



Consiglio del 19 gennaio 2012

Punto 6 all' ODG

Attività delle commissioni tecniche e dei gruppi di lavoro

ALLEGATO 6.2

Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari



LINEE GUIDA SULLA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI

Documento prodotto da	Versione
Gruppo di Lavoro “Tracciabilità dei flussi finanziari” (Commissioni Legale e Organizzazione e risorse umane)	Bozza al 17 gennaio 2012

INDICE

1. IL QUADRO REGOLAMENTARE	3
2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI TRACCIABILITÀ	5
3. GLI OBBLIGHI DI TRACCIABILITÀ E I CESSIONARI DEL CREDITO	7
4. LE MODALITÀ OPERATIVE PER L'APPLICAZIONE DELLA NORMA NELLE SOCIETÀ DI FACTORING.....	9
5. LA TRACCIABILITÀ NELLA FILIERA DELLE IMPRESE E LA CESSIONE DEL CREDITO	19
APPENDICE 1	21
APPENDICE 2	23

1. IL QUADRO REGOLAMENTARE

La tracciabilità dei flussi finanziari è disciplinata dall'art. 3 e dall'art. 6 della Legge 13 agosto 2010, n. 136 e dall'art. 6 della Legge 17 dicembre 2010, n. 217 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 12 novembre 2010, n. 187.

La *ratio* delle norme dettate dalla legge n. 136/2010 è quella di prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale. Le disposizioni in argomento sono infatti dettate da una legge contenente misure di contrasto alla criminalità organizzata, denominata "*piano straordinario contro le mafie*" ed hanno il dichiarato intento di arginare la penetrazione economica delle organizzazioni mafiose nell'ambito delle commesse pubbliche. Stante tale obiettivo, la norma prevede, fra le altre cose, che tutti i movimenti finanziari connessi a contratti di appalto e relativi subappalti e subcontratti debbano essere effettuati secondo modalità che ne garantiscano la piena tracciabilità, in modo da rendere possibile il controllo *ex post* e consentire agli investigatori di seguire il flusso finanziario proveniente da un contratto di appalto¹ e identificare correttamente il soggetto che percepisce il denaro pubblico.

In particolare, l'art. 3 della legge 136/2010, nella sua versione attuale² è stato oggetto di una interpretazione applicativa da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture – AVCP – che con alcune Determinazioni, di cui l'ultima del 7 luglio 2011 n. 4, ha dettato le Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

Dalla normativa di riferimento e dalla Determinazione n.4 sopra richiamate emerge che i pilastri fondamentali su cui si poggia il meccanismo istituito dalla Legge 136/2010 sono:

- a) l'utilizzo di conti correnti dedicati anche in via non esclusiva per l'incasso ed i pagamenti di movimentazioni finanziarie derivanti da contratti di appalto;
- b) il divieto di utilizzo del contante per incassi e pagamenti di cui al punto a) e di movimentazioni in contante sui conti dedicati;
- c) l'obbligo di utilizzo di strumenti di pagamento che consentono la piena tracciabilità dei flussi.

Il perno che consente il funzionamento del sistema è l'indicazione, nello strumento di pagamento o di incasso, del Codice Identificativo di Gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della Legge 16 gennaio 2003, n. 3, il Codice Unico di Progetto (CUP)³.

¹ Nel proseguo per "contratti di appalto" si intenderà anche i contratti di subappalto e i subcontratti.

² Alla data del 30 novembre 2011.

³ Ai sensi dell'art. 11 della Legge n. 3/2003, la richiesta del codice CUP è obbligatoria per ogni "Progetto di investimento pubblico" ovvero quando si sia 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:

- la presenza di un decisore pubblico;
- la previsione di un finanziamento, anche non prevalente, diretto o indiretto, tramite risorse pubbliche;

La normativa, all'art. 6, disciplina le sanzioni in presenza dei presupposti di legge:

Art. 6. Sanzioni

1. Le transazioni relative ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui all'articolo 3, comma 1, e le erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche effettuate senza avvalersi di banche o della società Poste italiane Spa comportano, a carico del soggetto inadempiente, fatta salva l'applicazione dell'articolo 3, comma 9-bis, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dal 5 al 20 per cento del valore della transazione stessa.

2. Le transazioni relative ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui all'articolo 3, comma 1, effettuate su un conto corrente non dedicato ovvero senza impiegare lo strumento del bonifico bancario o postale o altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni comportano, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dal 2 al 10 per cento del valore della transazione stessa. La medesima sanzione si applica anche nel caso in cui nel bonifico bancario o postale, ovvero in altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni, venga omessa l'indicazione del CUP o del CIG di cui all'articolo 3, comma 5.

3. Il reintegro dei conti correnti di cui all'articolo 3, comma 1, effettuato con modalità diverse da quelle indicate all'articolo 3, comma 4, comporta, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dal 2 al 5 per cento del valore di ciascun accredito.

4. L'omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli elementi informativi di cui all'articolo 3, comma 7, comporta, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro.

5. Per il procedimento di accertamento e di contestazione delle violazioni di cui al presente articolo, nonché per quello di applicazione delle relative sanzioni, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689, del decreto legislativo 19 marzo 2001, n. 68, e del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231. In deroga a quanto previsto dall'articolo 17, quinto comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, le sanzioni amministrative pecuniarie per le violazioni di cui ai precedenti commi sono applicate dal prefetto della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente e, in deroga a quanto previsto dall'articolo 22, primo comma, della citata legge n. 689 del 1981, l'opposizione è proposta davanti al giudice del luogo ove ha sede l'autorità che ha applicato la sanzione.

5-bis. L'autorità giudiziaria, fatte salve le esigenze investigative, comunica al prefetto territorialmente competente i fatti di cui è venuta a conoscenza che determinano violazione degli obblighi di tracciabilità previsti dall'articolo 3.

- la presenza di un obiettivo di sviluppo economico e sociale comune alle azioni e/o strumenti di sostegno predetti;
- la previsione di un termine entro il quale debba essere raggiunto l'obiettivo.

2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI TRACCIABILITÀ

Dal punto di vista soggettivo, sono tenuti all'obbligo della tracciabilità i soggetti indicati ed elencati all'articolo 3, comma 1 della legge n. 136/2010: gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture.

