

Determinazione n. 8 del 18 Novembre 2010

PRIME INDICAZIONI SULLA TRACCIABILITA' FINANZIARIA EX ART. 3, LEGGE 13 AGOSTO 2010, n. 136, COME MODIFICATO DAL D.L. 12 NOVEMBRE 2010, n. 187

1. Premessa

Il 7 settembre 2010 è entrato in vigore il "*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*", di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136, pubblicata sulla G.U. 23 agosto 2010, n. 196. Successivamente, con decreto-legge n. 187 del 12 novembre 2010 sono state dettate disposizioni interpretative ed attuative concernenti la tracciabilità dei flussi finanziari relativi a contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, al fine di prevenire infiltrazioni criminali, di cui all'articolo 3 della citata legge. Quest'ultimo, al comma 1, come modificato dall'articolo 7, comma 1, lett. a), n.1 del d.l. n. 187/2010, stabilisce che "*per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, fermo restando quanto previsto dal comma 5, alle commesse pubbliche. Tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo periodo devono essere registrati sui conti correnti dedicati e, salvo quanto previsto al comma 3, devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni*". Il successivo comma 2 estende gli obblighi di tracciabilità anche ai pagamenti "*destinati a dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali nonché quelli destinati alla provvista di immobilizzazioni tecniche*", che devono essere eseguiti tramite conto corrente dedicato "*anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto (...)*". Ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, è, inoltre, previsto che gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dai soggetti obbligati all'applicazione della norma, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità, su richiesta della stazione appaltante e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP). Considerata la delicatezza e la complessità della materia ed il suo impatto sul mercato, l'Autorità adotta la presente determinazione con l'obiettivo di offrire alcune prime indicazioni applicative circa l'articolo 3 della legge n. 136/2010, come modificato dal d.l. n. 187/2010.

2. Entrata in vigore

La legge n. 136/2010 non prevedeva espressamente una disciplina transitoria, circostanza che ha dato adito ad interpretazioni divergenti. Il Ministero dell'Interno, con nota n. 13001/118/Gab del 9 settembre u.s., aveva affermato che l'ambito di applicazione dovesse intendersi riferito "*ai soli contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge*" e, pertanto, alla data del 7 settembre 2010. L'articolo 6, comma 1, del d.l. n. 187/2010 accoglie tale interpretazione, disponendo che "*l'articolo 3 della legge 13 agosto 2010 n. 136 si interpreta nel senso che le disposizioni ivi contenute si applicano ai contratti indicati dallo stesso articolo 3 sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge e ai contratti di subappalto e ai subcontratti da essi derivanti*". Di conseguenza, devono, in primo luogo, ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti da sottoscrivere dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché relativi a bandi pubblicati in data antecedente all'entrata in vigore della legge stessa. Ogni nuovo rapporto contrattuale, quindi, sarà sottoposto all'applicazione dell'articolo 3, dal momento che, in occasione della stipulazione dei contratti, sarà possibile inserire anche le nuove clausole sulla tracciabilità. Pertanto, sono *ab initio* soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti aventi ad oggetto i lavori o servizi complementari, per quanto collegati ad un contratto stipulato antecedentemente (cfr. articolo 57, comma 5, lett. a) del Codice dei contratti pubblici), nonché i nuovi contratti,

originati dal fallimento dell'appaltatore (articolo 140 del Codice dei contratti pubblici) oppure, ancora, aventi ad oggetto varianti in corso d'opera che superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto (articolo 132 del Codice dei contratti pubblici e articolo 10 del decreto del Ministero dei lavori pubblici n. 145 del 19 aprile 2000), in quanto tutte fattispecie ascrivibili ad un nuovo contratto.

