

Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art.11, comma 13 del Codice di cui al D.Lgs. 163/2006. In relazione alle indicazioni di cui in oggetto, assunte dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture con determinazione n.1 del 13 febbraio 2013, si osserva quanto segue.

L'Autorità suddetta (in seguito: Avcp), come pure altri commentatori che si sono espressi in merito alle modificazioni operate alla norma citata in oggetto, da parte dell'Art. 6, comma 3, del D.L. 18/10/2012, n.179, ha ritenuto che – a seguito di tali modificazioni – la stipulazione del contratto (quale contemplata nel citato comma 13 dell'art.11 del D.Lgs. 163/2006, il quale recitava che “il contratto 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”) possa “...assumere a seconda delle disposizioni di volta in volta applicabili, una delle seguenti” (tre)” forme: a) atto pubblico notarile informatico: ai sensi della legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili (L. 16 febbraio 1913, n.89 e s.m.i.; in particolare, si menzionano le modifiche apportate al D.Lgs. 2 luglio 2010, n.110 “Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'articolo 65 della legge 18 giugno 2009, n.69”); b) forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice; c) scrittura privata, per la quale resta ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento. Fermo quanto sin qui osservato, laddove sia ammessa la stipulazione per scrittura privata, è chiaramente nelle facoltà delle parti sottoscrivere il contratto con firma digitale; parimenti, lo scambio delle lettere ex art. 334 del Regolamento può avvenire mediante “modalità elettroniche” (i.e. invio tramite posta elettronica certificata).”

In sostanza, l'Avcp interpreta la norma di cui trattasi nella sua nuova formulazione, nel senso che la “forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante” sia stata trasformata - da possibile modalità di stipula (cioè, una delle quattro forme del contratto di appalto contenuta nella norma originaria) - in una modalità di stipula del contratto concernente l'appalto (o la concessione) di servizi, forniture o l'esecuzione di opere o lavori: l'unica possibile, qualora si adottasse la stipula “in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice”.

L'Avcp motiva la nuova formulazione del comma 13 dell'art.11 di cui trattasi, con l'”intento di estendere al settore dei contratti pubblici, soggetti alla disciplina del Codice, l'utilizzo delle modalità elettroniche di stipulazione in linea con le misure di informatizzazione pubblica e progressiva dematerializzazione dei procedimenti amministrativi adottate nel più ampio quadro dell'Agenda Digitale”: l'estensore della Determinazione n.1/2013, probabilmente desume tale ratio della norma dall'inserimento dell'art. 6 in questione, nella Sezione II del D.L., intitolata “AMMINISTRAZIONE DIGITALE E DATI DI TIPO APERTO”, nonché dall'aggiunzione dell'aggettivo “informatico” dopo le parole “atto notarile” e dall'inciso “in modalità elettronica

secondo le norme vigenti per ciascuna norma appaltante”, inserito prima della “forma pubblica amministrativa”.

Orbene, non si vuole qui discutere il fatto che il legislatore abbia avuto detto intento; tuttavia, qualsiasi lettore del comma in questione (purché dotato di elementari cognizioni in materia di interpretazione delle norme di legge), il quale confronti la precedente stesura della norma con quella attualmente vigente, constaterà – oltre ad una imperfezione nella costruzione lessicale del testo - che l'interpretazione data dall'Avcp circa “l'intento” sopra menzionato non corrisponde a quanto previsto dall'ermeneutica dell'art.12 delle preleggi al Codice Civile.

Esaminando la norma sotto quest'ultimo profilo, se si mantiene ferma l'ipotesi che l'intento fosse quello sopra descritto, detta incapacità è dimostrata dalla scelta dell'estensore di utilizzare, in modo infelice, parti del precedente testo del comma di cui trattasi (in luogo di una sua nuova formulazione), nonché dall'improprio utilizzo sia della punteggiatura che delle congiunzioni .

Quale esempio di una migliore scrittura del testo, il legislatore avrebbe potuto prevedere che “13.Il contratto è stipulato, a pena di nullità, mediante atto pubblico notarile informatico, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, utilizzando la propria firma digitale, o mediante scrittura privata, utilizzando un mezzo elettronico secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.”. Tale formulazione comporterebbe i seguenti vantaggi:

- la previgente “forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante”, da (apparentemente) quarta modalità di stipula dei contratti di appalto pubblico, non sarebbe stata trasformata in una (apparente) condizione di validità del contratto stipulato dall'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice (già in precedenza, in realtà, l'utilizzo del termine “forma” avrebbe dovuto essere interpretato non come modalità di stipula, ulteriore e diversa da atto notarile, atto rogato dal Segretario comunale, scrittura privata, bensì quale semplice mezzo di redazione ed eventuale trasmissione di atti tra le parti del contratto, giacché non esiste – nel D.Lgs. 163/06 od in altra normativa applicabile alla stipula dei contratti, come ad esempio il Codice dell'Amministrazione Digitale – una previsione del legislatore che definisca la “forma elettronica”);

- risulterebbero evidenti – in conformità con le vigenti definizioni normative della terminologia utilizzata - gli strumenti spettanti al notaio ed al Segretario comunale rogante (nonché al responsabile o dirigente comunale che provveda alla redazione di contratto mediante scrittura privata, senza fare ricorso a questi due soggetti), al fine di (citando l'Avcp) “estendere al settore dei contratti pubblici, soggetti alla disciplina del Codice, l'utilizzo delle modalità elettroniche di stipulazione in linea con le misure di informatizzazione pubblica e progressiva dematerializzazione dei procedimenti amministrativi adottate nel più ampio quadro dell'Agenda Digitale” (nel capoverso precedente, si è parlato di “apparente” condizione di validità del contratto stipulato a mezzo forma pubblica amministrativa per la “modalità elettronica”, in quanto dissentiamo dal parere dell'Avcp, proprio ed anche per il fatto che quest'ultima non trova riscontro – al momento – in alcuna definizione legislativa o regolamentare dello Stato).

A quanto sinora detto sull'uso del lessico, si deve altresì aggiungere un inevitabile rilievo sul cattivo uso di punteggiatura e congiunzioni: la mancata apposizione di una virgola, a rafforzamento della congiunzione disgiuntiva relativa "o", prima della espressione "mediante scrittura privata", impedisce di considerare l'inciso "... in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, ..." quale reggente il periodo successivo della frase con limitazione alla sola espressione "in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice"; infatti, la congiunzione "o" - che segue immediatamente e distingue da quest'ultima forma, la (terza) possibilità di stipula del contratto, cioè quella a cui si può fare ricorso "mediante scrittura privata" - deve essere letta nel contesto dell'intero comma, laddove quest'ultimo, per l'appunto, distingue le tre forme rimaste (rispetto alla precedente versione della norma) con le congiunzioni disgiuntive "ovvero/o", separando con ulteriore virgola l'atto notarile da quello redatto dall'ufficiale rogante della stazione appaltante ("il contratto è stipulato.. con atto pubblico notarile informatico, ovvero, ... in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante..."). In sostanza, se il legislatore usa la congiunzione "vel" anticipata da una virgola per distinguere l'atto del notaio da quello del segretario comunale, il medesimo criterio deve essere seguito laddove viene utilizzata la congiunzione "vel" per distinguere quello di tale ufficiale rogante dalla scrittura privata (cioè, anche davanti al secondo "o/oppure" deve essere anteposta la virgola.

Quanto detto nell'ultima parte del precedente capoverso, tuttavia, resta fermo solamente qualora si volesse condividere l'affermazione dell'Avcp descritta nel secondo capoverso delle presenti osservazioni. In caso contrario, si potrebbe invece pensare che la riformulazione del testo originario del comma in questione, operata con il D.L. 179/2012, voglia - tra l'altro - porre rimedio al precedente, cattivo uso fatto nel comma 13, art. 11 del D.Lgs. 163/2006, della coordinazione disgiuntiva "o" (da considerarsi come disgiuntiva non assoluta ma relativa, in quanto la scelta offerta dalla norma tra le possibili forme di stipula del contratto non costituisce un'alternativa radicale tra di esse - per la quale il linguaggio latino utilizzava "aut" - denotando invece una sostanziale equipollenza per la validità dell'atto stipulato, qualunque sia la scelta concreta di volta in volta operata tra atto notarile, forma pubblica amministrativa, scrittura privata, forma elettronica: in latino "vel"); infatti, nella formulazione originaria del comma, invece di impiegare in modo univoco la medesima congiunzione disgiuntiva, il legislatore dapprima distingue l'atto pubblico notarile dalla forma pubblica amministrativa utilizzando "o", poi separa quest'ultima dalla scrittura privata con la congiunzione "ovvero" e, infine, disgiunge quest'ultima con l'avverbio "nonché" (da leggersi, nel contesto della norma, quale ulteriore disgiunzione e - quindi - quarta forma possibile del contratto pubblico).