Sotto il profilo oggettivo, invece, le norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applicano in tutti i casi in cui sia stipulato un contratto d'appalto pubblico tra operatore economico e committente pubblico, indipendentemente dall'esperimento o meno di una gara per l'affidamento dell'opera o del servizio e senza deroghe per gli appalti di modico valore. Ugualmente, la disposizione si applica ai concessionari di lavori pubblici e di servizi. La normativa sulla tracciabilità trova inoltre applicazione anche con riguardo ai contratti esclusi di cui al Titolo II, parte I, del Codice dei contratti, purché gli stessi siano riconducibili alla fattispecie dell'appalto⁴. Ugualmente, la disposizione si applica anche ai concessionari di lavori pubblici e di servizi⁵.

La disposizione in commento correla i soggetti tenuti agli obblighi di tracciabilità alla "filiera delle imprese", interessati a qualsiasi titolo ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche. L'articolo 6, comma 3, del d.l. n. 187/2010 ha chiarito che l'espressione "filiera delle imprese" si intende riferita "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". L'intento del legislatore è dunque quello di assicurare la tracciabilità dei pagamenti riguardanti tutti i soggetti in qualche misura coinvolti nell'esecuzione della prestazione principale oggetto del contratto. Se tale è la *ratio*, ciò che deve essere tenuto in considerazione non è tanto il grado di affidamento o sub affidamento, bensì la tipologia di affidamento (subappalto o subcontratto necessario a qualsiasi titolo per l'esecuzione del contratto principale), a prescindere dal livello al quale lo stesso viene effettuato. Tale interpretazione è confermata dalla formulazione prevista dal comma 9 dell'articolo 3.

Ai sensi del d.l. n. 187/2010, con il termine "contratti di subappalto" si intendono i subappalti soggetti ad autorizzazione, ivi compresi i subcontratti "assimilati" ai subappalti ai sensi dell'articolo 118, comma 11, prima parte, del Codice; con il termine "subcontratti", si intende l'insieme più ampio dei contratti derivati dall'appalto, ancorché non qualificabili come subappalti, riconducibili all'articolo 118, comma 11, ultima parte, del Codice (nel quale il

⁴ Nel codice civile, all'articolo 1655, il contratto di appalto è definito come "il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro". Nel Codice dei contratti, all'articolo 3, comma 6, accogliendo la nozione di derivazione comunitaria, l'appalto pubblico è definito come il contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal codice stesso.

⁵ Il Codice dei contratti, definisce la concessione quale "contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta (...) che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori (o di servizi) (...) ad eccezione del fatto che il corrispettivo (...) consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera (o i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

termine subcontratto viene usato come contratto derivato, non qualificabile come subappalto, bensì soggetto a comunicazione nei confronti del committente).

Sono invece esclusi dall'applicazione delle disposizioni in tema di tracciabilità, fra gli altri:

- il trasferimento di fondi da parte delle amministrazioni dello stato in favore di soggetti pubblici;
- le prestazioni di lavori, servizi e forniture in economia tramite amministrazione diretta ex art. 125, comma 3 del Codice;
- le movimentazioni di danaro derivanti da prestazioni eseguite in favore di pubbliche amministrazioni da soggetti giuridicamente distinti da esse ma sottoposti ad un controllo analogo a quello che le medesime esercitano sulle proprie strutture (*in house*);
- i risarcimenti corrisposti dalle imprese assicuratrici appaltatrici ai soggetti danneggiati dalle stazioni appaltanti;
- le spese economali delle stazioni appaltanti;
- le prestazioni sanitarie erogate da strutture accreditate (ad eccezione di quelle erogate in forza di contratti di appalto o di concessione).

Per una rassegna maggiormente esaustiva delle fattispecie escluse dall'ambito di applicazione della tracciabilità, si faccia in ogni caso riferimento alle Determinazioni dell'AVCP e alle F.A.Q. pubblicate sul sito della medesima Autorità.

3. GLI OBBLIGHI DI TRACCIABILITÀ E I CESSIONARI DEL CREDITO

L'art. 3 della Legge 136/2010 introduce, per gli appaltatori e per tutti i soggetti riconducibili alla "filiera delle imprese", i cosiddetti "obblighi di tracciabilità".

In particolare, viene introdotto l'obbligo di:

- utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, alle commesse pubbliche;
- effettuare i movimenti finanziari esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni⁶;
- riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti appartenenti alla "filiera", il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP);
- comunicare alla stazione appaltante o all'amministrazione concedente gli estremi identificativi dei conti correnti dedicati entro sette giorni dalla loro accensione o, nel caso di conti correnti già esistenti, dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica, nonché, nello stesso termine, le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi;
- inserire nei contratti di appalto, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale essi assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari;
- comunicare immediatamente ogni inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria alla stazione appaltante e alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente.

Sebbene la Legge 136/2010 non menzioni espressamente il caso della cessione del credito, AVCP con Determinazione n.4/2001 ha ritenuto, in sede interpretativa, estendere agli intermediari operanti nel settore factoring (banche e intermediari finanziari vigilati) - pur non rientrando nel novero delle imprese incluse nel concetto di filiera delle imprese -, in qualità di cessionari di crediti vantati verso la Pubblica Amministrazione gli adempimenti volti ad indicare

⁶ Il requisito della piena tracciabilità esiste, in primo luogo, per i trasferimenti di fondi effettuati tramite bonifico bancario o postale: le relative procedure contemplano infatti la possibilità di inserire il CIG/CUP nella disposizione di pagamento. Al bonifico bancario o postale devono intendersi assimilati altri servizi di trasferimento di fondi aventi le caratteristiche del bonifico gestiti da prestatori di servizi di pagamento diversi da banche e Poste (istituti di pagamento e istituti di moneta elettronica). Tra gli altri strumenti idonei ad assicurare la tracciabilità si possono annoverare le Ri.Ba.: in questo caso, il CIG/CUP deve essere inserito fin dall'inizio dal beneficiario anziché dal pagatore. Il servizio RID, nella sua configurazione attuale, non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità in quanto la procedura sottostante non è in grado di gestire informazioni o causali specifiche relative alla singola disposizione di pagamento. Diverso è il caso del SEPA Direct Debit, i cui flussi informativi prevedono un campo libero facoltativo nel quale potrebbero essere ospitati i codici.

il CIG (e, ove necessario, il CUP) e ad effettuare i pagamenti al cedente mediante strumenti che consentono la piena tracciabilità sui conti correnti dedicati, (Determinazione n. 4/2011⁷).

Tale indicazione è stata motivata dall'AVCP in considerazione degli obiettivi stessi della normativa: la cessione del credito, infatti, potrebbe rappresentare, in mancanza degli adempimenti di cui sopra da parte dei cessionari, un punto di interruzione della tracciabilità dei flussi derivanti dalle commesse pubbliche a cui afferiscono i crediti ceduti.

