

Definizione del problema

Durante la discussione sul risultato finale del Tavolo di lavoro costituito presso l'Agenzia per l'Italia Digitale è emersa una radicale distinzione tra due interpretazioni dell'art. 68 CAD, che si riflette anche sugli scopi e sui risultati del lavoro dell'Agenzia, come demandatole dall'art 68 comma 1 ter CAD.

Le due posizioni possono essere sostanzialmente riassunte in questo modo:

1. Il CAD ha espresso una preferenza per le soluzioni di riuso e di software libero o a sorgente aperto, demandando all'Agenzia il compito di stabilire criteri e metodi per valutare, all'interno della valutazione comparativa di cui all'art. 68 comma 1 bis CAD, quando l'adozione tali soluzioni espressamente menzionate siano “impossibili”;
2. Il CAD non esprime alcuna preferenza e a tutte le soluzioni menzionate dall'art. 68 comma 1 devono essere valutate in base al semplice valore tecnico/economico.

Una differente questione, correlata, è quale sia il ruolo dell'Agenzia, tra una posizione che potremmo definire “agnostica”, ovvero quella per cui l'interpretazione debba essere affidata alle singole amministrazioni, il compito dell'Agenzia sia semplicemente quello di stabilire i criteri per la valutazione comparativa, e quella secondo cui il compito affidato espressamente all'Agenzia sia quello di fissare i criteri e modalità fissati al fine di motivare “l'impossibilità” menzionata dall'art. 68 comma 1 ter.

Posizione espressa dai firmatari

I firmatari del presente documento esprimono una forte opinione sulle seguenti conclusioni e fanno istanza affinché l'Agenzia porti a compimento il proprio compito per **tutto** l'ambito di propria competenza.

L'unica ricostruzione possibile, a nostro parere, è che il comma **1** si limita a definire il novero delle soluzioni disponibili, senza necessariamente stabilire una gerarchia; il comma **1 bis** si occupa di definire i criteri sulla base dei quali valutare tali valutazioni, descrivendo dunque gli ambiti di analisi sui quali vi è obbligo di effettuare la valutazione; il comma **1 ter** si occupa di stabilire un **ordine di preferenza, un parametro oggettivo**: “ove [...] è **consentita**”.

Esistono due valutazioni. La prima, la “valutazione comparativa” posta la ricognizione delle soluzioni disponibili, si occupa di generare un materiale grezzo, volto alla definizione di una griglia di valori per dare una valutazione la più comparabile possibile delle differenti soluzioni. La seconda, che è quella prevista dal comma 1 *ter* si basa **sugli stessi criteri**, ma ha **una domanda diversa**. Una volta messe a confronto tutte le soluzioni, si valuta se per le due menzionate dal comma 1 *ter* (riuso o software libero) si possa dimostrare “motivatamente **l'impossibilità** di accedere [a soluzioni] adeguate”. Siccome si tratta di una fase necessaria (a meno che l'insieme “software libero e/o in riuso” sia completamente vuoto), anche e soprattutto per questa fase occorre fissare “modalità e i criteri definiti dall'Agenzia per l'Italia digitale”. Primo tra tutti esattamente la definizione ed esplicitazione di questa concatenazione, ovvero:

[algoritmo proposto da **DAVOLI**. Fondamentalmente trovo l'insieme delle soluzioni astrattamente possibili; applico loro una valutazione relativa ai tre ambiti; verifico quali soluzioni superano un primo filtro e colloco ciascuna in due insiemi: A e B, rispettivamente software libero/riuso e qualsiasi altra soluzione; verifico che nell'insieme A non vuoto esista almeno una soluzione la cui adozione non è impossibile, secondo il criterio di impossibilità deciso (secondo filtro); se l'insieme così filtrato è popolato da più soluzioni, le valuto comparativamente; se l'insieme contiene un solo

elemento, lo scelgo; se l'insieme è vuoto procedo con l'insieme B, valutandole comparativamente;]

Se l'Agenzia si limitasse alla prima fase, verrebbe *de plano* meno al compito affidatole. Possiamo dire che la fissazione dei criteri di cui al comma 1 bis è solo *strumentale* alla valutazione di cui al comma 1 ter, dunque doverosa, ma non sufficiente.

L'interpretazione secondo la quale la valutazione comparativa dovrebbe essere agnostica rispetto a tutte categorie definite dal comma 1, e semplicemente valutare il merito tecnico economico in modo paritario, ignora totalmente l'esistenza del comma 1 ter, fino a fargli perdere *ogni* significato. Il comma 1 ter avrebbe il significato attribuito in tale interpretazione solo se il secondo periodo fosse l'ultimo periodo del comma 1 bis e il primo periodo fosse totalmente assente. Ma – di tutta evidenza – così è.

