



COMUNE DI PALERMO

RAGIONERIA GENERALE

Via Roma, n. 209 – 90133 PALERMO

Tel. 0917403601 – Fax 0917403699

Sito internet www.comune.palermo.it

E_MAIL ragioneriagenerale@comune.palermo.it

Ai Sig. Dirigenti del Comune

E, p.c.

Al Sig. Sindaco c/o Capo di Gabinetto

Al Sig. Direttore Generale

Al Sig. Segretario Generale

Al Collegio dei Revisori

LORO SEDI

Prot. n.883417 del 01.12.2010

Oggetto: Legge n. 136/2010 – tracciabilità dei flussi finanziari – Decreto legge 12 novembre 2010, n. 187 e Determinazione n. 8 del 18 novembre 2010 dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

Si fa seguito alle note n. 712544/USG del 05.10.2010 e n. 723115 del 08.10.2010 in merito alla tracciabilità dei flussi finanziari per segnalare che con D.L. n. 187/2010 sono state dettate disposizioni interpretative ed attuative concernenti la tracciabilità dei flussi finanziari relativi a contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, al fine di prevenire infiltrazioni criminali.

Si segnala, inoltre, che l’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp), ha emanato la Determinazione n. 8 del 18 novembre 2010, recante “*Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, Legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dal Dl. 12 novembre 2010, n. 187*” (*Allegato “A”*).

Con riferimento alle novità introdotte dal menzionato D.L. n. 187/2010, queste hanno riguardo ai seguenti aspetti:

- 1) decorrenza termini applicazione
- 2) utilizzo conti correnti anche non in via esclusiva
- 3) C.i.g. e C.u.p.
- 4) filiera delle imprese
- 5) pagamenti con strumenti diversi
- 6) clausole contrattuali
- 7) sanzioni

Con riferimento al profilo di cui al punto *sub 1*), viene chiarito che le disposizioni in materia di tracciabilità sono immediatamente applicabili ai contratti stipulati dopo l’entrata in vigore della legge 136/2010 (7 settembre 2010) ed ai relativi subappalti, mentre per i contratti già stipulati a quella data, e per i relativi subappalti e subcontratti, è previsto un periodo di 180 giorni dall’entrata in vigore della legge per consentire gli adeguamenti necessari.

Con riferimento al profilo di cui al punto **sub 2)** – posto che l'art. 3 della L. 136/2010, impone agli appaltatori, ai subappaltatori e ai subcontraenti della filiera delle imprese, nonché ai concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici, di utilizzare uno o più conti correnti accesi presso banche o presso la società Poste Italiane S.p.A. e dedicati, anche non in via esclusiva, alle commesse pubbliche –, il D.L. n.187 precisa che l'espressione “*anche in via non esclusiva*”, di cui all'art. 3 comma 1 della legge, va interpretato nel senso che ogni operazione finanziaria relativa a commesse pubbliche deve essere realizzata tramite uno o più conti correnti bancari o postali, utilizzati anche promiscuamente per più commesse, purché per ciascuna commessa sia effettuata una comunicazione alla stazione appaltante o all'amministrazione concedente degli estremi identificativi dei conti correnti dedicati entro 7 giorni dalla loro accensione o, nel caso di conti correnti già esistenti, dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative a una commessa pubblica. Inoltre, nello stesso termine, vanno comunicati le generalità e il codice fiscale delle persone delegate a operare su di essi. I medesimi soggetti provvedono anche a comunicare ogni modifica dei dati trasmessi.

Con riferimento al profilo di cui al punto **sub 3)**, si precisa che ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari non occorre più sempre il codice unico di progetto (Cup), come era previsto dall'art. 3, commi 5 e 6, della Legge 136/2010, ma soltanto il codice identificativo di gara (Cig), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante. Il Cup è necessario solo nei casi in cui è obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16.1.2003, n. 3⁽¹⁾.

Con riferimento al profilo di cui al punto **sub 4)**, il D.L. n.187 fornisce l'interpretazione del concetto di “*filiera delle imprese*”, contenuto nell'art. 3 della Legge 136/2010, che va riferita ai subappalti come definiti dall'articolo 118, comma 11, del decreto legislativo 12.4.2006, n. 163, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto.

Con riferimento al profilo di cui al punto **sub 5)**, viene chiarito che l'espressione “*eseguiti anche con strumenti diversi*” di cui al comma 3, primo periodo, dell'articolo 3 della legge 13.8.2010, n. 136, e l'espressione “*possono essere utilizzati anche strumenti diversi*” di cui al comma 3, secondo periodo, dello stesso articolo 3, si interpretano nel senso che i pagamenti in favore di enti previdenziali, assicurativi e istituzionali, nonché quelli in favore di gestori e fornitori di pubblici servizi, ovvero quelli riguardanti tributi, possono essere eseguiti anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale, purché siano idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto, anche se questo non è riferibile in via esclusiva alla realizzazione degli interventi oggetto della legge.