Peraltro, e sempre ai medesimi fini delle disposizioni in tema di tracciabilità, l'assoggettamento delle società di factoring e delle banche agli obblighi dettati dal Decreto Legislativo n.231 del 21 novembre 2007 (disciplina relativa al contrasto dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio), impone agli intermediari adempimenti di adeguata verifica della clientela, profilazione del rischio "riciclaggio" e segnalazione all'UIF presso l'organo di vigilanza delle operazioni sospette poste in essere dai clienti, nonché di registrazione nell'Archivio Unico Informatico (AUI) delle informazioni relative ai rapporti continuativi con la clientela e alle conseguenti movimentazioni di mezzi di pagamento.

Secondo la normativa "anti-riciclaggio", banche ed intermediari finanziari sarebbero già tenuti ad assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari attraverso le registrazioni nell'AUI.

⁷ Tale Determinazione ha confermato l'orientamento già emerso nelle precedenti Determinazioni di AVCP n. 8/2010 e n.10/2010.

4. LE MODALITÀ OPERATIVE PER L'APPLICAZIONE DELLA NORMA NELLE SOCIETÀ DI FACTORING

La disciplina di cui alla L.n.136/2010 e i successivi chiarimenti operativi forniti dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) di cui alla Determina n.4 del 7 luglio 2011 appaiono chiari nelle finalità perseguite dal Legislatore, risultando tuttavia di non immediata interpretazione e applicazione alcuni aspetti connessi alla cessione di credito. In particolare, assumono rilevanza le modalità operative che consentono di rispettare le condizioni necessarie per ricorrere alle modalità semplificate di tracciabilità nel caso di cessione del credito proposte dall'AVCP di cui in seguito.

La cessione, tipicamente, può riferirsi a singoli crediti o a singole fatture, ma anche alla massa di tutti i crediti del cliente, esistenti o futuri, nei confronti di ogni debitore. Pertanto, le cessioni nei confronti di soggetti pubblici e privati, possono essere gestite "in monte", ossia sulla totalità dei crediti ceduti, ovvero per singola cessione.

Il factor può inoltre anticipare la corresponsione (totale o parziale) del corrispettivo pattuito per la cessione e l'anticipo può essere erogato in un'unica soluzione, mediante un solo bonifico, per un ammontare che può riferirsi all'importo complessivo e indistinto dei crediti verso debitori e non con riferimento alle singole fatture.

Al fine di declinare i principi dettati dall'AVCP sulla concreta operatività delle società di factoring e rendere possibile l'effettiva applicazione della normativa e delle indicazioni operative sulla tracciabilità dei flussi finanziari, l'Associazione ha svolto ulteriori approfondimenti nell'ambito di un apposito Gruppo di Lavoro "Tracciabilità dei flussi finanziari", costituito in seno alle Commissioni Legale e Organizzazione e Risorse Umane e finalizzato ad approfondire le tematiche ancora aperte sul tema oltre a fornire linee di interpretazione ed applicazione della normativa comuni sia sotto il profilo giuridico-contrattuale che sotto il profilo operativo-informatico.

Al fine di fornire, come è prassi di questa Associazione, indicazioni esemplificative per gli Associati, si è ritenuto opportuno analizzare le linee guida fornite da AVCP nell'ambito delle diverse fasi dei processi di acquisizione, carico, erogazione e incasso dei crediti soggetti alla normativa in esame.

Più in particolare, sono stati individuati, gli adempimenti rilevanti in tema di tracciabilità nelle seguenti fasi del maggior processo di "cessione del credito":

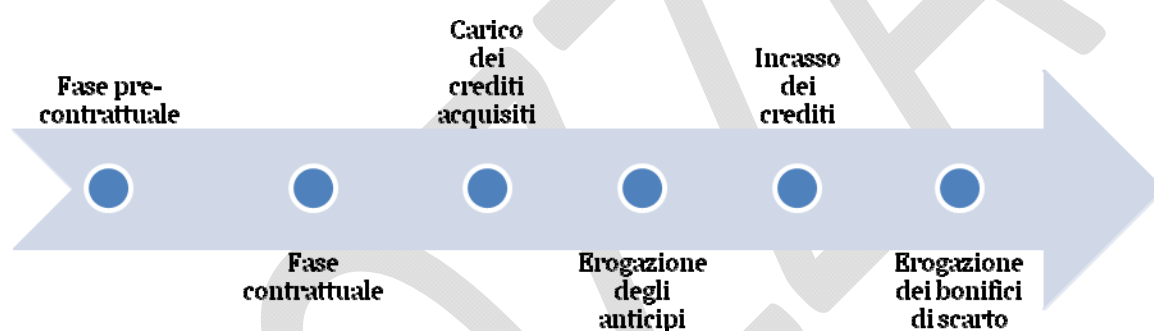
1. precontrattuale;
2. contrattuale;
3. caricamento dei crediti;
4. erogazione degli anticipi;

5. incasso dei crediti;
6. erogazione degli scarti.

Sono stati trasversalmente analizzati, per ciascuno delle diverse fasi, i seguenti profili:

- interpretazione e individuazione di chiavi di lettura comune delle disposizioni;
- interventi necessari alla compliance minima con le disposizioni e, in particolare, con i requisiti necessari per l'utilizzo delle modalità di tracciabilità semplificata per i cessionari del credito;
- individuazione dei rischi per l'intermediario legati alla tracciabilità;
- individuazione dei controlli minimi da effettuare;
- interventi, responsabilità e rischi nel caso della filiera.

L'organizzazione logica del documento



Profili trasversali di analisi

- interpretazione e individuazione di chiavi di lettura comune delle disposizioni
- interventi necessari alla compliance minima con le disposizioni e, in particolare, con i requisiti necessari per l'utilizzo delle modalità di tracciabilità semplificata per i cessionari del credito
- rischi per l'intermediario legati alla tracciabilità
- controlli minimi da effettuare
- interventi, responsabilità e rischi nel caso della filiera

Nelle considerazioni che seguono, i riferimenti al CIG devono essere intesi come CIG/CUP nei casi previsti dalla normativa.

In primo luogo, va evidenziato che stante la particolare e complessa attività dei factor e le considerazioni di cui sopra, l'AVCP ha introdotto nella Determinazione n.4/2011 obblighi semplificati a cui le società di factoring potranno fare ricorso nel rispetto di talune condizioni.

