



## **RUBRICA IT OUTSOURCING**

**I contratti per l'acquisto di servizi informatici**

**Intervista a Gabriele Faggioli**

## INDICE

Introduzione

Intervista a Gabriele Faggioli, legale, Partner ISL,  
Membro della Faculty del MIP-Politecnico di Milano

## INTRODUZIONE

L'acquisto di servizi informatici è attività complessa che richiede competenze specifiche non solo legal-contrattuali, ma anche di mercato e tecniche.

Per questo motivo i team preposti a negoziare con i fornitori sono in genere misti e devono lavorare in modo coordinato avendo ben

presente non solo gli obiettivi ultimi della funzione di appartenenza del singolo membro del team (acquisti: minimizzare i costi; legali: massimizzare le tutele; IT: acquisire servizi che garantiscano i livelli di servizio desiderati) ma anche quelli degli altri e, in ultima istanza, condividendo gli obiettivi aziendali.

21 novembre 2011

### Intervista a Gabriele Faggioli



I contratti, tuttavia, si basano pur sempre su norme di legge e abbiamo allora deciso di rivolgere alcune domande a Gabriele Faggioli, legale, Partner ISL, professore a contratto in Diritto del management delle ICT presso l'Università degli Studi di Pavia e membro della faculty del MIP, la School of Management del Politecnico di Milano.

#### **Quando è opportuno coinvolgere i legali nel processo di acquisto di servizi informatici?**

Quando possibile sarebbe opportuno un coinvolgimento immediato, cioè quando si comincia a ipotizzare di poter affidare all'esterno una parte della gestione del sistema informativo aziendale. Infatti, in tutte le fasi del ciclo di vita del sistema informativo è possibile che elementi di natura legale o contrattuale possano impattare sulle scelte che l'azienda intende fare (es. esistenza di rapporti di esclusiva, inibizioni di legge).

#### **Un contratto di outsourcing che tipo di contratto è?**

I contratti di gestione del sistema informativo sono in genere contratti di appalto, fattispecie prevista dal codice civile agli articoli 1655 e seguenti.

In particolare, l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

Molti fornitori stentano a qualificare i propri contratti come "appalti" preferendo parlare di contratti "atipici", cioè contratti che non hanno una normazione prevista dal codice civile o da altre normative (per esempio le licenze d'uso). Tuttavia, la natura stessa dei servizi che i fornitori erogano lascia intendere in modo inequivoco che i contratti di outsourcing sono a tutti gli effetti appalti. Il motivo per il quale i fornitori non gradiscono

questa qualificazione è che le previsioni civilistiche applicabili al contratto di appalto sono sicuramente favorevoli ai committenti rispetto agli standard tradizionali proposti dai fornitori.

#### **Quali sono le maggiori differenze di impostazione contrattuale fra i modelli proposti dai fornitori e gli interessi dei clienti?**

Ritengo che la maggiore differenza di impostazione sia nella qualifica della obbligazione del fornitore. In particolare i committenti pretendono dai propri fornitori una obbligazione di risultato a livello contrattuale, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse del committente è assunto come contenuto essenziale e irriducibile della prestazione. L'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal committente, indipendentemente dalla attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per perseguirlo. Al contrario, i fornitori preferiscono assumersi una obbligazione di mezzi, che richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore.

#### **È sempre agevole identificare le obbligazioni del fornitore?**

No. Al contrario, molti fornitori preferiscono stipulare contratti ad oggetto parzialmente indeterminato rinviando a un momento successivo l'effettiva

identificazione della propria obbligazione. Il rinvio, spesso, riguarda la fissazione degli elementi più rilevanti della qualificazione dell'obbligazione del fornitore e in particolare i livelli di servizio.

Molti fornitori, schermandosi dietro l'impossibilità di una misurazione preventiva del livello di servizio richiesto e quindi di una presa in carico di una obbligazione, chiedono che esista un termine di misurazione dopo il quale vengano fissati i livelli di servizio.

Dal punto di vista del committente è una posizione inaccettabile, per i rischi di lock-in che ne derivano.

***Ma almeno è possibile concedere un "grace period"?***

Ogni caso è diverso ma può essere tollerato un periodo iniziale durante il quale i livelli di servizio seppur misurati non portano all'applicazione di penali. Tuttavia, si deve stare attenti a non giungere alla situazione nella quale nessuna penale voglia dire nessuna obbligazione. Infatti, in questi casi, deve essere previsto qualche meccanismo di contemperazione delle esigenze, come per esempio prevedere un livello minimo di servizio che deve comunque essere garantito, anche se più basso di quello a regime o il diritto a chiedere i danni patiti anche in assenza di penali. Ogni strumento di tutela è corretto, se calzante sul caso specifico.

***Quando l'infrastruttura hardware non è del committente, occorrono particolari cautele?***

Assolutamente sì. È bene per un cliente avere sempre sotto controllo e vincolare le scelte del fornitore in relazione alla infrastruttura tecnologica (moving, upgrade, subappalti, etc...). Possono esserci molte motivazioni: evitare il trasferimento di dati personali all'estero piuttosto che ritrovarsi nella situazione di essere proprietari di licenze d'uso di programmi per elaboratori con metriche di calcolo a potenza dove davanti a un audit del licenziante si scopre che l'infrastruttura hardware pretende il pagamento di somme aggiuntive.

***Se il fornitore subappalta parte tutti i servizi il committente si deve preoccupare di conoscere tutta la filiera?***

Ritengo sia un obbligo di legge soprattutto se vengono trattati dati personali. Infatti, sia ai sensi del d.lgs 196/03 (Codice in materia di trattamento dei dati personali), sia in applicazione del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali inerente gli amministratori di sistema e a maggior ragione nel settore bancario in considerazione del provvedimento della medesima autorità del maggio 2011 inerente a circolazione e la tracciabilità degli accessi ai dati bancari è essenziale conoscere tutta la filiera del fornitore. In ogni caso, chi ha deciso di adempiere al d.lgs 231/01 in genere l'ha come obbligo nel Modello di Organizzazione e Controllo.

***Si parla spesso di way out.***

Si deve fare ordine. Un conto è se il cliente non ha più interesse a un servizio. Diverso è se vi dovesse essere un inadempimento del fornitore. Nel primo caso si parla di recesso e si deve considerare che la disciplina civilistica del contratto di appalto, all'articolo 1671 c.c., prevede che il committente abbia sempre diritto a recedere dal contratto (in ogni momento e senza necessità di motivazione o preavviso) purchè tenga indenne il fornitore dei servizi prestati dei costi sostenuti e del mancato guadagno. Premesso che per "mancato guadagno" si deve intendere la differenza fra ricavi e costi, posto che molti fornitori nelle clausole contrattuali fanno coincidere il "guadagno" con il "ricavo", i committenti si devono ricordare che la norma è derogabile in punto "mancato guadagno" e quindi è possibile sia rendere tale voce pari a zero sia negoziare preventivamente quale sia la percentuale di "mancato fatturato" (parametro in genere adottato) da riconoscere al fornitore in caso di recesso anticipato rispetto al termine del contratto. È bene anche, in questi casi, negoziare quale sia il preavviso minimo e massimo possibile per garantirsi di non rimanere senza servizio. Diverso dal recesso è quando si risolve un contratto per inadempimento. In tali casi infatti possono essere previste diverse ipotesi: la tipica diffida ad adempiere, peraltro normata dal codice civile (1454 c.c.), clausole risolutive espresse (1456 c.c.) o termini essenziali (1457 c.c.).