

OPEN SOURCE E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: UNA SCELTA.....CONTRATTUALE!

Avv. Francesca Martini, docente di diritto amministrativo presso l'Università di Pisa, studio legale in Pisa, Via Volturmo 48, 56126 PISA, tel. 338 8325660, avvfrancescamartini@gmail.com; martini@ddp.unipi.it; priv. 3388325660

Il contributo proposto mira a ricostruire l'impostazione della giurisprudenza costituzionale e amministrativa rispetto alla qualificazione giuridica del software open source, ma soprattutto rispetto al rilievo pubblicistico giuridicamente riconosciuto all'utilizzazione di software libero da parte delle amministrazioni pubbliche.

In particolare intende evidenziare come dallo stato attuale della normativa nazionale e regionale e dall'ultimo intervento della Corte Costituzionale risulti importante focalizzare l'attenzione sulle procedure contrattuali pubbliche, posto che da un punto di vista strettamente giuridico, "il software libero e il software a codice sorgente aperto non sono nozioni concernenti una determinata tecnologia, marca o prodotto, bensì esprimono una caratteristica giuridica". Se ciò che distingue il software libero da quello proprietario è il differente contenuto dell'accordo negoziale (licenza) occorre restringere il campo di analisi soprattutto ai principi, ai vincoli e alle procedure che presiedono alla formazione della domanda di software da parte delle pubbliche amministrazioni e ai criteri di aggiudicazione (prezzo più basso e scelta economicamente più vantaggiosa).

I profili giuridici vengono ricostruiti a partire dall'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, che, notoriamente allorchè si sia occupata di questioni tecniche, ha sempre prudentemente invocato la presunta neutralità della tecnica, evitando di scendere in campi pericolosamente accidentati, dei quali non era in grado di valutare gli aspetti di incidenza rispetto al riparto della competenza legislativa e alla libertà di autorganizzazione costituzionalmente riconosciuta agli enti territoriali.

Questa impostazione di sostanziale indifferenza per la questione tecnica è stata invece superata proprio in relazione alla necessità, ormai impellente, di chiarire cosa si debba intendere da un punto di vista giuridico, per software a codice sorgente aperto e quali siano le implicazioni, in termini di rispetto della concorrenza, delle scelte operate dal legislatore regionale e nazionale, ovvero dall'amministrazione che proceda a individuare in sede di gara le caratteristiche del software.

Il coordinamento informatico, già individuato dalla Corte Costituzionale come tecnico, quindi neutro, e perciò riservato alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, senza pregiudizio delle competenze legislative e regolamentari di regioni e enti locali, viene definito con riguardo alle norme che incentivano lo sviluppo di software open source per la pubblica amministrazione.

La pronuncia n. 133 del 2008, prende invece posizione sul contenuto del potere di coordinamento tecnico statale e lo connota anche da un punto di vista materiale. Il coordinamento tecnico, ancora una volta si ripete "neutro" per la Corte Costituzionale, può ben consistere nell'incentivare l'utilizzo di software a codice sorgente aperto.

Si afferma la piena legittimità di disposizioni statali che destinano finanziamenti pubblici a progetti per lo sviluppo di software a codice sorgente aperto per gli enti locali perchè "corrisponde alla necessità di assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione".

Il più recente intervento, la sentenza 122 del 2010, è sicuramente più incisivo in merito alla connotazione del software open source, si afferma in modo esplicito che il concetto di software libero o di software a codice sorgente ispezionabile non sono nozioni concernenti una determinata tecnologia, marca o prodotto ma esprimono una caratteristica giuridica. Ciò che distingue il software libero da quello proprietario è il differente contenuto dell'accordo negoziale posto a fondamento della disciplina dei diritti di utilizzazione del programma.

L'ulteriore affermazione è che la scelta circa l'adozione dell'uno o dell'altro modulo negoziale appartiene alla volontà dell'utente e la fissazione di condizioni contrattuali speciali da parte di un ente pubblico che regolino le condizioni di utilizzazione, anche economica, del software non rappresentano di per sè una violazione della concorrenza, perchè non sono scelte commerciali. Il passaggio logico successivo è che se l'utente-acquirente- committente-stazione appaltante è un ente pubblico le condizioni contrattuali le fisserà in

sede di bando di gara allo scopo di perseguire l'interesse pubblico e garantire un libero mercato concorrenziale e l'aggiudicazione avverrà sulla base della valutazione comparativa fra le soluzioni effettuate, in alternativa, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o, ove possibile, del prezzo più basso.

A questo punto è chiaro e non può più essere messo in discussione che l'inserimento di clausole eventualmente coincidenti con quelle contenute nelle licenze open source tipiche non sono di per sé violative della concorrenza e non mancano certo le disposizioni legislative, soprattutto regionali, che qualificano l'interesse all'utilizzo del software open source da parte dei soggetti pubblici quale interesse pubblico e ne specificano analiticamente i profili di rilievo.

Non mancano neanche interventi che qualifichino specificamente la posizione dei cittadini a fronte delle scelte pubbliche per l'acquisto del software. L'interesse alla piena disponibilità del codice sorgente non è solo un interesse che la legge connota come pubblico e il cui perseguimento è attribuito in via esclusiva alla Pubblica Amministrazione, ma è anche un interesse collettivo che, se proprio di enti esponenziali di tale interesse per espressa disposizione statutaria, può trovare una concreta tutela in sede giurisprudenziale. E anche in questa sede l'analisi del precedente giurisprudenziale offerto dall'ordinanza del Tar Lazio 428 del 2007 è particolarmente interessante nel riconoscere la legittimazione a ricorrere dei gruppi esponenziali di interessi.

E' dato quindi presumere che in una prospettiva di ulteriore diffusione del software open source in ambito pubblico acquisti uno specifico rilievo la capacità contrattuale della PA che si manifesta nella redazione dei bandi di gara che sono "lex specialis della procedura" e che potrà legittimamente prevedere condizioni contrattuali coincidenti con quelle previste nelle licenze standard.

Stessa logica è da applicarsi all'altro versante su cui la PA potrebbe trovarsi a operare nel complesso mercato del software, ossia nel caso in cui la PA si trovi a licenziare software, imprimendogli così le successive condizioni di disponibilità da parte di terzi. Anche in questo ambito rileva la capacità contrattuale della PA, comunque sempre vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico e quindi vincolata al rispetto delle finalità di interesse pubblico e a mantenere un approccio tecnicamente neutro a garanzia di un mercato del software veramente libero e concorrenziale.

Parole chiave: pubblica amministrazione, contratti pubblici, concorrenza