

Tracciabilità dei pagamenti: il d.l. 187/2010 e le prime indicazioni dell'Autorità non risolvono i dubbi

di Primiano De Maria

1. Premessa

Il 12 novembre 2010 è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il d.l. n. 187/2010 (che, tra gli altri temi, si occupa di interpretare e modificare la l. 136/2010).

Il decreto interviene, a seguito di richieste provenienti da molti settori imprenditoriali, a chiarire alcuni aspetti che la l. 136/2010 non aveva provveduto a disciplinare.

Il primo aspetto su cui si sofferma il decreto è relativo all'ambito di applicazione temporale della normativa sulla tracciabilità dei pagamenti.

Su tale profilo si era espressa in data 9 settembre 2010 una circolare del capo di gabinetto del Ministero degli interni che aveva sostenuto l'irretroattività della disciplina ai contratti già stipulati alla data del 7 settembre 2010.

Il decreto, invece, al comma 2 dell'art. 6 stabilisce che "i contratti stipulati precedentemente alla data di entrata in vigore della legge n. 136 del 2010 ed i contratti di subappalto e i subcontratti da essi derivanti sono adeguati alle disposizioni di cui all'art. 3 della l. 136 del 2010 entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge".

Il decreto si occupa poi di definire i concetti di "filiera di imprese" e di "conto dedicato", non riuscendo nel suo intento chiarificatore e semplificatore: per quanto riguarda la c.d. "filiera", il riferimento ai subcontratti stipulati anche in via non esclusiva per l'esecuzione degli appalti non è sufficiente a delimitare con certezza il campo di applicazione degli obblighi di tracciabilità; per quanto invece riguarda il conto dedicato

il decreto non fa altro che confermare quella che era l'interpretazione prevalente anche prima della sua emissione, cioè che non si tratti di un conto dedicato in via esclusiva alla singola commessa.

Rimangono fuori molti aspetti critici, destinati ad affiorare non appena i soggetti che operano nel settore dei contratti pubblici sono costretti a calare nell'operatività delle gare e della gestione degli appalti la nuova disciplina.

In merito a tali aspetti la recente determinazione n. 8 del 18 novembre 2010 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, se pure emanata per fornire indicazioni sulle modalità applicative della disciplina sulla tracciabilità, non sembra essere sufficiente a fugare tutti i dubbi evidenziati dagli operatori.

Tra tali aspetti critici, meritano un'attenta disamina i seguenti:

- modalità di adeguamento dei contratti e dei subappalti/subcontratti entro 180 giorni;
- cessione dei crediti nascenti da contratti di appalto in rapporto con gli obblighi di tracciabilità;
- compatibilità del contratto accentrato di tesoreria (c.d. *cash pooling*) con gli obblighi di tracciabilità;
- obbligatorietà dei codici Cup per gli appalti di servizi e forniture e mancata previsione di sanzioni in caso di omessa indicazione del codice Cig.

2. Modalità di adeguamento dei contratti e dei subappalti/subcontratti entro 180 giorni

Il decreto non specifica in che modo dovranno essere adeguati i contratti di appalto, i subappalti e i subcontratti in genere, lasciando agli interpreti il compito di individuare modalità di adeguamento che, nel rispetto

3. Cessione dei crediti nascenti da contratti di appalto in rapporto con gli obblighi di tracciabilità

Per quanto riguarda la cessione dei crediti il legislatore non ha colto l'occasione dell'emanazione del decreto-legge per chiarire i rapporti tra la cessione del credito derivante da contratto d'appalto, disciplinata dall'art. 117 del d.lgs. 163/2006 e gli obblighi relativi all'indicazione di un conto dedicato alle commesse pubbliche, delineati dalla l. 136/2010.

Il citato art. 117 (2) prevede che, a certe condizioni, la cessione dei crediti derivanti dal contratto d'appalto sia efficace ed opponibile alle stazioni appaltanti. Da ciò consegue che, anche durante l'esecuzione del contratto d'appalto, l'appaltatore possa cedere il credito residuo a un cessionario *factor*; ci si domanda quindi come sia possibile conciliare questa facoltà con l'obbligo di indicare alla stazione appaltante un conto dedicato sul quale ricevere tutti i pagamenti e dal quale effettuare tutti i pagamenti relativi all'appalto (ivi compresi quelli non dedicati in via esclusiva).

