

LA RICOGNIZIONE DEI SOGGETTI OBBLIGATI E LE VICENDE CONTRATTUALI DELLA TRACCIABILITÀ

Velia Maria Leone *

SOMMARIO: 1. Ambito di applicazione soggettivo - 2. La “filiera delle imprese” - 2.1 Nozione di impresa e di filiera e soggetti obbligati - 3. Casi specifici - 3.1. I raggruppamenti temporanei di imprese - 3.2. I Consorzi - 3.3. Incarichi professionali - 3.4. I concessionari di finanziamenti pubblici anche europei - 3.5. Cessione di credito - 3.6. In house - 3.7. Appalto tra amministrazioni e società miste - 3.8. Cash pooling - 3.9. Servizi bancari e finanziari - 3.10. Servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto - 3.11. Servizi sanitari - 3.12. Contratti stipulati dalle agenzie di viaggio - 3.13. Contratti nel settore assicurativo - 4. Le fattispecie escluse - 5. Applicazione soggettiva alle SA. - 6. Conclusioni.

1. Ambito di applicazione soggettivo. L’ambito di applicazione soggettivo dell’art. 3 della Legge 13 agosto 2010 n. 136, recante il “Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia” e ss.mm.ii. (“L.136”), individuacome destinatari degli obblighi di tracciabilità - oltre alle stazioni appaltanti (le “SA”) - gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della “filiera delle imprese”, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici “a qualsiasi titolo interessati”¹ a lavori, servizi o forniture pubblici.

* Avvocato del Foro di Roma specializzata nella materia degli appalti pubblici e dei servizi pubblici locali.

¹ Questa definizione - piuttosto atecnica - denota, in effetti, la difficoltà di individuare con certezza le forme e modalità in cui possa estrinsecarsi tale interesse “a qualsiasi titolo”. A tale indeterminatezza normativa si tenta di trovare rimedio attraverso un’interpretazione teleologica della disposizione in questione. Ma ciò non fornisce adeguata certezza del diritto al mercato.

La L.136 si applica anche ai soggetti che operano nei settori speciali, menzionati dall'art. 207 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e ss.mm.ii. (il "Codice")², ossia le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche ed i soggetti titolari di un diritto speciale, o esclusivo.

Per quanto riguarda le imprese pubbliche operanti nei settori speciali, l'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (l'"Autorità") ha precisato che sono da ritenersi esclusi dalla normativa in esame solo i contratti di diritto privato stipulati dalle stesse imprese al di fuori dell'attività indicata nella parte III del Codice dedicata ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali³.

Le SA, destinatarie delle norme sulla tracciabilità, sono obbligate al rispetto di una serie di oneri che spaziano dalla richiesta del CIG e del CUP all'inserimento, nei contratti di appalto, della clausola relativa agli obblighi di tracciabilità, da cui discende anche l'obbligo di verificarne, a loro volta, l'inserimento da parte dell'appaltatore e del subappaltatore nei contratti da questi ultimi stipulati.

L'art. 3 della L.136 coinvolge, altresì, le sempre più numerose ipotesi di soggetti privati che affidano contratti di appalti di natura, nondimeno, pubblica, come nei casi previsti nelle fattispecie

² L'art. 207 del Codice stabilisce che la parte III "(...)" si applica, nei limiti espressamente previsti, a soggetti:

a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice;
b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente (...)"

³ Cfr. Determinazione Autorità n.10 del 22 dicembre 2010.

menzionate all'art. 32, comma 1, lettere c)4, d)5, e)6, f)7 e g)8 del Codice.

4 Lavori, servizi e forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli artt. 113, 113-bis, 115 e 116 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 ("TUEL").

5 Si tratta di lavori, affidati da soggetti privati, di cui all'allegato I del Codice, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a) dello stesso art. 32, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori.

6 Il riferimento è agli appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) del comma 1 dello stesso art. 32 del Codice e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi. Il valore suddetto deve essere attualizzato, di volta in volta, al valore delle soglie, previste dai regolamenti comunitari, per l'affidamento di appalti di servizi da parte di amministrazioni centrali e non. Per il 2012, tali soglie sono: 130.000, per le amministrazioni centrali e 200.000 per tutte le altre (Reg. CE 1251/2011).

7 Ossia i lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice.

8 Si tratta lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55 del Codice. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo

In considerazione dell'importanza dell'obiettivo perseguito con l'introduzione della L.136, quest'ultima trova, altresì, applicazione ai flussi finanziari relativi a contratti di appalto affidati direttamente da un ente aggiudicatore, o da un concessionario di lavori pubblici, ad imprese collegate, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2189 e 14910 del Codice.

