

Piano straordinario contro le mafie e nuovi strumenti di contrasto: la tracciabilità dei flussi finanziari

di Giuseppe Failla

1. Premessa

Il 7 settembre 2010 è entrato in vigore il "Piano straordinario contro le mafie" varato con legge 136 del 13 agosto 2010⁽¹⁾ che prevede importanti misure di contrasto alla criminalità organizzata e nuovi strumenti per prevenire infiltrazioni criminali⁽²⁾.

Questa nuova legge è composta da 16 articoli e prevede importanti deleghe al Governo, in particolare, quelle conferite nei primi due articoli e finalizzate al varo entro un anno sia di un decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, sia di altro decreto legislativo per la modifica e l'integrazione della disciplina in materia di documentazione antimafia contenuta principalmente nella legge 575/1965 e nel d.lgs. 490/1994 e s.m.

L'ultima delega è contenuta nell'art. 13 in ordine alla isti-

tuzione, con d.P.C.M., di stazioni appaltanti uniche (Sua) in ambito regionale, sul modello delle esperienze in atto nelle regioni Sicilia⁽³⁾ e Calabria⁽⁴⁾, e della centrale di committenza prevista dall'art. 33 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006 e s.m.

La legge 136/2010 (art. 10) introduce una nuova fattispecie delittuosa all'interno del codice penale, che si aggiunge al reato della turbata libertà degli incanti (art. 353); è il nuovo art. 353-bis sulla "Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente".

È stata anche modificata, con l'art. 9, la pena edittale del vecchio art. 353 c.p. per renderla coerente con la nuova fattispecie di delitto.

Come appare chiaro, le innovazioni prima brevemente indicate hanno un impatto sulla materia della contrattualistica pubblica e ne arricchiscono la disciplina normativa, pur rompendone l'unitarietà come di recente è avvenuto con il varo del codice del processo amministrativo⁽⁵⁾ che ha di fatto svuotato la parte IV del predetto d.lgs. 163/2010, in tema di contenzioso relativo agli appalti pubblici.

(1) Pubblicata in *G.U.* 23 agosto 2010, n. 196.

(2) Il Piano straordinario contro le mafie venne varato nel corso di una seduta del Governo appositamente convocato in via straordinaria il 28 gennaio 2010 nel Palazzo della Prefettura di Reggio Calabria. Il Consiglio dei Ministri, dopo aver ascoltato i Ministri dell'interno, Roberto Maroni, e della giustizia, Angelino Alfano, sulle strategie del Governo contro i diversi fenomeni di criminalità organizzata, approvò un pacchetto di provvedimenti diretti a contrastare in maniera radicale le diverse mafie che inquinano il Paese. In quella occasione, si manifestò anche l'esigenza di istituire un'Agenzia per la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. A ciò si diede corso con legge n. 50 del 31 marzo 2010 di conversione del decreto legge n. 4 del 4 febbraio 2010. Sia la legge n. 50/2010, sia la legge n. 136/2010 sono state approvate all'unanimità in sede parlamentare.

(3) Con legge regionale Sicilia n. 10/1993 abrogata in parte dall'art. 42 della legge regionale Sicilia 2 agosto 2002, n. 7 e modificata dalla legge regionale 19/5/2003 n. 7 venne costituito l'Ufficio Regionale per gli pubblici appalti, distinto su base provinciale.

(4) Parimenti, nella regione Calabria, con legge regionale n. 26 del 7 dicembre 2007, è stata istituita la Sua, stazione appaltante unica.

(5) Il Codice del processo amministrativo è stato approvato con il d.lgs. 104/2010 dopo il recepimento della seconda direttiva ricorsi ad opera del d.lgs. 53/2010. Il nuovo codice è entrato in vigore il 16 settembre 2010 e reca la disciplina sul rito speciale afferente la materia dei contratti pubblici, negli artt. 120 e ss. dell'allegato 1° del libro IV.

2. Tracciabilità dei flussi finanziari

Tra le nuove misure di contrasto alle infiltrazioni criminali predomina la materia della tracciabilità dei flussi finanziari negli appalti, disciplinata dall'art. 3 della legge 136, nonché dall'art. 6 in tema di sanzioni.

