

La stipula e la forma dei contratti pubblici



Amedeo Scarsella

L'autonomia negoziale dei soggetti pubblici (1)

La Pubblica Amministrazione gode della capacità giuridica di diritto privato e, dunque, può utilizzare gli strumenti di diritto comune – e, quindi, pure il contratto – per svolgere la propria azione e per conseguire i propri fini. In particolare, l'amministrazione ha la capacità giuridica di stipulare contratti di diritto privato, fatte salve le eccezioni stabilite dalla legge; essa, però, può agire utilizzando gli strumenti privatistici soltanto nei casi in cui vi sia attinenza con le finalità pubbliche.

L'autonomia negoziale dei soggetti pubblici (2)

Contratto, fatto illecito, legge e altri fatti o atti di cui all'art. 1173 c.c. sono fonti di obbligazioni anche per la pubblica amministrazione, che, in linea di massima, si trova in queste ipotesi nella medesima situazione in cui si colloca ogni altro soggetto dell'ordinamento

L'attività contrattuale:

- è uno degli strumenti più diffusi mediante i quali l'amministrazione persegue interessi pubblici;
- è disciplinata in primo luogo dal diritto privato, ma è altresì sottoposta a regole di diritto amministrativo. L'art. 1 comma 1 bis della L. n. 241/1990 dispone «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»

La fase pubblicistica nei contratti pubblici

L'interesse pubblico, estraneo in linea teorica al vincolo contrattuale, rileva però con una serie di importanti conseguenze sul piano del procedimento che segna la formazione della volontà dell'amministrazione: l'espressione «evidenza pubblica», utilizzata per descrivere il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione, indica appunto il fatto che questa fase deve svolgersi in modo da esternare l'iter seguito dall'amministrazione, anche al fine di consentirne il sindacato alla luce del criterio della cura dell'interesse pubblico. Tale procedura è caratterizzata dalla presenza di atti amministrativi mediante i quali l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano in particolare l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte e la formazione del consenso.

Art. 192 del TUEL Determinazioni a contrattare e relative procedure

1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante:

a) il fine che con il contratto si intende perseguire;

b) l'oggetto del contratto, **la sua forma** e le clausole ritenute essenziali;

c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.

2. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano.

Art. 17 D.Lgs. 36/2023 - Fasi delle procedure di affidamento

1. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

2. In caso di affidamento diretto, l'atto di cui al comma 1 individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

La relazione illustrativa al codice, con riferimento al comma 1 spiega che la decisione di contrarre (comunque denominata) è il “provvedimento in cui venga esternata la volontà di contrarre e siano indicati gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”.

Termini per la conclusione delle procedure di affidamento (art. 17, comma 3, D.Lgs. n. 36/2023)

«Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3. Il superamento dei termini **costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede**, anche in pendenza di contenzioso».

Obiettivo del nuovo codice è rendere conoscibili i tempi della fase di affidamento. E' certo condivisibile fornire alle imprese un orizzonte temporale di durata della fase di selezione, specie in una situazione di elevata inflazione. Infatti, le imprese concorrenti debbono capire quanto può durare l'iter di affidamento, sommando a questo i tempi per la sottoscrizione del contratto e l'avvio dei lavori, così da formare un prezzo che possa affrontare anche il decorso del tempo.

ALLEGATO I.3 - Termini delle procedure di appalto e di concessione

1. A norma dell'articolo 17, comma 3, del codice le gare di appalto e di concessione si concludono nei seguenti termini massimi, ove venga sia utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita:

- a) procedura aperta: nove mesi;
- b) procedura ristretta: dieci mesi;
- c) procedura competitiva con negoziazione: sette mesi;
- d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: quattro mesi;
- e) dialogo competitivo: sette mesi;
- f) partenariato per l'innovazione: nove mesi.

2. I termini per la conclusione delle gare condotte secondo il criterio del minor prezzo sono i seguenti:

- a) procedura aperta: cinque mesi;
- b) procedura ristretta: sei mesi;
- c) procedura competitiva con negoziazione: quattro mesi;
- d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: tre mesi.