In secondo luogo, per i contratti antecedenti alla data di entrata in vigore della legge n. 136/2010, viene ora prevista una norma transitoria ad hoc, secondo la quale detti contratti - ed i contratti di subappalto ed i subcontratti da essi derivanti - "sono adeguati alle disposizioni di cui all'articolo 3 (...) entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge". La previsione, quanto mai opportuna per motivi di sistematicità ed omogeneità del sistema di tracciabilità, impone, quindi, un adeguamento di tutti i contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 alle nuove disposizioni entro il termine del 7 marzo 2011. Da ciò discende che, prima della scadenza di tale termine (7 marzo 2011), le stazioni appaltanti potranno legittimamente effettuare, in favore degli appaltatori, tutti i pagamenti richiesti in esecuzione di contratti, sottoscritti anteriormente al 7 settembre 2010, anche se sprovvisti della clausola relativa alla tracciabilità; dopo il 7 marzo 2011, i contratti che non riporteranno la clausola relativa alla tracciabilità saranno nulli e, pertanto, inidonei a produrre alcun effetto giuridico. Occorre, infatti, mettere in correlazione la citata norma transitoria con il comma 8 dell'articolo 3, che prevede l'inserimento "a pena di nullità" di una clausola nel contratto principale (sottoscritto con la stazione appaltante) avente ad oggetto l'assunzione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

Il mancato rispetto del descritto obbligo è punito con la sanzione della nullità assoluta del contratto; ciò vuol dire che, in questa ipotesi, è preclusa l'operatività della disposizione di cui all'articolo 1339 c.c.. Come è noto, tale articolo prevede l'inserzione automatica nel contratto delle clausole imposte dalla legge, ove l'accordo ne fosse sprovvisto; si tratta di una limitazione dell'autonomia contrattuale legittimata dalla necessità di impedire che l'esercizio dell'attività economica si traduca in un regolamento di interessi contrario all'utilità sociale, ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione.

Pertanto, *nulla quaestio* in relazione ai contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge n. 136/2010 che devono *ab origine* contenere la clausola di tracciabilità; per i contratti sottoscritti prima di tale data, invece, il legislatore assegna un termine di centottanta giorni entro cui adeguare i contratti alle nuove disposizioni.

Il dubbio che potrebbe porsi, circoscritto a quest'ultima fattispecie, concerne la possibilità o meno, per le stazioni appaltanti, di avvalersi dello strumento offerto dall'articolo 1339 c.c.. In altri termini, ci si chiede se sia necessario effettuare un'integrazione formale espressa dei contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 o possa trovare applicazione il meccanismo dell'inserzione automatica della clausola.

Stante il tenore letterale del comma 8 dell'articolo 3 e fatta salva la possibilità di modifica, in sede di conversione del decreto-legge, delle disposizioni in esame, nel senso di prevedere un adeguamento automatico dei contratti in essere, si suggerisce di integrare espressamente i contratti già stipulati, mediante atti aggiuntivi; tale soluzione appare più cautelativa sia per le amministrazioni pubbliche sia per gli operatori economici, in quanto li pone al riparo dal rischio della nullità dell'accordo.

Quanto precede vale anche in riferimento all'inserzione della clausola in commento nei contratti sottoscritti dall'appaltatore con i subappaltatori ed i subcontraenti della filiera delle imprese, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi ed alle forniture, nel rispetto del comma 9 dell'articolo 3.

Sono allegati alla presente determinazione esempi delle clausole in questione.

3. Ambito di applicazione

Gli articoli 3 e 6 del Piano straordinario contro le mafie si rivolgono agli appaltatori, ai subappaltatori e ai subcontraenti della filiera delle imprese, nonché ai concessionari di finanziamenti pubblici. Dall'ampia dizione impiegata dall'articolo 3, comma 1, discende che la tracciabilità dei flussi finanziari trova applicazione ai seguenti contratti: 1) contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, di cui al Titolo II, Parte I dello stesso; 2) concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi ex articolo 30 del Codice dei contratti; 3) contratti di partenariato pubblico - privato,

ivi compresi i contratti di locazione finanziaria; 4) contratti di subappalto e subfornitura; 5) contratti in economia, ivi compresi gli affidamenti diretti.

