

L'utilizzo delle **modalità elettroniche** nella **stipula degli atti pubblici**

Come cambiano i contratti ai sensi del novellato art. 11, comma 13, del D.Lgs 163/2006

Claudio Guccione

Avvocato

**Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati
Giulio Palazzesi**

Avvocato, P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Il d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha sostituito, dal 1° gennaio 2013, il comma 13 dell'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici. Tale norma prevede 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". La ratio della modifica è stata quella di rendere cogente per il settore dei contratti pubblici l'utilizzo delle modalità elettroniche nella stipulazione dei contratti. La disposizione precedente del Codice dei contratti pubblici disponeva, invece, che "Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante".

Il tema è così attuale

che numerosi sono già i pareri e le interpretazioni (ufficiali e non) della norma che hanno cercato di chiarirne la ratio e circoscriverne l'ambito di applicazione. Il presente contributo mira, dunque, a fornire un quadro delle principali novità apportate dalla norma cercando di creare una panoramica quanto più esaustiva ed esauriente di tutte le sue possibili interpretazioni.

Le forma del contratto

Sul punto, è dapprima intervenuta l'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con la determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013. Con tale determina l'AVCP ha in primo luogo chiarito che il ricorso alle modalità elettroniche deve essere circoscritto alla specie di contratti pubblici di cui all'art. 3 del Codice, con esclusione, quindi, dei contratti sottratti all'applicazione del Codice stesso (ad esempio i contratti di compravendita o locazione immobiliare stipulati dalle pubbliche amministrazioni). In secondo luogo, l'Autorità, dopo aver ribadito la necessità della forma scritta *ad substantiam* per tutti i contratti soggetti all'applicazione del codice, rileva che, stando all'esegesi letterale delle disposizioni succedutesi nel tempo, l'obbligo di ricorso alle modalità elettroniche di stipula deve intendersi circoscritto alla stipulazione in forma pubblica amministrativa, mancando una analoga specificazione per l'utilizzo della scrittura privata. Ad avviso dell'AVCP, dunque, la modalità elettronica rappresenta una modalità attuativa obbligatoria della forma pubblica amministrativa e non, invece, un'alternativa alla stessa, residuando la possibilità di ricorrere alla forma cartacea unicamente con riferimento alla scrittura privata.

Secondo l'orientamento espresso dall'Autorità, dunque, la stipula del contratto può avvenire mediante: (i) 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.); (ii) forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice e (iii) scrittura privata, ammissibile sia in forma cartacea che nelle forme equipollenti ammesse (l'AVCP precisa che ove sia ammessa la stipulazione per scrittura privata è facoltà delle parti sottoscrivere il contratto con firma digitale e che lo scambio delle lettere ex art. 334 del dpr 207/2010 può avvenire con "modalità elettroniche"). Successivamente, sulla questione in esame, il Ministe-



ro delle Infrastrutture, servizio contratti, in risposta ad un quesito (quesito n. 4185 del 17 gennaio 2013), si è parzialmente discostato da quanto rilevato dall'Autorità di Vigilanza con la citata determinazione n. 1/2013. Secondo il Ministero, infatti, solamente l'atto pubblico notarile deve essere redatto in forma informatica a pena di nullità. Diversamente, stando al tenore letterale del richiamato art. 11, comma 13, l'atto pubblico amministrativo deve essere stipulato con modalità elettronica "secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante", pertanto, ove tali

norme lo consentano deve ritenersi ammissibile il ricorso alla forma cartacea in alternativa alla forma elettronica. La questione è stata, in ultimo, affrontata da una deliberazione della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia del 18 marzo 2013 n. 97/2913/PAR. Con tale pronuncia i giudici contabili dopo aver evidenziato che (i) la disciplina sulla forma dei contratti pubblici è contenuta nella legge di contabilità generale dello Stato (art. 16, 17, e 18, R.D. 2440/1923); (ii) tale normativa prescrive il requisito della forma scritta *ad substantiam* per tutti i contratti stipulati dalla PA, anche quando agisce *iure privatorum*, e più in particolare è richiesta la forma pubblica amministrativa (art. 16 RD 2440/1923), salvi i casi tipizzati dall'art. 17 del citato RD per i quali è consentita l'adozione della scrittura privata e la conclusione a distanza a mezzo corrispondenza e (iii) la disposizione contenuta nell'art. 11, comma 13, del Codice dei contratti è norma speciale rispetto alla disciplina generale e, come tale, è applicabile solo alla materia regolata dal Codice degli Appalti, hanno precisato che la gamma delle forme scritte *ad substantiam* previste dal nuovo art. 11, comma 13, d.lgs. 163/2006, ha portata più ampia rispetto alla disciplina contenuta nella legge di contabilità generale dello Stato in quanto promuove l'adozione di forme innovative di documentazione dell'attività contrattuale della PA.

