



COPIA

Provincia di
Barletta Andria Trani
Segreteria Generale

Codice org. PROVINCIA BAT
Protocollo 0039025-13
Data 04/07/2013
Classificazione II.02.041N



Ai Sigg. ri Dirigenti
LORO SEDI

E p.c. Al Sig. Presidente
SEDE

OGGETTO: Il contratto d'appalto elettronico. Il nuovo comma 13 dell'art. 11 del D. Lgs. 163/06 e smi. Estensione della modalità elettronica alle scritture private.

Il decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (noto come decreto crescita-bis o decreto sviluppo-bis), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ha introdotto una serie di misure che puntano sull'innovazione, quale fattore strutturale di crescita sostenibile e di rafforzamento della competitività delle imprese, prevedendo la diffusione di servizi digitali per i cittadini.

Fra le disposizioni che coinvolgono la pubblica amministrazione in questo processo di sviluppo, per quanto riguarda in particolare la materia dei contratti pubblici, l'art. 6, comma 3, sostituisce il comma 13 dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, con il seguente: **“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 disposizione si applica a fare data dal 1° gennaio 2013.

La disposizione in oggetto quindi riguarda esclusivamente i contratti pubblici di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori.

È utile ricordare che il comma, prima della novella, disponeva 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”**.

Quanto alle interpretazioni susseguitesì, alcune hanno negato la portata innovativa della norma rispetto alla precedente formulazione.

Al riguardo si segnala il Parere della Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo della Regione Lombardia – deliberazione n. 97/Pareri/2013 del 18.03.2013 emesso in materia di contabilità pubblica ai sensi del quale:

“... OMISISS ...

In sintesi, la difformità testuale rispetto alla precedente formula legislativa si compendia:

- 1) nella previsione della nullità testuale per difetto delle forme ad substantiam indicate dalla norma;
- 2) nel superamento della tassatività della forma scritta cartacea, mediante la previsione di forme alternative ad substantiam;
- 3) nell'attribuzione dell'aggettivo “informatico” all'atto pubblico notarile;
- 4) nella dequotazione della forma elettronica a “modalità elettronica” secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

La disposizione ha inteso adeguare alle moderne tecnologie l'utilizzo delle forme contrattuali in cui è trasfusa la volontà della pubblica amministrazione, aggiungendo, **ma non sostituendo alle tradizionali forme scritte cartacee la forma pubblica elettronica c/o digitale**, con l'avvertenza che qualora le norme vigenti per la singola stazione appaltante (regolamentari o di legge) prevedessero l'adozione della sola modalità elettronica, l'utilizzo di altra metodologia di documentazione, ancorché scritta o cartacea, in violazione delle norme speciali, sarebbe affetta da nullità assoluta”

Segretario Generale Dott.ssa Maria De Filippo

Tel.: 0883.1976050 - Fax: 0883.596632 - Mail: s.generale@provincia.ba.it



Recentemente, con la Determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013 (Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del Codice), ha preso posizione anche l'**Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici**, la quale ben introduce che *“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”*.

Quanto all'interpretazione accolta, l'Autorità sostiene che *«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»*, precisando poi che comunque anche nei casi di scrittura privata *«è chiaramente nella facoltà delle parti sottoscrivere il contratto con firma digitale»*.

Secondo l'autorevole interprete *«dall'esegesi letterale delle due disposizioni succedutesi nel tempo, detto obbligo appare circoscritto alla stipulazione in forma pubblica amministrativa»* in quanto *«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.»*

L'interpretazione dell'Avcp è dunque nel senso della legittimità della scrittura privata cartacea e comunque dell'ammissibilità della modalità elettronica.

Alla luce di quanto prospettato sinora, se vi è una certezza, è quella che anche stavolta il linguaggio utilizzato dal legislatore risulta non univoco.

Ancora, in antitesi con la deliberazione dell'AVCP, la Presidenza del Consiglio dei Ministri con un parere all'ANCE (Prot. n. 77/13/UL/P del 28.02.2013) ha testualmente previsto che *“la norma in esame prescrive l'utilizzo del documento informatico non solo per la validità dei contratti rogati con atto pubblico notarile, ma anche di quelli stipulati con atto pubblico amministrativo o con scrittura privata. Pertanto la forma elettronica o informatica del contratto non va considerata come modalità alternativa rispetto all'atto pubblico amministrativo o alla scrittura privata redatti in forma cartacea, **ma indica l'unica forma scritta richiesta a pena di nullità per tutti i contratti pubblici in questione**”*.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri continua asserendo che *“una diversa interpretazione che ritenga ancora valida la stipulazione di tali contratti redatti con atto pubblico amministrativo o con scrittura privata su supporto cartaceo si baserebbe su una lettura di carattere meramente formalistica della disposizione in esame, trascurando del tutto il dato sostanziale secondo il quale la sanzione della nullità è stata introdotta per tutti i contratti pubblici non stipulati in modalità elettronica o digitale.*

A conferma di quanto appena detto va richiamata la considerazione secondo la quale, già prima della modifica di cui trattasi, tutti i contratti pubblici dovevano essere stipulati a pena di nullità in forma scritta cartacea. Pertanto, lo scopo effettivo dell'introduzione, da parte della medesima norma della nuova sanzione della nullità, non può che essere quello di prevedere tale sanzione per tutti i contratti pubblici non redatti in modalità elettronica o digitale, e quindi anche per quelli stipulati da un pubblico ufficiale o redatti con scrittura privata.

