



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. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nell'adunanza in camera di consiglio del 28 marzo 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. 7173 di protocollo in data 26 febbraio 2013, con la quale il sindaco del comune di Rovato (BS) 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 Rovato (BS);

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

### **PREMESSO CHE**

Il sindaco del comune di Rovato (BS), mediante nota n. 7173 del 26 febbraio 2013, ha posto un quesito in merito alla corretta interpretazione dell'art. 11, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 come novellato dall'art.6, comma 3 del d.l. n.179/2012 che testualmente recita: *"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"*.

Il sindaco evidenzia la necessità di un intervento chiarificatore e l'attinenza della questione sugli equilibri economico finanziari degli enti, tenendo conto dell'effetto caducante (nullità *ex tunc*) previsto dalla norma sui contratti posti in essere in violazione delle disposizione di legge. L'estrema nebulosità della disposizione citata non risulta essere stata dissipata dalla recente determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013 dell' Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) che, intervenendo sul punto, appare soffermarsi principalmente su due alternative all'*"atto pubblico notarile informatico"*. L'AVCP ha ritenuto che le stazioni appaltanti possano procedere a perfezionare i contratti di appalto, in alternativa all'atto pubblico notarile informatico, nella forma della scrittura privata, ai sensi dell'art. 334, comma 2, del DPR n. 207/2012, e nella forma dell'atto pubblico amministrativo in modalità elettronica.

Sulle argomentazioni deducibili dalla determinazione dell'autorità, possono muoversi due osservazioni.

La prima riguarda l'interpretazione letterale della disposizione in esame che, a parere del comune istante, risulta fuorviante. Dall'interpretazione letterale della disposizione in esame, è di limpida evidenza che *"il contratto è stipulato, a pena di nullità"*, nella forma dell'atto pubblico notarile informatico, che per sua natura è riservato ai notai, *"ovvero"*, in alternativa, *"in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante"*, altrimenti, dopo la virgola, *"in forma*

*pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice" o "mediante scrittura privata".* In sostanza la disposizione divide grammaticalmente, con l'uso del segno di interpunzione della virgola, l'elencazione della modalità di perfezionamento dei contratti delle stazioni appaltanti dato dalla *"modalità elettronica"* diverso dalla *"forma pubblica amministrativa o"* della scrittura privata. L'AVCP opera nella sua determinazione una immotivata *"crasi"* tra le due diverse modalità senza tener in alcuna considerazione l'interpunzione, ipotizzando l'obbligatorietà di un atto pubblico amministrativo in modalità elettronica.

Per altro verso deve sottolinearsi che l' AVCP ipotizza una *"modalità elettronica"* di perfezionamento dell'atto pubblico amministrativo nelle forme dell'art. 25, comma 2 del d.lgs. n.82/2006 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"*. La questione è che l'atto pubblico e l'atto pubblico amministrativo sono cosa diversa dalla semplice autenticazione della firma autografa o dalla autenticazione della firma autografa acquisita elettronicamente e questo in base alle disposizioni dell'ordinamento giuridico risalenti alla legge notarile ed al codice dell'amministrazione digitale in tema di atto notarile informatico. L'atto notarile informatico rappresenta infatti la forma ideata dal legislatore (d.lgs. n. 110/2010 - Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'articolo 65 della legge 18 giugno 2009, n. 69), per produrre, perfezionare e conservare attraverso strumenti informatici un atto pubblico. Per l'atto pubblico, diversamente dalla scrittura autenticata fatta con metodi tradizionali o con strumenti di firma digitale, si pongono differenze nette. In pratica le differenze principali sono le seguenti:

*- l'atto pubblico deve essere redatto dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò abilitato; se non è stato scritto personalmente dal notaio o dal pubblico ufficiale, deve essere da lui letto alle parti, che devono essere tutte presenti contemporaneamente davanti al notaio; deve essere scritto in lingua italiana (eventualmente, con la traduzione in lingua straniera) ed essere sottoscritto dalle parti e dal notaio nello stesso momento; deve essere conservato (salvo casi eccezionali) nella raccolta degli atti del notaio o dal pubblico ufficiale.*

*- la scrittura privata può non essere redatta dal notaio o dal pubblico ufficiale, può non essere letta dal notaio o dal pubblico ufficiale alle parti e può essere autenticata anche da più pubblici ufficiali. Inoltre il notaio o il pubblico ufficiale non hanno l'obbligo di conservarla, ma possono rilasciarla in originale alle parti.*

Va anche rammentato che mentre l'art. 2700 del c.c. attribuisce all'atto pubblico una efficacia probatoria "forte" circa la provenienza ed il contenuto della volontà delle parti, viceversa la scrittura privata autentica, ai sensi dell'art. 2702 del c.c., assicura fino a querela di falso l'efficacia probatoria dei soggetti da cui proviene la volontà negoziale ma non il contenuto di quella volontà.

Il codice dell'amministrazione digitale all'art. 20 dispone al comma 1-bis che "L'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, fermo restando quanto disposto dall' articolo 21. L'art. 21 dispone a sua volta che "Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all' articolo 20, comma 3 , che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria".

In sostanza per la disciplina dell'atto pubblico notarile il legislatore è intervenuto *ad hoc* con il d.lgs. n. 110/2010 citato che dispone regole tecniche circa la formazione, perfezionamento e conservazione dell'atto.

Nel caso di specie l'AVCP sembra semplificare e creare una pericolosa commistione tra atto pubblico e scrittura autenticata digitalmente dal pubblico ufficiale.

Il sindaco ribadisce l'immediata rilevanza della questione sotto il profilo della legittimità degli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti e degli effetti sulla spesa che la nullità degli atti produrrebbe sugli enti là dove i dubbi esposti venissero accertati in sede giurisdizionale e travolgessero l'azione degli enti.

In conclusione, si chiede se l'ente possa procedere alla sottoscrizione degli atti relativi agli appalti attraverso una delle quattro diverse alternative contemplate dall'art. 11, comma 13, del d.lgs. n.163/2006 come novellato dall'art.6, comma 3 del d.l. n. 179/2012:

1. atto pubblico notarile informatico, dinanzi al notaio nelle forme ex d.lgs. n. 110/2010 "Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'articolo 65 della legge 18 giugno 2009, n. 69";
2. in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, ovvero secondo le ordinarie modalità di conclusione degli appalti di servizi e forniture che si perfezionano sul Mepa o sulla piattaforma digitale della Regione Lombardia, ovvero secondo le forme dell'atto pubblico informatico che saranno disciplinate dai regolamenti interni in analogia con quanto avvenuto per gli atti notarili;

3. in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero secondo le forme tradizionali di perfezionamento degli atti;
4. scrittura privata autenticata.

### **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 dei comuni, si osserva che il sindaco 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, 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

Il quesiti posti con il presente interpello ripercorrono quasi pedissequamente le tematiche interpretative svolte nella precedente deliberazione della Sezione n.97/2013/PAR.

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.

Per quel che concerne il rapporto fra le varie forme ammissibili di contratto concluso dalla pubblica amministrazione, rientrante nella disciplina del Codice degli Appalti, la legge pone sul medesimo piano giuridico, **in condizione di alternatività**, le singole espressioni di forma *ad substantiam*.

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.



In particolare, per quanto di presumibile interesse in capo all'amministrazione interpellante, si osserva che la modalità elettronica non limita né impedisce il ricorso alla forma pubblica amministrativa confezionata secondo l'adozione del modo tradizionale di perfezionamento degli atti, ovvero il documento cartaceo redatto con le prescrizioni imposte dalla legge **a cura dell'Ufficiale rogante**: in primo luogo, poiché il riferimento testuale chiarisce il rinvio alle classiche funzioni notarili del pubblico ufficiale alla luce dei principi di pubblica fede contenuti nell'art. 2699 c.c. e nella legge 16 febbraio 1913, n.89 (funzioni accertative e certificative parametrate al documento scritto in forma cartacea); in secondo luogo, perché le singole prescrizioni circa la forma adottabile sono poste sul medesimo piano, mediante segni d'interpunzione testuale (virgola) e separate con la congiunzione "o"; in terzo luogo, per la già menzionata modifica legislativa che ha mutato il testo dell'art. 11 comma 13 del Codice degli Appalti da "**forma elettronica**" a "**modalità elettronica**"; infine, poiché la disposizione si limita a richiamare la modalità elettronica tipizzata dalle norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, rinviando tendenzialmente a tutte le normative settoriali che prescrivono il ricorso al mercato elettronico (*e-procurement*) per l'acquisizione di beni o servizi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Ciò posto, al fine di rispondere ai singoli quesiti prospettati dall'amministrazione, alla luce del dato testuale, la Sezione si ritiene che:

- a) la disciplina prevista dall'art. 11 comma 13 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163 è **speciale** rispetto alla disciplina che regola la forma degli atti contenuta nella legge di contabilità pubblica.
- b) la comminatoria di **nullità** prevista dalla norma è riferita a tutte le forme *ad substantiam* di stipulazione previste dalla citata disposizione;
- c) 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);
- d) 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;
- e) l'adozione del rogito notarile condurrà invece **all'utilizzo esclusivo del documento informatico notarile**, alla stregua del richiamo selettivo contenuto nella dizione normativa;

Infine, 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. I 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  
(Dott. Gianluca Braghò)

Il Presidente  
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria  
Il 28/03/2013  
Il Direttore della Segreteria  
(dott.ssa Daniela Parisini)