Secondo l'orientamento espresso con la deliberazione in commento, dunque, la novella legislativa afferma la nullità per carenza delle forme alternative *ad substantiam*. In altre parole, ad avviso dei giudici contabili, le novità della nuova disciplina sarebbero da ravvisare: (i) nella previsione della nullità testuale per difetto delle forme *ad substantiam* indicate dalla norma; (ii) nel superamento della tassatività della forma scritta cartacea, mediante la previsione di forme alternative *ad substantiam*; (iii) nell'attribuzione dell'aggettivo "informatico" all'atto pubblico notarile e (iv) nella dequotazione della forma elettroni-



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

ca a "modalità elettronica" secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante. La disposizione modificata dal decreto sviluppo *bis* avrebbe, quindi, secondo tale ricostruzione, inteso adeguare alle moderne tecnologie l'utilizzo delle forme contrattuali della PA, ma non sostituendo alla forma cartacea la forma pubblica elettronica, bensì aggiungendo quest'ultima modalità alle forme tradizionali con la precisazione che ove le norme vigenti per la singola stazione appaltante prevedano l'utilizzo della sola modalità elettronica, l'utilizzo di altra metodologia, ancorché scritta o cartacea, sarebbe affetto da nullità. Tutto ciò considerato e rilevato, la Corte dei Conti conclude sul punto evidenziando che (i) la comminatoria di nullità prevista dal richiamato art. 11, comma 13, è riferita a tutte le forme *ad substantiam* di stipulazione previste dalla citata disposizione; (ii) trattandosi di forme scritte peculiari di scrittura privata, in caso di trattativa privata, conservano validità le forme di stipulazione previste dall'art. 17, R.D. 2440/1923; (iii) la stipulazione in forma pubblica amministrativa deve avvenire in modalità elettronica unicamente nelle ipotesi in cui tale modalità è prevista quale metodologia esclusiva da specifiche norme di legge o di regolamento applicabili alla stazione appaltante, essendo ancora stipulabile il contratto in forma pubblica amministrativa su supporto cartaceo; (iv) l'adozione del rogito notarile condurrà, invece, all'utilizzo esclusivo del documento informatico notarile e (v) l'inciso "le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante", riferito alla modalità elettronica di stipulazione dei contratti, non deve essere inteso quale potere di autodeterminazione della singola stazione appaltante, bensì come un rinvio ad una normativa tecnica, di rango legislativo o regolamentare, di fonte statale, che fissi, in modo uniforme, i precetti sulla compilazione, sottoscrizione e conservazione sostitutiva degli atti pubblici e contratti stipulati in modalità elettronica.

In ultimo è opportuno dar conto che alle tesi sopra riportate, si è contrapposta un'interpretazione più estensiva della disposizione in commento. Secondo tale orientamento minoritario, espresso in particolare in un parere della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2013, avente ad oggetto "quesiti sull'applicazione dell'art. 11, comma 13, del decreto legislativo n. 163 del 2006 come modificato dall'art. 6, comma 3, del DL 179 del 2012 sulle modalità di stipulazione dei contratti pubblici", la formulazione della disposizione in commento imporrebbe il ricorso alla modalità elettronica non solamente per la validità dei contratti rogati con atto pubblico notarile, ma anche per quelli stipulati mediante atto pubblico amministrativo o con scrittura privata. La stipula con modalità elettronica non sarebbe, pertanto, da intendersi come alternativa all'atto pubblico amministra-

tivo o alla scrittura privata redatti in forma cartacea, ma rappresenta l'unica forma scritta richiesta a pena di nullità per tutti i contratti pubblici in questione.

Le modalità elettroniche

Ciò detto con riguardo alla forma dei contratti pubblici e ai diversi orientamenti formati sul punto, appare opportuno soffermarsi brevemente sul significato da attribuire all'espressione modalità elettronica.

Un primo spunto è fornito dall'Autorità di Vigilanza che, con la richiamata determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013, ha evidenziato la differente formulazione utilizzata nella novella legislativa rispetto a quanto contenuto nel CAD ("Codice dell'Amministrazione Digitale", d.lgs. n. 82/2005); mentre, infatti, quest'ultimo, all'art. 21, comma 2-bis, nel trattare delle modalità informatiche con cui devono essere redatte le scritture private di cui all'art. 1350 c.c. (atti pubblici e scritture private), fa espressamente riferimento al "documento informatico", con l'ulteriore precisazione che la sottoscrizione deve essere, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale, l'art. 11, comma 13, in commento, anziché rinviare al concetto di "documento informatico", parla più genericamente di "modalità elettroniche". Ad avviso dell'Autorità, dunque, considerato che ai sensi dell'art. 25, comma 2, del CAD, "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'art. 11, comma 13, dovrebbe essere interpretato nel senso di consentire il ricorso all'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, ferma restando l'attestazione da parte dell'Ufficiale rogante, dotato di firma digitale, che la firma è stata apposta in sua presenza, previo accertamento della sua identità personale.

