

FRANCESCO CARDARELLI

## **L'AUTORITÀ PER L'INFORMATICA NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. NATURA GIURIDICA, FUNZIONI E POTERI IN MATERIA CONTRATTUALE**

**SOMMARIO:** 1. Principi e criteri ispiratori degli interventi legislativi e regolamentari in materia di informatica. — 2. Gli obiettivi del d.lgs. n. 39 del 1993. — 3. L'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione. Natura giuridica. — 4. Le funzioni dell'Autorità. — 5. La disciplina applicabile ai contratti ad oggetto informatico nella pubblica amministrazione. — 6. (segue) Le disposizioni del decreto legislativo n. 39/93.

### **1. PRINCIPI E CRITERI ISPIRATORI DEGLI INTERVENTI LEGISLATIVI E REGOLAMENTARI IN MATERIA DI INFORMATICA.**

**L**a definizione di un nuovo assetto organizzativo delle funzioni di coordinamento, programmazione e controllo nel settore dell'informatica nella P.A. attraverso l'istituzione di una apposita Autorità tramite il decreto legislativo n. 39 del 12 febbraio 1993, rappresenta un significativo sforzo di razionalizzazione (peraltro non del tutto compiutamente riuscito) da parte del legislatore, in diverse direzioni. Infatti, e ciò vale soprattutto per la più recente produzione legislativa, si sono chiaramente manifestate (almeno) due diverse tendenze, riconducibili schematicamente al differente rilievo dell'informatica come oggetto delle singole disposizioni normative:

a) da un lato la necessità di stimolare l'utilizzazione di strumenti informatici e telematici nell'ambito dell'attività amministrativa, sottolineando la stretta contiguità tra l'auspicato aumento dell'efficienza ed efficacia dell'azione e la dimensione organizzativa dell'ente pubblico: in questo senso si può parlare di norme a carattere prevalentemente programmatico, nelle quali l'informatica è oggetto mediato ed ultroneo della disposizione, dal momento che essa viene concepita come lo strumento deputato alla

\* Il presente testo riproduce, con note, la relazione tenuta al 5° corso di formazione per dirigenti e funzionari degli enti

pubblici di ricerca tenutosi a Bressanone il 24/27 maggio 1994.

realizzazione ed al conseguimento di obiettivi funzionali dell'amministrazione. Sono certamente ispirate a tale principio alcune recenti disposizioni (per limitarci a quelle che più esplicitamente affermano il rapporto tra organizzazione dell'amministrazione pubblica e l'utilizzazione delle nuove tecnologie dell'informazione):

— l'art. 6 del D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, concernente le misure organizzative previste dall'art. 22, terzo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che riguardano le modalità di concreta applicazione del diritto di accesso ai documenti amministrativi e, in particolare, alle « informazioni contenute in strumenti informatici che vanno salvaguardate dalla distruzione o dalla perdita accidentale, nonché dalla divulgazione non autorizzata »;

— gli artt. 11 e 12 del medesimo D.P.R., concernenti l'istituzione, presso gli uffici di ciascuna amministrazione di archivi automatizzati delle richieste di accesso (il primo), e di un archivio generale presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (il secondo);

— l'art. 1 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che, in materia di organizzazione degli uffici della Pubblica Amministrazione, individua il fine delle disposizioni (contenute nell'intero provvedimento) nell'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei paesi della Comunità Europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici;

— l'art. 5 dello stesso decreto n. 29, che stabilisce il criterio organizzativo del collegamento delle attività degli uffici attraverso il dovere di comunicazione interna ed esterna ed interconnessione mediante sistemi informativi e statistici pubblici;

— l'art. 63, sempre del decreto n. 29, il quale dispone l'uso di strumenti di rilevazione e sistemi informativi e statistici in tutte le amministrazioni pubbliche per realizzare il più efficace controllo dei bilanci e per consentire al Ministero del Tesoro l'acquisizione delle informazioni sui flussi finanziari.

b) dall'altro la necessità di definire le modalità di approvvigionamento sul mercato per i prodotti ed i servizi informatici, contemporaneamente occupandosi della organizzazione amministrativa sotto due diversi profili, e cioè la gestione delle risorse informative da parte di ogni singolo ente e la individuazione degli organi deputati al controllo ed al coordinamento delle iniziative di automazione: in tal caso si può parlare di norme che hanno come oggetto diretto ed immediato i sistemi informativi pubblici. Tuttavia, a differenza delle norme richiamate *sub a*), le quali appaiono ispirate ad un criterio di logica continuità (anche perché più ravvicinate nel tempo), si è assistito nel corso degli anni, soprattutto per la Pubblica Amministrazione centrale, alla moltiplicazione di interventi legislativi settoriali attraverso i quali si

sono individuate le disponibilità finanziarie e le modalità di affidamento per la realizzazione e gestione di sistemi informativi di singole amministrazioni: con la conseguenza che, sotto il profilo organizzativo (di stretta pertinenza dei singoli enti), la disciplina del settore è stata affidata quasi completamente a convenzioni attuative di precetti normativi, quindi a strumenti di tipo squisitamente negoziale<sup>1</sup>.

D'altro canto l'articolazione delle funzioni di controllo e di coordinamento delle iniziative di automazione (che corrisponde ad un secondo e più elevato livello di organizzazione amministrativa) è stata definita, prima del decreto 39/93, attraverso l'opera di due distinti organi<sup>2</sup>:

— da una parte il Provveditorato generale dello Stato, tramite la propria Commissione per la meccanizzazione e l'ammodernamento della pubblica amministrazione (i cui compiti sono stati definiti, sulla base degli artt. 2 e 3 del r.d.l. 18 gennaio 1923, n. 94, e dell'art. 14 della legge 28 settembre 1942, n. 1140, nella circolare del Presidente del Consiglio del 6 marzo 1968, n. 456, successivamente integrata da analoghi provvedimenti), ha assunto il compito di provvedere al rilascio della autorizzazione preventiva in materia di spesa per l'informatizzazione, pronunciandosi sull'aspetto economico e funzionale dei singoli progetti, sulla rispondenza dei mezzi proposti alla soluzione di problemi e sulla congruità della spesa, nonché sulla opportunità di affidare ai privati o ad altre amministrazioni la gestione dei sistemi acquisiti;

— dall'altra il Dipartimento della Funzione pubblica, attraverso la propria Commissione per il coordinamento normativo e funzionale dell'informatica nell'amministrazione pubblica (istituita sulla base dell'art. 27 della legge 29 marzo 1983, n. 93 nonché dell'art. 2 del D.P.R. del 20 giugno 1984, n. 536, ed i cui poteri sono stati successivamente ridefiniti dall'art. 7 del D.P.C.M. del 15 febbraio 1989), ha svolto attività di tipo consultivo e propositivo, allo scopo di individuare gli obiettivi e gli indirizzi generali del coordinamento dell'automazione pubblica e definire le aree funzionali nelle quali avviare e coordinare progetti intersettoriali di particolare rilievo, soprattutto attraverso la raccolta e la verifica dei programmi triennali di automazione predisposti dalle singole amministrazioni. Le funzioni attribuite al Dipartimento si sono concretate in una costante teoria di circolari amministrative<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Sulla legittimità dell'affidamento a società a partecipazione pubblica prevalente in deroga alle norme di contabilità generale dello Stato, v. Corte di Giustizia delle Comunità Europee 5 dicembre 1989, in questa rivista, 1990, 2, pagg. 604 e ss.