In considerazione del fatto che la normativa in esame ha finalità antimafia e che la normativa antimafia trova applicazione generalizzata ai contratti pubblici, sono tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti obbligati all'applicazione del Codice dei contratti pubblici; in primo luogo, nel novero di tali soggetti, sono incluse le "stazioni appaltanti", definite all'articolo 3, comma 33, del Codice dei contratti come "le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32". Le amministrazioni aggiudicatrici, a loro volta, sono individuate dal comma 25 del richiamato articolo, che menziona "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti". Sono, inoltre, sottoposti agli obblighi ex articolo 3 gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207 del Codice dei contratti pubblici, ivi incluse le imprese pubbliche.

La disposizione in commento individua, inoltre, i soggetti tenuti agli obblighi di tracciabilità, correlandoli alla "filiera delle imprese", interessati a qualsiasi titolo ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche. L'articolo 6, comma 3, del d.l. n. 187/2010 ha chiarito che l'espressione "filiera delle imprese" si intende riferita "ai subappalti come definiti dall'articolo 118, comma 11 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto". L'intento del legislatore è dunque quello di assicurare la tracciabilità dei pagamenti riguardanti tutti i soggetti in qualche misura coinvolti nella esecuzione della prestazione principale oggetto del contratto. Se tale è la ratio, ciò che deve essere tenuto in considerazione non è tanto il grado di affidamento o sub affidamento, bensì la tipologia di affidamento (subappalto o subcontratto necessario a qualsiasi titolo per l'esecuzione del contratto principale), a prescindere dal livello al quale lo stesso viene effettuato. Tale interpretazione è confermata dalla formulazione prevista dal comma 9 dell'articolo 3.

Secondo quanto previsto nel d.l. n. 187/2010, con il termine "contratti di subappalto" si intendono i subappalti soggetti ad autorizzazione, ivi compresi i subcontratti "assimilati" ai subappalti ai sensi dell'articolo 118, comma 11, prima parte, del Codice; con il termine "subcontratti", si intenda l'insieme più ampio dei contratti derivati dall'appalto, ancorché non qualificabili come subappalti, riconducibili all'articolo 118, comma 11, ultima parte, del Codice (nel quale il termine subcontratto viene usato come contratto derivato, non qualificabile come subappalto, bensì soggetto a comunicazione nei confronti del committente).

Al riguardo, giova, altresì, rammentare che il d.P.R. 2 agosto 2010, n.150, recante il regolamento in materia di rilascio delle informazioni antimafia a seguito di accesso nei cantieri, all'articolo 1, precisa che le imprese interessate all'esecuzione dei lavori pubblici sono "tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti". Ciò risulta anche coerente con la finalità di interesse pubblico che impone all'appaltatore l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante il nominativo del subcontraente, l'importo del contratto e l'oggetto del lavoro per i subcontratti stipulati per l'esecuzione del contratto, a prescindere dalla loro riconducibilità alla definizione di subappalto ai sensi dell'articolo 118, comma 11, del Codice dei contratti pubblici (cfr., in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. I, 12 novembre 2008, n. 10059). D'altra parte, l'autorizzazione della stazione appaltante, disciplinata al citato articolo 118, comma 8, è richiesta anche per i subcontratti di importo inferiore al 2% dell'importo della prestazione affidata o di importo inferiore a 100.000 euro (come chiarito dall'Autorità nella determinazione n. 6 del 27 febbraio 2003), proprio in ragione del potere di controllo, con finalità di ordine pubblico, inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche, con conseguente carattere pubblicistico della valutazione riservata alla pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713).

A titolo esemplificativo, per gli appalti di lavori pubblici, possono essere ricompresi: noli a caldo, noli a freddo, forniture di ferro, forniture di calcestruzzo/cemento, forniture di inerti, trasporti, scavo e movimento terra, smaltimento terra e rifiuti, espropri, guardiania, progettazione, mensa di cantiere, pulizie di cantiere (cfr., al riguardo, le Linee guida antimafia di cui all'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, recante "Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella regione Abruzzo il

giorno 6 aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile").