Determinazione AVCP n.4/2011

4.9 Cessione dei crediti

... 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 più stazioni appaltanti, si ritiene possibile consentire al factor di effettuare le relative anticipazioni verso l'appaltatore cedente mediante un unico bonifico, a patto che siano rispettate le seguenti condizioni:

1) I CIG/CUP relativi a tutti i contratti di appalto da cui derivano i crediti ceduti devono essere correttamente indicati nel contratto di cessione.

2) Il factor deve indicare nello strumento di pagamento il CIG/CUP relativo al contratto di cessione che presenta il valore nominale più elevato, purché il cessionario sia comunque in grado di collegare ciascun credito ceduto al relativo CIG/CUP; quanto precede vale anche per erogazione effettuate a fronte di incassi ricevuti.

3) Il conto corrente su cui il factor effettua il pagamento deve essere lo stesso conto indicato dal cedente alla stazione appaltante quale conto dedicato e tale circostanza deve risultare dall'articolato del contratto di cessione notificato/comunicato alla stessa stazione appaltante. In caso contrario, il cedente dovrà effettuare tanti atti di cessione quanti sono i conti correnti dedicati che intende utilizzare in funzione di quanto a suo tempo comunicato alle stazioni appaltanti.

4) Il cedente deve indicare, per ciascuna fattura ceduta, il relativo CIG/CUP.

5) Il factor deve conservare la documentazione contabile comprovante a quali contratti di appalto si riferiscono i singoli crediti ceduti.

6) Al fine di evitare una interruzione nella ricostruibilità del flusso finanziario relativo alla filiera, l'appaltatore, una volta ricevuto il pagamento da parte del factor, deve applicare integralmente gli obblighi di tracciabilità, indicando tutti i singoli CIG/CUP.

Resta fermo che, qualora le condizioni elencate non possano essere integralmente rispettate, il factor torna ad essere obbligato ad effettuare le anticipazioni al cedente mediante singoli bonifici, ciascuno con indicazione del CIG relativo allo specifico contratto a cui si riferiscono i crediti ceduti.

Inoltre, deve osservarsi che la normativa sulla tracciabilità si applica anche ai movimenti finanziari relativi ai crediti ceduti, quindi tra stazione appaltante e cessionario, il quale deve conseguentemente utilizzare un conto corrente dedicato.

Per quanto attiene ad eventuali cessioni di crediti futuri e/o non ancora sorti, la tracciabilità deve essere, comunque, assicurata, anche se in tale caso non è ovviamente possibile indicare il CIG/CUP nell'anticipo effettuato all'operatore economico, fermo restando l'onere di conservare idonea documentazione e di applicare integralmente la normativa sulla tracciabilità una volta stipulato il contratto di appalto cui si riferiscono i crediti ceduti.

In questo contesto, assume rilevanza la corretta interpretazione di quale sia il presupposto richiamato da AVCP con la dizione “contratto di cessione che presenta il valore nominale più elevato).

Tale interpretazione appare, infatti, fondamentale per determinare le informazioni da raccogliere e da gestire nell'ambito di un rapporto di factoring e sta pertanto alla base dei successivi ragionamenti sui processi influenzati dalla normativa.

Ai fini del rispetto di tale previsione, si ritiene opportuno ancorarsi al concetto di “credito” considerato che quest'ultimo è l'oggetto della cessione sia nel caso di cessione concernente una pluralità di crediti evidenziati da fatture che nell'ipotesi di cessione di credito futuro derivante dall'esecuzione di un contratto. Conseguentemente, occorrerà far riferimento al credito evidenziato dalla fattura o dal contratto con il valore nominale più elevato ed in essere al

momento dell'erogazione. In altre parole, il CIG indicato nell'strumento di pagamento sarà quello del credito smobilizzato (sia esso generato da una fattura o da un contratto) più elevato.

Considerato che, per quanto sopra esposto, l'erogazione potrà avvenire in "monte" o per "singola" cessione/presentazione, si verificheranno gli impatti operativi derivanti dalle indicazioni di AVCP.

Per entrambe le suddette modalità di intervento sussistono problematiche operative.

Per la gestione e anticipazione in monte dei crediti ceduti, che costituisce l'impostazione gestionale, comune fra gli Associati, operativamente si prevede che l'anticipo erogato non sia direttamente attribuibile ai singoli crediti ceduti con ciascuna cessione, ma faccia riferimento ad un ammontare rappresentato dato dal valore complessivo dei crediti in essere sulle evidenze contabili del factor. In linea di principio, seguendo un approccio "in monte" il factor, in ipotesi di anticipazione parziale (e progressiva del credito) potrebbe trovarsi ad indicare il medesimo CIG anche per erogazioni successive alla prima cessione (in quanto indicherebbe il CIG della fattura più elevata in essere non ancora pagata). Sotto tale profilo, il credito di importo maggiore dovrebbe essere selezionato fra quelle oggetto del corrispettivo.

Nel caso di erogazione per singole cessioni o nuove presentazioni, il CIG da indicare nel bonifico è quello relativo al credito con valore nominale più alto individuato fra tutti i crediti oggetto della nuova cessione/presentazione. Questa soluzione consente l'indicazione dei codici specifici della nuova presentazione, evitando il problema di rimanere agganciati alle vecchie cessioni, ma può richiedere una gestione separata delle erogazioni fra nuovo anticipo e pagamento scarti per incassi. Infatti nella cessione rotativa può succedere, anche con frequenza, di non erogare al momento della cessione, perché in attesa di incassi che consentono il rientro nel plafond, e solo successivamente di procedere a nuova erogazione di anticipo corrispettivo al cedente.

In entrambe le suddette modalità operative, nel caso in cui il cedente indichi più conti dedicati, diversi per i vari debitori, sarà comunque necessario procedere a tanti bonifici quanti sono i conti comunicati. E' pertanto opportuno, come peraltro auspicato dall'AVCP, sollecitare i clienti a lavorare con un unico conto dedicato al fine di ridurre i costi operativi dell'operazione.

Ciò implica, peraltro, una distinzione del trattamento degli anticipi da quello per gli scarti: nel caso di bonifico di scarto, non è più possibile separare le singole cessioni e l'erogazione avverrà necessariamente "in monte". Appare corretto in detta ipotesi che il CIG possa essere riferito o al credito di valore nominale più elevato a cui si riferisce l'incasso o al credito in essere più elevato oggetto di corrispettivo.

