

I CONTRATTI IN FORMA ELETTRONICA

ANCE- Direzione Legislazione Opere Pubbliche

CAGLIARI, 27 SETTEMBRE 2013

LA FORMA DEI CONTRATTI

ART. 11 CODICE, comma 13 - ...prima...

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.

...**dopo** le modifiche dell' art. 6, comma 3, del D.L. n. 179/2012, convertito dalla L. n. 221/2012

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.

I CONCETTI tradizionali

- **Atto pubblico:** atto redatto con particolari formalità da notaio (o altro P.U.) autorizzato ad attribuire la «pubblica fede», ossia fiducia nella veridicità del contenuto dell'atto- 2699 CC
- **Forma pubblica amministrativa:** atti ricevuti da pubblico ufficiale delegato a rappresentare l'amministrazione e ricevuti da un funzionario designato quale ufficiale rogante – art. 16 R.D. 2440/1923 (L. contabilità di Stato)
- **Scrittura privata:** qualsiasi documento sottoscritto da un privato- la firma comporta assunzione di paternità e di responsabilità del contenuto del documento
- **Forma elettronica:** modalità vigenti per le ss.aa.

I nuovi **CONCETTI**

- **Atto pubblico notarile informatico**
- **Forma pubblica amministrativa**
- **Scrittura privata**
- **Modalità elettronica**

Criticità

Sorgono i primi dubbi interpretativi:

Quali sono le modalità applicative?

Fin dove si estende l'obbligo di ricorso alle modalità elettroniche?

Cosa si intende per modalità elettroniche?

I chiarimenti – l'AVCP

DET. N. 1/2013

- RICHIAMO ALLA LEGGE GENERALE DI CONTABILITÀ DI STATO – R.D. 2440/1923



GLI ARTT. 16, 17 E 18 DISCIPLINANO LA FORMA DI TUTTI I CONTRATTI PUBBLICI, E SONO ANCORA VIGENTI

IN RELAZIONE AD ESSI, L'ART. 11 DEL CODICE DEI CONTRATTI è LEX SPECIALIS, VALE SOLO PER I CONTRATTI DI **APPALTO**

QUINDI, PER TUTTI GLI ALTRI CONTRATTI VALE LA L. DI CONTABILITÀ

- AVCP CHIARISCE CHE LA FORMA SCRITTA È REQUISITO AD *SUBSTANTIAM*, SEMPRE NECESSARIO
- E, SOPRATTUTTO, CHE **LA MODALITÀ ELETTRONICA SI ESTENDE SOLO ALLA FORMA PUBBLICA AMMINISTRATIVA**, NON ALLA SCRITTURA PRIVATA

CIÒ È DEDOTTO DALL'ESEGESI LETTERALE DEL TESTO



LA MODALITÀ ELETTRONICA DEVE AVVENIRE SECONDO LE NORME VIGENTI PER CIASCUNA STAZIONE APPALTANTE

SOLO NELLA FORMA PUBBLICA AMM.VA VIGE UNA DISCIPLINA DI DETTAGLIO PER CIASCUNA S.A

DETTA MODALITÀ TROVERÀ APPLICAZIONE SOLO IN TAL CASO

- AD ULTERIORE SOSTEGNO DELLA TESI, AVCP CITA L'ART. 334 C. 2 DEL REGOLAMENTO, SECONDO CUI

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.

E RICORDA ANCHE CHE NELLA SCRITTURA PRIVATA **NON INTERVIENE ALCUN UFFICIALE ROGANTE** CHE POSSA ACCERTARE LA VALIDITÀ DEI CERTIFICATI DI FIRMA DIGITALE O LA PROVENIENZA DALLE PARTI DELLA SOTTOSCRIZIONE AUTOGRAFA SCANSIONATA ED ALLEGATA ALL'EVENTUALE FILE DEL CONTRATTO

L'AVCP CONCLUDE 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**

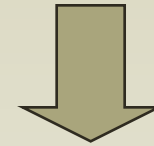
QUINDI, IN CASO DI AGGIUDICAZIONE, IL CONTRATTO PUÒ ESSERE STIPULATO

- **atto pubblico notarile informatico;**
- **forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;**
- **scrittura privata, per la quale resta ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento.**

CONSIDERAZIONI SULLA MODALITÀ ELETTRONICA

OGNI AMMINISTRAZIONE DOVRÀ ADOTTARE DISPOSIZIONI
RELATIVE A TALE MODALITÀ – MODALITÀ ELETTRONICA NON È
DOCUMENTO INFORMATICO, DI CUI ALL'ART. 21 DEL CAD

CAD: CODICE AMMINISTRAZIONE DIGITALE, D.LGS. N, 82/2005



ART. 25, C. 2. 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.