Occorre subito chiarire che la materia della tracciabilità ha subito una prima importante modifica ad opera del recente d.l. n. 187 del 12 novembre 2010 in materia di sicurezza pubblica ⁽⁶⁾ e in sede di conversione sono previste ulteriori modifiche, pur nel rispetto dell'impianto generale del nuovo istituto.

Più in particolare, l'art. 7 del d.l. 187 ha profondamente modificato l'art. 3 della legge 136, mentre l'art. 6 del medesimo decreto 187 ha, da un lato, introdotto la disciplina transitoria della tracciabilità ai contratti di appalto in essere alla data del 7 settembre 2010 e, dall'altro, ha chiarito, con interpretazione autentica, alcune importanti espressioni contenute nel testo dell'art. 3.

In data 18 novembre 2010, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) con la determinazione n. 8 ha fornito le prime indicazioni sul tema ed è in corso l'iter per una seconda determinazione entro il mese di dicembre.

Inoltre nel sito web dell'Autorità sono state inserite le prime Faq sul tema della tracciabilità e a breve altre Faq saranno pubblicate ⁽⁷⁾.

La determinazione Avcp n. 8/2010, al momento, è l'unico documento di specificazione dell'istituto della tracciabilità e, in attesa delle modifiche in sede di conversione del d.l. 187, offre sicuri spunti operativi a cui fare riferimento anche al fine di evitare le pesanti

sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 6. In allegato, la determinazione n. 8 contiene anche uno schema della clausola da inserire nel contratto tra stazione appaltante ed appaltatore e uno schema della clausola da inserire nel contratto tra appaltatore e subappaltatore/subcontraente.

Questa determina si compone di più parti: la prima si occupa della disciplina transitoria, la seconda riguarda l'ambito di applicazione, specificando i contratti a cui si applica la disciplina sulla tracciabilità; la parte terza contiene le indicazioni generali sulle modalità di attuazione della tracciabilità dei flussi finanziari, la parte-quarta si occupa della richiesta del codice Cig (codice di identificazione di gara) e del Cup (codice unico del progetto); infine l'ultima parte fornisce indicazioni sulla gestione dei movimenti finanziari e sulle comunicazioni a carico dei soggetti tenuti al rispetto degli obblighi sulla tracciabilità.

In particolare, la tracciabilità concerne tutti gli appalti sottoscritti dopo il 7 settembre 2010, data di entrata in vigore della legge 136, e i contratti di subappalto e i subcontratti da essi derivati, ovvero: 1) i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici (in pratica, i contratti di cui al titolo II, parte I del codice e cioè quelli menzionati dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. 163/2010), sia di valore superiore alle soglie comunitarie, sia inferiore a tali soglie; 2) i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture dei settori speciali (parte III del codice); 3) le concessioni di lavori pubblici ex art. 142 e ss. del codice dei contratti; 4) le concessioni di servizi ex art. 30 del medesimo codice; 5) i contratti di

“ La tracciabilità concerne tutti gli appalti sottoscritti dopo il 7 settembre 2010, data di entrata in vigore della legge 136, e i contratti di subappalto e i subcontratti da essi derivati; per gli appalti stipulati prima di tale data e per i contratti di subappalto e i subcontratti da essi derivati, è previsto l'adeguamento entro 180 giorni; non rientrano nell'ambito applicativo della norma le spese sostenute non a fronte di contratti di appalto ”

(6) Pubblicato in G.U. 265 del 12 novembre 2010.

(7) Le Faq sulla tracciabilità, insieme ad altre su temi diversi, oggi sono visibili nel menù orizzontale in alto della homepage del sito web di Avcp.

partenariato pubblico-privato, ivi compresi i contratti di locazione finanziaria; 6) i contratti di subappalto e subfornitura; 7) i contratti in economia ex art. 125 del codice, ivi compresi gli affidamenti diretti; in pratica, tutti i cottimi fiduciari.

Non rientrano nell'ambito applicativo della norma le spese sostenute "non a fronte di contratti di appalto", come per esempio quelle che i cassieri traggono dal fon-

do economale (acquisto di valori bollati, giornali, anticipi di spese di missione, acquisto di materiale di modesta entità e di facile consumo, di biglietti, ecc.).

Per i contratti di appalto stipulati prima del 7 settembre 2010 e per i contratti di subappalto e i subcontratti da essi derivati, è previsto l'adeguamento agli obblighi sulla tracciabilità entro 180 giorni da quella data; pertanto, l'adeguamento dovrà effettuarsi entro il prossimo 7 marzo 2011.

