

Le modalità di stipula dei contratti pubblici

Dott. Turcato Gian Paolo

Vecchio testo Art. 11, comma 13, D.Lgs. n. 163/2006	Nuovo testo come <u>sostituito</u> dall'art. 6, comma 3, del D.L. n. 179/2012, convertito in L. n. 221/2012
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.	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

La recente modifica normativa all'art. 11, comma 13, del D.Lgs. n. 163/2006, ha determinato delle ambiguità interpretative che consentono una lettura a geometria variabile del testo. Se ne possono individuare almeno quattro.

1. *Ritenendo che il legislatore abbia voluto introdurre un obbligo generalizzato per l'amministrazione aggiudicatrice della stipula mediante modalità elettronica la disposizione viene declinata come segue:*

Il contratto è stipulato, a pena di nullità	a. con atto pubblico notarile informatico	
	b. 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

2. *Ritenendo che il legislatore abbia voluto introdurre un obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice della stipula mediante modalità elettronica solo in presenza di specifica disposizione interna, la disposizione viene declinata come segue:*

Il contratto è stipulato, a pena di nullità	a. con atto pubblico notarile informatico	
	b. ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti <i>(ove obbligatoriamente previsto per tutti i casi nel regolamento dei contratti interno)</i> per ciascuna stazione appaltante:	⌚ in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice; ⌚ o mediante scrittura privata

3. Se invece si ritiene che il legislatore abbia voluto riferirsi al solo notaio la disposizione viene declinata come segue:

Il contratto è stipulato, a pena di nullità	a. con atto pubblico notarile informatico
	b. può essere stipulato in modalità elettronica o in modalità cartacea, secondo le norme vigenti (ove il regolamento dei contratti interno prevede la possibilità di ricorso ad entrambe le modalità), in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata .

4. Una ulteriore lettura è contenuta nel dossier di documentazione della Camera dei Deputati, redatto dal Servizio Studi-Dipartimento attività produttive, ove si evince che la ratio della norma è quella di "porre fine ad un'incertezza interpretativa sul requisito della forma scritta *ad substantiam*, che aveva reso necessario anche l'espressione di un parere da parte dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici".

Ciò trova conferma nell'aver stabilito che il contratto deve essere stipulato "a pena di nullità" nelle modalità ivi previste (sanzione di nullità non prevista nel testo originario del comma 13).

Quanto alle modalità il dossier afferma che la "forma elettronica" del contratto non è in alternativa alla forma pubblico amministrativa, ma ne rappresenta una delle modalità. Il contratto può essere stipulato in forma pubblico amministrativa in modalità elettronica.

Dal testo della disposizione novellata, quindi, si ricava che la stipula conseguente all'atto di aggiudicazione può avere una delle seguenti forme:

Il contratto è stipulato, a pena di nullità	a) con atto pubblico notarile informatico
	b) in forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;
	c) con scrittura privata

Nella elencazione delle forme, stando a quanto in precedenza affermato, sembra che il Servizio studi si sia dimenticato di individuare anche la forma pubblico amministrativa cartacea.

Si può desumere, infatti, che se la forma elettronica rappresenta una modalità di stipula della forma pubblico amministrativa significa che si aggiunge a quella cartacea già in essere.

Se questa lettura è corretta ne consegue che verrebbe lasciata all'amministrazione aggiudicatrice la disciplina regolamentare delle modalità di stipula del contratto.

Se invece deve intendersi come "la modalità" di stipula del contratto in forma pubblico amministrativa ne risulta che solo la scrittura privata può essere effettuata in cartaceo, fermo restando che anche per questa si può procedere in forma elettronica.

E' interessante, prima di far propria una delle interpretazioni di cui sopra, mettere in evidenza due aspetti: uno, relativo alla normativa specifica applicabile ai notai, l'altro, relativo al comma 2-bis, dell'art. 15 della L. n. 241/1990, aggiunto con il medesimo art. 6, comma 2, del D.L. n. 179/2012, convertito in L. n. 221/2012.

