

Deliberazione Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per la Lombardia 18/3/2013 n. 91/2013/PAR

Contratti pubblici - Modalità di stipulazione - Dopo la novella all'art. 11, c.13, dlgs. 163/2006 - Individuazione - Forma pubblica amministrativa - Modalità elettronica - Solo se prevista da specifiche norme di legge o regolamento applicabili alla stazione appaltante - Modalità cartacea - Ammissibilità

La stipulazione in forma pubblica amministrativa deve avvenire in modalità elettronica solo se essa è prevista quale metodologia esclusiva da specifiche norme di legge o di regolamento applicabili alla stazione appaltante, essendo ancora validamente stipulabile il contratto in forma pubblica amministrativa su supporto cartaceo.

Lombardia/ /2013/PAR

REPUBBLICA ITALIANA

LA

CORTE DEI CONTI

IN

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua Presidente

dott. Giuseppe Roberto Mario Zola Consigliere

dott. Gianluca Braghò Primo Referendario (relatore)

dott. Alessandro Napoli Referendario

dott.ssa Laura De Rentiis Referendario

dott. Donato Centrone Referendario

dott. Francesco Sucameli Referendario

dott. Cristiano Baldi Referendario

dott. Andrea Luberti Referendario

nell'adunanza in camera di consiglio del 26 febbraio 2013

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 9548 di protocollo in data 7 febbraio 2013, con la quale il sindaco del comune di Varese ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Varese;

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

PREMESSO CHE

Il sindaco del comune di Varese, mediante nota n. 9548 del 7 febbraio 2013, ha posto un quesito in merito all'interpretazione dell'art. 11 comma 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 che dal 1° gennaio 2013 risulta così modificato: *"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..."*.

In particolare il sindaco, dopo aver richiamato i lavori preparatori del legislatore, pone i seguenti quesiti:

- a) se la comminatoria di nullità prevista dalla norma sia riferibile alla necessità della forma scritta *ad substantiam*, ovvero anche alle modalità di stipulazione previste dalla norma; in quest'ultima ipotesi non risulterebbero più utilizzabili le forme di stipulazione, alternative alla scrittura privata, previste dall'art. 17 del R.D. 18/11/1923 n. 2440;
- b) se la stipulazione in forma pubblica amministrativa debba avvenire esclusivamente in modalità elettronica, ovvero sia possibile ancora stipulare il contratto in forma pubblica amministrativa su supporto cartaceo, come sembra emergere chiaramente dalle schede di lettura, allegate al progetto di legge. Tale conclusione appare avvalorata dal tenore letterale della norma laddove il legislatore ha aggiunto la specificazione "...informatico..." esclusivamente all'atto pubblico notarile prevedendo in tal caso un obbligo di utilizzo dell'atto notarile informatico nel caso di stipulazione tramite notaio esterno all'amministrazione appaltante - e non anche alla "...forma pubblica amministrativa..."; c) se la locuzione "...le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante ..." riferita alla modalità elettronica della stipulazione dei contratti sia da intendere come rinvio ad una legislazione tecnica generale, che detti norme sulla compilazione, sottoscrizione e conservazione sostitutiva degli atti pubblici e contratti stipulati in modalità elettronica, ovvero demandi a ciascuna stazione appaltante il potere di determinare autonomamente tali parametri tecnici.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA ED OGGETTIVA

La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge 131/2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normazione sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere delle Province, si osserva che il Presidente è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, occorre rilevare che la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali. Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma rese esplicite in particolare con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Ne deriva che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che anzi le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni Riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria di contabilità pubblica *incentrata sul "sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"* da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Corte dei conti SSRR in sede di controllo, delibera 17 novembre 2010, n.54). Il limite della funzione consultiva come sopra delineato fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge o che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali.

Dalle sopraesposte considerazioni consegue che la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività. In sintesi, sotto il profilo oggettivo, il quesito proposto attiene ad un profilo generale in ordine alla forma dei contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione, la cui validità condiziona direttamente la legittimità e la regolarità contabile e finanziaria dell'impegno di spesa assunto dall'ente locale.

Il quesito riveste portata generale ed astratta e non interferisce né con la sfera di discrezionalità riservata

dalla legge alla pubblica amministrazione locale, né con possibili questioni attinenti alla giurisdizione civile, amministrativa o di responsabilità amministrativo-contabile, né con la sfera di competenza riservata dalla legge ad altri organismi pubblici (ad es. Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ai sensi dell'art. 6 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163), poiché la Sezione non è chiamata a rendere il proprio orientamento su un affidamento specifico o su un concreto atto gestionale o su una singola procedura di gara ad evidenza pubblica, bensì su un requisito del contratto previsto dalla legge a pena di nullità, a prescindere dalla disciplina dettata dal Codice degli Appalti (Sui limiti della funzione consultiva intestata alle Sezioni regionali di Controllo, in presenza di altra Autorità Amministrativa funzionalmente competente per materia, Sezioni Riunite in sede di controllo nomofilattico, deliberazioni n.50/CONTR/2010 e 56/CONTR/2011). Si ritiene inoltre, come correttamente osservato dall'amministrazione remittente in punto di ammissibilità oggettiva, che i quesiti attengono alla disciplina della forma degli atti nell'ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione; materia che è inclusa a pieno titolo nella nozione di contabilità pubblica. Ne consegue che la richiesta di parere, rientrando nella nozione di contabilità pubblica, è oggettivamente ammissibile e può essere esaminata nel merito.