A questo riguardo, è consigliabile effettuare l'adeguamento degli

obblighi sulla tracciabilità prima possibile, compresi i contratti con scadenza temporale delle prestazioni antecedente la data del 7 marzo 2011; nelle more dell'adeguamento, si può procedere ai pagamenti.

Scaduto il predetto termine di 180 giorni, i contratti privi della clausola sulla tracciabilità sono nulli *ipso iure* (*vitiatur et vitiat*) e senza effetti giuridici *ex tunc*.

Il limite temporale rilevante è rappresentato dalla data di stipula del contratto, momento in cui sorge il vincolo contrattuale tra le parti; sotto il profilo in esame, è irrilevante la data di pubblicazione del bando e quella dell'aggiudicazione definitiva.

Anche per i contratti di appalto stipulati dopo il 7 settembre 2010 e prima del 12 novembre 2010, data di entrata

in vigore del d.l. 187, è necessario introdurre la clausola della tracciabilità, chiedere il codice Cig (a meno che l'appalto non abbia già tale codice) e comunicare il conto corrente dedicato alla stazione appaltante.

L'art. 3 elenca i soggetti sottoposti all'obbligo della tracciabilità: gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti che fanno parte della filiera delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche euro-

pei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche.

L'art. 3 impropriamente si riferisce agli "appaltatori", categoria di operatori economici che eseguono appalti di lavori ovvero opere pubbliche, mentre in realtà la tracciabilità si applica a tutti gli appalti, compresi quelli di servizi e di forniture, per qualunque importo e dunque a tutti gli operatori economici⁽⁸⁾.

Uno degli aspetti di maggior rilievo introdotto con l'art. 7 del d.l. 187 di modifica dell'art. 3 della legge 136 riguarda l'introduzione

del codice Cig, quale strumento per la tracciabilità di ogni singolo appalto (lotto secondo la definizione Avcp). Il codice Cup si aggiunge, ma solo quando l'intervento presenta le caratteristiche di un progetto di investimento pubblico (cfr. delibera Cipe 143/2002, delibera 126/2003 e delibera 24/2004; art. 11 della legge 3/2003).

Il codice Cig riguarda i singoli affidamenti, il Cup, invece, concerne il progetto di investimento nella sua interezza.

In altri termini, oggi il codice Cig non è solo lo strumento per il pagamento del contributo in sede di gara a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, allorché l'importo a base di gara superi gli importi fissati da Avcp⁽⁹⁾.

I soggetti sottoposti all'obbligo della tracciabilità sono gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti che fanno parte della filiera delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche

(8) Questo aspetto terminologico tradisce la prospettiva "laborocentrica" dell'art. 3. Non si dimentichi, infatti, che la tracciabilità nasce convenzionalmente nell'ambito della costruzione di una tratta della linea C della metropolitana di Roma e della realizzazione della "variante di Cannitello" in provincia di Reggio Calabria. Normativamente viene prevista per la prima volta relativamente agli appalti per la ricostruzione post terremoto in provincia de L'Aquila. Gli stessi artt. 4 e 5 della legge 136 introducono nuovi adempimenti relativamente ai cantieri degli appalti di lavori.

(9) Il codice Cig oltre alla contribuzione *ex lege* 266/2005, art. 1, commi 65 e 67, svolge la funzione di monitoraggio degli appalti all'interno del sistema SIMOG di Avcp.

A tale funzione si è aggiunta infatti quella della tracciabilità e, in questo nuovo e diverso contesto, il valore dell'appalto è irrilevante, nel senso che il Cig va richiesto dai Rup delle stazioni appaltanti per gli appalti di lavori, servizi e forniture di qualunque importo⁽¹⁰⁾. Il Cig è richiesto in un momento antecedente alla gara, dato che 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.

In sintesi, ogni appalto deve essere codificato con il Cig e, per i progetti di investimento, anche con il Cup, mentre aspetto diverso è se per partecipare alla gara sia necessario versare anche il contributo; questo adempimento è strettamente legato al valore dell'appalto posto in gara (base d'asta), secondo le attuali soglie stabilite da Avcp con delibera del 15 febbraio 2010.