Si precisa, poi, che, per quanto concerne gli operatori economici soggetti agli obblighi di tracciabilità, non assumono rilevanza né la forma giuridica (ad esempio, società pubblica o privata, organismi di diritto pubblico, imprenditori individuali, professionisti) né il tipo di attività svolta.

In particolare, con riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura, le norme si applicano a tutti i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) del Codice dei contratti e, quindi, anche ai professionisti ed agli studi professionali, che concorrono all'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto i predetti servizi. Ciò, sia perché lo scopo della norma è quello di tracciare tutti i flussi di denaro pubblico (senza ovviamente escludere persone fisiche) sia perché la nozione di impresa non può che essere quella prevista dalla normativa comunitaria sotto il profilo della figura dell'operatore economico (persona fisica o giuridica) sia, ancora, perché è lo stesso Trattato europeo a non consentire discriminazioni fra persone fisiche e giuridiche operanti nello stesso ambito.

Appare, poi, opportuno specificare che ricadono nell'obbligo di tracciabilità anche i contratti di affidamento inerenti lo sviluppo dei progetti (preliminari, definitivi e esecutivi) che fanno seguito a concorsi di idee o di progettazione, affidabili ai vincitori di detti concorsi.

Al contrario, non rientrano nell'ambito applicativo della norma le spese sostenute dai cassieri, utilizzando il fondo economale, non a fronte di contratti di appalto. A titolo puramente esemplificativo, possono rientrare nella casistica in esame imposte, tasse e altri diritti erariali, spese postali, valori bollati, anticipi di missione, nonché le spese sostenute per l'acquisto di materiale di modesta entità e di facile consumo, di biglietti per mezzi di trasporto, di giornali e pubblicazioni periodiche. Queste spese, pertanto, potranno essere effettuate con qualsiasi mezzo di pagamento, nel rispetto delle norme vigenti.

La disposizione estende gli obblighi di tracciabilità, tra i quali l'utilizzo di conti correnti dedicati, ai concessionari di finanziamenti pubblici, inclusi i finanziamenti europei, tra i quali rientrano i soggetti, anche privati, destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento indipendentemente dall'importo.

Resta ferma, infine, l'applicazione delle ulteriori disposizioni dettate in materia di contrasto alla criminalità organizzata, che prevedono controlli più stringenti rispetto alle misure di cui alla legge n. 136/2010, come per i lavori relativi alla ricostruzione in Abruzzo e all'Expo 2015, ovvero attivate in via convenzionale attraverso i protocolli di legalità, come, ad esempio, il Protocollo relativo alla Variante di Cannitello. Restano ferme, inoltre, le ulteriori disposizioni in tema di monitoraggio finanziario delle infrastrutture strategiche di cui all'articolo 176 del Codice dei contratti pubblici.

4. Indicazioni generali sulle modalità di attuazione della tracciabilità

Il comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 136 prevede, per i soggetti sopra indicati, i seguenti obblighi:

- a. utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva. Ne consegue che sia pagamenti effettuati dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore sia quelli effettuati dall'appaltatore nei confronti dei subcontraenti e da questi ad altri operatori economici devono transitare su conto corrente dedicato; in altri termini, la norma stabilisce, quale obbligo a carico degli operatori della filiera, l'apertura di conti correnti bancari o postali dedicati, sui quali andranno effettuate le operazioni sia in entrata che in uscita (pagamenti ed incassi);
- b. effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle medesime commesse pubbliche esclusivamente con lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;
- c. indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

Si forniscono di seguito alcune indicazioni operative circa tali prescrizioni.

