Obbligo forma elettronica per i contratti della PA: arriva la nota della Funzione Pubblica

19 Marzo 2013

Il Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, con una nota del 28 febbraio u.s., si è espresso in merito alla forma da osservare nella stipulazione dei contratti di appalto pubblici.

La nota – oltre a rispondere ai quesiti sottoposti dall'ANCE alla Funzione Pubblica – affronta la problematica interpretativa, concernente la disposizione che, entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2013, prevede la stipulazione dei contratti di appalto, "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" (cfr. il comma 13 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, come modificato dal comma 3 dell'art. 6, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179).

In particolare, nella nota sopra citata è stato chiarito come la disposizione prescriva l'utilizzo del "*documento informatico*" (espressione equivalente, per la Funzione Pubblica, a "forma elettronica" o "*documento elettronico*") non solo per la validità dei contratti rogati con atto pubblico notarile, ma anche per quelli stipulati con atto pubblico amministrativo o con scrittura privata.

La posizione ora descritta non corrisponde completamente a quanto espresso sul tema dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione n. 1 del 19 dicembre 2013, ed in particolare nella parte in cui viene evidenziato che esiste ancora la possibilità per le parti di preferire la "*forma cartacea o le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento*" nel caso di stipulazione del contratto tramite scrittura privata.

Pur nell'incertezza di un testo poco chiaro, l'Ufficio Legislativo ritiene, infatti, più vicina al dato letterale e allo spirito della disposizione l'interpretazione che, escludendo la forma cartacea, ritiene quella elettronica o informatica "*l'unica forma scritta richiesta a pena di nullità per tutti i contratti pubblici in questione*".

Resta invece pacifico, sia per Autorità che per la Funzione Pubblica, lo specifico potere dell'ufficiale rogante presso l'Amministrazione di sopperire alla eventuale mancanza della firma digitale in capo alla parte privata; ciò indipendentemente dalla riconducibilità di tale potere – nello specifico caso dell'atto pubblico amministrativo – a quanto disposto dal D.lgs. n. 82/2005 (art. 25, comma 2 del cd. CAD) oppure a quanto disposto dalla disciplina notarile.

Ciò appare in linea con quanto evidenziato dall'Ance, che ha ritenuto come non sia ancora previsto un obbligo generale per le aziende di dotarsi della firma digitale. Tale strumento, si ricorda, diventerà obbligatorio per altro scopo, e cioè in relazione alla necessità di inserire documenti all'interno del sistema AVCpass. Questo sistema di verifica dei requisiti dei concorrenti alle gare di appalto pubbliche, entrato in vigore dal 1° gennaio scorso, entrerà a pieno regime gradatamente, con un sistema a scaglioni suddiviso per importi e tipologie di appalti. Tuttavia, tale sistema a partire dal prossimo 1° luglio sarà obbligatorio per la maggior parte degli affidamenti.

In ragione di ciò, la nota dell'Ufficio Legislativo conferma, quindi, la possibilità per le imprese di sottoscrivere contratti in forma elettronica con le stazioni appaltanti, ancorché le prime possano non disporre di una firma digitale. La veridicità della sottoscrizione apposta con una qualsiasi forma elettronica (inclusa, al limite, una sottoscrizione autografa "scannerizzata") dall'impresa contraente al documento informatico verrà, infatti, garantita dall'attestazione che l'ufficiale rogante compie delle operazioni di sottoscrizione effettuate in sua presenza.

Tanto premesso è possibile comprendere che la posizione ministeriale è tale da imporre non solo alle

amministrazioni pubbliche, ma anche alle imprese l'urgente dotazione di sistemi di sottoscrizione mediante firma digitale, poiché, come osservato dall'Autorità, "*in caso di scrittura privata, non interviene alcun pubblico ufficiale rogante in grado di accertare la validità dei certificati di firma digitale o la provenienza dalle parti della sottoscrizione autografa scansionata ed allegata all'eventuale file del contratto*" (determinazione AVCP n. 1/2013).

A fronte di tale divergenza interpretativa si rende quindi opportuno, in via prudenziale, rinnovare alle imprese associate l'invito a dotarsi di firma elettronica (comunque necessaria per il sistema AVCpass), considerato che laddove dovesse prevalere la tesi ministeriale il mancato ricorso alle modalità elettroniche potrebbe comportare la sanzione della nullità del contratto. E' evidente, poi, che il possesso della firma elettronica verrebbe ad eliminare qualsiasi difficoltà operativa ai fini della sottoscrizione digitale dei contratti.

Rappresenta, in ultimo, un positivo elemento di certezza la precisazione della Funzione Pubblica secondo cui il bando dovrà indicare la disciplina applicabile in materia di sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario. In questo modo, l'impresa che partecipa ad una gara di appalto potrà, infatti, sapere anticipatamente se sia in possesso, o meno, dei neo-introdotti requisiti per la sottoscrizione dei contratti.