

Determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013

Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del Codice

Premessa	2
1. Ambito oggettivo di applicazione.....	3
2. Forma del contratto	3
3. La modalità elettronica.....	6

Premessa

Sono pervenute a questa Autorità diverse segnalazioni che lamentano la sussistenza di incertezze applicative in relazione all'art. 11, comma 13, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. (nel seguito, Codice), nel testo novellato dall'art. 6, comma 3, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 (cd. decreto sviluppo *bis*). Il citato art. 6, comma 3, vigente a far data dal 1° gennaio 2013 (cfr. art. 6, comma 4, decreto crescita), dispone che *«il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata»*.

Vale osservare che, prima delle modifiche, l'art. 11 prevedeva, quali forme di stipula del contratto, l'atto pubblico notarile, la forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, la scrittura privata, nonché la *«forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante»*.

La *ratio* della novella è agevolmente rinvenibile nell'intento di estendere al settore dei contratti pubblici, soggetti alla disciplina del Codice, l'utilizzo delle modalità elettroniche di stipulazione in linea con le misure di informatizzazione pubblica e progressiva dematerializzazione dei procedimenti amministrativi adottate nel più ampio quadro dell'Agenda Digitale.

Tuttavia, l'applicazione delle nuove disposizioni non è scevra da criticità riguardanti l'ambito di applicazione oggettivo della norma e l'individuazione delle diverse opzioni percorribili dalle stazioni appaltanti con particolare riguardo all'esatta estensione dell'obbligo di ricorso alle modalità elettroniche. In attesa di un pur auspicabile chiarimento normativo, l'Autorità, al fine di evitare difficoltà per le stazioni appaltanti nella gestione di una fase cruciale per il perfezionamento dell'*iter* procedimentale ed in considerazione della sanzione di nullità prevista dalla norma in esame, ritiene

opportuno adottare il presente atto di determinazione che offre alcune prime indicazioni a carattere interpretativo.

1. Ambito oggettivo di applicazione

Al fine di individuare l'ambito oggettivo di applicazione della novella legislativa, occorre rammentare che la disciplina generale della forma dei contratti pubblici è contenuta nella legge generale di contabilità dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), agli articoli 16, 17 e 18. Ad avviso dell'Autorità, tali disposizioni non rientrano tra quelle abrogate dall'entrata in vigore del Codice (cfr. art. 256) né possono ritenersi tacitamente o implicitamente abrogate, sicché, mentre i pertinenti articoli del regio decreto, in quanto norme generali, disegnano un sistema applicabile a tutti i contratti pubblici, l'art. 11, quale norma speciale, in quanto riferita all'ambito oggettivo di applicazione del Codice, si limita ad elencare tutte le possibili forme del contratto di appalto.

Tali considerazioni valgono anche nel mutato quadro legislativo, dovendosi ulteriormente ritenere che l'applicazione delle nuove disposizioni sia circoscritta alla *species* di contratto pubblico di cui all'art. 3 del Codice e soggetto alla relativa disciplina, con esclusione dei contratti sottratti all'applicazione del Codice stesso (si pensi, a titolo esemplificativo, ai contratti di compravendita o locazione immobiliare stipulati dalle pubbliche amministrazioni).

2. Forma del contratto

La novella legislativa vale in primo luogo a superare le incertezze interpretative determinatesi, sotto la vigenza della precedente formulazione, in relazione al requisito della forma scritta *ad substantiam* per i contratti soggetti all'applicazione del Codice. Pertanto, secondo quanto già osservato dall'Autorità (cfr. parere AG 43/2010), tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, anche quando

quest'ultima agisce *iure privatorum*, richiedono la forma scritta *ad substantiam* (Corte di Cassazione, sez. I civile, 4 settembre 2009, n. 19206).

In linea generale, si osserva poi che il documento pubblico è definito dal codice civile (art. 2699) come il «*documento redatto con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato*». La definizione di scrittura privata è ricavata, invece, da quest'ultima definizione, *per relationem*, venendo ad identificare il documento sottoscritto da un privato senza la partecipazione, nell'esercizio delle sue funzioni, di un pubblico ufficiale abilitato a dare pubblica fede agli atti ed ai documenti formati in sua presenza, atteso che il codice civile si limita a stabilirne l'efficacia (artt. 2702 e ss.).

Chiarito quanto precede, occorre verificare l'estensione dell'obbligo di ricorso alle modalità elettroniche di stipula.

Al riguardo si osserva che, dall'esegesi letterale delle due disposizioni succedutesi nel tempo, detto obbligo appare circoscritto alla stipulazione in forma pubblica amministrativa, non essendovi una analoga specificazione con riguardo all'utilizzo della scrittura privata, nei casi in cui detto utilizzo è consentito. La presenza della congiunzione avversativa "o", prima dell'espressione "mediante scrittura privata", non depone nel senso di poter ritenere estendibile l'inciso "in modalità elettronica" anche alla stipulazione per scrittura privata. A corroborare tale interpretazione concorre il fatto che la modalità elettronica debba avvenire "*secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante*": detta specificazione sembra logicamente riferita alla sola forma pubblica amministrativa, per la quale l'intervento dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante lascia presupporre una specifica disciplina di dettaglio, prevista da ciascuna amministrazione, per la stipula dei contratti allo stesso demandata.