A prescindere dalla modalità prescelta per l'individuazione del CIG da indicare nei bonifici, si sottolinea che in ogni caso il factor debba assicurare la tracciabilità interna: in linea di principio i sistemi dovrebbero pertanto indicare per ogni singola fattura il relativo CIG ed essere in grado di ricostruire puntualmente i movimenti finanziari intervenuti (sino a che i sistemi informatici non saranno implementati tale tracciabilità interna potrà essere assicurata solo in via cartacea).

Oltre a ciò, è opportuno evidenziare le seguenti considerazioni di carattere generale:

- le disposizioni relative alle modalità semplificate di tracciabilità per i cessionari fanno riferimento all'“appaltatore”. In linea di principio si ritiene, tuttavia, che tale indicazione possa essere estesa per analogia all'intera filiera;
- in caso di dubbi di interpretazione, si ritiene opportuno attenersi allo spirito della normativa e delle linee guida fornite dall'AVCP e assicurare di aver posto in essere tutti i controlli e gli interventi possibili per garantire la tracciabilità dei flussi finanziari. Tale approccio è alla base del presente documento;
- la gestione delle eventuali varianti nel contratto nell'ambito della tracciabilità, in linea di principio non metterebbe in discussione quanto fatto in precedenza: ai fini operativi, si ritiene che le varianti possano essere considerate a sé stanti per gli scopi della tracciabilità;
- in alcuni contratti non è presente il CIG ma esclusivamente il CUP. In tale situazione, si ritiene che l'obiettivo di tracciare i flussi finanziari sia assicurato anche in assenza di CIG ove presente il solo CUP: è pertanto possibile procedere con l'operazione gestendo il CUP anziché il CIG;
- i servizi sanitari erogati da soggetti privati in regime di accreditamento (par. 4.5 della Determinazione 4/2011), non sono soggetti alla tracciabilità. Qualora invece tali servizi derivino da contratto di appalto o di concessione, AVCP ribadisce l'assoggettabilità agli obblighi di tracciabilità (par. 4.5 Determinazione 4/2011);
- con riferimento ai soggetti cedenti esteri con debitori italiani, si fa presente che anch'essi sono tenuti a rispettare gli obblighi di tracciabilità ma ad essi non si applicano le sanzioni;
- le erogazioni dovrebbero essere effettuate esclusivamente sui conti indicati dal cedente nell'atto di cessione, fatta salva la possibilità di variare il conto nel corso del rapporto tramite apposita comunicazione alla stazione appaltante.

La fase precontrattuale

Nella fase precontrattuale il factor raccoglie le informazioni rilevanti ai fini della predisposizione del contratto di cessione. In particolare, con riferimento alla normativa sulla tracciabilità, si ritiene che il factor raccolga, con modalità definite a discrezione delle singole società nella maniera più coerente con la propria operatività, le informazioni che la disciplina prevede come obbligatorie nel contratto.

A titolo di esempio, il factor potrebbe acquisire:

- dichiarazione da parte del cedente che esso rispetta gli obblighi di tracciabilità di cui alla Legge 136/2010;
- copia del contratto tra cedente e debitore (il contratto dovrebbe includere il relativo CIG/CUP);
- copia della comunicazione con cui l'appaltatore (o subappaltatore o subcontraente) comunica al debitore il conto dedicato.

In caso di indisponibilità del CIG/CUP potrebbe essere inoltre opportuno raccogliere anche informazioni in merito all'espletamento, da parte del cedente, di tutte le necessarie attività per l'ottenimento del CIG da parte della stazione appaltante (si veda inoltre il paragrafo "L'erogazione degli anticipi").

Sotto questo profilo, potrebbe essere opportuno includere nella documentazione:

- copia della comunicazione da parte del cedente in cui esso richiede alla stazione appaltante la comunicazione del CIG/CUP;
- lettera di manleva da parte del cedente con riferimento alle responsabilità connesse alla legge 136/2010;
- comunicazione da parte del factor al debitore in cui esso ribadisce la richiesta da parte del cedente di comunicazione del CIG/CUP relativo al contratto.

Si rileva inoltre la presenza di crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali non è prevista l'assegnazione del CIG (es. farmacie, ospedali). Si suggerisce in questo caso di far sottoscrivere una dichiarazione al cedente che trattasi di presupposto non soggetto alla L. 136.

La fase contrattuale

Il contratto di cessione deve indicare, ai fini della disciplina speciale prevista per le società di factoring, il CIG (e, ove necessario, il CUP) nonché il conto dedicato dal cessionario ai rapporti con la pubblica amministrazione (fatti salvi i casi in cui esso non è necessario ai sensi della norma).

Nel contratto di cessione sarà inoltre indicato il conto corrente dedicato del cedente sul quale il factor eseguirà il pagamento del corrispettivo.

[si riporta un fac-simile di clausola]

"Il Cedente dichiara che il pagamento del corrispettivo della cessione dei crediti da parte del Cessionario dovrà essere effettuato a mezzo bonifico bancario sul conto corrente n. _____ IBAN _____ dedicato in via non esclusiva ai sensi dell'art. 3 della Legge 136 del 13 agosto 2010, comunicato dal cedente al debitore".

Nell'operatività corrente si possono riscontrare ipotesi di atti di cessione perfezionati ante emissione la Determinazione n.4 di AVCP in cui non è riportata la clausola sopra menzionata. In detta fattispecie si ritiene che se l'atto di cessione faccia riferimento a crediti :

- esistenti, non sia possibile procedere a bonifici cumulati, salvo integrazioni dell'atto;
- futuri, sia possibile riportare l'indicazione del conto ove eseguire i bonifici sulla comunicazione di segnalazione Crediti che il Cedente effettua a seguito dell'emissione delle fatture (in tal caso se il "conto dedicato" è unico è possibile eseguire un bonifico cumulato).

In caso di indisponibilità del CIG/CUP, e nel presupposto che il Cedente abbia richiesto tali riferimenti, si ritiene opportuno includere nell'atto di cessione una clausola ove il Cedente dichiari tale indisponibilità.

[si riporta un fac-simile di clausola]

"Il Cedente dichiara di non avere ancora ricevuto la comunicazione del Codice Identificativo di Gara (e del Codice Unico di Progetto, ove necessario) da parte del debitore".

Essendo l'atto notificato alla stazione appaltante, in questo caso non è necessario l'invio, da parte del factor, della seconda lettera di richiesta del CIG/CUP di cui al paragrafo precedente.