Per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari, è necessario che il contraente comunichi al proprio committente "un conto corrente dedicato" bancario o postale anche in via non esclusiva, acceso presso banche o presso la società Poste Spa; è possibile inoltre dedicare più conti correnti, anche non in via esclusiva, ad un unico appalto, come è ammesso dedicare più conti correnti ad un unico appalto⁽¹¹⁾.

In altri termini, ai fini della tracciabilità, ad ogni commessa pubblica occorre dedicare uno o più conti correnti bancari o postali e tutti i movimenti finanziari che afferiscono all'appalto pubblico di lavori, servizi, fornitura, ovvero ad un appalto misto, nonché alla

gestione dei finanziamenti relativi alle commesse pubbliche, devono essere registrati su tali conti correnti dedicati e, salvo quanto previsto dai commi 2 e 3 dell'art. 3, i movimenti finanziari 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⁽¹²⁾.

Riguardo a tali strumenti di pagamento idonei alla tracciabilità, l'Avcp ha precisato, nella determina n. 8, che il requisito della tracciabilità sussiste per le c.d. "Ri.Ba." (ricevute bancarie elettroniche)⁽¹³⁾, in considerazione dell'esigenza della "piena" tracciabilità. In tali ricevute deve naturalmente figurare fin dall'inizio il codice Cig e, quando ne ricorrano i presupposti, anche il Cup.

Il comma 2 dell'art. 3 (completamente riscritto dall'art. 7 del d.l. 187) disciplina i pagamenti dei dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali (naturalmente,

dell'appaltatore), nonché quelli per l'acquisto di immobilizzazioni tecniche; il successivo comma 3 riguarda invece i pagamenti in favore di enti previdenziali, assicurativi e istituzionali (contributi Inps, Inail, Cassa edile), nonché quelli in favore di gestori e fornitori di pubblici servizi (per energia elettrica, telefonia, ecc.), ovvero quelli riguardanti tributi (sempre da parte dell'appaltatore).

I primi dovranno essere eseguiti tramite conto corrente dedicato, anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché risultino idonei a garantire

“ Ogni appalto, di qualunque importo, deve essere codificato con il Cig e, per i progetti di investimento, anche con il Cup; mentre la necessità o meno di effettuare il versamento del contributo per la partecipazione alla gara è adempimento strettamente legato al valore dell'appalto posto in gara (base d'asta) ”

(10) Ai fini del rilascio del codice CIG, si veda il recente comunicato del Presidente di Avcp del 7 settembre 2010.

(11) Il termine "anche non in via esclusiva" è stato introdotto con le modifiche apportate all'art. 3 dall'art. 7 del d.l. 187/2010.

(12) Anche la terminologia "ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni" è stata introdotta con le modifiche apportate all'art. 3 dall'art. 7 del d.l. 187.

(13) Secondo Avcp, diversa è la situazione per il servizio di pagamento Rid (rapporti interbancari diretti), che attualmente non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità.

la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto; per esempio assegni bancari o postali, ma al ricorrere delle seguenti condizioni: a) i soggetti beneficiari 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 venga riportato il codice Cig/Cup.

Per quanto concerne i pagamenti indicati dal comma 3 dell'art. 3, è previsto che possano essere eseguiti anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale, ferma restando l'esigenza di documentazione della spesa. Anche in questi casi, non è necessaria l'indicazione del Cig/Cup.

Per le spese giornaliere, di importo inferiore o uguale a 500 euro, relative agli interventi di cui al comma 1, è previsto l'utilizzo di sistemi diversi dal bonifico bancario o postale, fermo il divieto di impiego del contante

e l'esigenza di documentazione della spesa.

In merito al significato di "spese giornaliere", Avcp ha precisato ragionevolmente che la soglia di 500 euro sia riferita all'ammontare di ciascuna spesa e non al complesso delle spese sostenute nel corso della giornata. È utile precisare che "spese generali" e "spese giornaliere" riguardano i flussi finanziari del contraente privato e non la stazione appaltante.

In sintesi, ogni commessa pubblica deve essere munita di uno o più conti correnti dedicati da comunicare poi alla stazione appaltante; su tali conti devono essere effettuati tutti i movimenti finanziari in entrata e in uscita; inoltre, su tali conti, possono movimentarsi anche somme estranee alle commesse pubbliche; gli strumenti di pagamento devono dunque riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui al comma 1 dell'art. 3, il codice (Cig), attribuito da Avcp su richiesta della stazione appaltante e il Cup, se obbligatorio *ex art. 11 della legge 3/2003*.