1. Con riguardo al conto corrente dedicato, il d.l. n. 187/2010 ha chiarito (articolo 6, comma 4) che l'espressione "*anche in via non esclusiva*" si interpreta nel senso che "*ogni operazione finanziaria relativa a commesse pubbliche deve essere realizzata tramite uno o più conti correnti bancari o postali, utilizzati anche promiscuamente per più commesse, purché per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione di cui comma 7 del medesimo articolo 3 circa il conto o i conti utilizzati, e nel senso che sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate*". Pertanto, i conti correnti dedicati alle commesse pubbliche possano essere adoperati contestualmente anche per operazioni che non riguardano, in via diretta, il contratto cui essi sono stati dedicati. Ad esempio, un'impresa che opera anche nell'edilizia privata può utilizzare il conto corrente dedicato ad un appalto pubblico per effettuare operazioni legate alla costruzione di un edificio privato. In altri termini, non tutte le operazioni che si effettuano sul conto dedicato devono essere riferibili ad una determinata commessa pubblica, ma tutte le operazioni relative a questa commessa devono transitare su un conto dedicato. È, altresì, ammesso dedicare più conti alla medesima commessa, così come dedicare un unico conto a più commesse. Gli operatori economici, inoltre, possono indicare come conto corrente dedicato anche un conto già esistente, conformandosi tuttavia alle condizioni normativamente previste.
2. Per quanto riguarda i pagamenti di cui al comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, il d.l. n. 187/2010 ha previsto la possibilità di adottare strumenti di pagamento anche differenti dal bonifico bancario o postale, "*purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni*". Al riguardo, si precisa che il requisito della piena tracciabilità sussiste per le c.d. Ri.Ba. (Ricevute Bancarie Elettroniche); queste ultime costituiscono un servizio di pagamento, prevalentemente usato tra imprese per la riscossione di crediti commerciali, che consente al creditore di sostituire le tradizionali ricevute bancarie cartacee con un flusso elettronico di informazioni. Sussiste, peraltro, in questo caso, un vincolo relativo alla circostanza che il CUP e il CIG siano inseriti fin dall'inizio dal beneficiario invece che dal pagatore: la procedura ha avvio, infatti, con la richiesta da parte del creditore, prosegue con un avviso al debitore e si chiude con l'eventuale pagamento che può essere abbinato alle informazioni di flusso originariamente impostate dal creditore.
Diversa appare la situazione che connota, allo stato, il servizio di pagamento RID (Rapporti Interbancari Diretti) che attualmente non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità. Il RID costituisce il principale servizio di addebito preautorizzato offerto in Italia; esso consente di effettuare l'incasso di crediti derivanti da obbligazioni contrattuali che prevedono pagamenti di tipo ripetitivo e con scadenza predeterminata e presuppone una preautorizzazione all'addebito in conto da parte del debitore. Il flusso telematico che attualmente gestisce il RID non sembra in grado di gestire i codici. E' in corso di valutazione la possibilità di realizzare soluzioni tecniche alternative: tra queste, l'abbinamento univoco dei codici alla delega RID all'atto di attivazione del rapporto, con successiva gestione della fase di riscontro nell'ambito della c.d. "procedura di allineamento elettronico degli archivi". Si segnala, altresì, che lo strumento paneuropeo assimilabile al RID - il SEPA *Direct Debit*, le cui specifiche sono definite nell'ambito del *Rulebook* redatto dallo *European Payment Council* - reca un campo libero facoltativo nel quale potrebbero essere presumibilmente ospitati i codici in parola. Questo strumento non è ancora diffuso: ove divenisse di ampio utilizzo si potrà valutare la sua concreta adeguatezza a rispettare il requisito della piena tracciabilità.
E' peraltro onere dei soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità conservare la documentazione attestante l'assolvimento degli obblighi.
3. Si precisa che l'obbligo di cui all'articolo 3, comma 5, è da intendere posto a carico anche della stazione appaltante, che deve riportare il CIG (e, ove necessario, il CUP) nei mandati di pagamento all'appaltatore o al concessionario di finanziamenti pubblici.