2. La “filiera delle imprese”.

2.1 Nozione di impresa e di filiera e soggetti obbligati. Il Decreto Legge 12 novembre 2010 n. 187 recante “Misure urgenti in materia di sicurezza”, convertito in Legge 17 dicembre 2010 n. 217 (il “Decreto Sicurezza”), contenente le disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari, ha chiarito, all'art. 6, comma 3, che l'espressione “filiera delle imprese” si riferisce “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”.

Prima di esaminare le singole fattispecie, è utile rammentare che la ratio di tale disposizione è quella di tracciare tutti i flussi di denaro pubblico, senza nessuna esclusione, neppure delle persone fisiche, che, ove siano qualificabili come imprese, rientrano anch'esse nell'ambito della filiera.

indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza.

9 L'art. 218 del Codice è rubricato “Appalti aggiudicati ad un'impresa comune avente personalità giuridica o ad un'impresa collegata”.

10 L'art. 149 del Codice reca le “Disposizioni in materia di pubblicità applicabili agli appalti aggiudicati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici”.

Quanto alla definizione di “impresa” si deve far riferimento alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria¹¹, che identifica come impresa “chiunque offra beni o servizi al mercato”. Tale nozione è stata ribadita anche nell’ambito degli aiuti di Stato, con espresso riferimento all’allegato I al Regolamento (CE) 800/2008, in materia di definizione di piccole e medie imprese, il quale, all’art. 1, specifica che “Si considera impresa ogni entità, indipendentemente dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un’attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un’attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitano un’attività economica.”. Di conseguenza, la nozione di impresa comprende, dunque, qualsiasi entità che eserciti un’attività economica a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento.

Quanto, invece, alla definizione di “filiera”, questa è fondamentale per comprendere fino a che punto l’applicazione delle norme di tracciabilità possa estendersi ai contratti in cui la SA non è direttamente parte. A tal proposito, si deve segnalare che, secondo l’interpretazione prevalente¹², la stessa comprende i rapporti contrattuali che hanno un nesso diretto di funzionalità con la prestazione oggetto del contratto. Ciò detto, mentre, nel settore dei lavori pubblici, la nozione di filiera si ricava dall’articolo 1 del D.P.R. n. 150/2010¹³, il quale precisa che le imprese interessate

11 Vedi, in particolare, le sentenze della Corte di Giustizia UE Frigerio del 18 dicembre 2007, causa C-357/06, e Selex del 26 marzo 2009, causa C-113/07 P.

12 Fatta propria anche dall’ANCE nelle Indicazioni Operative della Direzione Legislazione Opere Pubbliche, del febbraio 2011, nonché dalla stessa Autorità, nella sua più recente determinazione in merito, la n. 4/2011 del 7 luglio 2011.

13 Decreto del Presidente della Repubblica 2 agosto 2010 n.150 (in Gazz. Uff., 10 settembre, n. 212). Regolamento recante norme relative al rilascio delle informazioni antimafia a seguito degli accessi e accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all’esecuzione di lavori pubblici, art. 1, comma 2. Il DPR 150/2010 è stato abrogato dal Decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159 (in Suppl. Ordinario n. 214 alla Gazz. Uff., 28 settembre, n. 226). - Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di

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", per gli altri tipi di contratti l'individuazione può essere meno evidente.

Di conseguenza, il rapporto tra l'appaltatore ed il subappaltatore è soggetto alle norme in tema di tracciabilità poiché si tratta di un rapporto contrattuale avente il medesimo oggetto di quello tra committente ed appaltatore, sebbene in maniera più limitata, mentre l'applicazione ai rapporti contrattuali tra l'appaltatore ed i successivi subcontraenti, indipendentemente dalla tipologia delle prestazioni, trova giustificazione sulla base della circostanza ed entro i limiti per cui si tratta, in tutti i casi, di rapporti contrattuali direttamente – ed unicamente - finalizzati all'esecuzione dei lavori, servizi o forniture oggetto del contratto principale.

In quest'ottica, è di conforto l'orientamento dell'Autorità, esplicitato nella Determinazione n. 8 del 18 novembre 2010 (la "Determinazione n. 8"), in cui si spiega chiaramente che "l'intento del legislatore è stato quello di individuare tutti i soggetti in qualche misura coinvolti nella esecuzione della prestazione principale oggetto del contratto", non contando il livello di mercato al quale l'affidamento è effettuato, bensì il nesso diretto tra contratto di appalto e subcontratto, essendo gli obblighi di tracciabilità circoscritti ai contratti funzionali all'esecuzione dello stesso contratto di appalto.

La Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 (la "Determinazione definitiva") - che ha riordinato quanto affermato nei precedenti atti, contribuito a fornire nuove linee interpretative ed applicative, anche in

documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136, che contempla la medesima disposizione all'art. 93, comma 2.

relazione ad alcune specifiche fattispecie, è, di fatto, subentrata alle precedenti determinazioni, racchiudendo in un unico documento la disciplina generale - si è espressa in maniera ancora più netta, stabilendo che tale intento consiste nell'arginare la penetrazione economica delle organizzazioni criminali nell'attività di esecuzione delle commesse pubbliche. La Determinazione definitiva ha chiarito che la finalità della norma è quella di rendere trasparenti le operazioni finanziarie relative all'utilizzo del corrispettivo dei contratti pubblici, in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle SA ed intercettare eventuali usi degli stessi da parte di imprese malavitose. Si tratta di un approccio innovativo alle strategie di contrasto dei tentativi di penetrazione mafiosa nell'economia legale. La strategia perseguita consiste nell'anticipare, il più a monte possibile, la soglia di prevenzione dei fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica, attraverso un complesso ed articolato monitoraggio, idoneo a coinvolgere e responsabilizzare le componenti sane del sistema, nonché in grado di far emergere indicatori di anomalie e di distorsioni della libera concorrenza e del mercato, in relazione ai quali avviare mirate attività di contrasto.

Pertanto, l'Autorità ritiene che, in prima battuta, sia necessario esaminare scrupolosamente la tipologia dell'affidamento stesso, a prescindere dal livello al quale lo stesso è effettuato, ossia indipendentemente dal fatto che lo si consideri un vero e proprio contratto di appalto pubblico - che può solo essere il primo affidamento, graficamente rappresentabile come il primo anello della filiera -, oppure un contratto collegato all'appalto pubblico da un preciso e ben identificabile nesso di causalità¹⁴.

¹⁴ Per analogia, si può ricorrere al concetto civilistico di causalità, utilizzato nell'ambito dell'individuazione della responsabilità per danni da fatto illecito, ai sensi dell'art. 2043. A tale proposito, si veda, ex multis, Cass.Civile, sez. III, 21619/2007 secondo cui il nesso di causalità (materiale) - la cui valutazione in sede civile è diversa da quella penale (ove vale il criterio dell'elevato grado di credibilità

Gli obblighi attribuiti ai soggetti appartenenti alla “filiera delle imprese” sono differenziati a seconda che si tratti di rapporti intercorrenti tra la SA e l’appaltatore/concessionario, tra appaltatore e subappaltatore, o subcontraente, ovvero tra subappaltatore e subcontraente. Tale impostazione suggerisce di considerare sottoposti a detti obblighi tutti i subcontraenti dell’appaltatore principale e tutti i subcontraenti del subappaltatore, mentre non possono, generalmente, considerarsi assoggettati a tale imposizione i fornitori dei subcontraenti, in quanto non titolari di un rapporto diretto con l’oggetto del contratto¹⁵.

3. Casi specifici.

3.1. I raggruppamenti temporanei di imprese. In base alla definizione dell’art. 3, comma 20, del Codice, per raggruppamento temporaneo di imprese (“RTI”) si intende un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di un’unica offerta.

Proprio tale unica offerta comporta la responsabilità solidale di tutti i soggetti raggruppati nei confronti della SA, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario (art. 37, comma 5, del Codice).

razionale che è prossimo alla “certezza”) - consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del “più probabile che non”. Esso si distingue dall’indagine diretta all’individuazione delle singole conseguenze dannose (finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già accertata responsabilità risarcitoria) e prescinde da ogni valutazione di prevedibilità o previsione da parte dell’autore, la quale va compiuta soltanto in una fase successiva ai fini dell’accertamento dell’elemento soggettivo (colpevolezza).

¹⁵ Cfr. Nota ANCE n. 1760 del 5 novembre 2010 e n. 1899 del 26 novembre 2010.

L'istituto trova la sua ratio nell'esigenza di consentire il cumulo dei requisiti speciali frazionabili, consentendo anche alle imprese di minori dimensioni di prendere parte a gare dalle quali sarebbero altrimenti escluse, così da sviluppare e arricchire la concorrenza per il mercato¹⁶.

Alla base dei RTI vi è un contratto di mandato con rappresentanza¹⁷, ma non vi è alcuna organizzazione, o associazione, tra le imprese mandanti, ciascuna delle quali conserva la propria autonomia gestionale, fiscale e imprenditoriale. È proprio da tale presupposto che deriva l'estensione degli obblighi di tracciabilità in capo a ciascuna impresa facente parte del RTI. Pertanto, sono soggetti a tracciabilità sia i pagamenti della SA alla mandataria, sia i pagamenti effettuati dalla mandataria alle mandanti. In questo senso, anche al fine di non troncare la connessione dei flussi tracciati tra SA e singoli subcontraenti, ciascun componente del RTI deve osservare, in proprio e nei rapporti con eventuali subcontraenti, tali obblighi. Da ciò deriva che, per non interrompere la concatenazione tra SA e singoli subcontraenti:

- ognuno dei componenti il RTI deve osservare, in proprio e nei rapporti con eventuali subcontraenti - relativi al contratto di appalto o concessione principale aggiudicato al RTI -, gli obblighi ex L.136,
- ognuno dei componenti deve comunicare il riferimento del conto dedicato,

¹⁶ Cfr. ex multis: Deliberazioni AVCP n. 265/2007 e n. 64/2009; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, n. 5517/2001, n. 7765/2004, n. 3814/2007.

