

Massime per Atto Ricercato: Parere sulla Normativa del 27/01/2011 - rif. AG 43/2010

Parere sulla Normativa del 27/01/2011 - rif. AG 43/2010 d.lgs 163/06 Articoli 11 - Codici 11.3

Per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 11, comma 13, del d. lgs. n. 163/2006, occorre premettere che la disciplina generale della forma dei contratti pubblici è contenuta nel decreto sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato (R.D. n.2440/1923), agli articoli 16 (I contratti sono stipulati da un pubblico ufficiale delegato a rappresentare l'amministrazione e ricevuti da un funzionario designato quale ufficiale rogante, con le norme stabilite dal regolamento), 17 (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) e 18 (I contratti stipulati con ditte o società commerciali devono contenere l'indicazione delle persone legalmente autorizzate a riscuotere e quietanzare. L'accertamento della capacità dello stipulante ad impegnare legalmente la ditta o società, come pure il riconoscimento della facoltà delle persone che nei contratti vengono designate a riscuotere, incombe al funzionario rogante, nei contratti in forma pubblica amministrativa, ed al funzionario che stipula e riceve l'impegno contrattuale, nei contratti in forma privata). Secondo tale disciplina tutti i contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione, anche quando quest'ultima agisce iure privatorum, richiedono la forma scritta ad substantiam, pur se consistono in appalti di manufatti di modesta entità e vanno consacrati in un unico documento (Corte di Cassazione, sez. I civile, 4 settembre 2009, n. 19206). In particolare è richiesta la forma pubblica amministrativa (art. 16), fatte salve le deroghe di cui all'art. 17 che consente, in caso di trattativa privata, la stipula a mezzo di scrittura privata ed anche la conclusione a distanza a mezzo di corrispondenza. I citati articoli della legge di contabilità nazionale non rientrano tra le disposizioni abrogate dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006 elencate nell'art. 256 del medesimo provvedimento normativo. Pare tuttavia legittimo verificare se non possano dirsi abrogati tacitamente o implicitamente, giacché l'art. 15 delle preleggi prevede, oltre al caso dell'abrogazione per dichiarazione espressa del legislatore, anche l'abrogazione "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore". Secondo la Cassazione, "la suddetta incompatibilità si verifica solo quando tra le leggi considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dall'applicazione ed osservanza della nuova legge deriva necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'altro" (Cassazione Civile 18 febbraio 1995 n. 1760). Non sembra essere questo il caso, perché il comma 13 dell'art. 11 si limita ad elencare tutte le possibili forme del contratto di appalto, dall'atto pubblico alla forma elettronica, mentre gli articoli del R.D. del 1923 disegnano un sistema, applicabile a tutti i contratti pubblici, che stabilisce in quali casi deve essere rispettata ogni diversa forma del contratto. Alla luce di quanto sopra, non sembra potersi ritenere che la contemporanea applicazione degli artt. 16 e 17 del R.D. n.2440/1923 e dell'art. 11, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 sia impossibile giacché quanto disposto da quest'ultima norma non contraddice quanto previamente disciplinato dalla legge di contabilità nazionale. Né può ritenersi che il comma 13 dell'art. 11, che sembra avere una portata ricognitiva, sia provvisto di una propria e autonoma forza precettiva in ordine all'intera materia della forma dei contratti pubblici che è regolata dal R.D. n.2440/1923. Non sembra quindi percorribile l'ipotesi dell'abrogazione tacita o implicita, tenuto anche conto che "Nel caso in cui una legge contenga una norma abrogativa espressa, per sostenere l'abrogazione di altre norme diverse da quelle abrogate espressamente non può farsi ricorso all'istituto dell'abrogazione tacita in base la considerazione che quella legge avrebbe regolato l'intera materia, in quanto l'omessa indicazione di alcune leggi e disposizioni nella norma abrogatrice sta ad indicare che il legislatore ha inteso conservarle in vita, e, contemporaneamente è anche la prova che la legge non ha regolato l'intera materia" (Consiglio di Stato, 12 novembre 1974 n. 767).