4. In merito alle cessioni di credito, si sottolinea che anche i cessionari dei crediti sono tenuti ad indicare il CIG (e, ove necessario, il CUP) e ad effettuare i pagamenti all'operatore economico cedente mediante strumenti che consentono la piena tracciabilità, sui conti correnti dedicati.
5. Per quanto attiene alla prassi dei pagamenti nel mercato assicurativo tra le imprese di assicurazione, i broker e le pubbliche amministrazioni loro clienti, si può ritenere che sia consentito al broker d'incassare i premi per il tramite del proprio conto separato di cui all'articolo 117 del Codice delle assicurazioni (decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209), identificato quale conto "dedicato" ai sensi della legge n. 136/2010, senza richiedere l'accensione di un altro conto dedicato in via esclusiva ai pagamenti che interessano le stazioni appaltanti. L'articolo 117, comma 3-*bis*, del Codice delle assicurazioni prevede, altresì, in alternativa all'accensione del conto separato, una fideiussione bancaria: in tal caso, il broker deve avere un conto bancario o postale nel quale transitano tutti i pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione, muniti del relativo CIG, secondo quanto indicato in via generale.

5. Richiesta ed indicazione del codice identificativo di gara (CIG) e del codice unico di progetto (CUP)

L'articolo 7, comma 4, del d.l. n. 187/2010 ha sostituito il comma 5 dell'articolo 3 stabilendo che, *"ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui al comma 1, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP)"*. Pertanto, il CIG – codice che identifica il singolo affidamento nell'ambito del progetto, a fronte del quale si esegue il pagamento, e il riferimento alla eventuale voce di spesa del quadro economico del progetto – è divenuto obbligatorio, ai fini di tracciabilità dei flussi finanziari, in relazione a ciascun contratto pubblico avente ad oggetto lavori, servizi e forniture, a prescindere dall'importo dello stesso e dalla procedura di affidamento prescelta e, quindi, anche per i contratti di cui all'articolo 17 del Codice dei contratti pubblici.

Il CIG deve essere richiesto dal responsabile unico del procedimento (cfr., sul punto, comunicato del Presidente dell'Autorità del 7 settembre scorso) in un momento antecedente all'indizione della procedura di gara, in quanto il codice deve essere indicato nel bando ovvero, nel caso di procedure senza previa pubblicazione di bando, nella lettera di invito a presentare l'offerta.

Il CIG dovrà poi essere inserito nella richiesta di offerta comunque denominata e, in ogni caso, al più tardi, nell'ordinativo di pagamento. E' questo, ad esempio, il caso degli acquisti di beni e servizi effettuati per mezzo del Mercato Elettronico della p.a. (MEPA), ai sensi dell'articolo 11 del d.P.R. n. 101/2002: in tal caso, infatti, l'incontro tra offerta privata e domanda pubblica può avvenire senza la previa richiesta di offerta, direttamente a mezzo di ordinativi di acquisto. In tutti i casi in cui non vi è per la stazione appaltante l'obbligo della contribuzione nei confronti dell'Autorità, del pari, il CIG deve essere indicato, al più tardi nell'ordinativo di pagamento, qualora il contratto sia eseguito in via d'urgenza e non vi sia la possibilità di inserirlo nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata.

Con riguardo ai contratti stipulati nell'ambito del sistema delle convenzioni CONSIP (articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488) e, più in generale, con riguardo agli accordi quadro, oltre all'obbligo di richiesta del CIG per la stipula della convenzione o dell'accordo, le amministrazioni che vi aderiscono sono tenute a richiedere un distinto CIG per ogni specifico contratto stipulato a valle, che andrà poi indicato nei pagamenti a fini di tracciabilità. Nella richiesta di tale CIG "derivato", è, però, necessario fare riferimento al CIG relativo alla convenzione o all'accordo quadro.