Ulteriori indicazioni sul punto sono poi stati forniti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con il richiamato parere del 28 febbraio 2013 che, anche con riferimento a tale aspetto, si è parzialmente discostato da quanto rilevato dall'AVCP. In particolare, il Ministero, con riferimento alle "modalità elettroniche" ha evidenziato che (i) tale espressione deve intendersi riferita alla forma scritta del contratto e non al tipo di firma elettronica da utilizzare per la valida sottoscrizione dello stesso; (ii) l'art. 11, comma 13, d.lgs. 163/2006, non prevede l'utilizzo esclusivo della firma digitale, con la conseguenza che dovrebbero trovare applicazione, per le scritture private, i principi di cui agli artt. 21 e ss. del CAD; in particolare ai sensi dell'art. 21, comma 2-bis, la sottoscrizione con firma elettronica qualificata o digitale è prescritta, a

pena di nullità, per le sole scritture private di cui all'art. 1350, comma 1, nn. da 1 a 12, cc, con esclusione, quindi, delle ipotesi di cui al n. 13, ovvero dei casi in cui la forma scritta, a pena di nullità, è richiesta da leggi speciali per altre tipologie di contratti, che, quindi, possono essere sottoscritti anche con firma elettronica avanzata; (iii) ove la parte non disponga di alcun tipo di firma elettronica occorre distinguere se il contratto rientra tra gli atti per i quali è richiesta la forma scritta a pena di nullità ai sensi dell'art. 1350, comma 1, nn. da 1 a 12, cc, e l'utilizzo della firma digitale o elettronica qualificata, dalle ipotesi in cui la forma scritta è richiesta a pena di nullità dall'art. 1350, comma 1, n. 13, cc, per cui è sufficiente la firma elettronica avanzata; nel primo caso, sarà possibile sottoscrivere gli atti con qualsiasi tipo di firma elettronica, anche mediante acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, purché autenticata da un pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 25 CAD ovvero con l'apposizione della firma digitale da parte di quest'ultimo, nel secondo caso, anche in mancanza della firma elettronica avanzata, deve ritenersi possibile procedere ai sensi del medesimo art. 25, mediante autenticazione della firma autografa acquisita digitalmente da parte del pubblico ufficiale; nell'ipotesi, infine, di contratto redatto con atto pubblico notarile o mediante atto pubblico amministrativo, occorre distinguere la posizione del notaio o dell'ufficiale rogante da quelle delle parti; la presenza di un pubblico ufficiale, infatti, che sottoscrive l'atto con firma digitale è garanzia dell'autenticità delle firme delle parti pur se apposte con modalità informatica diversa rispetto alle firme elettroniche, avanzate, qualificate o digitali. In tali ipotesi, trovando applicazione le norme relative alla formazione degli atti notarili (l. 16 febbraio 1913 n. 89), ove la parte sia sfornita di firma digitale o di altra forma di firma elettronica qualificata o avanzata, deve ritenersi consentito alla parte di sottoscrivere l'atto pubblico informatico con qualsiasi tipo di forma elettronica o, in mancanza, attraverso l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa apposta in presenza dell'ufficiale rogante che sottoscrive il medesimo con firma digitale. Il parere in esame chiarisce, infine, che (i) ove il contratto consista in un documento informatico l'amministrazione dovrà osservare quanto prescritto dal Capo III del CAD e le relative regole tecniche per la registrazione e la conservazione a norma dello stesso e (ii) i bandi di gara devono indicare la disciplina applicabile in materia di sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario. È ragionevole aspettarsi nei prossimi mesi ulteriori interventi chiarificatori relativi al contenuto della norma di cui al comma 13 dell'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici, volti a fugare taluni dubbi interpretativi che ancora sussistono. ■■

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ **Determina Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture** 13 marzo 2013, recante "Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa. (Determina n. 2)" (13A02842), pubblicato in GU n. 80 del 5 aprile 2013;

■ **Decreto Legislativo** 14 marzo 2013, n. 33, recante "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di infor-

mazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" (13G00076), pubblicato in GU n. 80 del 5 aprile 2013;

■ **Decreto-Legge** 8 aprile 2013, n. 35, recante "Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali" (13G00077), pubblicato in GU n. 82 dell'8 aprile 2013.