¹⁷ L'art. 1703 del codice civile stabilisce che "Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra" e il successivo art. 1704 disciplina il mandato con rappresentanza stabilendo che "Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano anche le norme del capo VI del titolo II" del Libro Quarto del codice civile.

- la mandataria, che riceve i pagamenti dalla SA, deve rispettare le regole della tracciabilità (CIG e mezzi utilizzati) nei pagamenti alle mandanti,
- le clausole di tracciabilità devono essere inserite nel contratto di mandato e nei relativi contratti delle mandanti (e della mandataria) con i propri subcontraenti.

3.2. I Consorzi. Con il contratto di consorzio, due o più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese (art. 2602 c.c.).

Per quanto concerne i consorzi ordinari di concorrenti, di cui all'art. 34, comma 1, lett. e) del Codice, pur sussistendo gli stessi obblighi previsti per i RTI, va tenuto presente che soggetto obbligato è anche il consorzio stesso, in ragione dell'autonomia fiscale e della soggettività giuridica propria rispetto ai consorziati. Pertanto, gli obblighi di cui alla L.136 si estendono a tutti i rapporti tra SA e consorzio, tra consorzio e consorziati, tra consorziati e subcontraenti, e tra consorzio e subcontraenti dello stesso.

Per quanto concerne, invece, i consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. c) e lett. b) del Codice, la posizione cambia a seconda della modalità utilizzata nell'esecuzione del contratto. In particolare, se il consorzio esegue le prestazioni in proprio, ricevendo i pagamenti dalla SA e instaurando rapporti con i subcontraenti, gli obblighi di tracciabilità graveranno in capo al solo consorzio, che dovrà avere il conto dedicato.

Se, invece, il consorzio si avvale dei consorziati indicati in sede di gara, varranno gli stessi obblighi previsti per i RTI e per i consorzi ordinari, nei rapporti tra SA e consorzio, tra consorzio e consorziati esecutori e tra consorziati esecutori e loro subcontraenti, oltre che, chiaramente, tra consorzio stesso e suoi subcontraenti

Quanto, infine, alle società ex art. 93 del D.P.R. 207/2010 (il “Regolamento appalti”)¹⁸, ossia le società tra concorrenti riuniti o consorziati (così come precedentemente previsto dall’art. 96 D.P.R. 554/9919) - per i lavori - ed ex art. 276 del Regolamento appalti - per i servizi e le forniture - valgono gli stessi obblighi stabiliti per i RTI, anche nei rapporti tra società e soci e tra società e subcontraenti, in virtù della peculiare natura giuridica di tali società e del regime delle responsabilità nei confronti delle SA, individualmente ascrivibili ai soci.

3.3. Incarichi professionali. Per quanto riguarda gli operatori economici soggetti agli obblighi di tracciabilità, poiché, come si è visto, si prende in considerazione il concetto di impresa ai sensi della norma comunitaria, non rilevano né la forma giuridica (società pubblica o privata, di capitali, singolo imprenditore, professionista), né il tipo di attività svolta, se non entro i limiti già menzionati relativi alla natura economica della stessa.

In particolare, con riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura, le norme si applicano a tutti i soggetti di cui all’art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) del Codice²⁰, ossia, anche ai

18 D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (in Suppl. ordinario n. 270 alla Gazz. Uff., 10 dicembre, n. 288) - Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

19 D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (in Suppl. ordinario n. 66/L, alla Gazz. Uff. n. 98, del 28 aprile) - Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Decreto abrogato dall’art. 358, comma 1, lett. c), del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

20 Tali soggetti sono: i liberi professionisti singoli, od associati nelle forme di cui alla Legge 23 novembre 1939, n. 1815, e ss.mm.ii.; le società di professionisti; le società di ingegneria; i prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell’allegato II A del Codice; i RTI costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e), f), f-bis) e h) dell’art. 90 del Codice; i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria.