La recente determinazione n. 8/2010 interviene a rispondere a tale quesito interpretativo, mediando tra

l'esigenza di tracciabilità imposta dalla nuova normativa e il *favor* del legislatore verso la cessione dei crediti derivanti da contratti d'appalto.

L'Autorità per la vigilanza, infatti, in merito alle cessioni di credito, "sottolinea che anche i cessionari dei crediti sono tenuti ad indicare il Cig (e, ove necessario, il Cup) e ad effettuare pagamenti all'operatore

economico cedente mediante strumenti che consentono la piena tracciabilità, sui conti correnti dedicati".

A parere dell'interprete, seguendo le indicazioni dell'Autorità, è opportuno che vengano inseriti, nell'atto di cessione che deve essere notificato alla stazione appaltante, i riferimenti del conto corrente del cessionario, prevedendo espressamente che lo stesso paghi l'anticipazione e le eventuali rate successive (a seconda di come è strutturato il factoring) sul conto dedicato dell'appaltatore già oggetto di comunicazione alla stazione appaltante, con la relativa indicazione dei codici Cup/Cig.

La committente corrisponderà poi gli importi delle fatture direttamente al conto del *factor* cessionario, sempre indicando i codici Cup/Cig: in tal modo la ricostruzione dei flussi finanziari è sempre garantita.

“ Anche durante l'esecuzione del contratto d'appalto, l'appaltatore può cedere il credito residuo a un cessionario *factor*; ci si domanda quindi come sia possibile conciliare questa facoltà con l'obbligo di indicare alla stazione appaltante un conto dedicato sul quale ricevere tutti i pagamenti e dal quale effettuare tutti i pagamenti relativi all'appalto ”

(2) Art. 117. *Cessione dei crediti derivanti dal contratto*. 1. Le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, sono estese ai crediti verso le stazioni appaltanti derivanti da contratti di servizi, forniture e lavori di cui al presente codice, ivi compresi i concorsi di progettazione e gli incarichi di progettazione. Le cessioni di crediti possono essere effettuate a banche o intermediari finanziari disciplinati dalle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa.

2. Ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debitorie.

3. Le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione. [comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lett. z), d.lgs. n. 152 del 2008]

4. Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione.

5. In ogni caso l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato.

4. Compatibilità del contratto accentrato di tesoreria (c.d. *cash pooling*) con gli obblighi di tracciabilità

Gli obblighi di tracciabilità introdotti con la l. 136/2010, come poi modificati dal recente d.l. 187/2010, si pongono in conflitto con un contratto largamente utilizzato dai grandi gruppi societari per gestire al meglio la liquidità: il contratto accentrato di tesoreria (c.d. *cash pooling*)⁽³⁾.

Nel caso di presenza di un contratto di *cash pooling*, a fine giornata tutti i conti *netting* delle società controllate vengono azzerati e le disponibilità rimesse sull'unico conto *pool*.

Occorre verificare se tale passaggio di importi dai conti *netting* al conto *pool* sia compatibile con la normativa sulla tracciabilità ove i conti *netting* siano anche conti dedicati ai sensi della l. 136/2010. Per quanto riguarda il caso in cui sia la società che assume il ruolo di stazione appaltante ad appartenere ad un gruppo che opera nel rispetto di un contratto di *cash pooling*, si può sostenere agevolmente che non vi siano difficoltà. Ciò in quanto l'obbligo di un conto dedicato, con tutto quel che ne consegue, è apposto dalla legge 136 esclusivamente a carico di appaltatori, subappaltatori, subcontraenti, e non delle stazioni appaltanti (cfr. comma 1, art. 3). Le stazioni appaltanti dovrebbero quindi poter continuare ad attuare politiche di *cash pooling*, dato che non c'è obbligo di conto dedicato ma solo l'obbligo di pagare gli appaltatori con gli strumenti previsti⁽⁴⁾ e con l'indicazione dei codici Cig/Cup.

“ Le attività connesse con il *cash pooling*, movimentazione di tutti gli importi a fine giornata presso un unico conto di gruppo, possono essere ritenute compatibili con la disciplina di cui alla l. 136/2010, solo qualora si ritenga che rientrino nella generica definizione di “spese estranee” agli appalti ”

Ove sia invece la società appaltatrice (o il subappaltatore/subcontraente) ad operare nel rispetto di un contratto di *cash pooling*, si pone un rilevante problema interpretativo.

Il comma 4 dell'art. 3 della l. 136/2010 recita: “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 dedi-

cati 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”.

