

Parte seconda

Linee guida della politica contrattuale dell'informatica nella P.A.

1. Per l'organizzazione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, l'art. 2 del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, prevede due diverse ipotesi: che le singole amministrazioni provvedano con proprio personale; che esse possano ricorrere a prestazioni di terzi.

Al comma 1, l'art. 2 del D.Lgs. n. 39 del 1993, dispone che "le amministrazioni provvedono di norma con proprio personale alla progettazione, allo sviluppo ed alla gestione dei propri sistemi informativi". Con tale previsione non si ritiene che il legislatore abbia voluto stabilire un generale principio in virtù del quale le amministrazioni siano tenute ad organizzarsi in proprio, salvo il caso di "particolari necessità di natura tecnica" (art. 2, comma 2 D.Lgs. n. 39/93). Deve infatti ritenersi che la citata disposizione sia norma programmatica, da interpretare tenendo presente i principi del buon andamento e dell'economicità (art. 97 Cost. e art. 1 L. n. 241/90); perciò, tenendo anche presente il rapporto costi-benefici della gestione in proprio di un servizio informativo automatizzato, potrà essere valutata, da parte di ciascuna amministrazione, la convenienza, sotto i profili organizzativi e funzionali, di affidare a terzi, in tutto o in parte, il proprio sistema informativo.

Tale è peraltro la modalità organizzativa più diffusa nei Paesi ad alto sviluppo tecnologico, denominata con il termine *outsourcing*. Si tratta di un termine, privo di rilevanza giuridica, e, dunque, meramente descrittivo, con il quale si fa riferimento alla prassi in base alla quale, in ragione della necessità di acquisire professionalità e tecnologie nel campo informatico, si provvede, attraverso la flessibilità propria del modulo negoziale, all'acquisizione di attività e funzioni esterne all'amministrazione.

In tale contesto le singole amministrazioni potranno dunque valutare l'opportunità e la convenienza, anche per la riduzione dei costi da sopportare, di rivolgersi al mercato per l'acquisizione di forniture e servizi di natura informatica, nel rispetto dei principi concorsuali di scelta del terzo contraente, mantenendo un costante potere di controllo ovvero riservandosi ulteriori funzioni di importanza strategica sul proprio sistema informativo automatizzato.

2. In ordine al secondo profilo, concernente l'affidamento a terzi delle prestazioni informatiche, utili elementi di indagine e di approfondimento, per la ricostruzione di linee guida della politica contrattuale in materia informatica della pubblica amministrazione, sono rinvenibili nella deliberazione n. 79/92 della Sezione del controllo.

La deliberazione concerne il decreto ministeriale¹², con cui veniva approvata la convenzione con la società Italsiel (ora Società Finsiel S.p.A.) per l'affidamento in concessione della conduzione e sviluppo del sistema informativo della Ragioneria generale dello Stato¹³ e¹⁴.

Nell'esame del provvedimento, la Corte ha ritenuto che l'attribuzione ad un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione, individuato non a mezzo di procedura concorsuale, ma attraverso un'investitura fiduciaria basata sull'*intuitus personae*, di attività e funzioni pubbliche e dei correlati poteri e potestà al fine del conseguimento di un'utilità di "servizio", cioè strumentale alla cura di pubblici interessi pur essendo figura nota al nostro ordinamento

¹² In proposito, vanno comunque segnalati i pareri CdS nn. 354/90 e 651/92.

¹³ Cfr. Corte dei conti, *Relazione sul rendiconto generale per l'esercizio finanziario 1994*, in Camera dei deputati, XII legislatura, *Atti parlamentari* doc. XIV n. 2, vol. IV, p. 92. Vedi, *infra*, paragrafo 6: con D.L. n. 669/96, art. 16, convertito dalla L. n. 30/97, la concessione con la società Finsiel S.p.A. è stata prorogata, e comunque "non oltre il 31 dicembre 1997". Cfr., anche, Corte dei conti, *Relazione sul rendiconto generale per l'esercizio finanziario 1992*, in Camera dei deputati, XI legislatura, *Atti parlamentari* doc. XIV n. 2, vol. I, p. 313.

¹⁴ Decreto del Ministro del tesoro n. 149478 del 20 giugno 1992

non è prevista in modo generale ed astratto, bensì in virtù di singole leggi che di volta in volta l'autorizzano.

E, nella specie, la Sezione del controllo ha ritenuto che la legge n. 890 del 1986, nel prevedere la "stipula di convenzioni in deroga alle norme di contabilità generale dello Stato", non contiene alcun elemento testuale che giustifichi il ricorso allo schema concessorio.