<sup>2</sup> Cfr. per una accurata ricostruzione storica delle origini e delle attività degli or-

gani citati, U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, pagg. 163 e ss.

<sup>3</sup> Per una completa ricognizione degli atti riportati nel testo v. D.A. LIMONE, *Lo stato del diritto per l'informatica in Italia: l'attuazione delle disposizioni già emesse, le iniziative in discussione*, in In-

— la circolare 4 agosto 1989 sul coordinamento delle iniziative e pianificazione degli investimenti in materia di automazione nelle amministrazioni pubbliche;

— la circolare 2 marzo 1990, n. 46666 e 5 marzo 1992, n. 86361 concernenti entrambi i progetti di automazione dei Comuni, delle Province e dei loro consorzi e delle Comunità montane, attraverso la concessione di mutui da parte della Cassa depositi e prestiti;

— la circolare 21 maggio 1990, n. 51223 sugli indirizzi di normalizzazione nell'area delle tecnologie dell'informazione nella pubblica amministrazione;

— la circolare 6 maggio 1991, n. 74652 sul coordinamento delle iniziative e pianificazione degli investimenti relativi al biennio 1991-1992;

— la circolare 16 dicembre 1991, n. 83245 concernente la standardizzazione e collegamento delle anagrafi e degli archivi della pubblica amministrazione centrale e locale;

— la circolare 26 giugno 1992, n. 90507 sul sistema di codifica dei particolari cartografici ai fini del trasferimento dei dati.

La materia regolata dal d.lgs. n. 39 si innesta quindi su schemi organizzativi da tempo consolidati, riguardanti due diversi livelli della pubblica amministrazione, l'uno relativo alle funzioni di indirizzo e coordinamento, l'altro concernente la gestione diretta delle attività, l'uno affidato alla delimitazione dell'ambito dei poteri (conformazione dell'organizzazione), l'altro rimesso in gran parte allo strumento contrattuale. Di conseguenza l'intervento legislativo realizzato tramite il decreto delegato assume principalmente la natura di norma di organizzazione e sulla organizzazione, costituendo, in gran parte, l'archetipo di un ordinamento settoriale.

## 2. GLI OBIETTIVI DEL D.LGS. N. 39 DEL 1993.

Che le intenzioni del legislatore fossero dirette essenzialmente ad incidere sui due livelli prefigurati (razionalizzazione delle funzioni amministrative di indirizzo, programmazione e controllo, nonché revisione degli schemi contrattuali abitualmente utilizzati) appare chiaro sulla base di due diverse considerazioni, una di tipo fattuale, l'altra direttamente desumibile dal contenuto della delega legislativa prevista dall'art. 2, comma 1, lett. *mm*) della legge 23 ottobre 1992, n. 421.

In ordine al primo dei profili considerati occorre tener conto della relazione sullo stato della pubblica amministrazione trasmessa al Parlamento dal Governo nel settembre 1992<sup>4</sup>, nella quale venivano indicati con precisione i fattori critici del processo di informatizzazione dell'amministrazione pubblica:

- la gestione settoriale della risorsa informatica, in assenza di un comune modello di riferimento;

- la mancata revisione delle procedure e delle prassi amministrative;

- la tendenza ad enfatizzare l'utilizzazione di sistemi informativi per procedure interne con scarse ricadute sul miglioramento complessivo dei servizi resi ai cittadini;

- la scarsa autonomia decisionale dei soggetti pubblici, con la conseguenza del riconoscimento di una posizione di supremazia contrattuale delle ditte fornitrici che hanno indotto ad una spesa crescente e sproporzionata per l'acquisto di elaboratori piuttosto che di programmi;

- l'insufficiente formazione del personale e la inadeguatezza delle figure professionali dotate delle necessarie competenze tecniche per la gestione diretta ed in proprio di sistemi informativi.

Quanto al contenuto della delega legislativa esso appare sufficientemente indicativo della concreta impostazione che il Parlamento ha ritenuto dovesse essere impressa nella novella. Il Governo è stato infatti delegato « al fine del completamento del processo di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche e della più razionale utilizzazione dei sistemi informativi automatizzati » a « procedere alla revisione della normativa in materia di acquisizione dei mezzi necessari, prevedendo altresì la definizione dei relativi standard qualitativi e dei controlli di efficienza e di efficacia », nonché a « procedere alla revisione delle relative competenze e attribuire ad un apposito organismo funzioni di coordinamento delle iniziative e di pianificazione degli investimenti in materia di automazione, anche al fine di garantire l'interconnessione dei sistemi informatici pubblici ».

Sia dalla mera indicazione sequenziale degli obiettivi perseguiti che dalla connotazione dell'intervento secondo il particolare momento storico si può agevolmente ricavare che la preoccupazione più evidente che ha spinto il legislatore sia stata quella del contenimento della spesa in materia di informatica pubblica (esplicitamente riportato come precipua finalità dell'impiego dei sistemi informativi automatizzati, art. 1, secondo comma, lett.d): rispondono infatti chiaramente a tale finalità sia la disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 2 del decreto (« le amministrazioni

<sup>4</sup> In Atti parlamentari, IX Legislatura, Camera dei Deputati, doc. III, n. 1-quinquies. V. sul punto U. FANTIGROSSI, *op. cit.*, pagg. 215 e ss.

provvedono di norma con proprio personale alla progettazione, allo sviluppo ed alla gestione dei propri sistemi informativi automatizzati»), che la previsione residuale del ricorso all'affidamento a terzi (adeguatamente motivato sulla base di particolari necessità di natura tecnica, art. 2, secondo comma); o ancora la sottoposizione obbligatoria degli schemi contrattuali concernenti l'acquisizione di beni e servizi informatici al parere di congruità tecnico-economica espresso da apposita commissione (art. 8); l'istituzione, sia pure limitatamente ad alcune fattispecie contrattuali, della procedura di un periodico monitoraggio (art. 13, terzo comma) delle convenzioni ad oggetto informatico; la costante verifica dei risultati conseguiti dalle singole amministrazioni, anche attraverso una relazione a consuntivo annuale sullo stato dell'automazione da parte del singolo ente, con particolare riguardo al rapporto costi/benefici (art. 10 in combinato disposto con l'art. 7, lett. d).