Il CUP, in aggiunta al CIG, è invece obbligatorio, *"per la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti pubblici"* con riguardo a *"ogni nuovo progetto di investimento pubblico"* (articolo 11, della legge n. 3/2003 citata), senza alcuna indicazione di importo. La nozione rilevante ai fini del rilascio del CUP è quella individuata nelle delibere adottate dal CIPE in materia (cfr. in particolare, la delibera 27 dicembre 2002, n. 143, come integrata dalla delibera 19 dicembre 2003, n. 126 e dalla delibera 29 settembre 2004, n. 24).

6. Gestione dei movimenti finanziari

6.1 Pagamenti di dipendenti, consulenti, fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali e provvista di immobilizzazioni tecniche

L'articolo 3, comma 2, prevede che devono transitare sui conti correnti dedicati anche le movimentazioni verso conti non dedicati, quali:

- stipendi (emolumenti a dirigenti e impiegati);
- manodopera (emolumenti a operai);
- spese generali (cancelleria, fotocopie, abbonamenti e pubblicità, canoni per utenze e affitto);
- provvista di immobilizzazioni tecniche;
- consulenze legali, amministrative, tributarie e tecniche.

Si deve provvedere a tali pagamenti attraverso un conto corrente dedicato, anche non in via esclusiva, ad uno o più contratti pubblici. Il pagamento deve essere effettuato e registrato per il totale dovuto ai soggetti indicati, anche se non riferibile in via esclusiva ad uno specifico contratto. Ad esempio, se una determinata attrezzatura viene utilizzata con riferimento a più commesse, il relativo pagamento risulterà registrato per l'intero con esclusivo riferimento ad una delle commesse in questione, mentre non sarà considerato per le altre. Allo stesso modo, i pagamenti a favore dei dipendenti saranno effettuati sul conto dedicato relativo ad una singola specifica commessa, anche se i dipendenti prestano la loro opera in relazione ad una pluralità di contratti.

Con riferimento tali pagamenti si ritiene che non vada indicato il CIG/CUP.

I pagamenti di cui al comma 2 dell'articolo 3 devono essere eseguiti tramite conto corrente dedicato, anche con *"strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto"*, essendo escluso il ricorso al contante per ogni tipo di operazione e per qualunque importo.

Oltre agli strumenti già indicati nel paragrafo 4, l'utilizzo di assegni bancari e postali può ritenersi consentito solo al ricorrere di tutte le seguenti condizioni: a) i soggetti ivi previsti non siano in grado di accettare pagamenti a valere su un conto corrente (o conto di pagamento); b) il conto su cui vengono tratti i titoli sia un conto dedicato; c) i predetti titoli vengano emessi muniti della clausola di non trasferibilità (non è necessario che sugli stessi venga riportato il CUP e il CIG).

6.2 Pagamenti in favore di enti previdenziali assicurativi, istituzionali, in favore dello Stato o di gestori o fornitori di pubblici servizi

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010 possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico i pagamenti per:

- imposte e tasse;
- contributi INPS, INAIL, Cassa Edile;
- assicurazioni e fidejussioni stipulate in relazione alla commessa;
- gestori e fornitori di pubblici servizi (per energia elettrica, telefonia, ecc.).

Tali pagamenti devono essere obbligatoriamente documentati e, comunque, effettuati con modalità idonee a consentire la piena tracciabilità delle transazioni finanziarie (cfr. articolo 6, comma 5, del d.l. n. 187/ 2010), senza l'indicazione del CIG/CUP.

Oltre agli strumenti già indicati nel paragrafo 4, per tali esborsi possono essere utilizzate le carte di pagamento, purché emesse a valere su un conto dedicato.

Per quanto riguarda , poi, l'espressione *"spese giornaliera, di importo inferiore o uguale a 500 euro"* di cui al comma 3, secondo periodo, dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, essa va interpretata nel senso che la soglia indicata di 500 euro è riferita all'ammontare di ciascuna spesa e non al complesso delle spese sostenute nel corso della giornata (cfr., al riguardo, le

Linee guida antimafia di cui all'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, recante " *Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile*".

