



Presidenza del Consiglio dei Ministri  
Il Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro  
per la pubblica amministrazione e la semplificazione

Prot. 77/13/UL/P

Roma, 28 FEB. 2013

All'ANCE

**OGGETTO:** Quesiti sull'applicazione dell'art. 11, comma 13, del decreto legislativo n. 163 del 2006 come modificato dall'art. 6, comma 3, del D.L. 179 del 2012 sulle modalità di stipulazione dei contratti pubblici.

Con riferimento alla nota di codesta Associazione del 21 gennaio u.s. relativa all'oggetto, si rappresenta quanto segue.

***I Quesito: se la disposizione di cui all'articolo 11, comma 13, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'articolo 6, comma 3, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012, preveda come obbligatorio il ricorso alle modalità elettroniche in caso di utilizzo della forma pubblica amministrativa ovvero della scrittura privata.***

Al riguardo, si segnala che l'articolo 6, comma 3, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012, nel novellare l'articolo 11, comma 13, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, richiede, in ordine alla forma dei contratti pubblici, il requisito della forma elettronica a pena di nullità. Con tale espressione si impone la redazione dei contratti pubblici di cui al Codice degli appalti mediante documento informatico, tenendo anche conto che l'ordinamento spesso utilizza in maniera equivalente le espressioni "forma elettronica", "documento elettronico" o "documento informatico" per indicare i casi in cui il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta, *ad substantiam e/o ad probationem*.

Ciò premesso, 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

B

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.

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.

***II Quesito: cosa si deve intendere per "modalità elettroniche" e, in particolare, se occorre ricorrere alla firma digitale.***

***IV Quesito: se in mancanza di firma digitale da parte dell'aggiudicatario del contratto, possa ricorrersi all'autenticazione della firma mediante acquisizione digitale della sottoscrizione autografa (scannerizzazione e attestazione del pubblico ufficiale)***

In ordine al secondo e quarto quesito, va detto che per "modalità elettroniche" si deve intendere quanto riportato nella risposta al primo quesito in quanto tale espressione va riferita alla forma scritta del contratto e non al tipo di firma elettronica (di cui quella digitale è un particolare tipo) da utilizzare per la valida sottoscrizione dello stesso. Spesso il legislatore, infatti, utilizza

l'espressione "atto o contratto sottoscritto con firma digitale" ovvero "atto sottoscritto 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" per intendere sia che la forma scritta deve essere quella elettronica, sia che, per la sua validità occorre sottoscrivere il documento informatico con uno dei predetti tipi di firma elettronica.

Nel caso di specie, non è espressamente previsto l'utilizzo esclusivo della firma digitale, per cui si applicano, quanto alle scritture private, i principi generali di cui agli articoli 21 e seguenti del Codice dell'amministrazione digitale. In particolare, ai sensi dell'articolo 21, comma 2-bis, del CAD, la sottoscrizione con firma elettronica qualificata o digitale è prescritta, a pena di nullità, soltanto per le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, nn. da 1 a 12, del codice civile - relativi alla costituzione, modificazione o trasferimento di diritti reali su beni immobili o mobili registrati -, con esclusione, quindi, delle ipotesi previste dal n. 13 del medesimo articolo - ovvero dei casi in cui la forma scritta, a pena di nullità, è richiesta in leggi speciali per altre tipologie di contratti (ad esempio TUB, TUF) - che, pertanto, possono essere validamente sottoscritti anche con firma elettronica avanzata.

Va di seguito illustrata la soluzione nel caso in cui la parte non disponga di alcun tipo di firma elettronica per la sottoscrizione del contratto redatto con scrittura privata.

Se il contratto rientra tra gli atti la cui forma scritta è richiesta a pena di nullità dai numeri da 1 a 12 dell'art. 1350 c.c., per i quali è richiesto l'utilizzo della firma digitale o elettronica qualificata, soccorre quanto previsto nell'*incipit* dell'articolo 21, comma 2-bis del CAD che, facendo salva l'applicabilità del successivo articolo 25, consente di sottoscrivere tali atti con qualsiasi tipo di firma elettronica, anche mediante acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, purchè autenticata da un pubblico ufficiale ai sensi del medesimo articolo 25 ovvero con l'apposizione della firma digitale da parte di quest'ultimo.

Se invece si tratta di un atto la cui forma scritta è richiesta, a pena di nullità, dal n. 13 dell'art. 1350 del c.c., per cui è sufficiente l'apposizione della firma elettronica avanzata, anche in mancanza di questo tipo di firma elettronica, è possibile procedere ugualmente ai sensi dell'articolo 25 citato, mediante autenticazione della firma autografa acquisita digitalmente da parte del pubblico ufficiale.

Quando, invece, il contratto è redatto con atto pubblico notarile o mediante atto pubblico amministrativo, occorre tenere distinte, ai fini della sottoscrizione, la posizione del notaio o dell'ufficiale rogante da quella delle parti, in quanto, in tali casi, la presenza di un pubblico ufficiale che deve sottoscrivere l'atto con firma digitale è garanzia dell'autenticità delle firme delle parti

anche se le stesse vengono apposte con altra modalità informatica rispetto alle firme elettroniche avanzate, qualificate o digitali.

In tali casi, poiché il pubblico ufficiale rogante deve osservare, nello svolgimento delle sue funzioni, le norme che disciplinano la formazione degli atti notarili, troverà applicazione, nel caso in cui la parte sia sfornita della firma digitale o di altra firma elettronica qualificata o avanzata, l'articolo 52-bis della legge n. 89 del 1913, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 110 del 2010 che così recita: *“1. Le parti, i fidefacenti, l'interprete e i testimoni sottoscrivono personalmente l'atto pubblico informatico in presenza del notaio con firma digitale o con firma elettronica, consistente anche nell'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa. 2. Il notaio appone personalmente la propria firma digitale dopo le parti, l'interprete e i testimoni e in loro presenza.»*. Ai sensi di tale norma, sarà quindi consentito alla parte di sottoscrivere l'atto pubblico informatico con qualsiasi tipo di firma elettronica o, in mancanza, attraverso l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa apposta in presenza dell'Ufficiale rogante che, a sua volta, sottoscrive il medesimo atto con firma digitale.

***III Quesito: se la previsione di cui all'articolo 11, comma 13, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'articolo 6, comma 3, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012 implichi anche l'utilizzo di modalità elettroniche per la registrazione e conservazione dei contratti.***

La risposta al terzo quesito non può che essere conseguente alle considerazioni innanzi svolte, per cui, se l'originale del contratto consiste in un documento informatico validamente sottoscritto, l'amministrazione non può non adottare tutte le regole del Capo III del CAD e le relative regole tecniche per la registrazione e la conservazione a norma dello stesso.

***V Quesito: se sia opportuno che la stazione appaltante porti a conoscenza dei concorrenti la forma di sottoscrizione del contratto prescelta e le modalità elettroniche previste.***

Quanto all'ultimo quesito, va osservato che il bando di gara deve indicare la disciplina applicabile in materia di sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario secondo le disposizioni di legge innanzi illustrate.

Cons. Germana Panzironi