Una tale interpretazione sembra, inoltre, coerente anche con il disposto dell'art. 334, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2012, n. 207 (nel seguito, Regolamento), in materia di servizi e forniture, a tenore del quale «*il contratto affidato mediante cottimo fiduciario è stipulato attraverso scrittura privata, che può anche consistere in apposito scambio di lettere con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni o dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito*». Vale, altresì, osservare, che, in caso di scrittura privata, non interviene alcun pubblico ufficiale rogante in grado di

accertare la validità dei certificati di firma digitale o la provenienza dalle parti della sottoscrizione autografa scansionata ed allegata all'eventuale file del contratto (sul punto, si rinvia a quanto osservato al paragrafo 3).

Pertanto, la modalità elettronica costituisce una modalità attuativa obbligatoria della forma pubblica amministrativa e non una forma alternativa alla stessa (in questo senso, cfr. anche disegno di legge A.S. n. 3533 “Conversione in legge del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese” Vol. II - Sintesi e schede di lettura, ottobre 2012, n. 397/II, pagg. 85-86). In altri termini, stante il tenore letterale della disposizione, la “forma elettronica” è l'unica modalità ammessa per la stesura degli atti in forma pubblica amministrativa, mentre la forma cartacea resta legittima in caso di scrittura privata.

Alla luce delle considerazioni che precedono, dunque, la stipulazione del contratto conseguente all'atto di aggiudicazione può assumere, a seconda delle disposizioni di volta in volta applicabili, una delle seguenti forme:

- a) atto pubblico notarile informatico, ai sensi della legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili (l. 16 febbraio 1913, n. 89 e s.m.i.; in particolare, si menzionano le modifiche apportate dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110 “Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'articolo 65 della legge 18 giugno 2009, n. 69”);
- b) forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;
- c) scrittura privata, per la quale resta ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento.

Fermo quanto sin qui osservato, laddove sia ammessa la stipulazione per scrittura privata, è chiaramente nella facoltà delle parti sottoscrivere il contratto con firma digitale; parimenti, lo scambio delle lettere *ex art. 334* del Regolamento può avvenire mediante “modalità elettroniche” (*i.e.* invio tramite posta elettronica certificata).

3. La modalità elettronica

Ulteriore conseguenza della novella è che ogni amministrazione, al fine della stipulazione del contratto in forma pubblica amministrativa mediante ufficiale rogante, è chiamata ad adottare le disposizioni regolamentari relative alla “modalità elettronica”, anche con rinvio a quelle del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale, nel seguito CAD).

Assume, quindi, importanza dirimente chiarire il significato da attribuire all’espressione “modalità elettronica”.

Al riguardo giova precisare che il CAD laddove tratta delle modalità informatiche con cui devono essere redatte le scritture private (*rectius* gli atti pubblici e le scritture private di cui all’art. 1350 c.c., dal n. 1 al n. 12), all’art. 21, comma 2-bis, parla espressamente di “**documento informatico**”, precisando che le suddette scritture sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale.

L’espressione usata, invece dal legislatore nel contesto dell’art. 11, comma 13, non rinvia al concetto di documento informatico o ad una più generica modalità informatica, ma semplicemente ad una non meglio specificata “modalità elettronica”.

A questo si aggiunga, inoltre, che con riferimento agli accordi tra pubbliche amministrazioni (art. 15, l. della legge 7 agosto 1990, n. 241) – con previsione asimmetrica rispetto a quella utilizzata per la stipula dei contratti di appalto di cui al Codice – il comma 2 dell’art. 6 del decreto sviluppo *bis*, espressamente ha previsto che, a far data dal 1° gennaio 2013, i suddetti accordi “(..) sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi”. Ciò a dimostrazione del fatto che la medesima fonte normativa, laddove ha inteso fare riferimento al Codice dell’amministrazione digitale, lo ha richiamato espressamente.

Alla luce di quanto disposto dall’art. 25, comma 2, del CAD, secondo cui “l’autenticazione della firma elettronica, anche mediante l’acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell’attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la

firma è stata apposta in sua presenza dal titolare”, l’espressione utilizzata dall’art. 11, comma 13, può essere intesa anche nel senso che, per la forma pubblica amministrativa, è ammesso il ricorso all’acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, ferma restando l’attestazione, da parte dell’Ufficiale rogante, dotato di firma digitale, che la firma dell’operatore è stata apposta in sua presenza, previo accertamento della sua identità personale.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

ritiene che:

- l’applicazione dell’art. 11, comma 13, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i, nel testo novellato dall’art. 6, comma 3, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, sia circoscritta alla *species* di contratto pubblico di cui all’art. 3 del Codice;
- i contratti pubblici di cui all’art. 3 del medesimo Codice debbano essere redatti, a pena di nullità, o mediante atto pubblico notarile informatico o in forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell’Ufficiale rogante dell’amministrazione aggiudicatrice, o mediante scrittura privata; per la scrittura privata, quindi, resta ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall’ordinamento;
- la “modalità elettronica” della forma pubblica amministrativa possa essere assolta anche attraverso l’acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, nel rispetto di quanto prescritto dall’art. 25, comma 2, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

Il Relatore
Sergio Gallo

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 19 febbraio 2013

Il Segretario: Maria Esposito