



ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI RELATIVI A CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE (ARTT. 3 E 6 LEGGE N. 136/2010; ARTT. 6 E 7 DECRETO LEGGE N. 187/2010 CONVERTITO NELLA LEGGE N. 217/2010)

INQUADRAMENTO GENERALE DELLA MATERIA

INDICAZIONI OPERATIVE

Febbraio 2011

La disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari relativi ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, introdotta dall'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, ha ricevuto chiarimenti e subito modificazioni ad opera del d.l. 12 novembre 2010, n. 187 e della relativa legge di conversione 17 dicembre 2010, n. 217.

Inoltre, sulla materia sono state fornite indicazioni operative da parte dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con due determinazioni (n. 8 del 18 novembre 2010 e n. 10 del 22 dicembre 2010).

Essendosi dunque conclusa la vicenda legislativa, appare opportuno procedere ad un inquadramento generale della normativa, riepilogando le soluzioni ai problemi di carattere applicativo ed interpretativo, che si sono posti nella fase di prima attuazione, fornite dalle modifiche legislative, nonché dagli atti di indirizzo dell'Autorità regolatrice del settore, e cercando di dare indicazioni circa le questioni rimaste irrisolte dagli strumenti sopra ricordati.

Si ricorda che la disposizione sulla tracciabilità dei flussi finanziari è inserita in una legge contenente misure di contrasto alla criminalità organizzata denominata "piano straordinario contro le mafie", legge che è stata approvata all'unanimità dal Parlamento.

Si tratta quindi di uno degli strumenti diretti a contenere la penetrazione economica delle organizzazioni mafiose nell'attività di esecuzione delle commesse pubbliche; la finalità specifica è quella di rendere trasparenti le operazioni finanziarie relative all'utilizzazione del corrispettivo dei contratti pubblici, in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche ed intercettare eventuali utilizzazioni degli stessi da parte di imprese malavitose.

Il contenuto degli obblighi di tracciabilità (art. 3, commi 1, 4, 5 e 7)

In sintesi, gli obblighi previsti dall'art. 3 sono i seguenti:

1. tutte le operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica, e cioè ad un contratto con un soggetto pubblico, avente ad oggetto lavori, servizi o forniture, devono essere effettuate su conti correnti bancari o postali dedicati;
2. le medesime operazioni finanziarie devono essere effettuate mediante bonifici bancari o postali o altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni stesse;
3. gli strumenti di pagamenti devono riportare codici identificativi del contratto cui si riferiscono.

Si analizzano di seguito i tre aspetti degli obblighi di tracciabilità.

Conti correnti dedicati

L'art. 3 della legge n. 136 stabilisce che tutti i soggetti che operano nell'ambito dei lavori, servizi e forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accessi presso

banche o presso la società Poste italiane spa, dedicati, anche non in via esclusiva, alle commesse pubbliche.

L'espressione "anche in via non esclusiva" è stata chiarita dall'art. 6 del d.l. n. 187, secondo cui va interpretata nel senso che ogni operazioni 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 all'amministrazione appaltante, e nel senso che sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate.

Ciò significa che:

- non è necessario aprire un conto corrente per ogni commessa pubblica;
- un conto corrente può essere utilizzato per più commesse, così come per una commessa si possono utilizzare più conti correnti;
- sul conto corrente dedicato ad una o più commesse pubbliche possono transitare anche operazioni relative ad attività diverse, ad esempio relative all'attività di edilizia privata dell'impresa. Ciò è confermato anche dal comma 4 dell'art. 3 della legge n. 136, che prevede espressamente la possibilità di utilizzare somme provenienti da conti dedicati ai contratti di lavori, servizi e forniture pubblici per il pagamento di spese estranee agli stessi, disponendo, peraltro che, qualora si voglia reintegrare dette somme lo si dovrà fare mediante strumento di pagamento che consenta la tracciabilità dell'operazione;
- non è necessaria l'accensione di un nuovo conto, ma si può utilizzare come conto corrente dedicato ad una o più commesse anche un conto corrente già esistente;
- in ogni caso è necessario comunicare all'amministrazione appaltante gli estremi identificativi del conto sul quale saranno effettuate le operazioni finanziarie relative alla commessa, nonché le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi.

In definitiva, dunque, il concetto di conto dedicato si sostanzia nell'obbligo di indicarne gli estremi all'amministrazione.

La comunicazione deve essere effettuata nel termine di sette giorni dall'accensione del conto, ovvero, nel caso di utilizzazione di un conto preesistente, entro sette giorni dalla sua destinazione alla commessa pubblica, in ogni caso prima che venga effettuata un'operazione finanziaria relativa alla commessa cui viene dedicato, secondo quanto precisato dall'Autorità di vigilanza (determinazione n. 8/2010).