I proponenti di quest'ultima interpretazione invocano la cronologia delle modifiche intervenute per ricavare un'interpretazione secondo la volontà del legislatore. È noto che l'interpretazione di una norma non può far prevalere l'intenzione del legislatore sul dato letterale, ma l'intenzione del legislatore serve unicamente ad attribuire il significato alle parole utilizzate nel loro contesto oggettivo¹. Tuttavia, anche a volersi limitare a tale criterio, il dato storico non è certo inequivoco, semmai supporta la posizione dei firmatari. Vediamone la ricostruzione.

Breve ricostruzione storica

L'articolo 68 è andato incontro a varie modifiche. Le più recenti sono:

Versione dell'art. 68 introdotta dall'art. 10 del decreto 22 giugno 2012 n. 83:

"1. Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato:

- a) software sviluppato per conto della pubblica amministrazione;
- b) riutilizzo di software o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione;
- c) software libero o a codice sorgente aperto;
- d) software combinazione delle precedenti soluzioni. Solo quando la valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico dimostri l'impossibilità di accedere a soluzioni open source o già sviluppate all'interno della pubblica amministrazione ad un prezzo inferiore, e' consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. La valutazione di cui al presente comma e' effettuata secondo le modalita' e i criteri definiti dall'Agenzia per l'Italia Digitale, che, a richiesta di soggetti interessati, esprime altresì parere circa il loro rispetto".

Su emendamento del Governo 1800 portato in aula e approvato dall'Assemblea su mozione di fiducia del Governo, dopo che in commissione era stato approvato un emendamento dei relatori (Bubbico – PD e Vicari – PDL) sostanzialmente simile, l'Art. 68 assume il seguente testo:

LEGGE - 17/12/2012 , n. 221 - Gazzetta Uff. 18/12/2012 , n.294

(Conversione in legge, con modificazioni, del [decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179](#), recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese.)

¹ Art. 12 Disposizioni sulla legge in generale: Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello *fatto palese dal* significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e *dalla* intenzione del legislatore. Cfr Cons. Stato sez. VI, Sentenza 14/1/2002 n. 155 «*Ai sensi dell'art. 12 preleggi, non si può attribuire alla legge altro senso che quello fatto palese dal significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore (intendendosi per tale quella espressa nel medesimo contesto dispositivo), restando gli altri criteri ermeneutici utilizzabili solo allorché residuino ambiguità nel dettato normativo*».

[...]

Nella sezione II, dopo l'articolo 9 è aggiunto il seguente:

«Art. 9-bis.

- (Acquisizione di software da parte della pubblica amministrazione).

- 1. All'[articolo 68 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82](#), il comma 1 è sostituito dai seguenti:
"1. Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato:

- a) software sviluppato per conto della pubblica amministrazione;
- b) riutilizzo di software o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione;
- c) software libero o a codice sorgente aperto;
- d) software fruibile in modalità cloud computing;
- e) software di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso;
- f) software combinazione delle precedenti soluzioni.

1-bis. A tal fine, le pubbliche amministrazioni prima di procedere all'acquisto, secondo le procedure di cui al codice di cui al [decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163](#), effettuano una valutazione comparativa delle diverse soluzioni disponibili sulla base dei seguenti criteri:

- a) costo complessivo del programma o soluzione quale costo di acquisto, di implementazione, di mantenimento e supporto;
- b) livello di utilizzo di formati di dati e di interfacce di tipo aperto nonché di standard in grado di assicurare l'interoperabilità e la cooperazione applicativa tra i diversi sistemi informatici della pubblica amministrazione;
- c) garanzie del fornitore in materia di livelli di sicurezza, conformità alla normativa in materia di protezione dei dati personali, livelli di servizio tenuto conto della tipologia di software acquisito.

1-ter. Ove dalla valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico, secondo i criteri di cui al comma 1-bis, risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. La valutazione di cui al presente comma è effettuata secondo le modalità e i criteri definiti dall'Agenzia per l'Italia digitale, che, a richiesta di soggetti interessati, esprime altresì parere circa il loro rispetto"»².

Si tratta evidentemente di un testo di mediazione tra chi voleva incrementare la rigosità normativa della previsione introdotta dal Governo (Bugnano, Belisario – IDV, emendamenti 9.0.100/6 9.0.100/4, 9.0.100/3) a favore di un procedimento più verificabile e controllabile, e quelli che premevano per abolire la previsione introdotta nella novella precedente o attenuarne la rigosità dei controlli (Ghigo, Izzo, Butti – PDL 9.0.100/7, 9.0.100/5), laddove i relatori avevano nel loro iniziale emendamento (9.0.100) solamente proposto di introdurre “cloud computing” (c-bis) nella lista delle modalità di acquisizione del software. I relatori hanno a tal fine introdotto un comma 2 dove si “esplodevano” i criteri sulla base dei quali la valutazione comparativa dovesse essere effettuata, laddove nel testo di luglio era solo prevista una valutazione basata sul “prezzo” (che effettivamente dava da pensare, perché in tal caso il prezzo sarebbe stato sempre zero) sulla quale però sempre l'Agenzia per l'Italia Digitale avrebbe dovuto formulare “modalità e criteri” per la valutazione. Il Governo ha sostanzialmente ripreso tale emendamento pari-pari il testo approvato in Commissione, nella parte che ci interessa.