*Quindi, dal nuovo testo della disposizione esaminata, si ricava che la stipula del contratto pubblico conseguente all'atto di aggiudicazione può avere una delle seguenti forme scritte, **tutte in modalità elettronica o informatica**:*

- a) *Atto pubblico notarile;*
- b) *Atto pubblico amministrativo, secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;*
- c) *Scrittura privata.”*

Alla luce di quanto innanzi riportato, si ritiene, però, utile evidenziare che l'esegesi letterale secondo le virgole ed il confronto col testo previgente *“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”* possono effettivamente far propendere anche per un cambiamento di prospettiva più ampio di quello prudentemente prospettato dall'AVCP, ed in linea con quanto asserito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che di seguito si cerca di schematizzare.

Segretario Generale Dott.ssa Maria De Filippo

Tel.: 0883.1976050 - Fax: 0883.596632 - Mail: s.generale@provincia.bs.it



1) Esistono **tre forme contrattuali**: “Il contratto è stipulato, a pena di nullità, ⇒ con atto pubblico notarile ..., ovvero... ⇒ in forma pubblica amministrativa ... o ⇒ mediante scrittura privata”. Sparisce il riferimento alla “forma elettronica”.

2) Sono ammesse **due modalità di stipula**: ⇒ la modalità informatica relativa all’atto pubblico notarile e ⇒ la “modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante” tanto per la forma pubblica amministrativa quanto per la forma della scrittura privata.

La prima modalità trova la propria disciplina nel d.lgs. n. 110 del 2010 (Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio), con il quale la Legge Notarile del 1913 è stata sostanzialmente adeguata al Codice dell’Amministrazione Digitale e l’atto pubblico informatico era stato introdotto come facoltativo.

Per le altre due forme contrattuali (atto pubblico amministrativo e scrittura privata) la nuova disposizione prevede l’utilizzo della modalità elettronica.

Infatti:

a) il **posizionamento dell’inciso “in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante”** tra due virgole rende inevitabile il riferimento ad entrambe le forme;

b) il fatto che la modalità elettronica debba avvenire “secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante” sembra logicamente riferibile soprattutto alla scrittura privata, posto che nel caso dell’atto pubblico amministrativo la disciplina di riferimento è quella della legge notarile (ai sensi dell’art. 96 del R.D. n. 827 del 1924 “I contratti in forma pubblica sono ricevuti con l’osservanza delle norme prescritte dalla legge notarile per gli atti notarili, in quanto applicabili”), per cui la modalità elettronica da prevedere rispetto a questi atti dovrà sostanzialmente aderire allo schema dell’atto pubblico informatico notarile. Proprio la circostanza che, nello stabilire l’obbligatorietà della modalità elettronica, la norma non precisi quali siano in concreto le relative modalità “attuative”, demandando all’autonomia organizzativa delle stazioni appaltanti l’individuazione dei sistemi più idonei a garantire la formazione, la conservazione, la sicurezza e l’utilizzabilità degli atti, conferma che il riferimento sia esteso alla scrittura privata, forma rispetto alla quale non esiste normativa puntuale;

c) non compare **nessun riferimento alla modalità cartacea**.

Con riferimento poi all’argomentazione che si è spesa molto in ambito interpretativo secondo cui la norma non potrebbe davvero esser letta come obbligo di stipulare i contratti di appalto in forma digitale, poiché non vige un corrispondente obbligo per le imprese di essere munite di firma digitale, vale però la pena di ricordare che:

1. **l’articolo 6-bis del d.lgs. n. 163 del 2006** (Codice degli appalti pubblici), introdotto dall’art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012, ha istituito la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e che la Deliberazione attuativa dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, n. 111 del 20 dicembre 2012, afferma esplicitamente (art. 3) che i documenti inseriti dagli **operatori economici**, devono essere firmati digitalmente e trasmessi con PEC e pertanto tali soggetti **devono dotarsi di un certificato di firma digitale**, in corso di validità, rilasciato da un organismo incluso nell’elenco pubblico dei certificatori. L’art. 9 di tale Deliberazione prevede una fase transitoria, al fine di consentire agli operatori economici e alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori di adeguarsi gradualmente alle nuove modalità di verifica dei requisiti, le quali entreranno in regime di obbligatorietà per tutti gli appalti di importo superiore ai 40.000 euro, atteso il disposto del Comunicato del Presidente dell’AVCP del 12.06.2013, **sostanzialmente dal 1° gennaio 2014**.
2. l’obbligo di munirsi di **posta elettronica certificata**, già previsto per le società dal d.l. n. 185 del 2008, è stato esteso anche alle imprese individuali dall’art. 5 dello stesso decreto sviluppo bis, dando termine al 30 giugno 2013 per il deposito dell’indirizzo presso l’ufficio del registro delle imprese competente.
3. Il richiamato parere della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 28.02.2013 stabilisce che con riferimento alle scritture private, non essendo espressamente previsto l’utilizzo esclusivo della firma digitale, si applicano i principi generali di cui agli articoli 21 e seguenti del CAD. In particolare il parere in argomento illustra la soluzione da seguire nel caso in cui la parte non disponga di alcun tipo di firma elettronica per la sottoscrizione del contratto redatto con scrittura privata, procedendo mediante

Segretario Generale Dott.ssa Maria De Filippo

Tel.: 0883.1976050 - Fax: 0883.596632 - Mail: s.generale@provincia.bl.it



acquisizione digitale della sottoscrizione autografa purchè autenticata da un pubblico ufficiale. Tanto, in considerazione del combinato disposto degli articoli seguenti:

➤ L'art. 52 bis della legge notarile, introdotto dal d.lgs. n. 110 del 2010, prevede che la firma elettronica possa consistere *"anche nell'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa"*: in pratica le parti possono apporre la propria firma autografa su un supporto cartaceo (il testo dell'atto pubblico), il quale viene successivamente acquisito con lo scanner e dunque trasformato in documento informatico, cui di seguito l'ufficiale rogante *"appone personalmente la propria firma digitale dopo le parti, l'interprete e i testimoni e in loro presenza"*;

➤ L'art. 25, comma 2, del Codice dell'amministrazione digitale 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, previo accertamento della sua identità personale, della validità dell'eventuale certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico"*.

Alla luce di queste considerazioni non può non confermarsi la lettura stringente della nuova disposizione che appare sicuramente quella che tutela maggiormente l'Ente trattandosi di una disposizione prescritta "a pena di nullità" del contratto.

A ciò si **aggiunga** la considerazione che le scritture private costituiscano numericamente la quota più consistente di contratti stipulati dalle amministrazioni, mentre gli atti rogati sono la minoranza e che, pertanto, un'interpretazione diversa da quella della Presidenza del Consiglio dei Ministri avrebbe di fatto l'effetto di comprimere sensibilmente l'effettivo impatto di una norma, la cui ratio parrebbe molto più univoca della sua formulazione.

Non può sottacersi, infatti, la potenzialità racchiusa nella disposizione in parola, riconoscendo nella stipula elettronica del contratto d'appalto, anche in caso di scrittura privata, un'opportunità rispetto alla realizzazione degli obiettivi di razionalizzazione e contenimento della spesa per l'acquisto di beni e servizi e di riduzione della spesa pubblica, anche attraverso la progressiva dematerializzazione degli atti, riducendo la produzione e conservazione dei documenti cartacei al fine di generare risparmi connessi alla gestione della carta.

Tutto ciò premesso, **a far data dal 01.07.2013**, nelle more dell'adeguamento del regolamento per lavori, servizi e forniture in economia (art. 45), **per i contratti di importo inferiore a 20.000 euro, IVA esclusa** è necessario procedere alla stesura degli stessi in modalità elettronica previa apposizione da entrambe le parti contraenti della firma digitale.

Laddove quindi le parti siano munite di firma digitale, sarà necessario adeguare il testo delle scritture private secondo la seguente formulazione *"Il sig. _____ come innanzi costituito, apponendo la propria firma digitale al presente atto, dichiara di accettare ed approvare specificatamente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1341 c.c., le clausole di cui agli artt.*

_____ sopra riportati.

*Detto atto redatto in modalità elettronica, in uno con gli allegati, dichiarati da entrambe le parti conformi agli originali analogici da cui sono tratti su supporto informatico a mezzo di copia per immagine e che ne costituiscono parte integrante e sostanziale, è stato firmato dal Dirigente _____ con firma digitale, la cui validità è stata accertata mediante il sistema di verifica **DIKE** ove risulta la vigenza del certificato di detta firma digitale (valido fino al _____) e dal sig. _____ con firma digitale, la cui validità è stata accertata mediante il sistema di verifica **DIKE** ove risulta la vigenza del certificato di detta firma digitale (valido fino al _____)" e comunque garantire il rispetto delle norme di conservazione, secondo quanto meglio specificato in seguito.*