In talune operazioni finalizzate, il cedente può riportare nel testo del contratto di appalto direttamente i riferimenti del conto dedicato del factor. In tale caso, si ritiene tracciabilità opportuno che il cedente inserisca nel contratto la comunicazione del proprio conto dedicato, indicando che in ogni caso il pagamento, per avere efficacia liberatoria, dovrà essere effettuato sul conto dedicato del factor.

Il caricamento dei crediti

Sotto un profilo di diritto l'assenza del CIG non è ostativa al carico dei crediti sulle evidenze del factor. Tale attività materiale ha esclusiva valenza interna agli Associati, trattandosi di una problematica di tipo operativo e di funzionamento dei sistemi e non di conformità alla normativa.

Dal punto di vista gestionale, caricando il credito senza CIG/CUP il factor può incorrere in un rischio operativo qualora non si sia in grado di distinguere i crediti aventi CIG/CUP ed i crediti non aventi detti riferimenti. Ogni Associato, pertanto, valuterà l'opportunità di caricare immediatamente i crediti a sistema lasciandoli in sospeso in attesa dei codici CIG/CUP ovvero di attendere la completezza delle informazioni che consentono di effettuare l'erogazione dei corrispettivi prima di immettere i crediti nei partitari.

Un ulteriore aspetto che rileva nella fase di carico dei crediti acquisiti riguarda l'opportunità che l'assenza del CIG rappresenti un blocco per l'approvabilità dei crediti pro soluto. Si ritiene che l'assenza del CIG – qualora dipendente da un inadempimento del cedente - rappresenti una violazione degli obblighi di garanzia e di collaborazione da parte del cedente che incide, in ipotesi di nullità del contratto sottostante, sulle caratteristiche di esistenza, esigibilità e liquidabilità dei crediti e pertanto figuri già, in linea di principio, fra le situazioni che causano la decadenza della garanzia pro soluto.

Le singole società potranno pertanto autonomamente decidere se l'assenza del CIG debba rappresentare un blocco formale al momento del carico dei crediti. Resta inteso che, nei casi in cui l'assenza del CIG blocchi l'approvabilità dei crediti, qualora il CIG venga recuperato successivamente, il credito riacquista l'approvabilità.

L'erogazione degli anticipi

In linea di principio, si ritiene che, al fine di osservare le linee guida AVCP, la presenza del CIG sia vincolante ai fini della possibilità di disporre l'erogazione. Si ritiene peraltro che nel caso in cui il CIG sia indisponibile in quanto non ancora comunicato da parte della stazione appaltante nonostante la richiesta da parte del Cedente, in analogia a quanto già previsto nei casi di cessione di crediti futuri o non ancora sorti, il factor possa comunque operare e adeguarsi alla normativa non appena posto in condizione di farlo: in linea generale, il factor potrà effettuare comunque i bonifici, nei quali non è possibile indicare il CIG, disponendo le erogazioni sul conto dedicato ed assumendo espresso impegno all'osservanza della Legge 136/2010; la tracciabilità sarà assicurata tramite la conservazione della documentazione idonea relativa, ad esempio, al contratto e alla richiesta alla stazione appaltante, formulata dal cedente, di rilascio del CIG e applicando integralmente la normativa non appena posto in condizione di farlo.

Si ritiene in ogni caso opportuno evidenziare che l'assenza del CIG può rappresentare esclusivamente una situazione contingente e dovuta alle attuali difficoltà di adeguamento alla normativa da parte delle stesse amministrazioni pubbliche, che allo stato corrente continuano a presentare numerose e strutturali problematiche nell'assegnazione e comunicazione dei codici richiesti dalla tracciabilità. Va da sé che l'operatività in assenza di CIG deve essere considerata una soluzione a titolo transitorio: a regime, nell'ottica di un completo recepimento e adeguamento della normativa da parte dei debitori pubblici, il CIG dovrà essere opportunamente indicato e gestito in tutte le operazioni, secondo le modalità di seguito riportate.

Nel caso di cessione di crediti verso la pubblica amministrazione, si ricorda che l'atto è notificato alla stazione appaltante che ha 45 giorni per rifiutare. In punto di diritto i termini previsti per l'accettazione della cessione da parte del debitore pubblico sono definiti e non modificabili e prescindono dalla normativa sulla tracciabilità in quanto la norma – art. 117 d.lgs.n.163/2006 – è stata dettata per disciplinare una diversa fattispecie.

Resta inteso che nel caso in cui l'assenza dei codici identificativi dipenda dalla mancata comunicazione da parte del cedente, non è possibile procedere all'erogazione dei corrispettivi. L'eventualità di specificarlo nell'atto di cessione è una valutazione di opportunità demandata alle singole società ma non una necessità normativa che sul punto appare chiara.

Al momento dell'erogazione dell'anticipo in presenza di una molteplicità di crediti sottostanti, si prevede che la società di factoring indichi nel bonifico il CIG relativo al credito/fattura più elevato (in termini di valore nominale), purché l'intermediario finanziario sia sempre in grado di ricostruire nei propri sistemi interni la corretta associazione tra CIG e relativi crediti.

Come già sottolineato, sono state evidenziate due possibili modalità di individuazione dei codici da indicare nel bonifico che dipendono dalle modalità operative interne (erogazione in monte, erogazione per singole presentazioni). Si ritiene che la modalità operativa utilizzata nelle singole società non rilevi ai fini della tracciabilità, in quanto le disposizioni richiedono l'indicazione di un CIG rappresentativo, mentre la tracciabilità dei singoli flussi viene garantita sia internamente sia tramite la canalizzazione dei bonifici sul "conto dedicato".

Ai fini di facilitare il rispetto delle condizioni per la tracciabilità previste in capo al cedente e altresì per facilitare le attività di ricostruzione ex post dei relativi movimenti finanziari, si suggerisce inoltre di predisporre procedure, reportistica e/o comunicazioni da cui sia possibile desumere il dettaglio dei CIG e degli importi erogati tramite il bonifico stesso.

Nei casi di anticipazioni su crediti soggetti a tracciabilità “attenuata”, in cui può non essere presente il CIG, si ritiene di poter estendere quanto già previsto in caso di erogazioni per anticipi su crediti futuri, ovvero: “...Per quanto attiene ad eventuali cessioni di crediti futuri e/o non ancora sorti, la tracciabilità deve essere, comunque, assicurata, anche se in tale caso non è ovviamente possibile indicare il CIG/CUP nell’anticipo effettuato all’operatore economico, fermo restando l’onere di conservare idonea documentazione e di applicare integralmente la normativa sulla tracciabilità una volta stipulato il contratto di appalto cui si riferiscono i crediti ceduti.”