Il sistema dei conti dedicati delineato dalla legge, con i chiarimenti forniti dal decreto legge, garantisce, correttamente, un'adequata libertà nella gestione aziendale della tesoreria, consentendo di utilizzare i conti dedicati, non solo per più commesse, ma anche per attività diverse. In tal modo è possibile per le imprese gestire senza vincoli la propria liquidità.

Ovviamente, questo sistema, come detto, consente anche di reintegrare la disponibilità finanziaria dei conti dedicati mediante versamenti effettuati dall'imprenditore o anche da terzi (ad esempio con pagamenti a fronte di prestazioni dell'impresa rientranti in un'attività diversa da quella oggetto della commessa pubblica); ma i versamenti dovranno essere effettuati sempre con bonifici o altri strumenti tracciabili, essendo in ogni caso vietato che sui conti dedicati transitino versamenti di somme contanti. Ovviamente in questi casi i pagamenti non dovranno contenere

l'indicazione dei codici che caratterizzano la commessa pubblica, di cui si dirà diffusamente più avanti.

Strumenti di pagamento

Il secondo aspetto degli obblighi di tracciabilità riguarda la necessità che tutte le operazioni finanziarie relative ai lavori, servizi e forniture pubblici (che, come detto, devono essere registrati su conti dedicati) siano effettuate esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni.

L'Autorità di vigilanza, con la determinazione n. 8/2010, ha contribuito ad individuare gli strumenti alternativi al bonifico, chiarendo che, per assicurare la piena tracciabilità delle operazioni, essi devono essere idonei a contenere materialmente i codici identificativi della commessa.

Sotto tale profilo sono da considerare idonee le ricevute bancarie, anche nella forma elettronica. In questo caso, però, è necessario che i codici siano inseriti fin dall'inizio della procedura elettronica dal beneficiario (creditore).

Viceversa, il servizio di pagamento RID (rapporti interbancari diretti), attualmente, non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità. Detto servizio 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. L'Autorità ritiene che il flusso telematico che gestisce il RID, allo stato attuale non sia in grado di gestire i codici.

I codici

Gli elementi che consentono di ricostruire il flusso finanziario connesso alle commesse pubbliche sono costituiti dai codici che devono essere necessariamente inseriti negli strumenti di pagamento utilizzati dall'amministrazione appaltante e dai contraenti privati.

Si tratta in primo luogo del codice identificativo di gara (CIG) e, ove sia obbligatorio per legge, del codice unico di progetto (CUP).

Il CIG è attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici alla stazione appaltante in capo alla quale è posto l'onere di acquisirlo e di riportarlo nei mandati di pagamento.

Proprio a seguito del D.L. n. 187 il CIG è divenuto obbligatorio per tutte le procedure finalizzate alla realizzazione di lavori, alla acquisizione di forniture o servizi, indipendentemente dall'importo e dalla tipologia dell'appalto. Dovrà essere richiesto, quindi, anche per gli appalti in passato esclusi (contratti di lavori di importo inferiore a 40.000 euro, contratti per servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro, nonché contratti esclusi dall'applicazione delle procedure di gara di cui agli artt. 16, 17 e 18 del Codice).

Il CIG deve essere richiesto dal responsabile del procedimento in un momento antecedente alla indizione della gara e deve essere indicato nel bando, ovvero nella lettera di invito a presentare l'offerta (per le procedure senza bando).

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, il CIG deve essere indicato, al più tardi, nell'ordinativo di pagamento.

Aggiungiamo, però, che, in questo caso, le imprese che eseguono i lavori in via d'urgenza, per gli eventuali pagamenti da effettuare prima di ricevere il corrispettivo dall'amministrazione, dovranno comunque indicare il CIG ed eventualmente il CUP, per cui dovranno richiederlo alla stazione appaltante.

Per quanto riguarda il CUP (codice unico di progetto) esso è obbligatorio, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 3/2003 e delle delibere CIPE di attuazione, per i progetti di investimento pubblico.

In proposito si specifica che tutti i progetti relativi ai lavori, salvo quelli aventi ad oggetto la manutenzione ordinaria, sono da considerare progetti di investimento.

Il CUP deve essere richiesto dall'ente o soggetto aggiudicatore (delibera CIPE n. 143/2002). Perciò nell'ipotesi che non sia noto, le imprese dovranno richiederlo alla stazione appaltante.

I privati concessionari ed i privati titolari del diritto a costruire, che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi concessori, dovranno richiedere il CUP direttamente alla struttura di supporto CUP che opera presso il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

L'assegnazione del CUP avviene per via telematica, collegandosi al sito cupweb.tesoro.it.

Tipologie particolari di pagamenti

I commi 2 e 3 dell'art. 3 indicano alcune tipologie di pagamenti per i quali gli obblighi di tracciabilità assumono caratteri particolari.