Nel periodo transitorio in cui può accadere che l'operatore economico contraente sia **ancora sprovvisto di firma digitale**, si potrà procedere al pari di quanto **accade attualmente per le scritture private autenticate** e, dunque, nel seguente modo:

Segretario Generale Dott.ssa Maria De Filippo

Tel.: 0883.1976050 - Fax: 0883.596632 - Mail: s.generale@provincia.tn.it



- redazione dell'atto su supporto cartaceo;
- lettura dell'atto alle parti;
- acquisizione della firma autografa delle parti;
- scansione del supporto cartaceo contenente le firme autografe;
- sottoscrizione digitale dell'ufficiale rogante dell'atto scannerizzato.

Giova, inoltre precisare che, nell'ambito dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni aggiudicatrici, rispetto all'individuazione delle modalità elettroniche di stipula con scrittura privata, e, comunque, nelle more del sopra citato adeguamento regolamentare, è condivisibile ritenere che, ove possibile, al di sotto della soglia dei 20.000 euro, in alcuni casi possa costituire **modalità elettronica adeguata il semplice scambio di corrispondenza secondo l'uso commerciale** attraverso PEC: invio per posta elettronica certificata della scansione della lettera di proposta/di accettazione sottoscritte autografamente.

Modalità operative per la conservazione, allegati e copie

Ancorché la disposizione in oggetto faccia riferimento alla sola *stipula* dei contratti di appalto o concessione, è del tutto evidente che la finalità della norma sarebbe vanificata se non fossero adottati con modalità elettroniche anche i successivi adempimenti, posto che gli strumenti per farlo sono a disposizione.

Il documento informatico deve, quindi, poi essere salvato in modo da garantire la successiva **conservazione** per un tempo illimitato con tecnologie sicure che ne garantiscano anche la fruizione.

Ai sensi dell'art. 62-bis della legge notarile, il notaio per la conservazione degli atti cui è tenuto, se informatici, si avvale della struttura predisposta e gestita dal Consiglio nazionale del notariato.

Per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni, la formazione, la gestione e la conservazione dei documenti informatici sono disciplinate dal **Codice dell'amministrazione digitale**, che per quanto riguarda la conservazione prescrive all'art. 43 che essa debba essere effettuata "in modo da garantire la conformità dei documenti agli originali, nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71".

Invero, le "Regole tecniche per la formazione, tenuta e conservazione del documento informatico", ancorché circolate sul web in bozza, ad oggi non sono ancora state approvate. Può quindi frattanto continuare ad costituire riferimento sul tema la **delibera CNIPA n. 11 del 2004** (Regole tecniche per la riproduzione e conservazione di documenti su supporto ottico idoneo a garantire la conformità dei documenti agli originali), che definisce il processo di conservazione digitale - definita "conservazione sostitutiva" - dei documenti.

Naturalmente accedendo alla tesi estensiva prospettata dal Presidenza del Consiglio dei Ministri è necessario garantire le corrette regole di conservazione anche per le scritture private non autenticate.

A tal fine, sarà il Dirigente del Settore Reti ed Infrastrutture Tecnologiche che dovrà garantire il corretto espletamento di detto adempimento, consentendo l'utilizzo dello stesso sistema già in uso per gli atti redatti in forma pubblico-amministrativa e di scrittura privata autenticata, ma, riservando plausibilmente, "un'area di conservazione" separata dai primi.

Per quanto riguarda i **documenti da allegare** al contratto, per la cui disciplina si fa specifico rinvio alla normativa legislativa e regolamentare di settore, si precisa che gli stessi dovranno avere la medesima forma (e modalità di stipula) del contratto ed essere conservati unitamente ad esso.

In merito alle modalità si richiama l'art. 57 bis della legge notarile, che stabilisce che quando deve essere allegato un documento redatto su supporto cartaceo ad un documento informatico, se ne allega copia informatica, certificata conforme ai sensi dell'articolo 22, commi 1 e 3, del CAD.

Si richiamano infine gli articoli 22, 23 e 23 bis del CAD, per quanto riguarda la modalità di formazione e la certificazione di conformità delle **copie** informatiche di documenti analogici, delle copie analogiche di documenti informatici e dei duplicati e copie informatiche di documenti informatici.

Nell'invitare le SS.LL ad un'attenta disamina di quanto innanzi riportato e delle disposizioni ivi richiamate, per i conseguenti orientamenti applicativi, si porgono cordiali saluti.

Il SEGRETARIO GENERALE
dott.ssa Maria De Filippo

Segretario Generale Dott.ssa Maria De Filippo

Tel.: 0883.1976050 - Fax: 0883.596632 - Mail: s.generale@provincia.bl.it