professionisti individuali e agli studi professionali che concorrono all'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto i predetti servizi. Tuttavia, appare opportuno discernere la circostanza in cui il rapporto con il professionista individuale si basa sulle norme del Codice - appalti, cottimi fiduciari, incarichi tecnici - da quella in cui, invece, il rapporto si basa su disposizioni diverse che riguardano l'attività di consulenza, espletata attraverso il conferimento di incarichi individuali di collaborazione²¹. Più nello specifico, i contesti individuabili riguardano, da una parte, il caso in cui al professionista sia affidato un incarico individuale di natura occasionale, o continuativa, per esigenze cui l'amministrazione non possa far fronte con proprio personale, e dall'altra, il caso in cui l'attività sia affidata mediante le procedure disciplinate dal Codice, pienamente soggette alle regole sulla tracciabilità²². Un discorso a parte potrebbe valere, di converso, per i servizi legali poiché, secondo l'Autorità, il patrocinio legale in sé non è ascrivibile nell'ambito degli appalti, ma costituisce, piuttosto, una mera prestazione d'opera intellettuale²³.

3.4. I concessionari di finanziamenti pubblici anche europei. L'art. 3 della L.136 prescrive gli obblighi di tracciabilità anche nei confronti dei "concessionari di finanziamenti pubblici, inclusi i finanziamenti europei, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici", tra i quali rientrano soggetti pubblici, o privati, che ricevono finanziamenti pubblici e stipulano contratti di appalto

²¹ Ex art. 7, comma 6 del D.Lgs. 165/2001, recante le "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

²² Proprio in riferimento alla differenza tra incarichi professionali e appalti, è opportuno tenere conto degli interventi del Dipartimento della Funzione Pubblica-URPA e della stessa Autorità che, per l'individuazione degli incarichi professionali, suggerisce la valutazione di una serie di condizioni quali, ad esempio, se si tratti di attività temporanee e altamente qualificate, se sia accertata la carenza di personale interno idoneo, se siano fornite adeguate motivazioni delle ragioni che inducono ad una scelta del genere e così via.

²³ Cfr. par. 4.3 della Determinazione definitiva.

per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento, indipendentemente dall'importo. La disposizione costituisce una norma di chiusura che si applica anche al di là delle già citate ipotesi disciplinate dall'art. 32 del Codice estendendosi - oltre ai concessionari di lavori e di servizi - alle società miste e ai soggetti privati che ricevono finanziamenti pubblici e che sono configurati come SA per appalti pubblici in funzione dell'utilizzo di tali risorse per la realizzazione del finanziamento. In tale nozione rientrano, ad esempio, i beneficiari - ossia gli operatori, organismi o imprese, pubblici o privati, responsabili dell'avvio o dell'avvio e dell'attuazione delle operazioni²⁴ - nell'ambito dei Fondi strutturali, a qualsiasi titolo e prescindendo dalla loro qualificazione giuridica, che realizzano appalti con finanziamenti pubblici derivanti da tali fondi.

3.5. Cessione di credito. Per quanto riguarda le cessioni di credito, l'Autorità precisa che anche i cessionari dei crediti - collegati a contratti di appalti pubblici - sono tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità, da attuarsi mediante effettuazione del pagamento all'impresa cedente attraverso strumento di pagamento tracciabile. La normativa sulla tracciabilità si applica anche ai movimenti finanziari relativi ai crediti ceduti tra SA e cessionario, il quale dovrà, conseguentemente, utilizzare un conto corrente dedicato.

Tuttavia, nel caso di cessione, da parte di uno stesso appaltatore, di una pluralità di crediti a loro volta riconducibili a diversi contratti di appalto con una, o più, SA, il cessionario - il così detto factor - può effettuare anticipazioni all'appaltatore cedente con un unico bonifico, a patto che siano rispettate le seguenti condizioni:

²⁴ Cfr. art. 2 del Regolamento (CE) 1083/2006 e ss.mm.ii., recante regolamento generale in materia di Fondi strutturali.

- i CIG/CUP relativi a tutti i contratti di appalto interessati devono essere correttamente indicati nel contratto di cessione;
- nello strumento di pagamento va indicato il CIG/CUP del contratto di cessione con valore nominale maggiore, purché lo stesso factor sia in grado di ricondurre ogni credito ceduto al relativo CIG/CUP;
- il conto corrente sul quale si effettua il pagamento deve essere lo stesso indicato dal cedente alla SA e riportato nel contratto di cessione. In caso contrario, occorrerà effettuare tanti distinti pagamenti quanti sono i conti correnti dedicati indicati alle SA;
- il cedente deve indicare, per ciascuna fattura ceduta, il relativo CIG/CUP;
- la documentazione contabile sui crediti ceduti deve essere conservata per eventuali controlli;
- l'appaltatore, una volta ricevuto il pagamento, deve applicare integralmente gli obblighi di tracciabilità nei propri subcontratti.