Dal comma 4 si desume che il legislatore prevede espressamente la possibilità di *uscite* dal conto corrente dedicato che non rientrino tra le spese inerenti agli appalti e consente che il conto corrente venga poi reintegrato per far fronte ai pagamenti connessi, in via esclusiva o meno, con l'appalto o gli

appalti di riferimento.

Le attività connesse con il *cash-pooling*, movimentazione di tutti gli importi a fine giornata presso un unico conto di gruppo, possono quindi essere ritenute compatibili con la disciplina di cui alla l. 136/2010 solo qualora si ritenga che rientrino nella generica definizione di “spese estranee” agli appalti.

Ovviamente il conto dedicato alle commesse pubbliche dovrà essere poi reintegrato da parte del conto corrente di gruppo – con strumenti tracciabili ai sensi della l. 136/2010 – e utilizzato ai sensi della legge

(3) Il contratto di *cash pooling* stipulato tra la capogruppo (o pool leader) e le banche comuni a tutte o alla maggior parte delle aziende del gruppo presuppone la definizione di un conto accentratore, il cosiddetto conto *pool*, intestato alla capogruppo, e la definizione dei conti periferici, i cosiddetti conti di *netting*, intestati alle varie aziende operative.

Le società operative rimangono pertanto titolari di uno o più conti di *netting* intestati alle varie banche aderenti al sistema, sui quali transitano tutte le operazioni di incasso e pagamento, mantenendo così la propria autonomia contabile/amministrativa.

Giornalmente tutte le operazioni contabilizzate su tali conti vengono girate sul conto *pool*. Per effetto di tale operazione i conti di *netting* riportano a fine giornata sempre saldo zero.

(4) Bonifici bancari o postali, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni.

per il pagamento delle spese connesse agli appalti. L'interpretazione sopra tracciata, che include nel concetto di "spese estranee" i movimenti finanziari adottati per rispettare il *cash pooling* di gruppo, non tarderà ad essere criticata ma sembra l'unica che permetta di salvaguardare la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione. Del resto non sembra, né dai lavori preparatori né dalla relazione tecnica allegati alla legge e al decreto-legge, che fosse nelle intenzioni del legislatore vietare il ricorso ai contratti di tesoreria accentrata tra imprese dello stesso gruppo.

Purtroppo l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici non ha colto l'occasione dell'emanazione delle prime indicazioni di cui alla determinazione n. 8/2010 per fornire chiarimenti in merito al tema in esame.

5. Obbligatorietà dei codici Cup per gli appalti di servizi e forniture e mancata previsione di sanzioni in caso di omessa indicazione del codice Cig

Per quanto riguarda l'obbligo di indicare il codice unico di progetto (c.d. "Cup") in ogni movimento finanziario inerente agli appalti, ai subappalti e ai subcontratti, il d.l. 187/2010 modifica la l. 136, chiarendo che, ove non sussista l'obbligo di generare tale codice ai sensi dell'art. 11 della l. 3 del 2003, è necessario

indicare il solo Cig (che viene rilasciato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici).

Da questo punto di vista, quindi, nulla è cambiato rispetto alla previgente normativa in materia di Cup.

Nei fatti, nei quasi due mesi di applicazione della l.

136/2010, le stazioni appaltanti hanno scoperto che l'indicazione del codice Cup, ai sensi non solo dell'art. 11 della l. 3/2003 ma anche della serie di norme e delibere del Cipe intervenute nel corso degli ultimi anni⁽⁵⁾, è obbligatoria anche per gli appalti di servizi e forniture, al ricorrere di alcune condizioni.

Infatti, come specificato anche nell'allegato 1 della delibera Cipe n. 151/2006, il codice Cup è obbligatorio per tutti gli appalti di servizi e forniture che rientrano nel concetto di "investimento pubblico".