La gestione degli incassi e l’erogazione dei bonifici di scarto

Sotto il profilo della gestione degli incassi, va premesso che l’intermediario finanziario deve attendersi di ricevere dal debitore pubblico, soggetto alle norme di tracciabilità, il pagamento con l’indicazione della fattura e del relativo CIG/CUP.

Al momento del bonifico di scarto, in base all’operatività osservata da ciascun Associato, si dovrebbe indicare:

- il CIG/CUP della fattura con valore nominale più elevato fra quelle oggetto di erogazione
- il CIG/CUP della fattura con valore nominale più elevato fra quelle per cui si è ricevuto l’incasso nel periodo considerato.

Si ricorda che anche in presenza di una gestione per singole presentazioni, i bonifici di scarto sono gestiti “in monte”.

In linea generale, nel momento in cui si riceve il pagamento di una fattura con il suo CIG e ne ricorrano le condizioni, si procede all’effettuazione del bonifico di scarto.

Ciò nella prassi operativa non è tuttavia automatico e spesso richiede un pesante lavoro di contatto e chiarimento con i debitori, che allo stato attuale continuano a presentare gravi difetti di conformità rispetto alle norme in esame.

Sotto questo profilo, si considera che:

- gli obblighi di tracciabilità da parte del factor riguardano esclusivamente il cliente del factor, ovvero il cedente e, pertanto, hanno ad oggetto la fase dell’erogazione al Cliente. Il debitore ceduto non è controparte contrattuale del factor (ad eccezione dei casi di dilazione) e non vi sono pertanto obblighi di tracciabilità nei suoi confronti;
- i flussi informativi generati dalle banche mancano, ad oggi, di campi strutturati che consentano il controllo informatico dell’incasso. Ogni controllo di tipo manuale, oltre ad essere impraticabile nella sostanza, esporrebbe gli operatori a rilevanti rischi operativi.

Ciò premesso, si ribadisce che il factor può operare esclusivamente sulla base delle informazioni contenute nel contratto sottostante i crediti ceduti e in nessun caso può essere chiamato ad effettuare controlli sugli incassi ricevuti.

Va inoltre sottolineato che il factor non può avere responsabilità in caso di errore di una qualsiasi delle controparti (il cedente o il debitore ceduto).

Se il debitore successivamente alla notifica della cessione (cfr. paragrafi precedenti) contesta formalmente il CIG/CUP, il factor può provvedere – previo contatto con il Cedente e sino alla data di erogazione delle relative fatture - alla correzione, altrimenti deve necessariamente far valere il CIG/CUP caricato a sistema e associato al numero di fattura oggetto di pagamento.

BOZZA

5. LA TRACCIABILITÀ NELLA FILIERA DELLE IMPRESE E LA CESSIONE DEL CREDITO

Come detto, gli obblighi di tracciabilità sono estesi, ai sensi della legge 136/2010, anche ai soggetti inclusi nella cosiddetta “filiera delle imprese”, interessati a qualsiasi titolo ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche. L’articolo 6, comma 3, del d.l. n. 187/2010 ha chiarito che l’espressione “filiera delle imprese” si intende riferita “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”.

Con riferimento alla cessione dei crediti nell’ambito di un contratto di factoring, le indicazioni operative precedentemente fornite in merito alle cessioni di crediti verso soggetti pubblici devono essere considerate valide, specularmente, anche per crediti verso soggetti privati appartenenti a tale “filiera”, tenendo però conto di alcune specificità del caso.

Innanzitutto, va precisato che il vero problema nel caso della filiera sia in effetti “a monte”, ovvero nel determinare quando ci si trovi nell’ambito di una filiera.

Sotto questo profilo, si richiama l’attenzione sull’opportunità di svolgere, in fase istruttoria, una adeguata verifica dei crediti da acquistarsi, valutando i contratti sottostanti per evidenziare quelli che presentano l’assunzione degli obblighi di tracciabilità di cui all’art. 3 della Legge 136/2010. Si ribadisce in ogni caso come il factor possa operare esclusivamente in base alle informazioni risultanti dalla documentazione consegnata dal cliente e che nessun controllo è richiesto ad esso factor oltre tale documentazione. Per tale ragione, il factor non può essere responsabile in alcun modo di eventuali inadempimenti e omissioni a monte nella filiera di cui può non avere conoscenza: in assenza di evidenza dal contratto dell’assoggettabilità di quest’ultimo alla normativa sulla tracciabilità, il factor gestirà pertanto la posizione secondo la normale operatività.

Sotto questo profilo, si evidenzia inoltre come lo stesso art. 3 della Legge 136/2010 preveda che:

Art. 3. Tracciabilità dei flussi finanziari

...

9. La stazione appaltante verifica che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1 sia inserita, a pena di nullità assoluta, un’apposita clausola con la quale ciascuno di essi assume gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge.

...

Il controllo sulla assunzione degli obblighi di tracciabilità è pertanto a carico della stazione appaltante.

Passando alla fase contrattuale, si ritiene che sia possibile, allo stato attuale, non modificare la modulistica in essere presso le singole società. Qualora necessario, può ritenersi sufficiente integrare la modulistica con una dichiarazione collaterale da parte del cedente in cui viene comunicato il conto da esso dedicato, da allegare alla stessa insieme all'indicazione dei relativi codici e da notificare al debitore ceduto.

Eventuali modifiche alla modulistica di cessione potranno essere valutate in futuro, ferme ovviamente le diverse esigenze dei singoli Associati.

BOZZA

APPENDICE 1

Si riporta il testo coordinato dell'art. 3 della Legge 13 agosto 2010, n. 136 come modificato dall'art. 6 della Legge 17 dicembre 2010, n. 217 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 12 novembre 2010, n. 187.

Art. 3. Tracciabilità dei flussi finanziari

1. Per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, fermo restando quanto previsto dal comma 5, alle commesse pubbliche. Tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo periodo devono essere registrati sui conti correnti dedicati e, salvo quanto previsto al comma 3, 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.

2. I pagamenti destinati a dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali nonché quelli destinati alla provvista di immobilizzazioni tecniche sono eseguiti tramite conto corrente dedicato di cui al comma 1, anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto, anche se questo non è riferibile in via esclusiva alla realizzazione degli interventi di cui al medesimo comma 1.