3.6. In house. Dal momento che il fenomeno in house presenta profili di peculiarità che incidono in maniera decisiva sull'applicabilità delle norme in materia di tracciabilità, segnatamente il fatto che non sussiste un rapporto di terzietà tra SA e soggetto in house e, dunque, neanche un rapporto propriamente contrattuale, ma un'articolazione dell'organizzazione interna alla SA stessa²⁵, gli obblighi di tracciabilità non trovano applicazione in tali casi, come espressamente confermato anche dall'Autorità, nella Direttiva definitiva. Tuttavia, dall'inquadramento giuridico del soggetto in house consegue l'obbligo dell'osservanza della normativa sulla tracciabilità da parte di quest'ultimo, quando lo stesso si trovi ad affidare appalti a terzi, in virtù della sua configurazione come SA, alla stessa stregua dell'ente proprietario.

²⁵ Si vedano, in particolare, le seguenti sentenze della Corte di Giustizia UE sul tema: Teckal del 18 novembre 1999, C-107/98; Stadt Halle dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03; Coditel del 13 novembre 2008, causa C-324/07; Cabotermo dell'11 maggio 2006, causa C-340/04.

3.7. Appalto tra amministrazioni e società miste. Un'altra ipotesi particolare riguarda l'appalto concluso tra due, o più, SA, che siano amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del Codice. In questi casi, pur trattandosi di contratti d'appalto, le norme sulla tracciabilità non sono applicabili, in quanto manca un altro elemento essenziale, ossia l'appartenenza dell'appaltatore alla "filiera delle imprese". Infatti, le amministrazioni, per propria natura, non sono imprese, quantunque, in taluni casi, un soggetto possa essere qualificato come impresa, per talune attività, e come SA, per altre²⁶. Peraltro, trattandosi, in questi casi, di operazioni comprese in un perimetro pubblico, i rapporti sono, per definizione, tracciabili.

3.8. Cash pooling. I flussi finanziari facenti parte della stessa filiera possono riguardare anche imprese appartenenti allo stesso gruppo. In tali casi, relativamente alle movimentazioni tra le stesse società del gruppo, occorre distinguere il caso in cui:

- il regolamento delle transazioni e la gestione della liquidità all'interno di un gruppo prevedano l'utilizzo di sistemi di tesoreria accentrata, c.d. cash pooling. Questo può essere utilizzato in luogo degli obblighi di tracciabilità, qualora la società capogruppo – o tesoriere - si assuma la responsabilità della corretta ricostruibilità delle singole operazioni finanziarie effettuate per ciascun affidamento. Ove tale società sia una SA, ai sensi del Codice, la stessa sarà soggetta agli obblighi di tracciabilità, incluso l'obbligo di richiedere il CIG, ed eventualmente il CUP, per gli eventuali affidamenti infragruppo, così come è previsto anche per i concessionari e per i soggetti aggiudicatori nei settori speciali;
- viceversa, senza l'utilizzo del sistema di cash pooling, le società del gruppo sono individualmente soggette agli obblighi di tracciabilità.

²⁶ Si vedano, ad esempio, le università.

3.9. Servizi bancari e finanziari. Devono, altresì, ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità gli appalti di servizi bancari e finanziari, sottoscritti tra intermediari finanziari abilitati e SA. Tale fattispecie è inclusa nell'ambito di applicazione della norma poiché, in questi casi, sussistono contemporaneamente il presupposto oggettivo, ossia la qualificazione come contratto di appalto, e quello soggettivo, derivante dalla natura dei contraenti, entrambi richiesti dall'art. 3 della L.136.

3.10. Servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto. Anche per il servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto è previsto il rispetto degli obblighi di tracciabilità. In questo senso, le SA sono obbligate a richiedere il CIG al momento dell'indizione della procedura di gara per l'affidamento del servizio medesimo e riportare il CIG nei pagamenti effettuati a favore della società successivamente selezionata. Le SA sono anche tenute ad inserire, nel contratto sottoscritto con la società affidataria del servizio, la clausola di tracciabilità, così come previsto dalle disposizioni normative in esame.

3.11. Servizi sanitari. Altro caso controverso - su cui l'Autorità ha acquisito il parere del Ministero dell'Interno e dell'Avvocatura Generale dello Stato - riguarda le prestazioni socio sanitarie e di ricovero, di specialistica ambulatoriale e diagnostica strumentale, erogate dai soggetti privati in regime di accreditamento ai sensi della normativa nazionale e regionale in materia.

La disciplina di settore non consente di ricondurre agevolmente tali fattispecie nell'ambito di un contratto d'appalto, perciò la normativa sugli obblighi di tracciabilità non è ritenuta applicabile dall'Autorità. Solo nell'ipotesi in cui le prestazioni in esame siano erogate a valle dell'affidamento di contratti di appalti, o concessioni, chiaramente identificabili, la disciplina sulla tracciabilità è applicabile.