Di minore impatto, anche se programmaticamente espresse nella norma di apertura del decreto, appaiono le altre finalità perseguite dal legislatore, che, sebbene più vicine alla tendenza ispiratrice di parecchi interventi normativi in materia (vedi *sub a*) paragrafo 1), non hanno trovato adeguato sviluppo nelle singole prescrizioni dettate:

— quanto al miglioramento dei servizi ed alla trasparenza dell'azione amministrativa la norma di riferimento immediata è rappresentata dall'art. 3 del decreto, con il quale si prevede che gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norme predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati<sup>5</sup>. Occorre subito precisare che la disposizione ha una portata di carattere generale (« tutte le pubbliche amministrazioni »), contrariamente alle altre prescrizioni contenute nel decreto che vedono il proprio ambito di applicazione limitato alle sole amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, ed agli enti pubblici non economici nazionali (art. 1, comma 1): ciò si ricava sia in termini di interpretazione logica del contenuto della previsione (non avrebbe senso individuare un regime speciale di predisposizione degli atti per la sola amministrazione centrale), sia per il fatto che il successivo comma dell'art. 3, in materia di emanazione di atti e trasmissione di dati attraverso sistemi informatici e telematici, nonché sulla sostituzione della firma autografa necessaria ai fini della loro validità, riproduce fedelmente il testo di analoga disposizione dettata per gli enti locali (art. 6-*quater* del d.l. 12 gennaio 1991, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 15 marzo 1991, n. 80);

<sup>5</sup> Sui problemi concernenti l'adozione di atti amministrativi attraverso supporti

informatici, v. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993.

— quanto alla finalità del potenziamento dei supporti conoscitivi per le decisioni pubbliche esso appare strettamente collegato con la disposizione dell'art. 1, terzo comma, secondo la quale lo sviluppo dei sistemi informativi automatizzati deve rispondere a criteri di integrazione ed interconnessione (questa appare l'unica norma che traduca concretamente l'inciso finale della disposizione di delega) e di collegamento con il sistema statistico nazionale, nel rispetto degli standard definiti anche in armonia con le normative comunitarie.

La vera struttura portante delle disposizioni delegate si esaurisce quindi in gran parte nella istituzione dell'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, cui sono dedicati gli artt. da 4 a 9, 10, 15 e 16, e nella predisposizione di una base normativa (giacché non si può parlare di vera e propria disciplina di dettaglio) per la revisione degli schemi contrattuali, con conseguenti varianti procedurali, attraverso i quali le pubbliche amministrazioni realizzano e gestiscono i propri sistemi informativi automatizzati (artt. 12 e 13).

### 3. L'AUTORITÀ PER L'INFORMATICA NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. NATURA GIURIDICA.

L'art. 4 del decreto 39/93 ha istituito l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, organo collegiale costituito dal presidente e da quattro membri, che, con espressione alquanto singolare, «opera presso la presidenza del Consiglio dei Ministri con autonomia tecnica e funzionale e con indipendenza di giudizio». Dalla immediata lettura della disposizione e delle norme che seguono si evince che rispetto alle indicazioni della legge delega (nella quale era prevista l'attribuzione ad un apposito organismo di funzioni di coordinamento delle iniziative e di pianificazione degli investimenti in materia di automazione, secondo un modello che, anche dal tenore letterale della previsione, si avvicinava alla Commissione istituita presso il Dipartimento della Funzione pubblica) il governo abbia ritenuto opportuno enfatizzare la centralità del ruolo dell'organo previsto, sostanzialmente ispirandosi alle precedenti esperienze legislative nelle quali si era fatto ricorso al modello delle cd. autorità amministrative indipendenti<sup>6</sup>. Sotto un profilo di stretto diritto positivo tale impostazione ha compor-

<sup>6</sup> Sul problema concernente l'inquadramento sistematico generale delle autorità amministrative indipendenti v. V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, in AA.VV. (a cura di F. BASSI e F. ME-

RUSI), *Meriti ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, pagg. 9 e ss., e C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1988, 3, pagg. 549 e ss.

tato la immediata soppressione degli organi che si dividevano le funzioni consultive, nonché di indirizzo e coordinamento (v. le norme di disapplicazione e di abrogazione esplicita contenute nell'art. 18 del decreto) in materia. Ma per altro verso la riconduzione dell'Autorità ad un modello strutturale predefinito non appare così immediata come potrebbe sembrare sulla scorta della sola ricorrenza terminologica.

Giova preliminarmente osservare che le autorità amministrative indipendenti nell'esperienza legislativa del nostro paese, a differenza di quanto accade negli ordinamenti anglosassoni (dove l'*administration by remote control* attraverso soggetti pubblici che operano con obiettivi specifici e struttura specializzata, titolari di poteri rilevanti di intervento e di gestione, oltre che di coordinamento, è una prassi da tempo consolidata) non rispondono ad un modello omogeneo. La stessa dottrina, rilevata la fluidità del fenomeno sotto il profilo del diritto positivo, stenta a ricostruire una categoria dogmatica, ed incede verso tipologie classificatorie nelle quali rientrano, a vario titolo, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sul diritto di sciopero, l'ISVAP, la CONSOB, i difensori civici istituiti presso i vari ordinamenti regionali e locali (alla classificazione andrebbe sicuramente aggiunta l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici istituita con la recente legge 11 febbraio 1994, n. 109)<sup>7</sup>. Attesa l'oggettiva differenza strutturale (alcuni sono organi monocratici ed altri collegiali) e funzionale (non tutti gli organi possiedono i medesimi poteri amministrativi) tra i diversi organismi sopra richiamati, l'elemento comune in grado di fornire una certa connotazione all'intera categoria risiederebbe quindi nel riconoscimento di uno specifico grado di indipendenza nei confronti del potere politico, burocratico ed economico, cui si accompagna una generalmente ammessa funzione di regolamentazione di singoli settori nei quali gli interessi collettivi potrebbero essere pregiudicati dall'abuso di posizioni dominanti.