“Ogni commessa pubblica deve essere munita di uno o più conti correnti dedicati su cui effettuare tutti i movimenti finanziari in entrata e in uscita da comunicare alla stazione appaltante; gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione il codice (Cig), attribuito da Avcp su richiesta della stazione appaltante e il Cup, se obbligatorio”

Fatte salve le modifiche in sede di conversione del d.l. 187, nel senso di prevedere un auspicabile adeguamento automatico dei contratti in essere, l'Autorità suggerisce di integrare espressamente i contratti già stipulati, mediante atti aggiuntivi; tale soluzione di

cautela pone al riparo sia dal rischio di nullità del contratto sia da quello delle sanzioni.

È chiaro che i contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 suscettibili di adeguamento sono quelli per i quali non è decorso il termine di ultimazione e non è stato complessivamente liquidato l'intero importo contrattuale.

La clausola sulla tracciabilità va inserita anche nei contratti sottoscritti dall'appaltatore con i subappaltatori ed i subcontraenti "della filiera delle imprese" a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi, e alle forniture (comma 9).

L'espressione "filiera delle imprese" di cui ai commi 1 e 9 dell'art. 3, si intende riferita ai subappalti come convenzionalmente definiti

dall'art. 118, comma 11, del d.lgs. 163/2006, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto. In altri termini la disciplina sulla tracciabilità si applica a tutti i subcontratti collegati all'oggetto del contratto principale.

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, ecc.

L'art. 6 della legge 136 prevede un sistema sanzionatorio graduato in funzione della gravità dell'inadempimento; le erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche effettuate senza avvalersi di banche o della società Poste S.p.A. comportano la sanzione dal 5 al 20% del valore della transazione stessa, fatta salva la risoluzione del contratto, mentre il mancato uso di conti correnti dedicati ovvero senza impiegare lo

strumento del bonifico bancario o postale è punito con una sanzione dal 2 al 10% del valore della transazione; la medesima sanzione si applica anche nel caso in cui nel bonifico bancario o postale venga omessa l'indicazione del Cup.

È punito anche il ritardo o la incompleta comunicazione degli elementi informativi con una sanzione pecuniaria da 500 a 3.000 euro⁽¹⁴⁾.

3. Conclusioni

Con la seconda determinazione sulla tracciabilità l'Autorità di vigilanza certamente fornirà indicazioni su aspetti non esaminati e maggiori dettagli su alcuni aspetti trattati.

Ci riferiamo per esempio alla tracciabilità in presenza di Ati (verticali, orizzontali, miste), agli indennizzi, ai risarcimenti del danno, alle somme transatte, a quelle liquidate in esito ad un accordo bonario ovvero riconosciute in sede di risoluzione delle riserve, alla tracciabilità dei trasferimenti infragruppo (*id est*: tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale), alle spese economiche, specificando approfonditamente l'espressione "non a fronte di contratti di ap-

palto" e la tracciabilità in tema di cessione del credito. È opportuno ancora specificare se la tracciabilità si applichi integralmente ai contratti in tutto o in parte esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici di cui agli artt. 16 e ss., con particolare riguardo agli appalti *ex art.* 16, a quelli di servizio *ex art.* 19 e a quelli disciplinati dall'art. 25.

È infine necessario, come risulta dalla discussione in sede di conversione del decreto legge 187 presso la competente Commissione parlamentare, un contemperamento degli interessi sottesi alla disciplina, ossia un giusto equilibrio tra obblighi di tracciabilità e attività di impresa, in modo che quest'ultima non venga appesantita e limitata nel suo operare; occorre cioè "evitare di introdurre misure che con il loro rigore si traducono in meri ostacoli all'esercizio dell'attività di impresa".

In sede di conversione, è inoltre auspicabile che sia introdotto un obbligo di comunicazione all'Avcp dei casi di risoluzione e nullità del contratto, nonché nel caso di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, ai fini dell'aggiornamento del Casellario informatico gestito dall'Osservatorio di Avcp.

E in sede investigativa si attendono i primi risultati concreti dall'introduzione del nuovo sistema di tracciabilità dei flussi finanziari agli appalti pubblici.

(14) Le sanzioni amministrative pecuniarie sono applicate dal prefetto della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente.