

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e validato dal Comitato Scientifico del Codau".

L'Ufficio Studi ritiene di affrontare la disciplina della forma dei contratti pubblici, prendendo spunto da alcune indicazioni dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici e della Corte dei conti in particolare si fa riferimento alla [Determinazione n. 1 del 13.02.2013](#) dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici e da alcuni recenti pareri espressi dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti agli Enti locali richiedenti e, in particolare dalle Deliberazioni [Lombardia/97/2013/PAR](#) e [Lombardia/121/2013/PAR](#).

Negli atti indicati sono esaminati gli effetti derivanti dall'entrata in vigore dell'art. 6 commi 3 e 4 del DL. 179/2012, conv. dalla L. 221/2012, con cui è stato modificato il comma 13 dell'art. 11 del Dlgs. 163/2006, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE che, attualmente, così dispone:

«13. 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. »¹. In particolare è data soluzione ai seguenti quesiti:

- a) se persista o meno la possibilità di stipulare i contratti pubblici mediante scrittura privata non autenticata ancora in formato cartaceo/analogico;
- b) se persista o meno la possibilità di stipulare ancora i contratti pubblici mediante le forme previste dall'art. 17 del RD 2440/1923 che così dispone:

«I contratti a trattativa privata, oltre che in forma pubblica amministrativa nel modo indicato al precedente art. 16, possono anche stipularsi:

- *per mezzo di scrittura privata firmata dall'offerente e dal funzionario rappresentante l'amministrazione;*
- *per mezzo di obbligazione stessa appiedi del capitolato;*
- *con atto separato di obbligazione sottoscritto da chi presenta l'offerta;*
- *per mezzo di corrispondenza, secondo l'uso del commercio, quando sono conclusi con ditte commerciali.»;*

- b) se persista o meno la possibilità di stipulare i contratti pubblici in forma pubblica amministrativa ancora in formato cartaceo/analogico.

Al primo quesito ha dato risposta l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici secondo cui *"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."*². Perciò è ancora ammissibile e valida la stipulazione dei contratti mediante scrittura privata non autenticata in formato cartaceo e non in modalità elettronica.

¹ Prima del DL 179/2013, l'art. 11 comma 13 così disponeva: *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.*

² Coerentemente con il disposto dell'art. 334, comma 2, n. 207/2010 recante il Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici, secondo cui *«2. 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.».*

Al secondo quesito ha dato risposta sia l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici sia la Corte dei conti, secondo cui l'art. 17 del RD 2440/1923 non è stato abrogato né espressamente né tacitamente dal Codice dei contratti pubblici (artt. 256 e 11). Quindi è ancora ammissibile e valida la stipulazione mediante scrittura privata non autenticata e mediante le forme sostitutive equipollenti di cui al citato art. 17, quando si tratti di contratti conclusi a seguito di trattativa privata (procedura negoziata³).

Al terzo quesito ha dato risposta la Corte dei conti, secondo cui: *“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.”* Quindi è ancora ammissibile e valida la stipulazione dei contratti mediante forma pubblica amministrativa su supporto cartaceo, salvo che specifiche norme di legge o di regolamento dispongano diversamente, come nel caso dei mercati elettronici (*e-procurement*). Al contrario, l'atto pubblico notarile sarà ammissibile e valido solo con modalità informatiche (V. Dlgs. 110/2010).

Restano assoggettati a diversa disciplina gli accordi tra Pubbliche amministrazioni (comunque denominati), per i quali la modalità di stipulazione elettronica è inderogabile ai sensi dell'art. 15 della L. 241/1990, come modificato dal citato DL 179/2012, che così dispone:

«1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3.

2-bis. A fare data dal 1° gennaio 2013 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, 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. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. All'attuazione della medesima si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste dalla legislazione vigente.».

³ Secondo l'art. 41 del Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato (RD 827/1924) *«Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:*

1) Quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte;

2) Per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;

3) Quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti;

4) Quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi;

5) Quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione;

6) E in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento.

Nei casi previsti dal presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata, deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata al Consiglio di Stato quando occorra il suo preventivo avviso.».

Ai sensi dell'art. 92, *«La trattativa privata ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse. ».*

Il Codice dei contratti (art. 54) prevede “procedure aperte”, “procedure ristrette”, “procedure negoziate”, ovvero il “dialogo competitivo” quale metodi di individuazione dell'offerente, non prevede (più) la “trattativa privata”. Le procedure negoziate avvengono secondo due modalità: “la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara” (art. 56) e “la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara” (art. 57). Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata (art. 125). Nelle pronunce esaminate, la Corte non entra nell'argomento, ma le forme di cui all'art. 17 RD 2440/1927 possono essere sicuramente compatibili con le procedure di acquisizioni in economia (art. 125 Codice dei Contratti), meno compatibili con le acquisizioni mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara da evitarsi per le acquisizioni mediante la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.