Adottando un criterio più rigoroso di individuazione dell'archetipo ci si può viceversa limitare agli esempi forniti dal Garante per la radiodiffusione e l'editoria, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sul diritto di sciopero, sia perché più vicini cronologicamente all'approvazione del decreto 39/93, sia perché alcune norme di questo sono chiaramente ispirate alle leggi istitutive

<sup>7</sup> La legge 11 febbraio 1994, n. 109 è tuttavia « sospesa » in gran parte, quanto ad effetti, in forza dell'art. 5 del d.l. 30 settembre 1994, n. 559. È inoltre da notare

che nella bozza di revisione della legge-quadro sugli appalti di lavori pubblici, presentata al Consiglio dei Ministri, non è prevista l'istituzione dell'Autorità.



delle autorità richiamate: sia perché costituiscono, secondo una recente dottrina<sup>8</sup>, delle autorità amministrative in senso proprio. Rispetto ai tratti organizzativi caratteristici ricorrenti nelle fattispecie individuate, l'Autorità per l'informatica presenta elementi non sempre collimanti, sembrando anzi essere più vicina alla scelta di modelli organizzativi di tipo tradizionale:

— in primo luogo la disciplina dei titolari degli organi prevede la nomina degli stessi da parte di autorità non governative. Viceversa il decreto 39/93 prevede la nomina del presidente dell'Autorità con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del medesimo. Entro quindici giorni dalla nomina del presidente, su proposta di quest'ultimo, vengono nominati, con lo stesso procedimento, gli altri quattro membri (art. 4, secondo comma);

— i requisiti soggettivi dei titolari sono sostanzialmente rinvenuti all'interno di categorie « forti », quali magistrati o professori universitari: nel decreto in esame si fa riferimento a « persone » dotate di alta e riconosciuta competenza e professionalità e di indiscussa moralità ed indipendenza. L'autorevolezza e l'esperienza del presidente e di ciascuno dei quattro membri dell'Autorità sono comprovate dalla pubblicazione del proprio curriculum nella Gazzetta ufficiale;

— analoghe sono le norme circa la previsione del divieto di esercizio di altre attività durante il mandato e la previsione della non rinnovabilità della carica o di limiti alla stessa (i cinque componenti durano in carica per quattro anni e possono essere confermati una sola volta, art. 4, terzo comma);

— a differenza degli altri organismi l'Autorità è dotata di un direttore generale, nominato con lo stesso procedimento dei singoli componenti, su proposta del presidente (art. 4, quarto comma). L'accentuazione del ruolo del presidente (che ha poteri propositivi sulla nomina di tutti i membri dell'organo e del direttore generale), il quale a sua volta è nominato dal capo dell'esecutivo, sembra comunque ridurre il margine di indipendenza dell'Autorità: la medesima impressione si ricava dalla locuzione secondo la quale l'Autorità « opera presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri »;

— sull'autonomia organizzativa è funzionale, generalmente riconosciuta (per le autorità di riferimento) in modo ampio e che si riscontra nell'esercizio di un potere regolamentare, il decreto prevede l'adozione di appositi regolamenti da parte del Presidente del Consiglio su proposta dell'Autorità (art. 5); analoghe disposizioni sono dettate dall'art. 9 in materia di approvazione del piano triennale, così come dall'art. 12 riguardo all'approvazione dei capitoli. Sembra quindi necessario che i poteri dell'Autorità siano

<sup>8</sup> V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Parte II, Torino, 1993, pagg. 213 e ss.

esercitati quanto meno con il concorso della volontà dell'esecutivo, se non debbano essere qualificati come sole funzioni propositive;

— quanto all'autonomia finanziaria e contabile, mentre per la prima l'Autorità si avvale di fondi da iscriversi in due distinti capitoli dello stato di previsione della spesa della Presidenza del Consiglio per le spese di funzionamento e per la realizzazione di progetti innovativi (art. 5, secondo comma), la seconda è esplicitamente ammessa dal decreto, così come la semplificazione del controllo (solo consuntivo) da parte della Corte dei Conti.

Sulla base di tali indicazioni si può di conseguenza notare che l'asserita indipendenza dell'Autorità, o meglio la capacità di resistenza ad ingerenze esterne, non appare così ampia come nel caso di quelle *authorities* in cui è assente qualunque tipo di collegamento organizzativo con l'autorità di governo: la vera manifestazione di indipendenza dell'Autorità risiede, nel caso, solamente nell'essere sottratta a poteri di direzione politica esercitati in modo diretto tramite direttive o atti di indirizzo. D'altra parte l'elemento di specialità dell'organismo, anche rispetto ai modelli più vicini, è stato rinvenuto, in un parere reso dalla Commissione (successivamente soppressa) istituita presso il Dipartimento della Funzione Pubblica sulla bozza di decreto legislativo<sup>9</sup>, nel fatto che « non esistono precedenti di autorità istituite per lo svolgimento di attività rivolte a soggetti pubblici (non competitivi) » e finalizzate, oltre che allo svolgimento di funzioni di controllo, alla promozione, indirizzo e sviluppo dei processi tecnologici ed organizzativi per favorire la qualificazione della domanda pubblica.

Per altro verso la non perfetta assimilabilità alle autorità amministrative indipendenti nasce dalla particolare configurazione organizzativa dell'Autorità ai fini dell'esercizio dei poteri di coordinamento e di verifica dei risultati, cui fanno capo i dirigenti responsabili dei sistemi informativi automatizzati (nonché dei risultati conseguiti attraverso l'impiego delle tecnologie informatiche) di ogni singola amministrazione (art. 10): in tale caso l'organismo opera come ufficio centrale di una organizzazione policentrica, con prevalenti funzioni di natura tecnica, non dissimilmente da quanto capita con l'ISTAT<sup>10</sup>.

#### 4. LE FUNZIONI DELL'AUTORITÀ.

Gli artt. 7, 8, 9, 10 e 15 del decreto legislativo sono dedicati alla individuazione delle funzioni attribuite all'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione. Giova precisare che alcune

<sup>9</sup> Tuttavia il parere non risulta pubblicato.

<sup>10</sup> V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, pag. 218.

di esse sono eredità di precedenti attribuzioni in capo alla Commissione per la meccanizzazione del Provveditorato generale dello Stato, altre sono chiaramente ispirate alle risalenti attribuzioni della Commissione istituita presso il Dipartimento della Funzione Pubblica, altre ancora rappresentano un elemento di novità nel settore. Le funzioni esercitate dall'Autorità sono così individuabili secondo categorie mutate dalla migliore giuspubblicistica:

a) rientrano nel novero delle funzioni di indirizzo<sup>11</sup> la definizione delle direttive per la predisposizione dei piani di formazione del personale in materia di sistemi informativi automatizzati (art. 7, lett. e), l'individuazione di norme tecniche e di criteri in tema di pianificazione, progettazione, realizzazione, gestione, mantenimento dei sistemi informativi automatizzati e delle loro interconnessioni, nonché della loro qualità e dei relativi aspetti organizzativi (art. 7, lett. a). Sono anche funzioni di indirizzo, che vanno tuttavia esercitate attraverso la proposta di adozione di provvedimenti da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, quelle concernenti le raccomandazioni destinate agli enti pubblici estranei alla immediata applicazione delle norme contenute nel decreto, quali regioni, enti locali e concessionari di pubblici servizi (art. 7, lett. h, in combinato disposto con l'art. 1, quarto comma). Collegata alla precedente è la disposizione che prevede una funzione di indirizzo sollecitata dalla partecipazione di altri enti, attraverso la stipulazione di appositi protocolli di intesa (con la Conferenza Stato Regioni, con le associazioni degli enti locali, con enti e società concessionari di pubblici servizi, art. 7, secondo comma);

b) la funzione di coordinamento è invece strettamente connessa con quella della programmazione. Due le ipotesi: una programmazione di settore, attraverso la quale siano promossi, d'intesa con le amministrazioni interessate anche non appartenenti al plesso amministrativo centrale, progetti intersettoriali e di infrastruttura informatica e telematica, cui segue un compito più strettamente operativo legato alla realizzazione dei medesimi mediante procedimenti fondati su intese e conferenze di servizi (è implicito il richiamo alle disposizioni di cui alla legge 241/90, art. 7, lett. c); una programmazione finanziaria (art. 7, lett. b in combinato con l'art. 9) di carattere triennale e relativi aggiornamenti annuali, predisposta dall'Autorità, ma approvata dal presidente del Consiglio di concerto con il Ministro del Tesoro e con il Ministro del Bilancio e della Programmazione economica. Il procedimento individuato per la redazione del piano prevede il coinvolgimento delle amministrazioni interessate, sulla base delle linee stra-

<sup>11</sup> Sulla quale, in generale, cfr. E. P. COZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1993.

tegiche predisposte dall'Autorità, cui spetta la verifica finale del programma triennale e l'esercizio di una potestà conformativa che serve ad individuare, nell'ambito del medesimo, i cd. contratti di grande rilievo (che costituiscono un ambito speciale di applicazione delle norme dettate in materia contrattuale).

c) la funzione di controllo prevista dall'art. 7, lett. d, è assimilabile alla fattispecie del controllo di gestione, concernendo i risultati conseguiti dalle singole amministrazioni con particolare riguardo ai costi ed ai benefici dei sistemi informativi automatizzati. A tal fine i compiti del nucleo di valutazione di cui all'art. 20, comma 2, del d.lgs 3 febbraio 1993, n. 29, sono attribuiti all'Autorità, che li esercita sulla base di una relazione annuale predisposta da parte del dirigente responsabile del sistema informativo della singola amministrazione (art. 10, secondo e terzo comma). Anche ispirata all'attività di controllo è la disposizione di cui all'art. 15, primo comma, che va tuttavia limitata ai casi in cui l'amministrazione si sia risolta ad affidare all'esterno, in tutto o in parte, la realizzazione del proprio sistema informativo: infatti, premesso che le amministrazioni e le imprese contraenti sono tenute a fornire all'Autorità ogni informazione richiesta, qualora essa ravvisi atti o comportamenti che possano far dubitare dell'avvenuto rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza dalla legge 287/90 ne riferisce tempestivamente al presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

d) la funzione consultiva viene assolta dall'Autorità attraverso l'espressione di pareri obbligatori sugli schemi di contratti concernenti l'acquisizione di beni e servizi relativi ai sistemi informativi pubblici, tramite una commissione appositamente costituita (art. 8). Occorre notare che nella prima versione del decreto sottoposta al giudizio delle Camere l'attività della commissione sostituiva tutti i pareri previsti dalle leggi previgenti: successivamente è stata ripristinata l'obbligatoria sottoscrizione dello schema contrattuale all'attività consultiva del Consiglio di Stato, con la conseguenza che la funzione dell'Autorità si limita alla sola valutazione della congruità tecnico-economica (così come era previsto nella precedente disciplina per la Commissione del Provveditorato generale dello Stato)<sup>12</sup>. Inoltre rientrano nella funzione consultiva la valutazione dei progetti di legge in materia di sistemi in-

<sup>12</sup> Con propria circolare del 24 marzo 1994, n. AIPA/CR/4 l'Autorità ha precisato (non essendo fissata nel decreto alcuna soglia di importo – solo in una precedente deliberazione della stessa Autorità del 2 aprile 1993 compariva il limite di valore pari a L. 300.000.000 –) i limiti di applicazione della disposizione, che riguarda i soli contratti che contemplino un esborso per

l'amministrazione superiore ai 120 milioni, comprensivi dell'imposta sul valore aggiunto. Successivamente con circolare 5 settembre 1994, n. AIPA/CR/6, l'Autorità ha ritenuto opportuno ripristinare la precedente soglia di importo (dunque 300 milioni) ai fini della obbligatorietà della richiesta del parere di cui all'art. 8 del decreto.

formativi automatizzati e la partecipazione agli organismi comunitari ed internazionali in base a designazione del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 7, lett. f e g).

e) la novità più significativa riguarda il rilievo giuridico attribuito alla funzione di mediazione<sup>13</sup>, finora prerogativa essenzialmente politica, di carattere informale, e non prevista esplicitamente da norme di diritto positivo. Si tratta, nel caso di specie, della composizione e risoluzione di contrasti operativi tra le amministrazioni concernenti i sistemi informativi automatizzati (art. 7, lett. i), ovviamente per ciò che riguarda l'intersettorialità (per singolo progetto), o la interconnettibilità (come obiettivo generale per tutte le amministrazioni) dei sistemi medesimi.

##### 5. LA DISCIPLINA APPLICABILE AI CONTRATTI AD OGGETTO INFORMATICO NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

La disciplina dettata per la revisione degli schemi contrattuali normalmente adottati per l'affidamento all'esterno delle attività di realizzazione, manutenzione, gestione e conduzione operativa dei sistemi informativi da parte delle amministrazioni pubbliche traduce i criteri e gli obiettivi fissati dalla disposizione di delega, ma non esaurisce il quadro normativo di riferimento per la materia, né suggerisce prescrizioni direttamente vincolanti nei confronti delle amministrazioni affidatarie.

Il primo sforzo interpretativo è quindi quello di coordinare, sulla base delle norme già esistenti, della disciplina comunitaria recepita nell'ordinamento ovvero direttamente applicabile, della giurisprudenza, delle leggi speciali, dei provvedimenti normativi sopravvenuti, le disposizioni formulate ad hoc negli artt. 12 e 13 del decreto legislativo<sup>14</sup>.

a) Non può esservi dubbio che il principale riferimento normativo per la materia in questione sia costituito dalla disciplina comunitaria in materia di appalti di forniture e servizi secondo la Direttiva 77/62/CEE e successive modificazioni (recepita con Decreto Legislativo 24 luglio 1992 n. 358), e dal 1 luglio 1994 secondo la Direttiva 93/36/CEE, nonché secondo la Direttiva 92/50/CEE, non ancora trasposta nell'ordinamento nazionale (in materia di servizi), ma direttamente applicabile per costante ed unanime giurisprudenza costituzionale e comunitaria. Ciò vale non solo per l'esplicito richiamo contenuto nell'art. 12, secondo

<sup>13</sup> V. U. FANTIGROSSI, *op. cit.*, pag. 226.

<sup>14</sup> Per un primo commento, in particolare sui controlli, sulla durata e sul regime transitorio dei contratti ad oggetto informa-

tico definiti dalle norme del decreto, v. G. ALPA, *I contratti informatici della P.A. Note sul d.lgs. n. 39 del 1993*, in questa *Rivista*, 1993, pagg. 627 e ss.

comma, lett. *a* (i capitolati prevedono in ogni caso « le modalità di scelta del contraente, secondo le disposizioni della normativa comunitaria »), né solo, come rammentato, per effetto della giurisprudenza comunitaria che ammette, in presenza di particolari condizioni<sup>15</sup>, tanto la diretta applicabilità delle direttive anche non trasposte quanto l'obbligo di disapplicazione, da parte delle autorità degli stati membri, del diritto interno difforme o confligente: ma anche perché proprio una fattispecie relativa ai contratti informatici nella pubblica amministrazione è stata oggetto di una condanna per il nostro paese di fonte alla Corte di giustizia delle Comunità europee. Infatti la sentenza del 5 dicembre 1989, causa 3/88<sup>16</sup>, ha stabilito che la Repubblica italiana sia venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato di Roma e della Direttiva 77/62/CEE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, riservando alle sole società con partecipazione statale maggioritaria la possibilità di stipulare convenzioni con la pubblica amministrazione per la realizzazione di sistemi informativi. Inoltre la medesima decisione ha chiarito, in sede di replica alle obiezioni sollevate dal Governo italiano, che non può essere invocato, a sostegno della deroga dalla osservanza della disciplina comunitaria, né il motivo della qualificazione dell'attività come servizio pubblico, né quello concernente la segretezza e la riservatezza delle informazioni di cui l'impresa contraente venga in possesso (dal momento che si tratta di obbligazioni estendibili a chiunque attraverso lo strumento contrattuale), né quello della particolare specializzazione richiesta per lo svolgimento delle attività di programmazione (scindibili, in ogni caso, da quelle di mera fornitura).

I criteri sopra menzionati consentono quindi di distinguere preliminarmente le fattispecie contrattuali in due diverse categorie:

— per le forniture (per la cui definizione si rinvia all'art. 2 del Decreto Legislativo 24 luglio 1992 n. 358): acquisto, locazione, leasing di hardware, licenza d'uso del software di base (collegato con contratti hardware), licenza d'uso di software applicativo standardizzato;

<sup>15</sup> Cfr. Corte Cost. n. 64 del 1990 e n. 168 del 1991, entrambe richiamate e commentate, la seconda con ampi stralci pubblicati, in C. D'ORTA, F. MEGALE, *Cronache comunitarie 1990*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 4 pagg. 1245 e ss., nelle quali il supremo organo, adeguandosi ad un indirizzo già tracciato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, ha ritenuto che la diretta applicabilità delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discende unicamente dalla qualificazione formale del-

l'atto fonte, ma richiede il riscontro, in sede interpretativa, di alcuni presupposti sostanziali, quali l'essere inutilmente decorso il termine per l'attuazione della direttiva da parte dello Stato membro, il carattere incondizionato delle prescrizioni (si da non lasciare margine di discrezionalità in sede di attuazione), e la sufficiente precisione delle stesse (cioè la compiuta determinazione della fattispecie astratta prevista e del contenuto del precetto).

<sup>16</sup> V. *supra*, nota 1.

— per i servizi (per la cui definizione si confronti l'art. 1 della Direttiva 92/50/CEE): sviluppo software applicativo, manutenzione/assistenza tecnica di hardware, manutenzione software, assistenza tecnico-applicativa sistemistica, conduzione centri, manutenzione impiantistica centri di elaborazione dati, acquisizione/elaborazione, trasmissione ed aggiornamento dati, formazione/addestramento, redazione dello studio di fattibilità, monitoraggio.

Per ciò che concerne la fattispecie della individuazione nella medesima struttura contrattuale, ovvero nel medesimo bando di gara, di prestazioni complesse o fra loro collegate, che appartengano quindi ad entrambe le categorie di contratti di fornitura e di prestazione di servizi (si pensi ad esempio alla realizzazione dell'intero sistema informativo) è possibile richiamare, ai fini della corretta applicazione delle disposizioni comunitarie, la norma contenuta nell'art. 2 della Direttiva 92/50/CEE, la quale dispone che « se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla Direttiva 77/62/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente Direttiva, esso rientra nel campo di applicazione della presente Direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto ».

b) Non appare invece applicabile alla fattispecie in esame la disciplina prevista in materia di opere pubbliche dalla direttiva 71/305/CEE e successive modificazioni (segnatamente dal 1° luglio 1994 la direttiva 93/37/CEE), nonché dalla recente legge 11 febbraio 1994, n. 109<sup>17</sup>. Allo stesso modo non si ritiene possa trovare applicazione, sulla base dell'interpretazione estensiva delle norme dettate in materia di opere pubbliche, nonostante un parere possibilista del Consiglio di Stato (n. 354/90 dell'11 dicembre 1991)<sup>18</sup>, il ricorso alla concessione (di committenza?) del sistema informativo, al fine di eludere le previsioni comunitarie. Sembrano infatti definibili due diverse ipotesi (occorre rammentare che lo stesso decreto legislativo n. 39 prevede un affidamento a terzi « anche tramite concessione » del sistema informativo pubblico, art. 2, secondo comma):

b.1) qualora fosse ravvisabile nella realizzazione e gestione di sistemi informativi pubblici la ricorrenza di una fattispecie concessoria, questa sarebbe, ai fini del diritto comunitario (quindi prevalente sulle fonti di diritto interno), del tutto equiparata ad un atto avente mero valore negoziale;

<sup>17</sup> La cui esecuzione è, come noto, in gran parte sospesa per effetto del d.l. 559/94.