In materia di stipula dell'**atto pubblico notarile informatico**, si applica il D.Lgs. n. 110/2010 (*Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'articolo 65 della legge 18 giugno 2009, n. 69*) che prevede:

- ⌚ l'obbligo per i notai di dotarsi di un dispositivo di firma digitale;
- ⌚ l'autenticazione delle firme, ai sensi dell'art. 2703 c.c. è regolata, in caso di utilizzo di modalità informatiche, dall'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n 82 (*in base al quale si ha per riconosciuta la firma elettronica o qualsiasi altro tipo di firma avanzata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato*);
- ⌚ l'atto pubblico informatico è ricevuto in conformità a quanto previsto dall'articolo 47 della L. n. 69/09 ed è letto dal notaio mediante l'uso e il controllo personale degli strumenti informatici.
- ⌚ Il notaio nell'atto pubblico e nell'autenticazione delle firme deve attestare anche la validità dei certificati di firma eventualmente utilizzati dalle parti;
- ⌚ «Art. 52-bis. L. n. 69/09. - 1. Le parti, i fidefacenti, l'interprete e i testimoni sottoscrivono personalmente l'atto pubblico informatico in presenza del notaio con firma digitale o con firma elettronica, consistente anche nell'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa. 2. Il notaio appone personalmente la propria firma digitale dopo le parti, l'interprete e i testimoni e in loro presenza.»;
- ⌚ «Art. 57-bis. L. n. 69/09- 1. Quando deve essere allegato un documento redatto su supporto cartaceo ad un documento informatico, il notaio ne allega copia informatica, certificata conforme ai sensi dell'articolo 22, commi 1 e 3, del D.Lgs. n. 82/2005. 2. Quando un documento informatico deve essere allegato ad un atto pubblico o ad una scrittura privata da autenticare, redatti su supporto cartaceo, il notaio ne allega copia conforme ai sensi dell'articolo 23 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, formata sullo stesso supporto.»

Dalle disposizioni relative alla sottoscrizione dell'atto pubblico notarile informatico si evidenzia che il privato non è tenuto a dotarsi della firma digitale o della firma elettronica potendo anche effettuare una sottoscrizione autografa che viene acquisita digitalmente.

In materia di **stipula di accordi di programma**, di cui al comma 2-bis, dell'art. 15 della L. n. 241/1990, aggiunto con l'art. 6, comma 2, del D.L. n. 179/2012, convertito in L. n. 221/2012, il legislatore (che contestualmente modifica l'art. 11 del codice dei contratti) stabilisce espressamente che questi accordi siano sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'art. 24 del D. Lgs. n. 82/2005, pena la nullità degli stessi.

E' significativo notare come nel predetto comma 2 dell'art. 6, il legislatore prevede espressamente la sottoscrizione digitale a pena di nullità, mentre nel successivo comma 3 non inserisce analoga prescrizione.

Ciò premesso si può ritenere che, come evidenziato dal Servizio Studi della Camera, la modifica normativa all'art. 11, comma 13, del Codice dei contratti, sia stata determinata esclusivamente dall'esigenza di affermare la forma scritta "ad substantiam" dei contratti pubblici, nulla innovando per il resto, essendosi effettuato un mero spostamento delle medesime affermazioni contenute nel testo originario con riguardo alle modalità elettroniche.

Riprendendo la normativa applicabile ai notai giova osservare che, anche nei contratti pubblici, a rogito dell'Ufficiale rogante della amministrazione aggiudicatrice, non sussiste un obbligo per il privato ad essere in possesso della firma digitale o di quella elettronica, non risultando previsto dalla disposizione di cui è questione né dal codice dell'amministrazione digitale.

Sulla base delle argomentazioni di cui sopra si può quindi ritenere che l'interpretazione coerente con il dettato normativo sia la seguente:

Il contratto è stipulato, a pena di nullità	a. con atto pubblico notarile informatico	
	b. in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della amministrazione aggiudicatrice	<ul style="list-style-type: none"> ⌚ con modalità cartacea; ⌚ con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante
	c. con scrittura privata	<ul style="list-style-type: none"> ⌚ con modalità cartacea; ⌚ con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

Qualora non si voglia applicare la lettura e l'interpretazione accolta con il presente documento, ed in attesa di una interpretazione autentica della norma o di una circolare esplicativa del Ministero delle Infrastrutture o di un parere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, e si intenda assumere un approccio cautelativo, stante la sanzione di nullità del contratto, si osserva che non risultano preclusioni alla stipula del contratto in forma pubblica amministrativa con modalità elettronica, per il quale, in mancanza di disposizioni ad hoc, appare opportuno non discostarsi, per quanto possibile, dalle regole notarili di cui sopra.

Per la stipula in forma elettronica di una scrittura privata non autenticata, invece, necessiterà preordinare delle regole informatiche di firma e di procedura, utilizzando la posta elettronica certificata o via web.