Se così fosse, allora, correttamente il nuovo testo distingue l'atto notarile dalle altre forme di stipula dei contratti utilizzando la congiunzione "ovvero" (disgiuntiva relativa), da leggersi secondo il linguaggio giuridico come alternativa possibile e non - secondo l'ulteriore possibilità offerta dalla lingua italiana - come migliore spiegazione della precedente affermazione, cioè nel senso di "ossia": infatti (più correttamente rispetto alla versione originaria dell'art.11 - c.13 del Decreto) il legislatore contrassegna i termini principali della coordinazione disgiuntiva tra atto pubblico notarile e forma pubblica e amministrativa, usando il composto "ovvero": non avendo, poi, contrassegnato con la medesima congiunzione la terza modalità di stipula costituita dalla scrittura privata, bensì utilizzando la congiunzione "o", il medesimo legislatore dimostra che tale modalità non è un'alternativa equivalente alle prime due, bensì costituisce un termine

accessorio; con ciò si spiegherebbe, pertanto, che l'inciso "in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante" posto tra la congiunzione "ovvero" (a sua volta, quest'ultima, collocata dopo il primo termine principale di stipula de l'"atto pubblico notarile informatico") e la "forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice" (costituente, quest'ultima il secondo termine principale di stipula), regge l'intero periodo successivo, il quale comprende sia tale seconda forma che la terza della "scrittura privata". Insomma, la diversa gradazione operata dall'uso di "ovvero" in connubio con il successivo "o", sta a significare che sia l'atto dell'Ufficiale rogante che la scrittura privata devono essere redatti in modalità elettronica.

Questa interpretazione consentirebbe di condividere l'assunto dell'Avcp circa la venuta meno della "quarta" forma di stipula del contratto, contenuta originariamente nel comma in questione e costituita dalla "forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante".

Tale assunto, peraltro, è il medesimo fatto proprio dalle schede di lettura del D.Lgs. 169/2012 n. 737 in data 10/12/2012 della Camera dei deputati.

In realtà, già prima della modificazione in cui qui trattasi, la "forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante" è da considerarsi non una «modalità» bensì un mezzo di redazione del contratto (una forma di scrittura privata con supporto diverso da quello cartaceo, quale lo scambio di corrispondenza con un mezzo elettronico – ad esempio la posta elettronica certificata o il fax – qualora non intervenisse nel contratto il notaio o l'ufficiale rogante della stazione appaltante): oltre «forma scritta» tradizionalmente in uso, quest'ultimo poteva essere redatto mediante la «forma elettronica». Tale interpretazione risulta evidente alla luce sia del fatto che il D.Lgs 163/2006 sente la necessità di definire (all'art.3 comma 43) il "mezzo elettronico" e non la «forma», sia della permanente vigenza degli articoli n.16,17,18 contenuti nella Legge di contabilità generale dello Stato (R.D. 18/11/1923, n. 2440), al quale ci si deve riferire onde risalire al necessario requisito della forma scritta ad substantiam per tutti i contratti stipulati dalla Pubblica amministrazione, anche quando essa agisca iure privatorum (in particolare, secondo l'art.16 tale forma è disciplinata attraverso i canoni della "forma pubblica amministrativa", fatte salve le ipotesi di rogatorie previste dall'art.17, che consentono l'adozione della scrittura privata e la conclusione a mezzo di corrispondenza).

Proprio facendo ricorso alla permanenza in vigore della disciplina testé menzionata ed alla necessità di raccorderla con il comma 13 dell'art.11 del Codice dei contratti pubblici, la Corte dei conti della Lombardia, con parere formulato in data 18/03/2013, afferma che il rapporto tra quest'ultima norma e quella della legge di contabilità sulla stipula dei contratti, è presidiata dal principio di specialità, nel senso che la prima è riservata alle sole fattispecie disciplinate dal Codice medesimo e, cioè, i contratti di appalto e di concessione per lavori, servizi e forniture: di conseguenza, il suddetto comma – come novellato – aggiunge la stipula in modalità elettronica, senza eliminare la pregressa forma scritta, da considerarsi tuttora possibile e valida (sia per la forma pubblica amministrativa che per la scrittura privata).