3. In ordine all'utilizzazione del modulo concessorio, l'art. 2, comma 2 D.Lgs. n. 39 del 1993¹⁵ ammette il ricorso alla concessione soltanto in ipotesi del tutto residuali, peraltro assimilabili a quelle di privativa tecnica contemplate per i contratti dall'art. 7 comma 2 lett. b) D.Lgs. n. 157/95 e dall'art. 41, comma 1 n. 3 della legge di contabilità generale dello Stato¹⁶. A tale riguardo, è significativo rilevare che la norma contenuta nel citato art. 2, comma 2 D.Lgs. n. 39 del 1993 condiziona il ricorso alla concessione - in funzione del trasferimento di attività che partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri - tanto a "particolari necessità di natura tecnica", quanto ad una "adeguata motivazione", avuto altresì riguardo al piano triennale di cui al successivo art. 9 del medesimo D.Lgs. n. 39/93¹⁷.

¹⁵ La norma dispone che "ove sussistano particolari necessità di natura tecnica, adeguatamente motivate, le amministrazioni possono conferire affidamenti a terzi, anche tramite concessione".

¹⁶ Si osserva in proposito che nel caso di cui alla citata deliberazione n. 79/92, la Sezione del controllo ha altresì censurato la previsione contenuta nella concessione del ricorso indiscriminato a prestazioni specialistiche esterne da parte del concessionario con addebito indifferenziato all'amministrazione.

¹⁷ Cfr., in proposito, D.P.R. n. 419/95, art. 10, comma 3, regolamento recante "Norme in materia di coordinamento con le esigenze di difesa nazionale dei sistemi informativi automatizzati delle Amministrazioni pubbliche", che, in considerazione della peculiarità delle prestazioni di specie, prevede la possibilità del ricorso anche al modulo concessorio che, invece, è espressamente escluso per i sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche concernenti la sicurezza dello Stato (art. 6, comma 1, D.P.R. n. 680/94).

In ogni caso, come già anticipato dalla Corte dei conti¹⁸, un'attenta interpretazione della direttiva n. 92/50/CEE induce a ritenere che lo strumento della concessione, pur non espressamente disciplinato dalla stessa direttiva, debba essere comunque ricondotto nell'ambito delle procedure concorsuali, salvo che nelle ipotesi di cui si è detto e di altre particolari di cui si dirà nel prosieguo.

Ed in proposito deve evidenziarsi, argomentando dall'art. 8 della direttiva 92/50/CEE, come i "servizi informatici ed affini" siano definiti dall'Allegato I A della citata direttiva come "prioritari" in ordine alla piena e diretta operatività della direttiva medesima¹⁹.

In materia di sistemi informativi automatizzati, la pubblica amministrazione, per l'affidamento a terzi, è dunque tenuta, come regola generale, ad avvalersi della disciplina dell'appalto di servizi contenuta nella direttiva comunitaria n. 92/50/CEE e nelle norme nazionali di recepimento di cui al D.Lgs. n. 157/95.

4. Anche se nella direttiva 92/50/CEE manca una definizione esplicita dell'attività di "servizio", appare però evidente, dal preambolo e dal contesto delle norme che disciplinano il suo affidamento, che la Comunità ha inteso riferirsi a quel tipo di commesse pubbliche mirate all'ottenimento della prestazione di attività strumentali ("servizio") da parte dei privati, sia in forma imprenditoriale, sia in quella forma che nel nostro ordinamento può qualificarsi come *locatio operis*, e cioè nei casi in cui la relativa domanda è rivolta a singoli

¹⁸ Cfr. Corte dei conti. *Relazione sul rendiconto generale per l'esercizio finanziario 1994*, in Camera dei deputati. XII legislatura. *Atti parlamentari* doc. XIV n. 2, vol. I, p. 93.

¹⁹ La direttiva 92/50/CEE può qualificarsi tra le direttive di "seconda generazione" che hanno il dichiarato scopo di rendere "effettiva", e non solo teorica, la libertà di circolazione di beni e servizi e quindi la complessiva liberalizzazione delle commesse pubbliche. Cfr. Parere C d S II Sezione n. 381/93.

Cfr., anche, parere della Commissione giuridica e per i diritti dei cittadini 6 maggio 1991.

In tale contesto, l'ultimo tassello per la liberalizzazione del settore delle commesse pubbliche è stato posto con il D.P.R. n. 158/1995 che ha recepito le direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi.

soggetti (come i professionisti) che forniscono le prestazioni senza organizzazione di impresa.