MERITO

L'art. 6 comma 4 del D.L. 18 ottobre 2012, n.179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n.221 ha disposto che le norme di cui all'art. 6 comma 3 si applicano a partire dal primo gennaio 2013. Fra le disposizioni ivi richiamate è ricompresa la norma oggetto del presente parere, a tenore della quale, il legislatore, innovando la disciplina sulla forma dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione nell'ambito del codice degli appalti, ha modificato l'art. 11 comma 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *prescrivendo 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"*. Si pone a confronto la previgente edizione della norma, che testualmente recitava: "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".

Preliminarmente, si osserva che la disciplina generale sulla forma dei contratti pubblici è contenuta nella legge di contabilità generale dello Stato (art. 16, 17 e 18 del R.D. 18 novembre 1923, n.2440) tuttora vigente. La legge di contabilità dello Stato prescrive il requisito della **forma scritta ad substantiam** per tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, anche quando essa agisca *iure privatorum*; forma scritta declinata mediante i canoni della forma pubblica amministrativa (art. 16 R.D. 18 novembre 1923, n.2440), salve le ipotesi derogatorie tipizzate descritte all'art. 17 del R.D. citato, in cui è consentita l'**adozione** della scrittura privata e la conclusione a distanza a mezzo di corrispondenza.

Il rapporto fra le due disposizioni è regolato dal **principio di specialità**, atteso che la disposizione in tema di contabilità di Stato è applicabile ad ogni tipo contrattuale stipulato dalla Pubblica Amministrazione, mentre la disciplina prevista dall'art. 11 comma 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163 è applicabile solo **alla materia regolata dal Codice degli Appalti**.

Sotto il profilo contenutistico si evidenzia, inoltre, che il novero delle forme *ad substantiam* previste dal citato art. 11 comma 13 ha una **portata più ampia** rispetto alla citata legge di contabilità, poiché **promuove l'adozione** di innovative forme di documentazione dell'attività contrattuale in cui è parte la Pubblica Amministrazione. Tradizionalmente, si osserva che la forma scritta *ad substantiam* garantisce la certezza nei rapporti giuridici a contenuto patrimoniale in cui è parte la Pubblica Amministrazione e si pone quale regime speciale sia rispetto al **principio di libertà della forma** previsto nel **codice civile**, salve le ipotesi espressamente previste di atti che devono essere redatti per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità (art. 1350 c.c.), sia rispetto al **principio generale di libertà della forma dell'atto amministrativo**. La recente riformulazione dell'art. 11 comma 13 del Codice degli Appalti sancisce la nullità testuale per carenza delle **forme alternative ad substantiam**. Accanto alla forma **scritta**, tipica della forma pubblica amministrativa e della scrittura privata, la legge prescrive la **forma digitale** per l'atto pubblico notarile (informatico), nonché la **modalità elettronica** secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante. In sintesi, la difformità testuale rispetto alla precedente formula legislativa si compendia nella:

1) previsione della **nullità testuale** per difetto delle forme *ad substantiam* indicate dalla norma;

2) superamento della tassatività della forma scritta cartacea, mediante la previsione di forme alternative *ad substantiam*;

3) attribuzione dell'aggettivo "**informatico**" all'atto pubblico notarile;

4) 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 e/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.

Ciò posto, al fine di rispondere ai singoli quesiti prospettati dall'amministrazione, alla luce del chiaro dato testuale, la Sezione si ritiene che: a) la comminatoria di **nullità prevista dalla norma è riferita a tutte le forme ad substantiam** di stipulazione previste dalla citata disposizione;

b) in quanto forme scritte peculiari di scrittura privata (scambio di proposta ed accettazione nei contratti *inter absentes*), in caso di trattativa privata, conservano piena validità le forme di stipulazione, previste dall'art. 17 del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 (la scrittura privata è prevista anche nell'art. 11 comma 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163); c) la stipulazione in forma pubblica amministrativa deve avvenire **in modalità elettronica** solo se essa è prevista quale metodologia esclusiva da specifiche norme di legge o di

regolamento applicabili alla stazione appaltante, essendo ancora validamente stipulabile il contratto in forma pubblica amministrativa su supporto cartaceo; d) l'adozione del rogito notarile condurrà invece **all'utilizzo esclusivo del documento informatico notarile**, alla stregua del richiamo selettivo contenuto nella dizione normativa;

e) la locuzione "...le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante ..." riferita alla modalità elettronica della stipulazione dei contratti è da intendersi non come potere della singola stazione appaltante di autodeterminazione, ma come rinvio ad una **normativa tecnica**, di **rango legislativo o regolamentare**, di fonte statale (artt. 117 comma 2 lett. l Cost.), che detti i precetti in modo uniforme sulla compilazione, sottoscrizione e conservazione sostitutiva degli atti pubblici e contratti stipulati in modalità elettronica.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore Il Presidente

(Dott. Gianluca Braghò) (Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria

Il 18/03/2013

Il Direttore della Segreteria

(dott.ssa Daniela Parisini)