2 Il testo dell'emendamento approvato in commissione è reperibile a <http://leg16.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emendc&leg=16&id=689017&idoggetto=711206> . Gli emendamenti sono disponibili a http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/38968_testi.htm

Il ruolo dell'Agenzia

Se un compito esiste per l'Agenzia, esso è dunque quello di fissare i criteri di possibilità o impossibilità di ricorso al riuso o al soluzioni di software libero. Ciò è confermato dal dato letterale delle parole utilizzate. Nell'art 68 la parola "valutazione" compare 4 volte: le prime tre volte è immediatamente seguita dalla parola "comparativa", mentre l'ultima volta (quella dell'ultimo capoverso del comma 1-ter) tale riferimento è assente, sostituito da un riferimento topologico ("di cui al presente comma"). Tale scelta lessicale conferma che la "valutazione di cui al presente comma" non è la "valutazione comparativa", locuzione uniformemente utilizzata altrove, né "la valutazione di cui al comma precedente" o "al comma 1 bis" (o al comma 1). Proprio l'utilizzo di un riferimento diverso ("di cui al presente comma") e l'ordine della previsione di seguito a quella che in modo palese è essa stessa una valutazione (tanto che richiede una *motivazione*) ovvero quella dell'impossibilità o meno di ricorrere alle soluzioni ivi previste, fa ritenere che esattamente che si tratti di qualcosa di diverso dalla semplice "valutazione comparativa".

Il dato dell'interpretazione storica comunque non contraddice, anzi, conferma, il dato dell'interpretazione letterale, ovvero che l'Agenzia debba fissare "modalità" e "criteri" per la valutazione comparativa "di cui al presente comma", e cioè non solo per effettuare una generica valutazione comparativa tra tutte le soluzioni disponibili al fine di una scelta, ma per effettuare una valutazione comparativa e **decidere** quando, **usando i criteri del comma 1 bis**, "risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare".

Infatti, è ampiamente sostenibile che il criterio di valutazione prima riferito unicamente al prezzo, che avrebbe dato probabilmente sempre la preferenza alle soluzioni privilegiate, fosse inadeguato e del tutto ambiguo, oltre che tecnicamente scorretto. Il comma 1 bis, nell'evoluzione normativa, assolve dunque a due esigenze innovative: in primo luogo e per la prima volta colmare un vuoto normativo, chiarendo in via normativa quali siano i criteri da utilizzare e le aree da coprire nella valutazione comparativa prevista dal comma 1, cosa che prima era lasciata all'interpretazione dell'Amministrazione. In secondo luogo, *in virtù del richiamo espresso effettuato dal comma 1 ter*, la valutazione comparativa è divenuta, in sostituzione del prezzo, la base oggettiva da utilizzare per effettuare in modo razionale e motivato la valutazione di cui al comma 1 ter.

Sul concetto di "Impossibilità"

Resta evidente che il concetto di impossibilità è esso stesso oggetto di interpretazione. La posizione che ci pare più ragionevole e che salvaguardi un margine di discrezionalità sufficiente per la PA è che tale impossibilità debba essere "relativa", intesa come una sostanziale diseconomicità (in senso lato) delle soluzioni rinvenute come astrattamente possibili. Tale valutazione deve essere motivata, però, non lasciata alla piena e incondizionata discrezionalità. Tale valutazione inoltre deve essere guidata dai criteri e dagli strumenti individuati dall'Agenzia, non può essere lasciata all'arbitrio assoluto, perché ancora una volta sarebbe una contraddizione espressa e una negazione dell'art. 68 comma 1 ter CAD. Non si può ad esempio tradurre in "la soluzione A è impossibile perché la soluzione B è più economica" senza ulteriore specificazione. Ad esempio, nel caso in cui la Provincia A abbia adottato la soluzione di protocollo informatico X, la Provincia B confinante e avente territorio comparabile, non potrebbe ignorare che tale soluzione sia offerta in riuso e non potrebbe limitarsi a dire che la soluzione Y proprietaria "è più adatta", perché in questo caso non può dimostrare che sia impossibile usare X, visto che un esempio in cui si è dimostrato *possibile* l'utilizzo esiste. La (im)possibilità relativa potrebbe essere valutata alla luce della necessità di cambiare il *workflow* del protocollo per integrarlo nel flusso del gestore documentale ovvero di cambiare la soluzione di gestione documentale per adattarla al protocollo, con un'analisi affidabile (e verificabile) dei relativi costi.

Una più limitata valutazione potrebbe invece essere adottata se la soluzione Y è Software Libero: in tal caso infatti non appare esservi una gerarchia (tralasciando che in molti casi le due caratteristiche coincidono). Idem per il confronto con altre soluzioni in riuso, così come per ogni permutazione all'interno dei due insiemi.