La nozione giuridica di "servizio" (art. 60 del Trattato), nell'ordinamento comunitario, è dunque da intendersi nel senso ampio del termine e, in essa, può ricondursi ogni attività che consista in un *facere* retribuito.

Lo schema contrattuale dell'appalto dei servizi ben si attaglia nelle ipotesi di affidamento di sistemi informativi automatizzati in quanto, in tali casi, l'elemento qualificante della causa contrattuale è l'ottenimento di una prestazione utile; ed in ciò consiste il risultato dell'obbligazione assunta dall'appaltatore nei confronti dell'amministrazione committente. Difatti, nell'appalto di sistemi informativi automatizzati, l'attività non rileva soltanto sul piano del comportamento diligente del prestatore, ma soprattutto sul piano del risultato utile che se ne attende.

L'ampiezza dell'accezione del termine "servizi" contenuta nella direttiva 92/50/CEE è coerente con l'esigenza di concorrere alla formazione di "un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, dei capitali"²⁰.

Nell'ambito di tale nozione rientrano indubbiamente i servizi informatici; talché, il modello organizzatorio che la P.A. è di norma tenuta ad apprestare per l'assegnazione a terzi di tale tipologia di servizi è il ricorso alle procedure di cui alla citata direttiva n. 92/50/CEE, recepita con D.P.R. n. 157/95, ovvero, qualora il valore del contratto sia sotto la soglia comunitaria, a quelle previste dalla legge di contabilità generale dello Stato²¹.

²⁰ Art. 3, lett. c) del Trattato e art. 8 A, aggiunto dall'art. 13 dell'Atto Unico europeo, ratificato e reso esecutivo dalla L. n. 909 del 1986.

²¹ Agli stessi criteri si ispirano, per i c.d. settori esclusi, le direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE, recepite con D.Lgs. n. 158/95.

Conclusivamente, in materia di sistemi informativi automatizzati nelle pubbliche amministrazioni, con le precisazioni dianzi esplicitate, è da ritenere non ammissibile, per l'organizzazione di tali servizi, lo schema concessorio, su base di diretto affidamento, se non in casi eccezionali.

5. Le eccezionali ipotesi di ricorso al modulo concessorio, senza esperimento della procedura concorsuale, rispetto all'esigenza della formazione di "un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, dei capitali", sono riconducibili al disposto dell'VIII° "considerando" della direttiva servizi.

Esso testualmente dispone: "Considerando che la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti di appalto; che la prestazione su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo di applicazione della presente direttiva".

Tale disposizione, che fa riferimento a prestazioni di servizio che non sorgono in base ad un meccanismo contrattuale, bensì in forza immediata e diretta di una specifica normativa, deve però ritenersi di stretta interpretazione; nel senso cioè di non eludere gli obiettivi della direttiva medesima; per cui deve ragionevolmente ritenersi che tale previsione faccia, appunto, riferimento ad ipotesi particolari in cui la legge preveda obbligatorie prestazioni di servizio da parte di privati (es. prestazione di attività sanitarie in occasione di pubbliche calamità), ovvero in casi in cui il cittadino non sia libero di chiedere o meno la prestazione di servizi (es. smaltimento di rifiuti urbani), ovvero qualora la richiesta di prestazione sia libera, ma la norma disciplini l'entità del corrispettivo da versare per il

servizio reso (es. tasse scolastiche o corrispettivo per l'accesso a musei)²², ovvero ancora nei casi in cui la legge individui moduli organizzatori di cui l'amministrazione possa avvalersi per l'esercizio di determinati servizi, prevalentemente senza scopo di lucro²³.

In ogni caso, le forme di individuazione del contraente per lo svolgimento di un servizio, senza il ricorso a procedure concorsuali previste da leggi o regolamenti, devono comunque essere compatibili con i principi generali del Trattato U.E. (artt. 52-66, 85, 86, 90.2).

In tale contesto normativo possono essere inquadrare pregresse iniziative governative d'urgenza (decreto-legge 7 gennaio 1995, n. 1, reiterato con decreto-legge 9 marzo 1995, n. 64, successivamente non reiterato né convertito in legge) che con specifica disposizione consentivano al Ministero del tesoro di assegnare in concessione le attività di sviluppo, manutenzione e conduzione del sistema informativo della Ragioneria generale dello Stato "con affidamento fiduciario a società specializzata, avente comprovata esperienza pluriennale nella realizzazione e conduzione dei sistemi informativi complessi, anche in deroga alla legge di contabilità dello Stato"²⁴.

In termini più generali, con estrazione delle iniziative governative d'urgenza dianzi citate, si osserva che la previsione di diritti speciali o esclusivi attribuiti mediante "qualsiasi

²² Cfr. parere C.d.S. n. 381/93. Esiste poi anche il settore della previdenza ed assistenza sociale in cui operano pubbliche amministrazioni obbligate da fonti normative a determinate prestazioni di servizi agli assistiti o agli assicurati.

²³ Alla luce delle premesse esplicitate nel testo, coerenti come sono con l'inciso di cui alla disposizione contenuta nell'art. 5, comma 2, lett. h) D.Lgs. n. 157/95, che ha recepito la direttiva 92/50/CEE ("purché queste siano compatibili con il Trattato"), può convenirsi con la lettura che di tale norma dà l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Con la deliberazione AS 61 *Trattamento automatico dell'informazione regione Piemonte*, resa nel corso dell'adunanza del 16 novembre 1995, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto compatibile con l'art. 5, comma 2, lett. l) (*rectius* lett. h) del citato D.Lgs.) l'esclusione del ricorso a procedure pubbliche di appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice, in base ad un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in quanto il Consorzio per il trattamento automatico dell'informazione è ente pubblico operante in qualità di amministrazione aggiudicatrice, cui la regione Piemonte si rivolge in virtù di un'esclusiva prevista dalla legge regionale stessa. Cfr. "Supplemento al Bollettino n. 12/1996 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato".

²⁴ Vedi, *infra*, paragrafo 6

disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa" che riservi ad uno o più enti l'esercizio di un'attività, infatti, se vale ad escludere l'applicabilità della direttiva servizi 92/50/CEE, deve comunque essere compatibile con i principi generali dell'Unione Europea volti a garantire la realizzazione dell'integrazione comunitaria dei mercati.

In tal senso, la compatibilità delle norme nazionali è subordinata al rispetto di un criterio oggettivo di proporzionalità tra l'interesse generale perseguito e le limitazioni imposte allo sviluppo degli scambi e al funzionamento dei meccanismi concorsuali all'interno dell'Unione europea.

Nella logica del citato art. 90.2, la deroga alle norme del Trattato può pertanto ritenersi ingiustificata nei casi in cui sia possibile dimostrare che un determinato servizio pubblico potrebbe essere esercitato garantendo l'adempimento della specifica "missione" nel rispetto dei principi posti a presidio dell'integrazione dei mercati quali le libertà di stabilimento, di circolazione dei servizi e di concorrenza.

La deroga *ex lege* potrebbe dunque ritenersi rispettata qualora, in considerazione della peculiarità del servizio pubblico di specie, il mercato non fosse in grado di consentirne la realizzazione per ragioni di convenienza economica ovvero per motivi di equità sociale (fermo comunque restando il rispetto dell'art. 86 del Trattato: divieto di abuso di posizione dominante).

In ogni caso, la disciplina comunitaria prevale sulle leggi-provvedimento nazionali o leggi speciali per specifiche materie per modo che, in ipotesi di riscontrato contrasto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario²⁵, potrà provvedersi alla diretta

²⁵ Cfr. Corte dei conti, *Referto al Parlamento sul tema: Le società a partecipazione statale. tipologia e caratteri dei rapporti contrattuali con le amministrazioni dello Stato*, 1993 in Camera dei deputati, XI legislatura, *Atti parlamentari*, p. 9.

disapplicazione della disciplina nazionale difforme²⁶ ovvero ad attivare il procedimento di cui all'art. 177 del Trattato in caso di incertezza interpretativa della normativa comunitaria in relazione al caso di specie.

Inoltre, fuori dei citati casi, la direttiva 92/50/CEE trova applicazione anche nelle ipotesi in cui leggi o regolamenti prevedano (in via mediata), per le amministrazioni pubbliche, un obbligo o una facoltà di stipulare contratti, accordi, convenzioni o in genere schemi pattizi comunque denominati aventi ad oggetto le prestazioni di servizi elencate negli allegati alla direttiva medesima²⁷.

6. Tale approdo ermeneutico risulta avvalorato dal vigente assetto costituzionale.

In particolare, l'istituto della concessione (su base di diretto affidamento) - se inteso come strumento attraverso il quale si consente ad un unico soggetto od ad una pluralità di operatori (il cui numero sia stabilito al di fuori delle regole di mercato) l'esercizio di un'attività o l'uso di un bene in settori sottratti all'autonomia individuale - non può ritenersi ricompreso tra i mezzi di esercizio dei poteri di programmazione e controllo previsti dall'art. 41 Cost. per modo che l'attività economica sia "indirizzata e coordinata" a fini sociali.

Indirizzo e coordinamento possono legittimamente sostanziarsi in restrizioni eccezionali all'accesso al mercato, rispondenti a rigorosi criteri tecnici, ovvero nella determinazione di atti di programma, di generali linee-guida, anche di tipo vincolante, ma ad oggetto specifico, senza che ciò comporti effetti distorsivi sulla concorrenza e sul mercato; in via di principio, non sembra quindi coerente con il sistema delineato la pervasività tipica

²⁶ Cfr. sentenze della Corte costituzionale nn. 170/84; 113/1985; 389/1989; 64/1990; 168/1991; 384/94.

²⁷ In tal senso cfr. anche parere del C.d.S. n. 381/93 citato.

della concessione che comporta, come regola, la restrizione dell'accesso al mercato con connessa posizione privilegiata dell'impresa concessionaria.

Devesi peraltro osservare che, in materia di concessioni di servizi, e dunque di attività, riflessi particolarmente pregiudizievoli della concorrenza derivano principalmente dalla presenza di un intervento diretto dello Stato sulla struttura del mercato, attraverso meccanismi di determinazione autoritativa del numero degli operatori.

Le concessioni (con affidamento diretto), inoltre, non soltanto non possono trovare fondamento nell'art. 41 Cost., ma neppure nel disposto di cui all'art. 43 Cost. qualora non sussista un necessario nesso tra "riserva" e "concessione"²⁸.

Fuori dell'ambito di applicazione degli artt. 41 e 43 Cost., eventuali leggi *ad hoc*, che, nel settore dei sistemi informativi automatizzati delle pubbliche amministrazioni, individuassero direttamente o indirettamente il soggetto concessionario, potrebbero comportare, come già anticipato, problemi di compatibilità con i principi costituzionali, oltre che con quelli comunitari²⁹.

7. Con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht sulla Unione Europea del 7 febbraio 1992, è stato inserito, nel testo del precedente Trattato di Roma, un articolo aggiuntivo, l'articolo 3A, il quale prescrive che l'azione degli Stati membri della Comunità "sia condotta conformemente al principio di una economia di mercato e in libera concorrenza"; formula ripetuta all'art. 102 A dello stesso Trattato³⁰.

²⁸ Cfr., ad esempio, Corte costituzionale 27 ottobre - 15 novembre 1988, n. 1030 che (al punto n. 9) ha affermato la coerenza con l'art. 43 Cost. del vigente regime concessorio in materia di servizi di radiocomunicazione effettuati a mezzo di ponti radio.

²⁹ Nei sensi che precedono si è espressa anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella *Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri*, Roma, luglio 1994 e nella *Relazione annuale sull'attività svolta*, 30 aprile 1996.

³⁰ Ulteriore limite ai margini di manovra dei legislatori nazionali, soprattutto nella possibilità di proteggere i soggetti del proprio Paese, deriverà dall'accordo multilaterale Ita (*Information technology agreement*) raggiunto tra i Paesi della Quadrilaterale (USA, U.E., Giappone e Canada) in sede Wto in data 12 dicembre 1996 e divenuto operativo il 3

In tale contesto, nell'analisi delle modalità di scelta degli operatori per lo svolgimento di servizi pubblici, ciò che appare di sicuro rilievo, è il controllo - anche della Corte dei conti - del rispetto, da parte delle pubbliche amministrazioni e degli enti che erogano servizi pubblici, dei procedimenti, individuati dalle direttive comunitarie, per l'attribuzione a soggetti terzi di attività volte al conseguimento di un'utilità di "servizio", strumentali cioè alla cura di pubblici interessi, ovvero anche di funzioni pubbliche e dei correlati poteri e potestà.

A tale ultimo riguardo, la Commissione U.E., nel recente Libro Verde *"Gli appalti nell'Unione europea"*³¹, ha osservato che in materia di concessioni di diritti speciali o esclusivi "le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare le disposizioni del Trattato CE, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi, nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento"³².

8. Il mancato rispetto delle norme procedurali in materia di appalto di pubblici servizi, vanificando i criteri di garanzia contenuti nelle direttive sugli appalti, può comportare altresì la violazione di altre norme contenute negli artt. 85 e 86 del Trattato³³ poste a diretta tutela della concorrenza.

marzo scorso con l'adesione di alcuni Paesi che hanno portato al 90% la copertura del mercato come richiesto dal Protocollo di Singapore. Per effetto di tale accordo, a partire dal 1997, entro il 2000 è previsto l'azzeramento delle tariffe doganali per la completa liberalizzazione dei prodotti informatici, che vanno dall'*hardware* al *software*, con un giro d'affari stimato intorno ai 600 miliardi di dollari l'anno.

³¹ Commissione U.E. *Libro verde "Gli appalti pubblici nell'U.E."*, presentato il 27 novembre 1996.

³² *Ibidem*, n. 3.26.

³³ A tale riguardo, si può fare riferimento ad ipotesi di formazione di posizione dominante, con possibilità di abuso della stessa, nei casi di affidamento o di rinnovo per un lungo termine di appalti di servizi. In proposito, si evidenzia come la citata deliberazione della Sezione del controllo n. 79/92 ha censurato l'eccessiva durata dei rapporti convenzionali (nella fattispecie la durata del rapporto di affidamento veniva fissato in nove anni); per gli stessi motivi, non è stato ritenuto ammissibile il rinnovo tacito ed automatico della convenzione, mentre sarebbe ammissibile un rinnovo subordinato ad una meditata verifica da parte dell'amministrazione della permanenza delle ragioni dell'affidamento al privato, a parte i limiti temporali di cui alla direttiva 92/CEE; nella stessa logica non è stato

Altro contrasto può verificarsi nei riguardi di norme che garantiscono l'integrazione dei mercati attraverso il rispetto della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi (artt. 52 e 59³⁴ del Trattato)³⁵.

In proposito, la Corte di giustizia interpreta la deroga prevista dall'art. 55³⁶ del Trattato in modo restrittivo; nel senso, cioè, di ritenere compatibili con i principi del Trattato l'esclusione dall'applicazione dello stesso delle attività che implicino "l'esercizio di poteri autoritari, ossia di poteri di comando o di coercizione, o anche, essendovi implicito un comando, di certificazione fidefacente". Tanto premesso, l'informatica non può rientrare nella nozione appena ricordata configurandosi piuttosto come una modalità organizzativa di servizi e funzioni ("di natura tecnica" precisa la Corte di giustizia³⁷).

Secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia, neppure, in materia, può essere invocata la deroga contenuta nell'art. 56 del Trattato, atteso che la natura riservata dei dati informatici comporta l'obbligo del mantenimento del segreto (art. 326 c.p.), non vale di per

ritenuto ammissibile, agli effetti della proroga o del rinnovo dell'atto di concessione, il silenzio-assenso dell'amministrazione.

³⁴ Con sentenza del 24 marzo 1994 (causa C-275/92), la Corte di giustizia, nel ritenere che l'art. 59 del Trattato si applichi in relazione al divieto imposto dal Regno Unito (Gaming Act 1968) di importazione di biglietti o materiale pubblicitario relativi a grandi lotterie, ha stabilito che le autorità nazionali dispongono di "un potere discrezionale sufficiente per definire le esigenze di tutela dei giocatori e più in generale ... di ordine sociale (anche) per quanto riguarda le modalità di organizzazione delle lotterie, (spettando alle predette autorità nazionali) valutare, non solo la necessità di limitare le attività delle lotterie, ma anche di vietarle, purché dette limitazioni non siano discriminatorie" (punto 61 della sentenza citata).

³⁵ Corte giust. 21 giugno 1974, causa 2/74; Corte giust. 5 dicembre 1989, causa 3/88.

³⁶ L'art. 55, comma 1 del Trattato dispone "Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato, partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri".

³⁷ Corte giust. 5 dicembre 1989, causa 3/88 "le attività di cui è causa, relative alla progettazione, alla definizione dei programmi e alla gestione di sistemi informativi, sono di natura tecnica e pertanto estranee all'esercizio di pubblici poteri".

Con sentenza 26 aprile 1994 (causa C-272/91), in materia di "Concessione del sistema di automazione del gioco del lotto", la Corte di giustizia ha censurato la violazione della direttiva 77/62/CEE, modificata dalla 88/295/CEE (recepite, rispettivamente, con L. n. 113/81 e con D.Lgs. n. 48/92), che disciplina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di fornitura, in quanto "l'introduzione del sistema di automazione controverso non implica alcun trasferimento di poteri al concessionario per quel che riguarda le diverse operazioni inerenti al gioco del lotto".