3.12. Contratti stipulati dalle agenzie di viaggio. I contratti stipulati dalle SA con le agenzie di viaggio per la prestazione di servizi offerti dalle stesse agenzie sono sottoposti agli obblighi di tracciabilità, e le agenzie sono comprese nella “filiera delle imprese”. Viceversa, sono esclusi i fornitori di servizi di trasporto, ricettivi e di ristorazione acquistati dalle agenzie per conto delle SA, così come lo sono i servizi prestati dalle agenzie di viaggio in favore delle imprese appaltatrici, poiché non rientranti nel concetto di “filiera delle imprese”.

3.13. Contratti nel settore assicurativo. Per quanto riguarda il settore assicurativo, si ritiene che nel caso di pagamenti tra i broker e le pubbliche amministrazioni loro clienti sia necessario il conto corrente separato di cui all’art. 117 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (il “Codice Assicurazioni”), identificato e comunicato quale “dedicato” ai sensi della L.136. Va rammentato, inoltre, che l’art. 117 del Codice Assicurazioni prevede un’ulteriore ipotesi, alternativa all’accensione del conto separato, ovvero la fideiussione bancaria. In tali casi, il broker dovrà avere un conto bancario, o postale, sul quale far transitare tutti i pagamenti effettuati dalla SA e muniti di CIG.

4. Le fattispecie escluse. Alcune figure contrattuali sono escluse dagli obblighi in tema di tracciabilità. Le stesse sono individuate di seguito, anche alla luce degli spunti offerti dall’Autorità sull’argomento, soprattutto in merito al rapporto tra esclusione della norma in materia di appalti ed applicazione delle norme in materia di tracciabilità.

Si tratta dei Contratti esclusi di cui al Titolo II, parte I, del Codice, per i quali si precisa che il fatto che siano contratti esclusi dall’applicazione del Codice non è sufficiente ad escluderli dal novero dei contratti soggetti al rispetto delle norme sulla tracciabilità.

Segnatamente:

o l'Autorità ritiene sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità quelli previsti dagli artt. 1627 - contratti per la produzione e il commercio di armi -, 1728 - contratti segreti - e 18 - contratti aggiudicati in base a norme internazionali - del Codice e gli appalti di servizi non prioritari compresi nell'allegato II B del Codice;

o oltre a questi tipi di contratti, pacificamente inclusi, si segnalano una varietà di figure contrattuali disciplinate dall'art. 19 del Codice in cui è controversa l'applicazione delle norme sulla tracciabilità comportando, pertanto, una valutazione da effettuarsi caso per caso. Tra questi, l'Autorità ha espressamente ritenuto esclusi dalla normativa in esame quelli che non configurano contratti di appalto, segnatamente contratti di lavoro e tipologie contrattuali agli stessi assimilabili, i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni e i contratti concernenti i servizi di arbitrato e conciliazione.

Altre fattispecie escluse sono quelle:

- ex artt. 25 e 26 del Codice che l'Autorità esclude espressamente dal novero dei contratti soggetti a tracciabilità;
- di amministrazione diretta. Si noti che la valutazione interpretativa dell'Autorità considera, di converso, il contratto derivante dal cottimo fiduciario un contratto soggetto agli obblighi di tracciabilità per la sua natura di contratto di appalto, nonostante le semplificate modalità di affidamento;
- di utilizzo del fondo economale;

27 Questo articolo è stato abrogato dall'art. 33, comma 2, del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 208 - Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE.

28 Questo articolo è stato prima modificato e, poi, sostituito dall'articolo 33, comma 3, del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 208, il quale, tuttavia, non ha mutato la natura di appalto dei contratti ivi contemplati e, dunque, l'applicabilità delle norme in materia di tracciabilità.

- dei contratti pubblici di servizi assicurativi ed indennizzi per espropriazioni;
- contratti con operatori non stabiliti in Italia;
- compensazione e datio in solutum;
- erogazioni e liberalità a favore di soggetti indigenti.

5. Applicazione soggettiva alle SA. Nel rispetto della finalità antimafia che la normativa persegue e nell'ottica di una applicazione generalizzata a tutti i contratti pubblici, tutte le SA soggette all'applicazione del Codice²⁹, sono destinatarie di una serie di obblighi posti a loro carico dalle norme sulla tracciabilità.