... DA CUI DISCENDE CHE

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.

LA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO CAPO UFFICIO PER LA P.A. E LA SEMPLIFICAZIONE

**NOTA DEL 28 FEBBRAIO 2013, DI RISPOSTA AI
QUESITI POSTI DA ANCE AL DIPARTIMENTO
FUNZIONE PUBBLICA**

I QUESITI

1. SE LA DISPOSIZIONE DI CUI ALL'ART. 11 PREVEDE LA MODALITÀ ELETTRONICA IN VIA OBBLIGATORIA PER LA FORMA PUBBLICA AMM.VA O PER LA SCRITTURA PRIVATA
2. COSA SI INTENDE PER MODALITÀ ELETTRONICA – LA MANCANZA DI FIRMA DIGITALE DELL'AGGIUDICATARIO È SOSTITUIBILE CON AUTENTICAZIONE MEDIANTE ACQUISIZIONE DIGITALE DELLA SOTTOSCRIZIONE AUTOGRAFA (SCANNERIZZAZIONE E ATTESTAZIONE DEL P.U.)
3. SE LA PREVISIONE DI CUI ALL'ART. 11 IMPLICA ANCHE L'USO DI MODALITÀ ELETTRONICHE PER LA REGISTRAZIONE E CONSERVAZIONE DEI CONTRATTI
4. SE LE SS.AA. DEVONO PORTARE A CONOSCENZA DEI CONCORRENTI LA FORMA DI SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO E LE MODALITÀ ELETTRONICHE PREVISTE

LE RISPOSTE

1) SE LA
DISPOSIZIONE DI CUI
ALL'ART. 11 PREVEDE
LA MODALITÀ
ELETTRONICA IN VIA
OBBLIGATORIA PER
LA FORMA PUBBLICA
AMM.VA O PER LA
SCRITTURA PRIVATA

LA RICHIESTA DEL DOCUMENTO INFORMATICO
(EQUIVALENTE A FORMA ELETTRONICA E
DOCUMENTO ELETTRONICO) È PER TUTTI I
CASI IN CUI IL DOCUMENTO INFORMATICO
SODDISFA IL REQUISITO DELLA FORMA
SCRITTA, AD SUBSTANTIAM E AD
PROBATIONEM

QUINDI

SIA PER ATTO PUBBLICO NOTARILE

CHE PER FORMA PUBBLICA AMMINISTRATIVA

CHE PER SCRITTURA PRIVATA

...

LE RISPOSTE

1) SE LA
DISPOSIZIONE DI CUI
ALL'ART. 11 PREVEDE
LA MODALITÀ
ELETTRONICA IN VIA
OBBLIGATORIA PER
LA FORMA PUBBLICA
AMM.VA O PER LA
SCRITTURA PRIVATA

... UNA RISPOSTA DIVERSA SAREBBE TROPPO
LEGATA ALLA LETTURA FORMALISTICA
DELL'ART. 11

MENTRE

LA SANZIONE DELLA **NULLITÀ RIGUARDA TUTTI I
CONTRATTI PUBBLICI** NON STIPULATI IN
MODALITÀ ELETTRONICA O DIGITALE

SE, INFATTI, GIÀ PRIMA DELLE RECENTI
MODIFICHE I CONTRATTI PUBBLICI
DOVEVANO ESSERE STIPULATI IN FORMA
SCRITTA, LO SCOPO DELLA NUOVA NORMA
DEVE ESSERE QUELLO DI **SANZIONARE CON
LA NULLITÀ I CONTRATTI NON IN MODALITÀ
ELETTRONICA O DIGITALE, SENZA
DISTINZIONI**

LE RISPOSTE

2) COSA SI INTENDE PER MODALITÀ ELETTRONICA

– LA MANCANZA DI FIRMA DIGITALE DELL'AGGIUDICATARIO È SOSTITUIBILE CON AUTENTICAZIONE MEDIANTE ACQUISIZIONE DIGITALE DELLA SOTTOSCRIZIONE AUTOGRAFA (SCANNERIZZAZIONE E ATTESTAZIONE DEL P.U.)

MODALITÀ ELETTRONICHE: ESPRESSIONE RIFERITA ALLA FORMA SCRITTA DEL CONTRATTO, non al tipo di firma elettronica da usare per la sottoscrizione

Quindi

FORMA SCRITTA = FORMA ELETTRONICA

VALIDITÀ = SOTTOSCRIZIONE DEL DOCUMENTO INFORMATICO CON UNO DEI VARI TIPI DI FIRMA ELETTRONICA

OSSIA, A SECONDA DEI CASI,

FIRMA DIGITALE

FIRMA ELETTRONICA AVANZATA

FIRMA ELETTRONICA QUALIFICATA

LE DEFINIZIONI DEL CAD- ART. 1

Q) FIRMA ELETTRONICA: L'INSIEME DEI DATI IN FORMA ELETTRONICA, ALLEGATI OPPURE CONNESSI TRAMITE ASSOCIAZIONE LOGICA AD ALTRI DATI ELETTRONICI, UTILIZZATI COME METODO DI IDENTIFICAZIONE INFORMATICA;

Q-BIS) FIRMA ELETTRONICA AVANZATA: INSIEME DI DATI IN FORMA ELETTRONICA ALLEGATI OPPURE CONNESSI A UN DOCUMENTO INFORMATICO CHE CONSENTONO L'IDENTIFICAZIONE DEL FIRMATARIO DEL DOCUMENTO E GARANTISCONO LA CONNESSIONE UNIVOCA AL FIRMATARIO, CREATI CON MEZZI SUI QUALI IL FIRMATARIO PUÒ CONSERVARE UN CONTROLLO ESCLUSIVO, COLLEGATI AI DATI AI QUALI DETTA FIRMA SI RIFERISCE IN MODO DA CONSENTIRE DI RILEVARE SE I DATI STESSI SIANO STATI SUCCESSIVAMENTE MODIFICATI;

LE DEFINIZIONI DEL CAD- ART. 1

- R) FIRMA ELETTRONICA QUALIFICATA:** UN PARTICOLARE TIPO DI FIRMA ELETTRONICA AVANZATA CHE SIA BASATA SU UN CERTIFICATO QUALIFICATO E REALIZZATA MEDIANTE UN DISPOSITIVO SICURO PER LA CREAZIONE DELLA FIRMA;
- S) FIRMA DIGITALE:** UN PARTICOLARE TIPO DI FIRMA ELETTRONICA AVANZATA BASATA SU UN CERTIFICATO QUALIFICATO E SU UN SISTEMA DI CHIAVI CRITTOGRAFICHE, UNA PUBBLICA E UNA PRIVATA, CORRELATE TRA LORO, CHE CONSENTE AL TITOLARE TRAMITE LA CHIAVE PRIVATA E AL DESTINATARIO TRAMITE LA CHIAVE PUBBLICA, RISPETTIVAMENTE, DI RENDERE MANIFESTA E DI VERIFICARE LA PROVENIENZA E L'INTEGRITÀ DI UN DOCUMENTO INFORMATICO O DI UN INSIEME DI DOCUMENTI INFORMATICI;

LE RISPOSTE- SCRITTURE PRIVATE

2) COSA SI INTENDE PER
MODALITÀ ELETTRONICA
– LA MANCANZA DI
FIRMA DIGITALE
DELL'AGGIUDICATARIO È
SOSTITUIBILE CON
AUTENTICAZIONE
MEDIANTE
ACQUISIZIONE DIGITALE
DELLA SOTTOSCRIZIONE
AUTOGRAFA
(SCANNERIZZAZIONE E
ATTESTAZIONE DEL P.U.)

a) LA FIRMA **DIGITALE (O FIRMA ELETTRONICA QUALIFICATA)** È RICHiesta SOLO IN ALCUNI CASI SPECIFICI- FRA QUESTI, LE SCRITTURE PRIVATE DI CUI ALL'ART. 21, C. 2-BIS DEL CAD:

SCRITTURE PRIVATE DI COSTITUZIONE, MODIFICAZIONE O ESTINZIONE DI DIRITTI REALI SU BENI IMMOBILI O MOBILI REGISTRATI

E NEI CASI PREVISTI DA LEGGI SPECIALI

b) NEI CASI IN CUI NON È D'OBBLIGO, SI PUÒ SOSTITUIRE CON **FIRMA ELETTRONICA AVANZATA**

PUÒ ACCADERE CHE LA PARTE NON ABBA LA FIRMA ELETTRONICA PER SOTTOSCRIVERE LA SCRITTURA PRIVATA

LE RISPOSTE- SCRITTURE PRIVATE

2) COSA SI INTENDE PER
MODALITÀ ELETTRONICA
– LA MANCANZA DI
FIRMA DIGITALE
DELL'AGGIUDICATARIO È
SOSTITUIBILE CON
AUTENTICAZIONE
MEDIANTE
ACQUISIZIONE DIGITALE
DELLA SOTTOSCRIZIONE
AUTOGRAFA
(SCANNERIZZAZIONE E
ATTESTAZIONE DEL P.U.)

... **a)** SE LA FIRMA DIGITALE È RICHIESTA A PENA
DI NULLITÀ, SI PUÒ RICORRERE
ALL'ACQUISIZIONE DIGITALE DELLA
SOTTOSCRIZIONE AUTOGRAFA, PURCHÈ
AUTENTICATA DA UN PUBBLICO UFFICIALE EX
ART. 25 CAD, O CON L'APPPOSIZIONE DELLA
FIRMA DIGITALE DA PARTE DI QUEST'ULTIMO

QUINDI

ATTESTAZIONE DELL'UFFICIALE ROGANTE
FONDAMENTALE

perché MOLTE IMPRESE NON HANNO LA FIRMA
DIGITALE, OBBLIGATORIA SOLO PER AVCPASS

... **b)** SE LA FIRMA DIGITALE NON È PREVISTA A
PENA DI NULLITÀ, IL PUBBLICO UFFICIALE PUÒ
AUTENTICARE LA FIRMA AUTOGRAFA
ACQUISITA DIGITALMENTE

LE RISPOSTE- SCRITTURE PRIVATE

2) COSA SI INTENDE PER
MODALITÀ ELETTRONICA

– LA MANCANZA DI
FIRMA DIGITALE
DELL'AGGIUDICATARIO È
SOSTITUIBILE CON
AUTENTICAZIONE
MEDIANTE
ACQUISIZIONE DIGITALE
DELLA SOTTOSCRIZIONE
AUTOGRAFA
(SCANNERIZZAZIONE E
ATTESTAZIONE DEL P.U.)

**N.B. NELLE SCRITTURE PRIVATE NON
INTERVENGONO UFFICIALI ROGANTI –
POSSIBILI PROBLEMI INTERPRETATIVI**

LE RISPOSTE- ATTO PUBBLICO NOTARILE - PUBBLICO AMM.VO

2) COSA SI INTENDE PER
MODALITÀ ELETTRONICA
– LA MANCANZA DI
FIRMA DIGITALE
DELL'AGGIUDICATARIO È
SOSTITUIBILE CON
AUTENTICAZIONE
MEDIANTE
ACQUISIZIONE DIGITALE
DELLA SOTTOSCRIZIONE
AUTOGRAFA
(SCANNERIZZAZIONE E
ATTESTAZIONE DEL P.U.)

**C'È UN PUBBLICO UFFICIALE ROGANTE, CHE DEVE
SOTTOSCRIVERE L'ATTO CON FIRMA DIGITALE E CHE
GARANTISCE CIRCA L'AUTENTICITÀ DELLE FIRME
DELLE PARTI, INDIFFERENTEMENTE DALLE
MODALITÀ DI SOTTOSCRIZIONE (INFORMATICHE,
DIGITALI, QUALIFICATE ECC.)**

QUINDI

**SE LA PARTE NON HA FIRMA DIGITALE:
SI POTRÀ SOTTOSCRIVERE L'ATTO CON QUALSIASI
TIPO DI FIRMA ELETTRONICA O CON L'ACQUISIZIONE
DIGITALE DELLA FIRMA AUTOGRAFA APPOSTA IN
PRESENZA DEL P.U. ROGANTE, CHE SOTTOSCRIVE
L'ATTO CON FIRMA DIGITALE**