Con riferimento al profilo di cui al punto **sub 6)**, si osserva che a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n.187 sussiste:

- a. l'obbligo della stazione appaltante di inserire nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale essi assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari;

⁽¹⁾ si riporta di seguito il testo del citato art. 11, rubricato “*Codice unico di progetto degli investimenti pubblici*”:

1. A decorrere dal 1 gennaio 2003, per le finalità di cui all'articolo 1, commi 5 e 6, della legge 17 maggio 1999, n. 144, e in particolare per la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti pubblici, ogni nuovo progetto di investimento pubblico, nonché ogni progetto in corso di attuazione alla predetta data, è dotato di un “*Codice unico di progetto*”, che le competenti amministrazioni o i soggetti aggiudicatori richiedono in via telematica secondo la procedura definita dal CIPE.

2. Entro il 30 settembre 2002, il CIPE, acquisito il parere della Conferenza unificata di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, disciplina le modalità e le procedure necessarie per l'attuazione del comma 1.

- b. l'obbligo di immediata comunicazione alla stazione appaltante e alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia ove ha sede la stazione appaltante da parte dell'appaltatore, del subappaltatore o del subcontraente che abbiano notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria.
- c. la risoluzione di diritto del contratto in caso di mancato utilizzo del bonifico bancario o postale ovvero degli altri strumenti idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni.

Da ultimo, con riferimento al profilo di cui al punto *sub 7*), il D.L.n.187 stabilisce che, in deroga a quanto previsto dall'art. 17, comma 5 della L. 689/81, le sanzioni amministrative sono applicate dal Prefetto della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente e l'opposizione è proposta davanti al giudice del luogo dove ha sede l'autorità che ha applicato la sanzione. L'autorità giudiziaria comunica poi i fatti di cui è venuta a conoscenza al prefetto territorialmente competente.

Avuto riguardo, ancora, alla Determinazione n. 8 del 18 novembre 2010 emanata dall'Avcp, questa definisce gli ambiti di applicazione della tracciabilità e fornisce le indicazioni generali sulle modalità di attuazione, sulla richiesta e l'indicazione del Codice identificativo di gara (Cig) e del Codice unico di progetto (Cup) e sulla gestione dei movimenti finanziari e le comunicazioni obbligatorie.

La Determinazione è anche completata da un allegato contenente due schemi, e precisamente, lo *"Schema della clausola da inserire nel contratto tra stazione appaltante ed appaltatore ai sensi della Legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche"*, e lo *"Schema della clausola da inserire nel contratto tra appaltatore e subappaltatore/subcontraente ai sensi della Legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche"*.

Con riferimento alla *"Entrata in vigore"* dell'obbligo di tracciabilità, l'Avcp specifica che devono, in primo luogo, ritenersi soggetti agli obblighi, rispettivamente:

- i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della Legge 7 settembre 2010, n. 136, anche se relativi a bandi pubblicati in data antecedente la sua entrata in vigore;
- ogni nuovo rapporto contrattuale;
- i contratti aventi come oggetto i lavori o servizi complementari, per quanto collegati a un contratto stipulato antecedentemente;
- i nuovi contratti, originati dal fallimento dell'appaltatore e varianti in corso d'opera che superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto, in quanto tutte ascrivibili a un nuovo contratto.

In relazione ai contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della Legge n. 136/10, l'Autorità chiarisce che devono *ab origine* contenere la clausola di tracciabilità.

Per i contratti antecedenti alla data di entrata in vigore della Legge n. 136/10, viene prevista una norma transitoria apposita, secondo la quale detti contratti (compresi i contratti di subappalto ed i subcontratti da essi derivanti) *"sono adeguati alle disposizioni di cui all'art. 3 entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della stessa Legge"*. Tutti i contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 devono quindi essere adeguati alle nuove disposizioni entro il termine del 7 marzo 2011.

Passato il termine della norma transitoria, i contratti che non riporteranno la clausola relativa alla tracciabilità saranno nulli e, pertanto, inidonei a produrre alcun effetto giuridico.

Occorre, spiega la Determinazione dell'Autorità, *"mettere in correlazione la citata norma transitoria con il comma 8 dell'art. 3, che prevede l'inserimento a pena di nullità di una clausola nel contratto principale (sottoscritto con la stazione appaltante) avente oggetto l'assunzione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari"*.