<sup>18</sup> Pubblicato assieme al parere Cons. Stato, sez. III, 16 giugno 1992, n. 651/92,

in *Riv. trim. appalti*, 1993, 104 con nota di A. GALANTI, *Il cubo magico ed i contratti di informatica della pubblica amministrazione: problemi di qualificazione e procedure di affidamento*.

b.2) qualora viceversa si intendesse per concessione di pubblico servizio la fattispecie di natura pubblicistica determinata da un provvedimento autoritativo dell'amministrazione pubblica cui segue, in posizione di ausiliarità od accessorietà (quando non di vera e propria sostituzione), una convenzione stipulata con un privato-impresa, essa potrebbe trovare legittimazione solo dalla contemporanea ricorrenza di due requisiti: da un lato, per il nostro ordinamento, la qualificazione dell'attività svolta (nel caso di specie la realizzazione e gestione del sistema informativo) come pubblico servizio in senso soggettivo o (più difficilmente) oggettivo; dall'altro, in forza dell'eccezione prevista dall'art. 55 del Trattato istitutivo della CEE, la partecipazione, sia pure occasionale, dell'attività a pubblici poteri. Non pare che la gestione dell'informatica nella pubblica amministrazione sia terreno nel quale possano essere rinvenute le circostanze in precedenza indicate: in primo luogo non esiste alcuna norma di legge che attribuisca alla conduzione di un sistema informativo interno alla pubblica amministrazione il rango di pubblico servizio; in secondo luogo tale attività non pare assoggettata a programmi e controlli con lo scopo di essere indirizzata e coordinata a fini sociali (cioè trattata secondo i criteri attraverso i quali, per una controversa dottrina, andrebbe ricostruita la categoria del servizio pubblico in senso oggettivo). In ultimo occorre rammentare che la portata eccezionale dell'art. 55 del trattato va interpretata, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee<sup>19</sup>, in senso restrittivo: secondo la Corte l'autorità pubblica è l'incarnazione della sovranità dello Stato, e come tale consente ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi cui i privati devono sottomettersi. La facoltà di esercitare tale autorità non può quindi che emanare dallo Stato, direttamente o in forza di delega conferita a persone che non debbono necessariamente far parte dei pubblici dipendenti. Se questi sono i parametri per valutare la partecipazione dell'attività all'esercizio di pubblici poteri non si vede come possano applicarsi alla realizzazione e gestione di un sistema informativo: l'informatica nella pubblica amministrazione non riveste la natura di pubblico servizio, ma è una modalità organizzativa di servizi e funzioni di prevalente natura tecnica.

In forza delle considerazioni sopra riportate appare con tutta evidenza che la concessione di progettazione, realizzazione e gestione di un sistema informativo pubblico consista in un mero *nomen juris* che cela in realtà una fattispecie di tipo meramente ne-

<sup>19</sup> Cfr., per tutte, la decisione 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners, in *Raccol-*

*ta*, 1974, pagg. 631 e ss.



goziale, come tale pienamente assoggettabile alla disciplina comunitaria individuata *sub a*).

# 6. (Segue). LE DISPOSIZIONI DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 39/93.

c) Ovviamente la disciplina comunitaria può trovare applicazione nel caso in cui la individuazione del valore complessivo dell'appalto sia tale da superare le soglie minime di importo stimato previsto; per la parte residuale troveranno applicazione le norme previste dalle vigenti disposizioni legislative e regolamentari in materia di contabilità generale dello Stato<sup>20</sup>.

d) Per ciò che concerne le leggi speciali, la legge 1986 n. 770 che disciplina le procedure contrattuali dello Stato per l'esecuzione dei programmi di ricerca e per l'acquisizione e la manutenzione di prodotti di alta tecnologia, essa potrà trovare applicazione, sia pure eccezionale, per i contratti ad oggetto informatico, previa la sua compatibilità con la disciplina comunitaria: in particolare con la direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, che ha direttamente considerato e regolato le fattispecie contrattuali aventi ad oggetto prestazioni di studio e ricerca<sup>21</sup>.

e) Quanto alle regole sancite da fonti sub-primarie il d.m. del Ministro del Tesoro dell'8 febbraio 1986 (il capitolato d'oneri per gli acquisti e la locazione di apparecchiature e di prodotti diversi, e per la prestazione di servizi in materia di informatica) esso è stato implicitamente abrogato dall'art. 12 del decreto 39/93, che ha previsto che «le clausole generali dei contratti che le singole amministrazioni stipulano in materia di sistemi informativi automatizzati sono contenute in capitolati approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro del Tesoro, su proposta dell'Autorità».

Così definito in quadro normativo applicabile ai contratti ad oggetto informatico è possibile esaminare succintamente le disposizioni speciali che il legislatore ha dettato in materia nel decreto legislativo n. 39/93. Giova chiarire che la scelta praticata è stata

<sup>20</sup> Giova rammentare che il d. lvo. 24 luglio 1992, n. 358 che costituisce il testo unico in vigore nel nostro ordinamento per la disciplina degli appalti pubblici di forniture, nel proprio art. 1, comma 2 ha previsto un importo inferiore di applicabilità delle norme di derivazione comunitaria (130.000 unità di conto europee) per alcune amministrazioni centrali. Inoltre il D.P.R. 18 aprile 1994, n. 573 recante norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo co-

munitario ha sostanzialmente richiamato, in materia di bandi di gara e di scelta del contraente, alcune disposizioni contenute nel decreto legislativo sopra richiamato.

<sup>21</sup> Occorre richiamare la circolare 5 settembre 1994, n. AIPA/CR/6 dell'Autorità, nella quale viene distinta, ai fini della sottoposizione al parere della commissione prevista dall'art. 8 del decreto 39/93, l'attività di ricerca propriamente intesa dall'attività amministrativa e didattica, solo per la quale sussiste l'obbligo legislativamente previsto.

quella di rimettere alle prescrizioni dell'Autorità l'individuazione di una disciplina di dettaglio, vincolando la redazione di capitolati appositi al rispetto di alcune disposizioni di natura procedurale (per ciò che concerne la scelta del privato contraente) e sostanziale (per ciò che attiene al regime di esecuzione delle prestazioni). In ordine alla prima serie di vincoli (art. 12) si richiamano la scelta del contraente secondo procedure ad evidenza pubblica conformi alla disciplina comunitaria, i criteri di individuazione del costo complessivo e delle singole componenti di costo, i requisiti di idoneità del personale impiegato, le ipotesi ed i limiti del subappalto; per ciò che riguarda la seconda categoria di previsioni obbligatoriamente presenti nei futuri capitolati si richiamano i criteri per la vigilanza in corso d'opera, per i collaudi parziali e per quello definitivo, le penali per i ritardi e per le altre forme di inadempimento, le modalità per la consegna e l'acquisizione dei beni e dei servizi forniti, i criteri e le modalità per eventuali anticipazioni, la dichiarazione che i titolari dei programmi applicativi sviluppati siano le amministrazioni affidatarie.

Le norme sopra richiamate si riferiscono indistintamente a tutti i contratti ad oggetto informatico. Tuttavia, rispetto alla disciplina previgente, il legislatore ha inserito una variante procedimentale, sostanzialmente definendo una sorta di specializzazione delle attività prestate alle amministrazioni pubbliche dalle imprese fornitrici, con la conseguenza di una necessaria separazione dei diversi momenti nei quali si articola lo sviluppo del sistema informativo: ciò vale non solo in ordine al loro specifico contenuto, ma anche sotto il profilo della impossibilità del cumulo, da parte di una medesima impresa, delle diverse prestazioni (riconducibili a tre categorie, studio di fattibilità, realizzazione del sistema e monitoraggio) di cui l'amministrazione intende avvalersi (art. 13, primo comma). Il criterio discrezionale di tale fattispecie rispetto alla generalità degli schemi contrattuali adottabili si fonda sulla ricorrenza dei cd. contratti di grande rilievo, ai sensi dell'art. 9 e dell'art. 17 del decreto legislativo: le norme primarie si limitano tuttavia a stabilire il potere di individuazione in capo all'Autorità di simili fattispecie contrattuali, ma non individuano i parametri dell'esercizio di una tale discrezionalità.

