa usabilità perché destinata al personale specialistico addetto alla gestione) »<sup>59</sup>. In altre parole, nell'ambito delle Classi di fornitura è possibile individuare una o più Istanze, ossia uno o più elementi della fornitura, da determinare qualitativamente e quantitativamente, che possono essere presi in considerazione isolatamente o unitamente ad altre istanze, appartenenti alla medesima Classe di fornitura o ad altra Classe di fornitura menzionata nel Dizionario.

La costruzione del contratto e, prima ancora, dei necessari atti amministrativi (determinazione o deliberazione a contrarre; bando; capitolati; etc.), passa in tal modo per una necessaria attività di specificazione delle Istanze di fornitura e per l'eventuale loro integrazione in un unico contratto, che potrà presentare i connotati del contratto tipico o atipico, ovvero del contratto misto (anche con « atipicità standardizzata »), oppure, a dispetto della formulazione in un unico documento, del collegamento tra una pluralità di negozi funzionalmente connessi<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, cit., p. 8.

<sup>60</sup> Le Linee Guida del CNIPA sottolineano, in proposito, che « La suddivisione delle forniture ICT, di cui normalmente si enfatizza l'integrazione, in componenti distinte può in alcuni casi sembrare artificiosa. Come si è detto i contratti ICT si riferiscono quasi sempre a più tipi di fornitura, integrati fra loro, che magari partecipano alla erogazione di un unico servizio. Si è tuttavia scelta la strada di una descrizione modulare per rendere possibile una individuazione analitica degli elementi specifici di ogni tipologia di fornitura e per poterne dominare la complessità. Se, come si è detto, l'approccio alla rappresentazione della poliedricità dei contratti ICT ha previsto la

forzosa scomposizione dell'oggetto contrattuale in componenti elementari allo scopo di ottenere Classi di fornitura sufficientemente circoscritte e, per questo, più facili da descrivere e utilizzare, ne consegue che la scrittura di un contratto a partire dalle Classi di fornitura inverte il processo e richiede una composizione delle componenti elementari generate (...). L'adozione delle classi di fornitura e dei principi alla base della loro descrizione fornisce utili spunti e suggerimenti, aiuta e velocizza la scrittura dei contratti, li rende più coerenti internamente limitando il rischio di descrivere istanze di fornitura in modo disomogeneo ». Cfr. CNIPA, *Linee guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione. Dizionario delle Forniture ICT*, Manuale Operativo n. 4, cit., p. 8.