Il comma due riguarda i seguenti pagamenti:

- retribuzioni dei dipendenti;
- corrispettivi per consulenze (legali, tributarie, ecc.);
- spese generali (spese di funzionamento degli uffici come canoni di affitto, cancelleria, macchinari presenti negli uffici, oneri finanziari compresi le cauzioni e le polizze assicurative, spese per i contratti, ecc.) (art. 32, comma 4, d.p.r. n. 207/2010);
- provviste per immobilizzazioni tecniche (attrezzature, macchinari).

Si tratta per lo più di pagamenti a fronte di prestazioni che non riguardano una singola commessa ma si possono riferire a più commesse, o anche ad attività diverse dell'impresa.

Tenendo conto di tale caratteristica, la norma prevede che detti pagamenti possano essere eseguiti attraverso un conto dedicato ad un determinato contratto anche se non siano riferibili interamente ad esso.

Ad esempio se un macchinario viene acquistato per essere utilizzato per più commesse, il relativo pagamento sarà effettuato sul conto indicato per una qualsiasi commessa per l'intero ammontare, mentre non sarà registrato sui conti relativi alle altre commesse.

Per queste tipologie di pagamenti l'Autorità di vigilanza ha chiarito che non è necessario indicare il CUP o CIG. Questa circostanza fa sì che possano essere usati strumenti di pagamento ulteriori rispetto al bonifico ed alla R.I.B.A., anche se non consentono l'indicazione dei codici, quali gli assegni.

L'Autorità di vigilanza ha confermato questa impostazione, precisando che la possibilità di utilizzare assegni bancari o postali è subordinata alle condizioni che siano tratti da un conto dedicato e siano muniti della clausola di non trasferibilità. Peraltro, secondo l'Autorità l'utilizzazione dell'assegno non trasferibile dovrebbe essere limitata all'ipotesi in cui i destinatari dei pagamenti non siano titolari di conto corrente.

Altra categoria di operazioni finanziarie per le quali gli obblighi di tracciabilità sono attenuati è quella costituita dai pagamenti indicati al comma 3 e cioè i pagamenti per:

- enti previdenziali, assicurativi e istituzionali (contributi Inps, Inail e Casse edili);
- tributi;
- gestori e fornitori di pubblici servizi (per energia elettrica, telefonia, ecc.);
- le spese giornaliere.

Per questi pagamenti l'art. 3 della legge n. 136 non prevede la necessità di utilizzare un conto dedicato, ma il D.L. n. 187, all'art. 6, precisa che devono essere comunque effettuati mediante strumenti di pagamento che ne assicurino la tracciabilità.

L'Autorità di vigilanza ha precisato che anche in questi casi non è necessaria l'indicazione dei codici. Dunque è possibile usare strumenti di pagamento diversi dal bonifico o dalla R.I.B.A., come ad esempio, le carte di pagamento. Ai fini di pagamenti ripetitivi ed a scadenze fisse, come quelli per energia elettrica, telefonia, ecc., in favore dei gestori di servizi pubblici, la non necessità di indicazione dei codici consente anche l'utilizzazione del RID, che si risolve comunque in un addebito su conto corrente.

Le spese giornaliere

Un discorso a parte va fatto per le spese giornaliere.

Esse si identificano con le piccole spese legate al funzionamento del cantiere, non rientranti nelle categorie precedentemente indicate, come, ad esempio, spese per acquisti urgenti di attrezzature o materiali, per il combustibile dei macchinari o vetture adibite al cantiere, spese per il trasferimento del personale o per il suo sostentamento, qualora non vi sia servizio di mensa, ecc..

La norma stabilisce che per tali spese, che possono avere un importo massimo di 1.500 euro, è possibile utilizzare sistemi diversi dal bonifico, fermi restando il divieto di impiego del contante e l'obbligo di documentazione della spesa.

Tuttavia, la legge di conversione del D.L. n. 187 ha introdotto un'ulteriore disposizione che consente la costituzione di un fondo cassa cui attingere per spese giornaliere, salvo l'obbligo di

rendicontazione, effettuata mediante bonifico, o altro strumento tracciabile, in favore di uno o più dipendenti.

La disposizione, di non facile lettura, ci sembra possa essere interpretata nel senso di consentire una deroga al principio generale del divieto di utilizzazione dei contanti per le spese giornaliere, consentita solo se si pone in essere la procedura ivi prevista.

Questa interpretazione sembra ragionevole, in primo luogo alla luce delle espressioni letterali utilizzate dal legislatore, laddove l'uso della parola "attingere" evoca immediatamente l'utilizzazione del contante; in secondo luogo, in base alla considerazione che, ove si accettasse una interpretazione contraria, che non ritenesse la disposizione derogatoria del divieto di contante, la disposizione stessa sarebbe inutile e priva di significato ed è noto che uno dei criteri interpretativi delle leggi elaborati dalla giurisprudenza consiste proprio nel dare la preferenza all'interpretazione secondo cui la norma acquista significato e senso compiuto, rispetto a quella in base alla quale sarebbe priva di significato.

Quanto alle modalità di costituzione del fondo cassa, a nostro avviso, una prima possibilità è costituita dalla emanazione da parte dell'imprenditore di un bonifico su un conto corrente (magari costituito ad hoc) di un dipendente (es.: capo cantiere) dal quale lo stesso potrà prelevare per le spese giornaliere nei limiti previsti dalla legge.

Oppure, l'imprenditore potrà emettere un assegno non trasferibile in favore del dipendente, che lo cambierà in contanti, costituendo il fondo cassa. In entrambi i casi sarà cura del dipendente responsabile conservare idonea documentazione, tanto dei prelevamenti sul proprio conto corrente, ovvero dell'incasso dell'assegno non trasferibile, quanto delle singole spese effettuate, attraverso gli scontrini o ricevute fiscali.

In tal modo viene garantita la tracciabilità di tutte le spese effettuate.

Quanto al limite di 1.500 euro delle spese giornaliere, l'Autorità con la determinazione n. 10 ha confermato quanto espresso nella precedente n. 8 circa il fatto che la soglia è riferita all'ammontare di ciascuna spesa e non al complesso delle spese sostenute nel corso della giornata.

Ipotesi particolari di attuazione degli obblighi di tracciabilità

In relazione agli obblighi di tracciabilità ed in particolare a quello di indicare il CIG ed il CUP, si sono posti problemi con riferimento ad alcune situazioni particolari.

La prima riguarda il caso dell'acquisto complessivo di forniture destinate a più cantieri relativi ad appalti pubblici, ovvero destinate in parte ad appalti pubblici ed in parte ad attività diversa.

In questi casi, poiché il pagamento è unico e unica è la fattura, sarà sufficiente, ai fini della tracciabilità, utilizzare uno qualsiasi dei conti dedicati alle commesse interessate, indicando i codici relativi ad una sola commessa, in analogia a quanto la legge dispone per i pagamenti di cui al comma 2.

Una seconda fattispecie particolare riguarda gli acquisti fatti per il magazzino e non destinati immediatamente a commesse pubbliche.

In tale ipotesi non si applicano gli obblighi di tracciabilità di cui al comma 1 dell'art. 3 della legge n. 136, proprio perché essi presuppongono la destinazione dell'acquisto ad una commessa pubblica. Ciò non esclude che i materiali stoccati siano poi utilizzati in una commessa pubblica, ma in tal caso non vi saranno operazioni finanziarie da tracciare.

Le soluzioni qui suggerite sono state confermate dall'Autorità di vigilanza nella determinazione n. 10. Tuttavia, si richiama l'attenzione delle imprese sulla necessità di conservare idonea documentazione atta a dimostrare gli acquisti per il magazzino e la destinazione successiva dei materiali acquistati, al fine di poter ricostruire a posteriori il flusso finanziario relativo a ciascuna commessa.

Ambito di applicazione soggettivo

L'ambito di applicazione della normativa va individuato in primo luogo sotto il profilo soggettivo, verificando quali sono i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità. E ciò tanto dal punto di vista degli operatori economici, quanto da quello delle stazioni appaltanti.

1. I soggetti economici. La filiera delle imprese

Il comma 1 dell'art. 3 indica come soggetti destinatari degli obblighi di tracciabilità gli appaltatori, i subappaltatori, i subcontraenti della filiera delle imprese, i concessionari di finanziamenti pubblici a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici.

Il D.L. n. 187 ha chiarito che l'espressione "filiera delle imprese" si intende riferita ai subappalti, come definiti dall'art. 118, comma 11 del d.lgs. n. 163/06, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto.

In particolare, quest'ultima disposizione ha posto l'accento sui rapporti contrattuali che hanno un nesso diretto con la prestazione oggetto del contratto principale.

A nostro avviso sono pertanto soggetti alla tracciabilità, in primo luogo il rapporto tra l'appaltatore ed il subappaltatore (si tratta di rapporto contrattuale avente il medesimo oggetto del rapporto contrattuale tra committente ed appaltatore, sebbene più limitato); in secondo luogo sono soggetti a tracciabilità i rapporti contrattuali tra l'appaltatore e gli altri subcontraenti, indipendentemente dalla tipologia delle prestazioni (forniture, forniture con posa in opera, noli, contratti di servizi, di trasporto, di prestazione d'opera, ecc.) in quanto in tutti i casi si tratta di rapporti contrattuali direttamente finalizzati all'esecuzione dei lavori oggetto del contratto principale.

La stessa caratteristica rivestono poi tutti i contratti stipulati dal subappaltatore, perché, come si è visto, quest'ultimo realizza una parte dell'opera.

Invece, non sono più soggetti agli obblighi di tracciabilità i rapporti contrattuali instaurati dai subcontraenti dell'appaltatore (diversi dai subappaltatori) e da quelli del subappaltatore con i propri contraenti, perché in tali ipotesi viene meno il nesso di causalità diretto con l'oggetto dell'appalto principale.

Per fare un esempio, il rapporto contrattuale tra l'appaltatore (o il subappaltatore) di un'opera ed il fornitore di calcestruzzo è soggetto agli obblighi di tracciabilità in quanto il calcestruzzo

è stato acquistato proprio per realizzare quell'opera; ma il rapporto tra quest'ultimo ed il fornitore di cemento non lo è, perché il fornitore-produttore di calcestruzzo compra il cemento per produrre calcestruzzo, indipendentemente dalla fornitura per quell'appalto specifico e, dunque, senza una finalizzazione diretta con esso.

Ciò significa che il fornitore di calcestruzzo dovrà avere un conto dedicato sul quale ricevere i pagamenti effettuati dall'appaltatore (o dal subappaltatore) con strumento tracciabile ed indicazione dei codici, ma a sua volta non è tenuto a pagare il fornitore di cemento su conto dedicato e con indicazione dei codici.

2. Le stazioni appaltanti

Anche le stazioni appaltanti sono destinatarie delle norme sulle tracciabilità. Queste, infatti, pongono a carico delle stesse una serie di obblighi, e precisamente:

- richiedere il CIG all'Autorità di vigilanza ed il CUP alla Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- inserire nei contratti di appalto la clausola relativa agli obblighi di tracciabilità;
- emettere i mandati di pagamento sui conti correnti comunicati degli operatori economici;
- indicare negli stessi il CIG ed il CUP;
- verificare che nei contratti stipulati dall'appaltatore e dal subappaltatore sia inserita la clausola relativa agli obblighi di tracciabilità.

E' dunque rilevante individuare quali siano le stazioni appaltanti cui si applica la normativa in questione.

Sotto questo profilo secondo l'Autorità di vigilanza sono soggetti agli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti obbligati all'applicazione del codice dei contratti pubblici e, dunque, tutti i soggetti di cui all'art. 32, compresi i concessionari di lavori pubblici (lett. b), i beneficiari di un contributo pubblico (lett. d), i concessionari di servizi pubblici (lett. f), i privati titolari di un permesso a costruire che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi concessori (lett. g).

La normativa sulla tracciabilità si applica anche ai soggetti che operano nei settori speciali menzionati all'art. 207 del codice (amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche, soggetti titolari di un diritto speciale o esclusivo). Per quanto riguarda le imprese pubbliche, l'Autorità ha precisato che sono da ritenersi esclusi della normativa in esame i contratti di diritto privato stipulati dalle stesse imprese al di fuori dell'attività indicata nella parte III del codice.

L'applicazione sotto il profilo oggettivo

Dal punto di vista oggettivo, l'ampia dizione usata dal legislatore nell'indicare i soggetti destinatari degli obblighi di tracciabilità (appaltatori, subappaltatori, subcontraenti della filiera delle imprese, concessionari di finanziamenti pubblici) giustifica, secondo l'Autorità, l'applicazione della normativa a tutte le tipologie di contratti che soggiacciono all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Vi rientrano, perciò, anche gli appalti di lavori, servizi e forniture esclusi dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione del codice (titolo II, parte I) tra i quali, ad esempio, i contratti segretati di cui all'art. 17 del codice.

Vi rientrano anche le concessioni di lavori pubblici ed, in generale, i contratti di partenariato pubblico-privato, tra i quali quelli di leasing in costruendo. Vi rientrano, infine, i contratti in economia di cui all'art. 125 del codice.

Vi rientrano, aggiungiamo, anche gli affidamenti a contraente generale che sono una particolare tipologia di appalti di lavori, aventi per oggetto l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante.

Le concessioni di lavori

Come abbiamo visto, secondo quanto sostenuto dall'Autorità, le concessioni di lavori pubblici rientrano nell'applicazione della normativa sulla tracciabilità, sia sotto il profilo degli operatori economici, relativamente al contratto di concessione stipulato con il committente, sia come stazioni appaltanti relativamente ai contratti di appalto stipulati a valle della concessione.

L'Autorità specifica, poi, che sono soggetti a tracciabilità anche i contratti affidati direttamente dai concessionari ad imprese collegate ai sensi dell'art. 149 del codice dei contratti pubblici.

Lavori in house

Non sono, invece, soggette alla disciplina sulla tracciabilità, secondo l'Autorità di vigilanza, le movimentazioni di denaro derivanti da prestazioni eseguite in favore di pubbliche amministrazioni da soggetti giuridicamente distinti dalle stesse, ma sottoposti ad un controllo analogo a quello che le medesime esercitano sulle proprie strutture (c.d. affidamenti *in house*).

In questo caso, infatti, non si configura la fattispecie del contratto di appalto, per mancanza del requisito della terzietà del soggetto esecutore, ma si tratta di una modalità organizzativa dell'amministrazione. La disciplina sulla tracciabilità, però, si applica agli eventuali appalti stipulati con terzi dalla società in house.

Comunicazione del conto dedicato

Il comma 7, dell'art. 3, legge n. 136 impone ai soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità di comunicare alla stazione appaltante gli estremi del conto corrente o dei conti correnti bancari o postali sui quali saranno effettuate le operazioni finanziarie relative all'appalto; le generalità ed il codice fiscale, delle persone autorizzate ad operare su di essi; ogni modifica relativa ai dati trasmessi.

Si è posto precedentemente in evidenza che si tratta di obblighi nei quali, in definitiva, si sostanzia il concetto di "conto dedicato"; ciò spiega la circostanza che tali obblighi siano soggetti alle sanzioni previste dall'art. 6 della legge n. 136/2010. In particolare l'omessa, tardiva o incompleta comunicazione comporta una sanzione da 500 a 3.000 euro.

Come già visto, la comunicazione deve essere fatta entro sette giorni dall'accensione del conto; nell'ipotesi di utilizzazione di un conto preesistente i sette giorni decorrono, secondo la norma, dalla sua prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica. L'Autorità precisa che il termine "utilizzazione" deve essere inteso come "destinazione" del

conto, dato che la comunicazione relativa agli estremi del conto deve comunque precedere l'operazione con la quale il conto viene utilizzato.

Si ricorda, in ogni caso, che l'obbligo di comunicazione grava su ciascuno dei soggetti subappaltatori o subcontraenti tenuti alla tracciabilità, i quali devono rendere le informazioni direttamente alla stazione appaltante e non per il tramite dell'appaltatore. Sarà, perciò, opportuno che l'appaltatore inserisca nei contratti con i propri subcontraenti una clausola ad hoc, sul modello di quella predisposta nell'allegato.

Nel contratto con il subappaltatore, sarà inoltre opportuno prevedere l'obbligo per il subappaltatore di inserire analoga clausola nei contratti che stipulerà con i propri subcontraenti.

Sempre a proposito dell'obbligo di comunicazione, nella determinazione n. 10 del 22 dicembre 2010, l'Autorità adotta una interpretazione prettamente pratica.

Viene, infatti, previsto che, data la possibilità che un fornitore abbia stipulato più contratti con la medesima stazione appaltante, questi possa comunicare una sola volta gli estremi del conto corrente dedicato, specificando che farà riferimento a quest'ultimo per tutti i rapporti contrattuali presenti e futuri dei quali sarà parte.

Le clausole contrattuali

Ai sensi del comma 8, gli obblighi di tracciabilità non operano automaticamente "ex lege", ma devono essere previsti da una clausola contrattuale appositamente predisposta:

- dalla stazione appaltante, che la inserisce nel contratto di appalto;
- dall'appaltatore, che la inserisce nei contratti stipulati con i subappaltatori o con gli altri subcontraenti;
- dal subappaltatore, che la inserisce nei contratti con i propri subcontraenti.

La mancanza della clausola comporta la nullità del relativo contratto.

Si richiama dunque l'attenzione sulla necessità di adeguare nel senso sopra indicato anche i c.d. ordini per le forniture che si utilizzano nella prassi commerciale.

Il controllo sulla presenza della clausola di tracciabilità nel contratto è onere della stazione appaltante (comma 9). A quest'ultima debbono essere, pertanto, trasmessi tutti i contratti della filiera. Poiché la legge non specifica i soggetti sui quali incombe l'obbligo della trasmissione, sembra ragionevole ritenere che sia l'appaltatore ad effettuarla per i propri subcontraenti ed il subappaltatore per i propri (a tal fine è utile che l'appaltatore inserisca un'apposita clausola nel contratto di subappalto).

Per facilitare la predisposizione delle clausole in argomento da parte delle imprese interessate, in allegato alla presente circolare sono contenuti degli schemi tipo.

Casi particolari di applicazione della normativa

1. Associazioni temporanee di imprese, consorzi e consorzi stabili

Come è noto, alla base delle associazioni temporanee di impresa, vi è un contratto di mandato con rappresentanza, ma non vi è alcuna organizzazione fra le imprese, ciascuna delle quali conserva la propria autonomia, ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. Da ciò deriva che ciascuna impresa associata è soggetta agli obblighi di tracciabilità.

In particolare, laddove l'esecuzione dei lavori è realizzata pro quota dalle imprese riunite, i pagamenti vengono effettuati dalla stazione appaltante alla mandataria, la quale trasferisce la quota di spettanza alle mandanti. I contratti con i subcontraenti sono direttamente stipulati dalle singole imprese facenti parte dell'associazione.

Pertanto sono soggetti a tracciabilità tanto i pagamenti della stazione appaltante alla mandataria, quanto quelli effettuati da quest'ultima alle mandanti ed, ovviamente, tutti i pagamenti effettuati dalla mandataria e dalle mandanti ai propri subcontraenti. Tanto la mandataria quanto le mandanti dovranno dunque comunicare il proprio conto corrente dedicato (oltre ai loro subcontraenti). Il CIG e CUP sono gli stessi per tutti i pagamenti, trattandosi di un'unica commessa.

Va infine precisato che, nell'ipotesi in cui l'ATI abbia costituito una società per l'esecuzione dei lavori ai sensi dell'art. 96 del D.P.R. n. 554/1999 (art. 93 del D.P.R. n. 207/2010), anche i rapporti tra questa ed i propri contraenti, nonché i rapporti tra la società e le imprese facenti parte dell'ATI (ai fini del ripianamento costi) sono soggetti agli obblighi di tracciabilità.

Per quanto riguarda poi i consorzi di concorrenti [art. 34, comma 1, lett. e) del codice dei contratti], sebbene ai fini dei requisiti per la partecipazione alle gare la fattispecie sia equiparata alle ATI, va tenuto presente che il consorzio ha una sua personalità giuridica e autonomia fiscale. È perciò un soggetto che ha rapporti con la stazione appaltante ai fini dei pagamenti che successivamente trasferisce pro quota alle imprese consorziate. Ne consegue che anche il consorzio dovrà avere un proprio conto dedicato.

Infine, per quanto riguarda i consorzi stabili, la questione si pone nei seguenti termini.

Il consorzio stabile può utilizzare due modalità alternative di esecuzione dei lavori:

- a) eseguire i lavori direttamente con la propria organizzazione; in tal caso riceve i pagamenti dalla stazione appaltante e instaura rapporti con i subcontraenti.
In tal caso è il consorzio stabile che dovrà avere il conto dedicato;
- b) indica le imprese che realizzeranno i lavori: in questo caso sono le imprese esecutrici che hanno rapporti diretti con i subcontraenti e che, pertanto, dovranno avere i conti dedicati. Ma poiché i pagamenti da parte della stazione appaltante vengono effettuati per il tramite del consorzio stabile, che poi li trasferisce pro quota alle imprese consorziate, esecutrici dei lavori, anche il consorzio stabile dovrà avere un conto dedicato.

2. Cessione di crediti

Nelle cessioni di crediti i cessionari sono tenuti ad effettuare il pagamento all'impresa cedente mediante strumenti di pagamento tracciabili sul conto corrente dedicato, indicando il CIG e il CUP.

Secondo l'Autorità di vigilanza, inoltre, la normativa sulla tracciabilità si applica anche ai movimenti finanziari relativi ai crediti ceduti, quindi tra stazione appaltante e cessionario, il quale deve conseguentemente utilizzare un conto corrente dedicato.

Sanzioni

Si premette che le imprese non hanno il dovere di controllo sull'adempimento agli obblighi di tracciabilità da parte dei propri contraenti. Tuttavia, il comma 8 dell'art. 3, legge n. 136/2010 stabilisce un generico dovere (non sanzionato) dell'appaltatore, subappaltatore, subcontraente, che abbia notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria, di darne immediata comunicazione alla stazione appaltante ed al prefetto della provincia in cui ha sede la stazione appaltante stessa.

In ogni caso la normativa stabilisce alcune sanzioni per le diverse ipotesi di inadempimento degli obblighi di tracciabilità.

In primo luogo si prevedono sanzioni di tipo civilistico:

- a) come si è già visto il mancato inserimento nei contratti della clausola relativa agli obblighi di tracciabilità comporta la nullità del contratto, che pertanto sarà da considerare come mai stipulato.
Pertanto, qualora la stazione appaltante rilevi, nell'ambito della specifica attività di controllo che le è attribuita dalla legge, la nullità del contratto per mancanza della clausola di tracciabilità, le parti dovranno stipulare un nuovo contratto;
- b) una seconda sanzione civilistica è prevista dal comma 9 bis dell'art. 3, legge n. 136, per l'ipotesi di mancata utilizzazione di uno strumento di pagamento idoneo a consentire la tracciabilità delle operazioni finanziarie e consiste nella risoluzione del contratto cui afferisce l'operazione finanziaria stessa (appalto, subappalto o altro subcontratto).

Da notare che, relativamente a questa sanzione, vi è stata un'evoluzione normativa che ne ha temperato gli effetti. Mentre, infatti, il testo originario della legge prevedeva la risoluzione del contratto per ogni ipotesi di inadempimento agli obblighi di tracciabilità, il D.L. n. 187 l'ha limitata all'ipotesi di inadempimento più grave, mantenendone però il carattere di effetto automatico ex lege.

Con la legge di conversione n. 217, è stata introdotta una modifica, secondo cui il mancato utilizzo dello strumento di pagamento tracciabile "costituisce causa di risoluzione del contratto". Pertanto, la sanzione non è più automatica, ma richiede un'apposita azione giudiziaria promossa, previa valutazione circa l'opportunità di intervenire in tal senso, da parte di chi abbia notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità.

L'art. 6 della legge n. 136 prevede poi anche delle sanzioni pecuniarie, di tipo amministrativo, per la violazione degli obblighi di tracciabilità, graduate secondo la gravità della violazione.

In particolare:

- a) le transazioni effettuate senza avvalersi di banche o società Poste italiane, e cioè i pagamenti in contanti, comportano una sanzione pecuniaria dal 5 al 20 per cento del valore della stessa transazione;
- b) le transazioni effettuate su conto corrente non dedicato, ovvero con strumenti di pagamento non idonei, ovvero senza l'indicazione dei codici, comportano una sanzione pecuniaria dal 2 al 10 per cento della transazione stessa;
- c) il reintegro dei conti correnti dedicati effettuato senza strumento di pagamento idoneo comporta una sanzione pecuniaria dal 2 al 5 per cento dell'accredito;
- d) l'omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli elementi identificativi del conto dedicato e della persona delegata ad operare su di esso comporta la sanzione pecuniaria da 500 a 3000 euro.

Competente ad applicare le sanzioni è il Prefetto della provincia in cui ha sede la stazione appaltante.

Il procedimento di accertamento e contestazione delle violazioni degli obblighi di tracciabilità è regolato dalla legge n. 689 del 1981 sulle sanzioni amministrative.

Contro il provvedimento del Prefetto che applica la sanzione si può fare opposizione al giudice del luogo ove ha sede il Prefetto stesso.

Il Prefetto può venire a conoscenza delle violazioni agli obblighi di tracciabilità dalla stazione appaltante, dall'appaltatore o subcontraente che abbiano notizia dell'inadempimento della controparte, ovvero dall'autorità giudiziaria, nell'ambito di un'indagine (come precisa il comma 5 bis dell'art. 6).

Pertanto, è possibile che il Prefetto ne venga a conoscenza direttamente, nell'ambito degli accessi e accertamenti ai cantieri disposti ai sensi dell'art. 5 bis del d.lgs. n. 490/1994.

Disposizioni transitorie

Il testo originario dell'art. 3 non conteneva disposizioni in merito all'applicabilità della nuova normativa ai rapporti derivanti da contratti già stipulati alla data della sua entrata in vigore.

La questione, che ha costituito uno dei principali problemi in fase di prima applicazione, è stata risolta dal D.L. n. 187 e dalle ulteriori modifiche introdotte nella legge di conversione n. 217.

Infatti il D.L. ha chiarito che le disposizioni introdotte dall'art. 3 della legge n. 136 si applicano dall'entrata in vigore di queste (7 settembre 2010) esclusivamente ai contratti sottoscritti successivamente a quella data ed ai relativi subcontratti.

Lo stesso D.L. conteneva, poi, una disposizione transitoria per la quale i contratti sottoscritti anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 136 ed i relativi subcontratti (anche se stipulati successivamente a quella data) dovevano essere adeguati alla nuova normativa, con l'introduzione della clausola sugli obblighi di tracciabilità, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della stessa legge n. 136 (7 settembre 2010).

Questa disposizione transitoria è stata modificata dalla legge di conversione del decreto (legge n. 217), nel senso che i 180 giorni previsti per adeguare i contratti decorrono dalla data di entrata in vigore della stessa legge n. 217 e cioè dal 19 dicembre 2010.

Il periodo transitorio viene dunque a scadere il 17 giugno 2011. A partire dal 18 giugno si dovrà applicare la nuova normativa per tutti i pagamenti ancora da effettuare.

Peraltro, con una ulteriore modifica al Decreto Legge n. 187/2010, viene previsto che tali contratti si intendono automaticamente integrati con le clausole di tracciabilità previste dall'art. 3 della Legge n. 136/2010. Ciò significa che non è necessario inserire la clausola che prevede gli obblighi di tracciabilità nei contratti di appalto già stipulati e nei relativi subcontratti, perché tali obblighi diventeranno efficaci "ex lege" a partire dalla scadenza del periodo transitorio (18 giugno 2011).

Durante questo periodo, ovviamente i pagamenti potranno essere effettuati secondo le vecchie procedure.