3. I termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire, **fino all'aggiudicazione alla miglior offerta**, e non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso sulla procedura se non a seguito di provvedimento cautelare del giudice amministrativo.

4. Ove la stazione appaltante o l'ente concedente debba effettuare la procedura di verifica dell'anomalia, i termini sopraindicati sono prorogati per il periodo massimo di un mese.

5. In presenza di circostanze eccezionali il RUP, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per un massimo di tre mesi. In presenza di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura, certificate dal RUP, quest'ultimo, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi.

Parere MIT n. 2090/2023

Con riferimento al primo quesito, deve ritenersi che, per espressa previsione dell'All. I.3, il termine di cui all'art. 17, comma 3, del Codice, inizi a decorrere dalla data di pubblicazione del bando o dall'invio degli inviti a offrire.

Quanto al secondo quesito, in base alla medesima disposizione, l'atto conclusivo della procedura di gara è l'aggiudicazione. In ordine al terzo quesito, il superamento dei termini di conclusione della procedura costituisce silenzio inadempimento (art. 17 comma 3), con conseguente possibilità per il privato di promuovere un'azione ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. chiedendo al giudice l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

Quanto alla verifica del rispetto del dovere di buona fede, regola di esercizio del potere pubblicistico ai sensi degli artt. 2, 5 e 209 del nuovo Codice (quest'ultimo modificativo dell'art. 124 c.p.a.) stante la sussistenza, nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, di un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede (art. 5), dovrebbe ritenersi che l'inosservanza dei termini di conclusione delle procedure possa dar luogo alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. In ultimo, secondo quanto previsto dall'art. 2 comma 3, nell'ambito delle attività svolte nella fase di affidamento dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa, costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto.

L'aggiudicazione e la sua efficacia (art. 17, commi 5, 6 e 7, D.Lgs. n. 36/2023)

5. L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, **se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace.**

6. L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito per la stipulazione del contratto.

7. Una volta disposta l'aggiudicazione, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dall'articolo 18.

Caratteristiche dell'aggiudicazione

L'aggiudicazione ha i seguenti caratteri:

- la proposta di aggiudicazione è atto endo-procedimentale;
- l'aggiudicazione richiede sempre una manifestazione di volontà espressa;
- il provvedimento di aggiudicazione non ha natura meramente confermativa della proposta, ma si connota per caratteristiche di autonomia contenutistica e di specificità decisionale rispetto ad essa;
- le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione **se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto**. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o invito nelle procedure senza bando e può essere esercitata non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte (Art. 108, comma 10, D.Lgs. 36/2023).

Termine per la stipula e stand still (art. 18 commi 2 e 3 D.Lgs. n. 36/2023)

2. Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha luogo entro i successivi sessanta giorni anche in pendenza di contenzioso. È fatta eccezione:

- a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo (n.d.a.: ricorso avverso l'aggiudicazione) e dall'articolo 55, comma 2;
- b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire;
- c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto.

3. Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Tale termine dilatorio non si applica nei casi:

- a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva;
- b) di appalti basati su un accordo quadro;
- c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;
- d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2.

L'esecuzione anticipata

L'esecuzione del contratto anche prima della stipula:

- può essere iniziata per motivate ragioni;
- è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le seguenti ragioni d'urgenza: quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea (art. 17, commi 8 e 9, D.Lgs. N. 36/2023).

Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione (art. 50, comma 6, D. Lgs. n. 36/2023).

Mancata stipula e responsabilità (art. 18 commi 5, 6 e 7 D.Lgs. n. 36/2023)

5. Se la stipula del contratto non avviene nel termine per fatto della stazione appaltante o dell'ente concedente, l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali.
6. La mancata stipula del contratto nel termine fissato per fatto dell'aggiudicatario può costituire motivo di revoca dell'aggiudicazione.
7. La mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi di cui ai commi 5 e 6 costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

La responsabilità precontrattuale per mancata stipula

Nel caso di mancata conclusione del procedimento di evidenza pubblica, sussiste la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione che, pur non adottando provvedimenti illegittimi, tenga un comportamento non ispirato al canone di correttezza e buona fede e, perciò, lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative

Nel caso di responsabilità precontrattuale della P.A., i danni vanno parametrati al c.d. interesse negativo, ravvisabile, nel caso delle procedure ad evidenza pubblica, nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi (danno emergente) e nella perdita di occasioni di guadagno alternative (lucro cessante).

(con riferimento ad una procedura di project financing, Consiglio di Stato, sez. V - sentenza 11 gennaio 2021, n. 368)

La forma del contratto nel codice civile

Nel nostro ordinamento vige, in materia contrattuale, il principio generale della libertà delle forme, in virtù del quale le parti di un contratto possono decidere liberamente il modo attraverso il quale esteriorizzare la loro volontà.

Il legislatore ha per alcuni contratti richiesto l'utilizzo di una determinata forma a pena di nullità (c.d. **forma ad substantiam**).

L'art.1325 cod. civ., infatti, indica tra gli elementi essenziali del contratto, unitamente, all'accordo delle parti, alla causa e all'oggetto, anche << la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità>>.

Le **forme volontarie o convenzionali** costituiscono la naturale conseguenza del principio generale della libertà delle forme, in quanto, così come le parti sono libere di scegliere la modalità, attraverso la quale costituire, modificare ed estinguere rapporti giuridici tra loro, allo stesso modo, possono liberamente scegliere di impegnarsi ad utilizzare una determinata forma, mediante, i cd. Patti di forma, ossia patti scritti con i quali, le parti convengono di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto (art.1352 cod. civ.).

La forma dei contratti pubblici

Delibera ANAC n. 119 del 15 marzo 2023

«Per i contratti della pubblica amministrazione, vi è l'obbligo della forma scritta ad substantiam, per cui la pubblica amministrazione non può assumere impegni o concludere contratti se non in forma scritta, né può darsi rilievo a comportamenti taciti o manifestazioni di volontà altrimenti date; tale principio trova applicazione non soltanto alla conclusione del contratto, ma anche all'eventuale rinnovazione dello stesso.

La forma scritta assolve dunque una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo di identificare con precisione le clausole destinate a disciplinare il rapporto contrattuale (cfr. Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 13 ottobre 2016 n. 20690)».

La forma prevista dal Codice dei contratti (art. 18, comma 1, D.Lgs. N. 36/2023)

1. Il contratto è stipulato, a pena di nullità, in forma scritta ai sensi dell'allegato I.1, articolo 3, comma 1, lettera b), in modalità elettronica nel rispetto delle pertinenti disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante della stazione appaltante, con atto pubblico notarile informatico oppure mediante scrittura privata. In caso di procedura negoziata oppure per gli affidamenti diretti, mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014. I capitolati e il computo metrico estimativo, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto.

La modalità elettronica

«Il legislatore, prevedendo un differimento dei termini relativi all'entrata in vigore delle disposizioni dell'art. 11, comma 13, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, applicabili a fare data dal 30 giugno 2014 per i contratti d'appalto pubblico stipulati in forma pubblica amministrativa e a far data dal 1° gennaio 2015 per quelli stipulati mediante scrittura privata, ha manifestato la volontà di comminare la sanzione della nullità a tutti i casi di mancato utilizzo della “modalità elettronica”, la quale deve ritenersi obbligatoria sia per la forma pubblica amministrativa del contratto sia per la scrittura privata.

Pertanto, anche la scrittura privata conclusa tramite scambio di lettere, ai sensi dell'art. 334, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, e relativa al cottimo fiduciario nei servizi e nelle forniture, dovrà essere redatta in modalità elettronica».

(Comunicato del Presidente ANAC del 4 novembre 2015)

I diritti di rogito

L'art. 10 del d.l. 90/2014, conv. con l. 144/2014, dopo aver abrogato la disposizione che attribuiva ai segretari comunali e provinciali, che rogavano predeterminati atti, una quota del provento, al comma 2 bis, precisa, tuttavia, che “negli enti locali privi di dipendenti con qualifica dirigenziale, e comunque a tutti i segretari comunali che non hanno qualifica dirigenziale, una quota del provento annuale spettante al comune ai sensi dell'articolo 30, secondo comma, della l. 15 novembre 1973, n. 734, come sostituito dal comma 2 del presente articolo, per gli atti di cui ai numeri 1, 2, 3, 4 e 5 della tabella D allegata alla l. 8 giugno 1962, n. 604, e successive modificazioni, è attribuita al segretario comunale rogante, in misura non superiore a un quinto dello stipendio in godimento”.

ALLEGATO I.4 - Imposta di bollo relativa alla stipulazione del contratto (Art. 18, comma 10)

Art. 1

1. Il valore dell'imposta di bollo, che l'appaltatore è tenuto a versare al momento della stipula del contratto, è determinato sulla base della Tabella A annessa al presente allegato.
2. L'imposta è determinata sulla base di scaglioni crescenti in relazione all'importo massimo previsto nel contratto, ivi comprese eventuali opzioni o rinnovi esplicitamente stabiliti. Sono esenti dall'imposta gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro.

Art. 2

1. Il pagamento dell'imposta di cui all'articolo 1 ha natura sostitutiva dell'imposta di bollo dovuta per tutti gli atti e documenti riguardanti la procedura di selezione e l'esecuzione dell'appalto, fatta eccezione per le fatture, note e simili di cui all'articolo 13, punto 1, della Tabella A Tariffa, Parte I, allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642.

ALLEGATO I.4 - Imposta di bollo relativa alla stipulazione del contratto - Gli importi

Tabella A - Valori dell'imposta di bollo

Fascia di importo contratto (valori in euro)	Imposta (valori in euro)
< 40.000	Esente
=> 40.000 < 150.000	40
=> 150.000 < 1.000.000	120
=> 1.000.000 < 5.000.000	250
=> 5.000.000 < 25.000.000	500
>= 25.000.000	1.000

I codici tributo per il versamento dell'imposta di bollo

Con la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 37/E del 28 giugno 2023 sono stati istituiti i seguenti codici tributo per il versamento dell'imposta di bollo che l'appaltatore assolve tramite il modello di versamento F24 ELIDE al momento della stipula del contratto:

- “1573” denominato “Imposta di bollo sui contratti - articolo 18, comma 10, D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36”;
- “1574” denominato “Imposta di bollo sui contratti – SANZIONE - articolo 18, comma 10, D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36”;
- “1575” denominato “Imposta di bollo sui contratti – INTERESSI - articolo 18, comma 10, D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36”.

Circolare Agenzia delle Entrate n. 22 /E del 28 luglio 2023 (1)

Il soggetto aggiudicatario, pertanto, al momento della stipula del contratto, assolve l'imposta da lui complessivamente dovuta, quantificandola secondo gli scaglioni stabiliti dalla tabella A di cui all'allegato I.4 al Codice, in relazione all'importo massimo previsto nel contratto medesimo.

Resta inteso che il predetto calcolo deve essere effettuato considerando a scomputo l'imposta di bollo già assolta nella fase precedente alla stipula del contratto, secondo la disciplina dettata in materia di imposta di bollo dal DPR n. 642 del 1972, fino a concorrenza dell'importo già dovuto.

Con riferimento alla fase successiva alla stipula del contratto, invece, non sono più previsti ulteriori versamenti dell'imposta di bollo da parte dell'aggiudicatario.

Circolare Agenzia delle Entrate n. 22 /E del 28 luglio 2023 (2)

Resta fermo che, nel caso in cui il contratto sia stato rogato o autenticato da un notaio o altro pubblico ufficiale e venga registrato con la procedura telematica di cui all'articolo 3-bis del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 463, l'imposta di bollo è versata con le modalità telematiche previste dalla richiamata procedura, unitamente agli altri tributi dovuti, nella nuova misura stabilita dal Codice dei contratti pubblici.