

## La forma del contratto d'appalto alla luce delle nuove norme del codice appalti

Diceva il grande Totò: *“Punto! Due punti!... ma sì, fai vedere che abbondiamo... Abbondandis in abbondandum...!”*

Nell'avviso di rettifica non si può dire che non si è abbondato: in totale su 181 rettifiche tra eliminati e aggiunti, circa 24 rettifiche hanno riguardato la punteggiatura e in particolare:

- 14 rettifiche il “punto”;
- 10 rettifiche il “punto e virgola”;
- 10 rettifiche le “virgole”.

Ma al comma 11 dell'art. 32 d.lgs. 50/2016 l'aggiunta di *“punto e virgola”* dopo le parole *“scrittura privata”* si è rivelata veramente fondamentale.

Sarebbe bastato riscrivere il precedente comma 13 dell'art. 11 del d.lgs. 163/06 su cui ANAC si era già espressa confortando un po' tutti e schiarendo le ombre. Ma...

La storia ha inizio (*rectius* non proprio inizio, essendo una modifica del 2012 successiva al codice) con il comma 13 dell'art. 11: *“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.”*

Poi venne: la prima Determinazione ANAC n. 1 del 13 febbraio 2013:

*“Alla luce delle considerazioni che precedono, dunque, la stipulazione del contratto conseguente all'atto di aggiudicazione può assumere, a seconda delle disposizioni di volta in volta applicabili, una delle seguenti forme:*

- **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 dal 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”*);
- **forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica** secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;
- **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 nella 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).”*

Poi, lo STOP allo scriba con il comunicato del Presidente del 4 novembre 2015 e l'avvio delle procedure **con modalità elettroniche** anche per le scritture private e, quindi, anche lo scambio di lettere commerciali.

E ora, dopo il d.lgs. 50/2016?

All'inizio il comma 14 dell'art. 32 recitava:

*“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 della stazione appaltante o mediante scrittura privata in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.”*

E, quindi, il dubbio: ma i contratti di appalto da stipularsi a seguito di procedura di gara aperta o ristretta sono da stipularsi solo ed esclusivamente nella forma dell'atto pubblico, notarile o della forma pubblica amministrativa?

Poi venne: il punto e virgola.

*“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 della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.”*

Il comma è ora diviso in due parti. La prima parte (fino al punto e virgola) ha una formulazione analoga a quella del precedente codice e lascia a ciascuna stazione appaltante la discrezionalità di individuare con proprie norme la forma del contratto più adatta alle singole esigenze, potendo scegliere tra: atto pubblico notarile o forma pubblica amministrativa o scrittura privata, tutte da redigersi secondo modalità elettroniche.

La seconda parte traccia elementi di più difficile interpretazione essendo implicito (almeno) soggetto e verbo. Comunque, sembrerebbe ora permesso stipulare contratti mediante scambio di lettere secondo l'uso del commercio sia nelle ipotesi di contratti di qualsiasi importo a seguito di procedura negoziata, sia per appalti non superiore a 40.000 euro. A ciò si aggiunge che sembrerebbe che lo scambio di lettere possa avvenire **“anche”** tramite PEC o strumenti analoghi, ma non sarebbe dunque obbligatorio l'utilizzo di modalità elettroniche di redazione delle lettere.

Un ritorno al passato? Non so.

La coerenza di sistema dopo il punto e virgola sconta qualche dubbio ma almeno ha eliminato nell'immediato l'obbligo dell'atto pubblico, seppur nelle forme della modalità elettronica, per ogni procedura di gara; ...

Avv. Silena Ciriesi

**Nota del sito:**

*Nel comma ricorre uno degli equivoci più comuni della lingua italiana: l'uso della parola «ovvero» che nella realtà può avere due significati radicalmente diversi, rendendo diverso anche il significato della frase:*

*--- uno nel senso di “oppure” quale forma rafforzata della congiunzione disgiuntiva “o”;*

*--- uno nel senso di “cioè” o anche di “ossia / ovvero” in funzione esplicativa.*

*Se il legislatore parlasse come mangia, in luogo dell'equivoco “ovvero” avrebbe dovuto sopprimere le parole “ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro” se avesse inteso semplificare la forma contrattuale anche per le procedure negoziate sopra la soglia di 40.000 euro, oppure sopprimere le parole*

*“procedura negoziata ovvero per gli” se avesse inteso semplificare la forma contrattuale solo per i contratti fino a 40.000 euro.*

*Restano sempre due questioni: se la forma semplificata è applicabile anche ai contratti fino a 40.000 euro aggiudicati con procedure ordinarie (aperte o ristrette) e il limbo in cui giacciono i contratti di importo esattamente pari a 40.000 euro, stante la contraddizione tra “di importo non superiore a 40.000 euro” all’articolo 32 e “di importo inferiore a 40.000 euro” agli articoli 31, comma 8, 36, comma 2, lettera a), e 37, comma 1.*

*Ma, invece di accanirsi sugli enti locali, licenziare qualcuno negli uffici legislativi della presidenza del Consiglio dei ministri e delle Camere mai?*