Le norme contenute nell'art. 13 prevedono in ordine agli studi di fattibilità che, diversamente dal precedente capitolato d'onere, il quale richiedeva indistintamente la redazione dello studio per ogni iniziativa di automazione (fatta eccezione di quelle di mero adeguamento), essi siano redatti solo nel caso di contratti di grande rilievo, di regola dalla medesima amministrazione. Nell'ambito dei redigendi capitolati dovrà essere previsto (« in ogni caso ») il rilievo da attribuire a tali studi di fattibilità (presumibilmente come base per la predisposizione di appositi bandi di gara) ai fini dell'aggiudicazione dei successivi contratti per la rea-

lizzazione del sistema, cui non ha facoltà di partecipare l'impresa autrice dello studio.

Tuttavia il maggior elemento di novità della disciplina contrattuale risiede nella previsione della sottoposizione dei contratti di grande rilievo a periodica attività di monitoraggio, secondo criteri e modalità stabiliti dall'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione. A tale attività dovrebbe provvedere l'amministrazione interessata, ovvero su sua richiesta, l'Autorità medesima. Specifica inoltre la medesima norma:

« In entrambi i casi l'esecuzione del monitoraggio può essere affidata a società specializzata inclusa in un elenco predisposto dall'Autorità e che non risulti collegata, ai sensi dell'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con le imprese parti dei contratti ».

La previsione legislativa, piuttosto laconica sul punto, va inoltre interpretata alla luce degli artt. 9, 12 e 17 del medesimo decreto legislativo, nonché in relazione alla portata delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (segnatamente di servizi), al fine di inquadrare compiutamente la fattispecie considerata.

Come detto né l'art. 9, né l'art. 17 stabiliscono le modalità di preventiva individuazione del contratto di grande rilievo: a tale proposito giova richiamare la circolare AIPA 28 ottobre 1993, n. Aipa/Cr/3, nella quale è stato pubblicato un primo elenco di simili contratti, e dalla quale si arguisce che i contratti suscettibili di tale connotazione sarebbero, almeno in una prima fase, quelli il cui importo complessivo, al netto di IVA, risulti superiore ai 50 miliardi di lire, ovvero ai 10 miliardi di lire in caso di contratti a validità pluriennale. Resta ovviamente inteso che qualsiasi pubblica amministrazione (anche locale) potrebbe comunque dar corso, pur non essendovi giuridicamente tenuta, allo svolgimento di attività di monitoraggio, secondo modalità proprie, ovvero (più plausibilmente) secondo i criteri che saranno individuati dall'Autorità per l'informatica.

Il decreto legislativo non specifica inoltre quale sia il contenuto tipico della prestazione richiesta ai fini del monitoraggio<sup>22</sup>: da un lato non pare comunque dubbio che si tratti di una attività di servizio reso nei confronti della P.A. (ai sensi dell'art. 1 della direttiva 92/50/CEE, non recepita nel nostro ordinamento, ma già applicabile a decorrere dal 1° luglio 1993); dall'altro il compito della individuazione delle modalità di esecuzione della prestazione dovrebbe trovare luogo nell'ambito degli appositi capitolati

<sup>22</sup> V. tuttavia la circolare 5 agosto 1994, n. AIPA/CR/5 nella quale si trova esplicitamente affermato che « il monitoraggio ... pur appartenendo alla categoria delle attività di controllo e pur non modificando gli ambiti di responsabilità dei sog-

getti previsti dal contratto sottoposto al monitoraggio, si caratterizza per la sua valenza cooperativa con le attività di esecuzione del contratto, distinguendosi, quindi, dalla verifica e dal collaudo, regolato quest'ultimo dal codice civile.

predisposti dall'Autorità secondo i criteri individuati nell'art. 12 del decreto legislativo.

Sulla base della considerazione in precedenza espressa non sussistono dubbi circa la diretta ed immediata applicabilità della disciplina prevista dalla direttiva 92/50/CEE alla fattispecie (qualora l'amministrazione interessata, ovvero l'Autorità, decidano di avvalersi della prestazione di una impresa): è tuttavia chiaro che la scelta del contraente secondo le modalità previste dalle norme comunitarie (procedure aperte, ristrette e negoziate) è comunque subordinata alla possibilità di predeterminazione dell'importo contrattuale (che deve essere superiore alle 200.000 unità di conto europee). Nel caso in cui tale soglia non venga superata è comunque applicabile la disciplina prevista nell'ambito della legge e del pedissequo regolamento sulla contabilità generale dello Stato.

La norma contenuta nell'art. 13 del decreto n. 39 in precedenza richiamata impone in ultimo che il monitore sia una società specializzata, che sia iscritta in un apposito elenco speciale, che non sia collegata ai sensi della legislazione antitrust alle imprese realizzatrici del progetto. Quanto al primo requisito (società) esso dovrebbe essere interpretato estensivamente come impresa, ovvero come prestatore di servizio, dal momento che, diversamente deducendo, potrebbe determinarsi un insanabile contrasto con la disciplina comunitaria (direttiva 92/50/CEE) che non ammette discriminazioni, in base alla forma giuridica, sui prestatori di servizi. Quanto alla specializzazione dell'impresa essa dovrebbe essere dedotta sulla base delle disposizioni dell'art. 32 della direttiva più volte richiamata (competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità): tuttavia, se si tratti di impresa costituita in forma societaria, non appare dubbio che l'elemento di specializzazione possa essere dedotto, in prima analisi, direttamente dall'oggetto sociale (che deve quindi esplicitamente prevedere lo svolgimento di attività di monitoraggio informatico ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. 39/93). Analogamente dovrebbero essere escluse dal medesimo tutte quelle attività che non appaiono conformi allo svolgimento di consulenze in ambito informatico. Quanto alla iscrizione nell'elenco speciale valgono ugualmente considerazioni circa la compatibilità con la disciplina comunitaria: se quindi l'elenco fosse discriminatorio rispetto alle norme di partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di servizi, esso non potrebbe essere adottato come requisito indefettibile per la qualificazione del monitore. Quanto alla previsione contenuta nell'art. 7 della legge 287/90 in materia di influenza dominante sulle imprese sembrerebbe potersi affermare che l'assenza di ogni forma di controllo o di collegamento tra le imprese realizzatrici del progetto sia requisito da valutare in concreto, quindi caso per caso, e non in astratto, cioè prima che venga affidata l'attività al singolo prestatore di servizi.