Nell'esigenza "di trasferire al concessionario i poteri pubblici relativi alla concessione dei proventi di gioco, al pagamento delle vincite, alle estrazioni ed alle opposizioni", il Ministero delle finanze è intervenuto con i decreti 11 gennaio 1995 e 25 luglio 1995 (in G.U. n. 12 del 16 gennaio 1997); con D.P.R. 16 settembre 1996, n. 560 sono state apportate sostanziali modifiche al regolamento concernente la disciplina del gioco del lotto affidato in concessione

sé, ad escludere indirettamente, aziende di diversa nazionalità sull'affermazione dell'esclusiva dignità delle imprese a partecipazione pubblica, poiché anche sulle prime incomberebbe il medesimo obbligo penalmente sanzionato³⁸.

Alla luce di tali considerazioni, come già rilevato dalla Corte di conti in una precedente occasione di referto³⁹, anche con riferimento a diverse fattispecie da quelle relative ai servizi informativi automatizzati⁴⁰ occorrerà, caso per caso, tenere ben presente il mutato contesto normativo nazionale e comunitario in funzione dell'integrazione dei mercati in occasione del controllo del rinnovo o comunque dell'esame delle concessioni di servizi pubblici sottoposti a regimi sottratti alle regole della concorrenza e del libero mercato.

9. Di recente, in conseguenza della scadenza del contratto con la Società Finsiel S.p.A., con decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669 (art. 16) convertito dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, "in via transitoria ed eccezionale, in attesa di un'organica disciplina legislativa che consenta lo svolgimento delle attività informatiche del Ministero del tesoro", è stata data facoltà a tale amministrazione di prorogare il contratto in essere con la medesima Società Finsiel S.p.A. per la manutenzione, conduzione e sviluppo del sistema informativo, comunque "non oltre il 31 dicembre 1997". Tale soluzione ha evidenziato la complessità

³⁸ Cfr. art. 10, comma 3 D.P.R. 419/95 citato che, nel richiamare l'art. 9 D.L. n. 320/87, conv. dalla L. n. 401/87, dispone che "Anche i soggetti non appartenenti alla pubblica amministrazione, di cui agli articoli 3, 5, 6 e 8, sono obbligati al segreto d'ufficio ai sensi dell'art. 326 c.p. per tutto ciò che venga a loro conoscenza a causa o dell'esercizio dell'attività di cui sono incaricati". Tale norma è da ritenere estensibile anche all'ipotesi di cui all'art. 6, comma 1 D.P.R. n. 680/94 recante "Regolamento per il coordinamento delle norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle pubbliche amministrazioni con le esigenze di gestione di sistemi concernenti la sicurezza dello Stato".

³⁹ Cfr. Corte dei conti, *Referto al Parlamento sul tema: Le società a partecipazione statale: tipologia e caratteri dei rapporti contrattuali con le amministrazioni dello Stato 1995*, in Camera dei deputati, XI legislatura, *Atti parlamentari*, p. 9.

⁴⁰ Cfr., ad esempio, Corte dei conti, Sez. contr. n. 155/96 e n. 39/97 che, in tema di dimissioni IMI ed INA, ha censurato il mancato rispetto della normativa comunitaria (Dir. 92/50/CEE) per la scelta dell'*advisor*/valutatore, ritenendo, diversamente, non applicabile la normativa di specie in caso di incarico di *global coordinator*/collocatore. Cfr., anche, Corte dei conti, Sez. contr. n. 4/97 che, in occasione dell'esame di tredici decreti emessi dalla Direzione del coordinamento territoriale del Ministero dei lavori pubblici, ne ha rilevato la non regolarità con riferimento alla direttiva 92/50/CEE.

della riorganizzazione del sistema informativo automatizzato della Ragioneria Generale dello Stato, in una delicata fase di transizione nella quale va comunque garantita la preminente esigenza della continuità d'esercizio del sistema informativo degli essenziali dati di contabilità pubblica.

Con successivo disegno di legge (A.S. 2099)⁴¹, presentato dal Governo, recante "Disposizioni concernenti la rilevazione e il trattamento informatico dei dati di contabilità pubblica", viene prevista, agli artt. 2 e 5, la costituzione di "società dedicate" in relazione al "Sistema informativo integrato" del Ministero del tesoro e al "Sistema informativo" del Ministero delle finanze⁴².

Va rilevato in ordine a tale d.d.l., che il supporto tecnico, organizzativo e funzionale alla programmazione, all'indirizzo e controllo delle attività di rilevazione e di trattamento informatico dei dati che attengono alla gestione finanziaria e patrimoniale dello Stato, si inquadra nell'ambito del governo complessivo del sistema di finanza pubblica.