Tali obblighi, come si è visto, riguardano:

- la richiesta di CIG all'Autorità e CUP alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ove necessario,
- l'inserimento, nel contratto principale, della clausola di tracciabilità - secondo il modello allegato alla Determinazione n. 8 dell'Autorità, allegato 1 - a pena di nullità,
- la verifica dell'inserimento della clausola nei contratti derivati,
- le modalità di effettuazione dei trasferimenti, con modalità tracciabili, quali il bonifico bancario, sui conti correnti comunicati agli operatori economici e indicazione negli stessi del CIG e del CUP. L'inosservanza di tale obbligo comporta l'applicazione del comma 9-bis, dell'art. 3, della L.136 che non prevede più, come nella prima formulazione della norma, la clausola risolutiva espressa, ma solo una "causa di risoluzione" contrattuale, non

²⁹ Cfr art. 3, comma 33 del Codice. L'espressione "Stazione Appaltante" comprende: Amministrazioni aggiudicatrici, Concessionari di lavori (per lavori), Società nei servizi pubblici locali, Soggetti privati che ottengono un contributo diretto e specifico di più del 50% per lavori e servizi connessi, Concessionari di servizi (per lavori), Titolari permesso di costruire (per opere di urbanizzazione), Enti aggiudicatori nei settori speciali (tranne per appalti non funzionali all'attività nei settori speciali ex art. 217 del Codice).

automatica. È, inoltre, prevista l'applicazione delle sanzioni ex art. 6, comma 2, L.136.

6. Conclusioni. Il sistema delle norme sulla tracciabilità, al di là degli iniziali problemi interpretativi e operativi, presenta evidenti aspetti positivi, quali la maggiore trasparenza del mercato degli appalti che la normativa sulla tracciabilità sta generando sia dal lato pubblico, sia da quello privato.

Come osservato dall'Autorità in occasione dell'Audizione informale del 22 febbraio 2011 presso l'VIII^a Commissione della Camera dei Deputati "(...) l'obbligatorietà della richiesta del CIG sta, infatti, portando alla luce un numero rilevante di contratti e di stazioni appaltanti, in precedenza del tutto sconosciuti all'Autorità e, conseguentemente, esclusi dal monitoraggio e dalla successiva rendicontazione al Parlamento. La tracciabilità dei flussi finanziari conduce, quindi, benché in via indiretta, ad un miglioramento della conoscenza delle dinamiche di mercato, utile sia a rafforzare la vigilanza dell'Autorità sia ad una più consapevole elaborazione della normativa di settore (...)". Peraltro, la maggiore trasparenza dovrebbe introdurre elementi di moralizzazione non solo sotto il profilo delle infiltrazioni criminali, ma anche sotto quello fiscale. Questo è, peraltro, il dichiarato intento delle nuove norme in materia di tracciabilità delle transazioni, anche private, recentemente adottate dal Governo per fronteggiare la crisi. Resta certo che, a poco tempo dall'avvio della tracciabilità finanziaria volta a documentare e verificare il flusso dei pagamenti negli appalti, i dubbi e le incertezze sull'applicazione sono compositi e diversificati. Peraltro, essendo scaduto il periodo transitorio, le norme sono applicabili a tutti i contratti da stipulare, e già stipulati, aumentando il livello di incertezza giuridica, con conseguenze potenzialmente negative per il mercato degli appalti. Sotto questo profilo, il tema qui trattato si evidenzia come uno dei più problematici: sono

sostanzialmente fondate le perplessità riguardanti il concetto di “filiera delle imprese” in raccordo con tutte le indicazioni finora fornite per individuare i confini di tale definizione.

Resta, infatti, ancora da capire con chiarezza fino a che punto potrà spingersi la tracciabilità nella catena dei subappaltatori, dei subcontraenti e dei fornitori, tipica del settore degli appalti. Ciò, nonostante sia sufficientemente chiaro che le norme in materia di tracciabilità sono applicabili a tutti quei soggetti che percepiscano risorse pubbliche collegate e finalizzate a contratti d'appalto rendendo, di conseguenza, irrilevante l'utilizzo di definizioni giuridiche che distinguano in base al livello, o alla natura, del contratto. Come si è visto, l'esatta individuazione della “filiera delle imprese”, soprattutto per quanto riguarda i subcontratti, deve essere ispirata ad un approccio teleologico ed un esame caso per caso, non potendosi avvalere di definizioni giuridiche precostituite.

Ciò comporta un onere interpretativo, da parte delle SA, ma anche degli stessi operatori appartenenti alla suddetta “filiera”, nell'individuare gli esatti confini applicativi. Quest'esercizio ermeneutico, da un lato, potrebbe dare origine ad una maggiore consapevolezza e responsabilità dei soggetti coinvolti, ma, dall'altro, potrebbe, al contempo, rischiare di indurre rigidità e strozzature nel mercato con conseguenze potenzialmente negative per lo sviluppo dello stesso, specie in un periodo di crisi economico-finanziaria generale e settoriale, come quello attuale. Consiglio di Stato sez. VI 11/1/2012 n. 95 Gara di appalto - Offerta anomala- Verifica stazione appaltante- Discrezionalità tecnica.