Il "Progetto di investimento pubblico", ai sensi delle sopracitate delibere Cipe, si ha quando si è in

presenza di un complesso di azioni e/o strumenti di sostegno, relativi ad un medesimo quadro economico di spesa, tra di loro collegati da quattro elementi imprescindibili:

- a) la presenza di un decisore pubblico;
- b) la previsione di un finanziamento tramite risorse pubbliche (peraltro anche non prevalente e sia diretto che indiretto);
- c) la presenza di un obiettivo di sviluppo economico e sociale comune alle azioni e/o agli strumenti di sostegno predetti;

“ Nei fatti, nei quasi due mesi di applicazione della l. 136/2010, le stazioni appaltanti hanno scoperto che l'indicazione del codice Cup, ai sensi non solo dell'art. 11 della l. 3/2003 ma anche della serie di norme e delibere del Cipe intervenute nel corso degli ultimi anni è obbligatoria anche per gli appalti di servizi e forniture, al ricorrere di alcune condizioni ”

(5) La normativa di riferimento sul Cup risulta essere la seguente:

- l. 16 gennaio 2003, n. 3, art. 11;
- d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 161, comma 6-bis;
- l. 13 agosto 2010, n. 136, artt. 3, 4, 5 e 6;
- delibera Cipe 6 agosto 1999, n. 134;
- delibera Cipe 15 febbraio 2000, n. 12;
- delibera Cipe 21 dicembre 2000, n. 144;
- delibera Cipe 27 dicembre 2002, n. 143;
- delibera Cipe 19 dicembre 2003, n. 126;
- delibera Cipe 29 settembre 2004, n. 24;
- delibera Cipe 26 giugno 2009, n. 34.

d) la previsione di un termine entro il quale debba essere raggiunto l'obiettivo.

Per gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture è quindi necessario verificare caso per caso se ricorra in particolare, oltre agli altri, l'elemento di cui alla lett. c) su citata ovvero l'"obiettivo di sviluppo economico e sociale".

Si tratta, evidentemente, di un obiettivo di difficile interpretazione, da cui però oggi, a seguito della l. 136/2010, discendono rilevanti conseguenze sul piano sanzionatorio e che quindi diventa molto importante da verificare ⁽⁶⁾.

In un'ottica cautelativa per le stazioni appaltanti, si può ritenere che siano da escludere certamente gli appalti di pulizie, di facchinaggio, di manutenzione (che non comportino un'evoluzione migliorativa del servizio), di fornitura di beni prodotti in serie (analoghi a quelli che vanno ad essere sostituiti).

Altrimenti, sembra opportuno che le stazioni appaltanti richiedano il codice Cup presso il Dipe, per evitare il rischio di un'interpretazione difforme da parte dell'Autorità preposta all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In ogni caso, posto che sussistano, certamente, appalti per i quali non è obbligatorio il Cup, per i quali il d.l. 187/2010 ha previsto la sola indicazione del Cig negli strumenti di pagamento, si rileva il mancato coordinamento, da parte del legislatore d'urgenza, dell'apparato sanzionatorio con le altre norme novate: il comma 2 dell'art. 6 della l. 136/2010 prevede una sanzione

solo per la mancata indicazione del Cup nei bonifici bancari o postali, lasciando scoperti sia i casi in cui si utilizzino altri strumenti di pagamento comunque tracciabili e ammessi dal comma 1 dell'art. 3 della legge, sia i casi in cui non vi sia indicazione del Cup, in quanto non obbligatorio, ma del solo Cig.

È da augurarsi che, per evitare ulteriori problemi applicativi, questo necessario coordinamento, di cui ha preso atto anche l'Autorità per la vigilanza nella recente determinazione n. 8/2010, venga effettuato in sede di conversione del decreto-legge.

6. Conclusioni

Il d.l. 187/2010, come emerso dalla disamina sopra riportata, non risolve alcuni rilevanti problemi applicativi della disciplina in materia di tracciabilità dei pagamenti negli appalti pubblici.

Anche le prime indicazioni fornite dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici non sembrano sufficienti a risolvere alcuni rilevanti profili critici, soprattutto in tema di *cash pooling* e di mancato coordinamento tra le prescrizioni in tema di obbligo di Cig e l'apparato sanzionatorio.

Poiché è stato risolto con la decretazione d'urgenza il problema relativo all'applicazione *ratio temporis* della nuova disciplina, le residue opacità dell'impianto normativo potrebbero essere chiarite in sede di conversione del medesimo decreto-legge modificativo della l. 136/2010.

“ Posto che sussistano certamente appalti per i quali non è obbligatorio il Cup, per i quali il d.l. 187/2010 ha previsto la sola indicazione del Cig negli strumenti di pagamento, si rileva il mancato coordinamento, da parte del legislatore d'urgenza, dell'apparato sanzionatorio con le altre norme novate ”

(6) La sanzione pecuniaria prevista nel comma 2, art. 6, l. 136/2010 in caso di mancata indicazione del codice Cup nel bonifico bancario o postale è pari ad un importo tra il 2 e il 10% del valore della transazione.