6.3 Spese estranee al contratto pubblico cui si riferisce il conto corrente dedicato

In base al comma 4 dell'articolo 3, come modificato dall'articolo 7 del d.l. n. 187/2010, "ove per il pagamento di spese estranee ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1 sia necessario il ricorso a somme provenienti da conti correnti dedicati di cui al medesimo comma 1, questi ultimi possono essere successivamente reintegrati mediante bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni ". La previsione deve essere letta in connessione con la facoltà, sancita dal comma 2, di impiegare il conto corrente dedicato anche per pagamenti non riferibili in via esclusiva alla realizzazione degli interventi per i quali è stato rilasciato il CIG.

In detta evenienza, qualora l'operatore economico intenda reintegrare i fondi del conto dedicato, lo potrà fare solo mediante bonifico bancario o postale o con altri strumenti idonei a garantire la tracciabilità, nei termini già esposti.

In particolare, nel caso in cui il conto dedicato ad una commessa pubblica dovesse rimanere "in rosso", – attesa l'impossibilità per l'impresa di provvedere ai relativi pagamenti mediante un conto corrente non dedicato, pena l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge n.136/2010 (articolo 6) – non sembra sussistere alcun impedimento normativo al versamento, tramite strumenti che garantiscano la tracciabilità, di somme sul conto corrente interessato, al fine di consentire i necessari pagamenti.

7. Comunicazioni

E' stabilito (articolo 3, comma 7, come modificato) che i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità comunichino alla stazione appaltante:

- gli estremi identificativi dei conti correnti bancari o postali dedicati, con l'indicazione dell'opera/servizio/fornitura alla quale sono dedicati;
- le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare sugli stessi;
- ogni modifica relativa ai dati trasmessi.

La comunicazione deve essere effettuata entro sette giorni dall'accensione del conto corrente ovvero, nel caso di conti correnti già esistenti, " *dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica*" (cfr. articolo 3, comma 7 come modificato dall'articolo 7, comma 1, lett. a), n. 6 del d.l. n. 187/2010). Si deve, peraltro, ritenere che il termine "utilizzazione" sia stato impiegato nel senso di "destinazione" del conto alla funzione di conto corrente dedicato, dal momento che, sino ad avvenuta comunicazione alla stazione appaltante, non é ipotizzabile l'utilizzo del conto stesso per i pagamenti relativi alla commessa pubblica.

In caso di persone giuridiche, la comunicazione *de qua* deve essere sottoscritta da un legale rappresentante ovvero da un soggetto munito di apposita procura.

L'omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli elementi informativi di cui all'articolo 3, comma 7, comporta, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro (articolo 6, comma 4, della legge n. 136/2010). Al fine di permettere alle stazioni appaltanti di assolvere all'obbligo di verifica delle clausole contrattuali, sancito dal comma 9 dell'articolo 3, i soggetti tenuti al rispetto delle regole di tracciabilità, tramite un legale rappresentante o soggetto munito di apposita procura, devono inviare alla stazione appaltante copia di tutti i contratti sottoscritti con i subappaltatori ed i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Adotta la presente determinazione.

Firmato:

Il Presidente relatore

Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 19 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito

Allegato 1

Schema della clausola da inserire nel contratto tra stazione appaltante ed appaltatore ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche

Art. (...)

(Obblighi dell'appaltatore relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

1. L'appaltatore (...) assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.
2. L'appaltatore si impegna a dare immediata comunicazione alla stazione appaltante ed alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia di (...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte (subappaltatore/subcontraente) agli obblighi di tracciabilità finanziaria.

Schema della clausola da inserire nel contratto tra appaltatore e subappaltatore/subcontraente ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche

Art. (...)

(Obblighi del subappaltatore/subcontraente relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

1. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...) nell'ambito del contratto sottoscritto con l'Ente (...), identificato con il CIG n. (...)/CUP n. (...), assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.
2. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna a dare immediata comunicazione all'Ente (...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria.
3. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna ad inviare copia del presente contratto all'Ente (...).