LE RISPOSTE

3) SE LA PREVISIONE DI
CUI ALL'ART. 11 IMPLICA
ANCHE L'USO DI
MODALITÀ
ELETTRONICHE PER LA
REGISTRAZIONE E
CONSERVAZIONE DEI
CONTRATTI

**SI, SECONDO LE REGOLE DEL
CAPO III DEL CAD**

LE RISPOSTE

4) SE LE SS.AA. DEVONO
PORTARE A CONOSCENZA
DEI CONCORRENTI LA
FORMA DI
SOTTOSCRIZIONE DEL
CONTRATTO E LE
MODALITÀ EETTRONICHE
PREVISTE

**SI, IL BANDO DI GARA DEVE
INDICARE LA DISCIPLINA
APPLICABILE IN MATERIA DI
SOTTOSCRIZIONE DEL
CONTRATTO DA PARTE
DELL'AGGIUDICATARIO**

LA CORTE DEI CONTI - LOMBARDIA

SEZIONE REGIONALE CONTROLLO PER LA LOMBARDIA – DEL. 91 DEL
18 MARZO 2013

QUESITI DEL SINDACO DI VARESE

SE LA NULLITÀ DI CUI ALL'ART. 11 VA RIFERITA ALLA NECESSITÀ DELLA
FORMA SCRITTA AD SUBSTANTIAM O ALLA MODALITÀ DI STIPULA-
IN TAL CASO, NON SAREBBE PIÙ POSSIBILE USARE LE FORME
ALTERNATIVE ALLA SCITTURA PRIVATA

SE LA STIPULA IN FORMA PUBBLICA AMM.VA È ANCORA POSSIBILE SU
SUPPORTO CARTACEO, O SE DEBBA AVVENIRE SOLO IN MODALITÀ
ELETTRONICA

SE LE “NORME VIGENTI PER CIASCUNA S.A.” SIANO NORMATIVA
GENERALE O LEGISLAZIONE SPECIALE DI OGNI S.A.

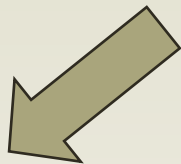
Le risposte della Corte

La disciplina della forma dei contratti pubblici è contenuta nella L. n. 2440/1923, L. di Contabilità

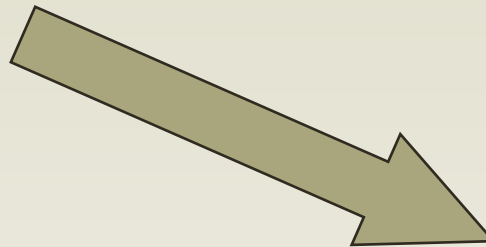
È tuttora vigente



Prescrive la forma scritta ad substantiam per tutti i contratti della p.a.



FORMA PUBBLICA AMM.VA



SCRITTURA PRIVATA

Le risposte della Corte

L'art. 11 è, quindi, legislazione speciale, si applica solo ai contratti d'appalto

L'ART. 11 HA ANCHE PORTATA PIÙ AMPIA, PERCHÉ PROMUOVE NUOVE FORME DI DOCUMENTAZIONE DELLE ATTIVITÀ CONTRATTUALI ED HA AGGIUNTO, SENZA SOSTITUIRE, *“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”*

Le risposte della Corte

- LA SANZIONE DI NULLITÀ È RIFERITA A TUTTE LE FORME *AD SUBSTANTIAM* DIVERSE DA QUELLE DELL'ART. 11;
- È SUPERATA LA TASSATIVITÀ DELLA FORMA SCRITTA CARTACEA, POICHÉ SE NE AGGIUNGONO DI NUOVE
- L'ATTO PUBBLICO NOTARILE DIVENTA INFORMATICO
- FORMA ELETTRONICA = MODALITÀ ELETTRONICA

Le risposte della Corte

- la sanzione di nullità, prevista dalla normativa del codice dei contratti, è riferita a tutte le forme *ad substantiam* di stipulazione previste dal comma 13, dell'art. 11;
- 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. n. 2440/1923, essendo ancora prevista la scrittura privata anche nell'art. 11, comma 13;

Le risposte della Corte

- 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;
- l'adozione del rogito notarile condurrà, invece, all'utilizzo esclusivo del documento informatico notarile,
- la locuzione norme tecniche rimanda a norme tecniche di rango legislativo o regolamentare statale