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

Da ciò potrebbe sorgere il dubbio se sia necessario effettuare un'integrazione formale espressa dei contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 o possa trovare applicazione il meccanismo dell'inserzione automatica della clausola. L'indicazione dell'Avcp è quella di integrare espressamente i contratti già stipulati, mediante atti aggiuntivi; tale soluzione appare più cautelativa, sia per le Amministrazioni pubbliche, sia per gli operatori economici, in quanto li pone al riparo dal rischio della nullità dell'accordo.

Secondo l'Autorità, questa integrazione deve avvenire in tutti i contratti di filiera, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi ed alle forniture, nel rispetto del comma 9 dell'art. 3.

Ancora, al punto 3 della determinazione viene chiarito che l'ambito di applicazione degli artt. 3 e 6 è rivolto *"ai seguenti contratti: 1) contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, di cui al Titolo II, Parte I dello stesso; 2) concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi ex articolo 30 del Codice dei contratti; 3) contratti di partenariato pubblico - privato, ivi compresi i contratti di locazione finanziaria; 4) contratti di subappalto e subfornitura; 5) contratti in economia, ivi compresi gli affidamenti diretti"* e che sono *"tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti obbligati all'applicazione del Codice dei contratti pubblici; in primo luogo, nel novero di tali soggetti, sono incluse le "stazioni appaltanti", definite all'articolo 3, comma 33, del Codice dei contratti come "le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32".*

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

Di notevole interesse pratico è l'esclusione dall'ambito applicativo della norma in esame delle *"spese sostenute dai cassieri, utilizzando il fondo economale, non a fronte di contratti di appalto. A titolo puramente esemplificativo, possono rientrare nella casistica in esame imposte, tasse e altri diritti erariali, spese postali, valori bollati, anticipi di missione, nonché le spese sostenute per l'acquisto di materiale di modesta entità e di facile consumo, di biglietti per mezzi di trasporto, di giornali e pubblicazioni periodiche. Queste spese, pertanto, potranno essere effettuate con qualsiasi mezzo di pagamento, nel rispetto delle norme vigenti"* (2).

Il successivo punto 4 fornisce le indicazioni ed i chiarimenti in ordine alle modalità di attuazione della tracciabilità relativamente all'utilizzo delle modalità e degli strumenti di pagamento, nonché l'obbligatorietà dell'indicazione del Codice Identificativo di Gara (CIG) e, se previsto dall'art. 11 della legge 3/2003, del Codice unico di progetto (CUP).

In base a tale ultima disposizione, la determinazione n.8 precisa che *"l'obbligo di cui all'articolo 3, comma 5, è da intendere posto a carico anche della stazione appaltante, che deve riportare il CIG (e, ove necessario, il CUP) nei mandati di pagamento all'appaltatore o al concessionario di finanziamenti pubblici".*

Il punto 5 fornisce chiare indicazioni sul Codice Identificativo di Gara (CIG) e sul Codice unico di progetto (CUP), che per effetto dell'intervenuto decreto legge *"il CIG è divenuto obbligatorio, ai fini di tracciabilità dei flussi finanziari, in relazione a ciascun contratto pubblico avente ad oggetto lavori, servizi e forniture, a prescindere dall'importo dello stesso e dalla procedura di affidamento prescelta e, quindi, anche per i contratti di cui all'articolo 17 del Codice*

(2) In via esemplificativa, oltre alle tipologie di spesa indicate dall'Avcp, si ritiene che rientrino nella medesima fattispecie le tipologie di spesa di cui all'art.52 del Regolamento di Contabilità, effettuate tramite il Servizio Economato e Approvvigionamenti o, in via residuale, direttamente dai dirigenti, per i casi di fornitura di cui all'art.65, comma 1 e nei limiti di spesa di cui al successivo comma 2 dello stesso Regolamento, atteso che trattasi di spese minute di funzionamento o indifferibili.

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

Ulteriori chiarimenti sono stati forniti in ordine agli acquisti di beni e servizi effettuati per mezzo del Mercato Elettronico e nell'ambito delle Convenzioni CONSIP.

Alla luce di quanto *supra* segnalato, si invitano le SS.LL., ognuna in relazione alle rispettive competenze, ad attenersi alle disposizioni di cui al Decreto Legge n. 187/2010, in fase di conversione, e alla Determinazione n. 8 del 18 novembre 2010 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

IL RAGIONIERE GENERALE
(Dott. Bohuslav Basile)

IL SEGRETARIO GENERALE
(Dott. Fabrizio Dall'Acqua)