In pratica, con la recente modificazione normativa, sono state aggiunte forme ad substantiam di stipula, alternative ma non esclusive rispetto a quelle tradizionali: "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". Quindi, la novellata formulazione del comma 13 citato ha inteso superare la tassatività della forma scritta cartacea, mediante la previsione di altre forme, sostanziali ma sempre alternative alla vigente forma cartacea, che non appare soppressa; anzi, la Corte dei conti interpreta l'inciso "secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante" in modo ancora più forte, in quanto il medesimo, secondo la sua prospettazione, comporta la dequotazione della forma elettronica a «modalità elettronica» secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

Riassumendo, quanto ritenuto dalla Autorità di Vigilanza con determinazione n.1 del 13/02/2013, è da disattendere, sia alla luce delle considerazioni formulate dallo Scrivente (basate sulla costruzione lessicale-giuridica utilizzata dal legislatore), sia in considerazione del suddetto parere della Corte dei Conti della Lombardia, all'interno del quale si rinviene altresì la motivazione in base alla quale deve essere rigettato anche il punto 3 della determinazione, "La modalità elettronica", in cui l'Autorità afferma "...che ogni amministrazione, al fine della stipulazione del contratto in forma pubblica amministrativa mediante ufficiale rogante, è chiamata ad adottare le disposizioni regolamentari relative alla "modalità elettronica", anche con rinvio a quelle del D.Lgs. 7 marzo 2005, n.82 (Codice dell'amministrazione digitale...)".

La Corte, infatti, specifica che "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 (art. 117, comma 2, lett. I Cost.), che detti i precetti in forma uniforme sulla compilazione, sottoscrizione e conservazione sostituiva degli atti pubblici e contratti stipulati in modalità elettronica". Alcuni commentatori della norma novellata del comma 13, onde sostenere l'indispensabilità dell'adozione della modalità elettronica quale unico modo di stipula dei contratti per atto pubblico amministrativo, rilevano che nel proseguire a redigere quest'ultimo su supporto cartaceo si incorre nella nullità dell'atto; si pensi invece – in base alla prudente considerazione testé riportata della Sezione lombarda della Corte dei Conti - ad un contratto stipulato in forma digitale, in rapporto al quale durante l'esecuzione dell'appalto sorgano contestazioni tra la ditta appaltatrice e l'Amministrazione appaltante: qualora quest'ultima richiedesse il rispetto di un adempimento specificatamente previsto nel contratto, non è peregrina l'ipotesi che il legale della controparte potrebbe eccepire la nullità di quest'ultimo per mancanza di base normativa disciplinante la conservazione dell'originale contrattuale (a cui nessuna regolamentazione comunale – stante la legislazione vigente – potrebbe ad oggi supplire o rimediare).

Proprio la delicatezza della materia connessa alla «conservazione» nel tempo degli originali informatici di un atto pubblico o di una scrittura privata, ha indotto il legislatore – in attesa della emanazione dei decreti di cui all'articolo 68-bis della legge 16 febbraio 1913, n.89 – a prevedere (comma 5 del medesimo art. 6 qui in discussione) che «... il notaio, per la conservazione degli atti di cui agli articoli 61 e 72, terzo comma della stessa legge n. 89 del 1913, se informatici, si avvale della struttura predisposta e gestita dal Consiglio nazionale del notariato nel rispetto dei principi di cui all'articolo 62-bis della medesima legge n. 9 del 1913 e all'articolo 60 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, in conformità alle disposizioni degli articoli 40 e seguenti del medesimo decreto legislativo ... omissis»; una disposizione similare

non esiste, per dare certezza di conservazione uniforme agli atti dei Segretari comunali, pubblici ufficiali roganti o autenticatori di atti in cui è parte il Comune.

Orbene, l'Autorità di vigilanza ha ben presente (punto 1. della propria determinazione) come «...l'applicazione delle nuove disposizioni sia circoscritta alla species di contratto pubblico di cui all'art. 3 del Codice» (dei contratti pubblici) «e soggetto» (leggasi: assoggettata) «alla relativa disciplina, con esclusione dei contratti sottratti all'applicazione del Codice stesso (si pensi, a titolo esemplificativo, ai contratti di compravendita o locazione immobiliare stipulati dalle pubbliche amministrazioni).»: la medesima Autorità sa quindi che l'art. 11 C.XIII del D.L. 163/2006 (novellato dall'art. 6, c.3 del D.L. 179/2012) riguarda solo i contratti derivanti da gare d'appalto, servizi, lavori e forniture e che - di conseguenza - anche il repertorio dei contratti e la conservazione degli altri atti (contratti e scritture private) devono essere mantenuti ed organizzati in formato cartaceo dagli Ufficiali roganti degli EE.LL., i quali, altresì, devono però ricorrere a strutture esterne all'ente locale, simili a quelle del Consiglio Nazionale del Notariato, per la conservazione nel tempo degli atti da loro rogati od autenticati. Quale ulteriore costo ciò comporterebbe, alla luce di quanto stabilito dal comma 6 del medesimo articolo 6 del D.L. 179/2012: «6. Agli adempimenti previsti dal presente articolo si provvede con le risorse finanziarie, umane e strumentali disponibili a legislazione vigente»?

Dott. Ezio Caffer