Si osserva, in proposito, che un'utile strumentazione giuridica per tutelare le esigenze di riservatezza insite nella trattazione dei dati informativi di specie può comunque rinvenirsi nel disposto di cui all'art. 16 del D.Lgs. n. 39/93.

A tale riguardo, adeguate cautele a presidio della delicatezza dei dati gestiti, potrebbero essere introdotte con apposito regolamento governativo, così come prevede l'articolo citato per le esigenze di gestione dei sistemi informativi automatizzati concernenti la sicurezza dello Stato, la difesa nazionale, l'ordine e la sicurezza pubblica nonché lo

⁴¹ Comunicato alla Presidenza del Senato il 7 febbraio 1997.

⁴² Gli articoli citati nel testo prevedono la costituzione di due distinte società per azioni, interamente possedute, anche indirettamente, dallo Stato, l'una per il supporto tecnico, organizzativo e funzionale alla programmazione, all'indirizzo e al controllo delle attività di rilevazione e di trattamento informatico dei dati che attengono alla gestione finanziaria e patrimoniale dello Stato, l'altra per il supporto tecnico, organizzativo e funzionale alla programmazione, all'indirizzo e al controllo delle attività affidate alla rilevazione ed il trattamento informatico dei dati inerenti all'esercizio delle funzioni istituzionali del Ministero delle finanze.

svolgimento di consultazioni elettorali; in tal senso la norma in questione andrebbe opportunamente integrata con espresso riferimento alla trattazione dei dati di contabilità pubblica⁴³.

Quanto poi alla previsione di costituire "società dedicate" a prestazioni esclusivamente indirizzate all'azionista unico delle medesime società, pur sembrando fondata l'esigenza di tutela dell'interesse generale della riservatezza dei dati in questione, va rilevato che lo schema organizzatorio della società per azioni verrebbe ad essere utilizzato con l'effetto di creare posizioni di esclusiva, senza che le rispettive attività sociali vengano esercitate in concorrenza con altre società operanti sul mercato. Per tali motivi le disposizioni in questione sembrano porre problemi di compatibilità con il quadro normativo comunitario, più volte richiamato nel presente referto.

In ogni caso - e fatto salvo quanto precede in ordine alla trattazione dei dati - la previsione in base alla quale la manutenzione, la conduzione e lo sviluppo del sistema informativo della Ragioneria Generale dello Stato possa essere affidata, in via transitoria, alla medesima "società dedicata", si pone in contrasto con la disciplina comunitaria. Ciò segnatamente in quanto i predetti "servizi" rivestono funzione strumentale alla trattazione dei dati e come tali ben possono essere ricondotti nell'ambito delle garanzie del mercato.

10. In termini generali, particolare interesse riveste la norma contenuta nell'art. 22, comma 3 - lettera e) L. n. 142 del 1990 in base alla quale, per lo svolgimento di un servizio pubblico è possibile la costituzione società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si

⁴³ "Entro il 31 dicembre 1993 sono adottati, su proposta dei Ministri competenti, uno o più regolamenti governativi emanati ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di coordinare le disposizioni del presente decreto con le esigenze di gestione dei sistemi informativi automatizzati concernenti la sicurezza dello Stato, la difesa nazionale, l'ordine e la sicurezza pubblica, lo svolgimento di consultazioni elettorali nazionali ed europee."

renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati⁴⁴.

Tale norma potrebbe configurare un possibile contrasto con i principi comunitari sanciti a tutela del diritto di stabilimento, di libera circolazione dei servizi, della trasparenza societaria e della libertà di concorrenza.

In effetti, l'art. 6 della direttiva n. 92/50/CEE prevede che essa non trovi applicazione nel caso " di appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'art. 1 lett. b), in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato". L'art. 1 lett. b) dispone che per organismo pubblico si intende quello "istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e aventi personalità giuridica, e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi...".

In proposito, l'inciso contenuto nella norma ("purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato") sembrerebbe ammettere deroghe alla citata direttiva "servizi" soltanto nei limiti previsti dall'art. 90.2 del Trattato nel senso precedentemente chiarito, e cioè soltanto qualora le "missioni" che le pubbliche autorità assumono fra i loro compiti e che affidano a determinate imprese non siano diversamente perseguibili nell'osservanza di tutte le prescrizioni del Trattato.

⁴⁴ Cass. sez. un., 6 maggio 1995 n. 4989 Cfr. anche Cass. sez. un., 29 dicembre 1990 n. 12221.