3. 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, fermo restando l'obbligo di documentazione della spesa. Per le spese giornaliere, di importo inferiore o uguale a 1.500 euro, relative agli interventi di cui al comma 1, possono essere utilizzati sistemi diversi dal bonifico bancario o postale, fermi restando il divieto di impiego del contante e l'obbligo di documentazione della spesa. L'eventuale costituzione di un fondo cassa cui attingere per spese giornaliere, salvo l'obbligo di rendicontazione, deve essere effettuata tramite bonifico bancario o postale o altro strumento di pagamento idoneo a consentire la tracciabilità delle operazioni, in favore di uno o più dipendenti.

4. 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 dedicati 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.

5. Ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui al comma 1, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP). In regime transitorio, sino all'adeguamento dei sistemi telematici delle banche e della società Poste italiane Spa, il CUP può essere inserito nello spazio destinato alla trascrizione della motivazione del pagamento.

6. (comma abrogato)

7. I soggetti di cui al comma 1 comunicano alla stazione appaltante o all'amministrazione concedente gli estremi identificativi dei conti correnti dedicati di cui al medesimo comma 1 entro sette giorni dalla loro accensione o, nel caso di conti correnti già esistenti, dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica,

nonché, nello stesso termine, le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi. Gli stessi soggetti provvedono, altresì, a comunicare ogni modifica relativa ai dati trasmessi.

8. La stazione appaltante, nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1, inserisce, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale essi assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge. L'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente che ha notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria di cui al presente articolo ne dà immediata comunicazione alla stazione appaltante e alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente.

9. La stazione appaltante verifica che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1 sia inserita, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale ciascuno di essi assume gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge.

9-bis. Il mancato utilizzo del bonifico bancario o postale ovvero degli altri strumenti idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni costituisce causa di risoluzione del contratto.

APPENDICE 2

Si riporta il testo della Determinazione AVCP n. 4 del 7 luglio 2011.

BOZZA

Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011

LINEE GUIDA SULLA TRACCIABILITA' DEI FLUSSI FINANZIARI AI SENSI DELL'ARTICOLO 3 DELLA LEGGE 13 AGOSTO 2010, N. 136

Premessa

Il 7 settembre 2010 è entrato in vigore il “*Piano straordinario contro le mafie*”, varato con legge n. 136 del 13 agosto 2010, che prevede importanti misure di contrasto alla criminalità organizzata e nuovi strumenti per prevenire infiltrazioni criminali.

Lo strumento della tracciabilità è disciplinato principalmente dall'art. 3 e dall'art. 6 della legge n. 136 che hanno già subito una importante modifica ad opera del decreto legge n. 187 del 12 novembre 2010, in materia di sicurezza pubblica, convertito con legge n. 217 del 2010 (in G.U. del 18 dicembre 2010). In particolare, con tali provvedimenti normativi sono state apportate modifiche al predetto art. 3 della legge n. 136/2010, mentre l'art. 6 del decreto n. 187/2010, come modificato dalla relativa legge di conversione, ha, da un lato, introdotto la disciplina transitoria sulla tracciabilità dei pagamenti per i contratti di appalto in corso al 7 settembre 2010 e, dall'altro, chiarito, con interpretazione autentica, alcune importanti espressioni contenute nel testo dell'art. 3.

L'Autorità ha adottato, in materia, due atti di determinazione, rispettivamente n. 8 del 18 novembre 2010, recante “*Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136 come modificata dal D.L. 12 novembre 2010, n. 187*”, e n. 10 del 22 dicembre 2010, recante “*Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari*”. La prima adottata all'indomani della pubblicazione sulla G.U. del d.l. n. 187/2010; la seconda, adottata a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 217/2010, di conversione del d.l. 187/2010.

A far data dal 2 maggio 2011 è entrato, inoltre, in funzione un sistema semplificato per l'acquisizione del CIG per talune fattispecie.

Alla luce dell'esperienza acquisita nel primo periodo di applicazione della legge, l'Autorità ritiene necessario emanare una nuova determinazione che riordini quanto affermato nei

precedenti atti e fornisca nuove linee interpretative ed applicative anche in relazione ad alcune specifiche fattispecie.

Pertanto, la presente determinazione è da considerarsi sostitutiva delle due precedenti determinazioni n. 8 e n. 10 del 2010.

Sulla base di quanto sopra considerato,

IL CONSIGLIO

approva le linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

Il Presidente Relatore
Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 8 luglio 2011
Il Segretario: Maria Esposito

Indice

1. Le finalità della legge n. 136/2010.....	5
2. Entrata in vigore e regime transitorio	8
2.1 Contratti sottoscritti dopo il 7 settembre 2010	8
2.2 Contratti sottoscritti prima del 7 settembre 2010	9
2.3 L'adeguamento automatico	10
3. Ambito di applicazione	11
3.1 Soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità.....	11
3.2 La filiera delle imprese	11
3.2.1 Esemplicazioni di filiera rilevante per i contratti di servizi e forniture.....	15
3.3 Concessionari di finanziamenti pubblici anche europei	18
3.4 I flussi finanziari soggetti a tracciabilità	19
3.5 Concessioni di lavori e servizi	21
3.6 Tracciabilità tra soggetti pubblici.....	22
3.7 Contratti con operatori non stabiliti in Italia	23
3.8 Contratti nei settori speciali	25
3.9 Contratti di servizi esclusi di cui al Titolo II, parte I, del Codice	25
3.10 Contratti ex articolo 25 del Codice	26
3.11 Contratti di sponsorizzazione ex articolo 26 del Codice	27
3.12 Incarichi di collaborazione	27
3.13 Amministrazione diretta e cottimo fiduciario	28
3.14 Ipotesi peculiari	28
Raggruppamenti temporanei di imprese, consorzi ed imprese riunite	28
Cash pooling.....	29
Compensazione e datio in solutum ex articolo 53, comma 6 del Codice	30
4. Fattispecie specifiche	30
4.1 Servizi bancari e finanziari.....	30
4.2 Servizio di tesoreria degli enti locali.....	31
4.3 Servizi legali.....	32
4.4 Servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto.....	32
4.5 Servizi sanitari	33

4.6	Erogazioni e liberalità a favore di soggetti indigenti	34
4.7	Servizi di ingegneria ed architettura	34
4.8	Contratti stipulati dalle agenzie di viaggio	35
4.9	Cessione dei crediti.....	35
4.10	Contratti nel settore assicurativo.....	36
4.11	Contratti di associazione.....	37
4.12	Contratti dell'autorità giudiziaria	37
4.13	Risarcimenti ed indennizzi	38
4.14	Cauzioni.....	38
5.	Modalità di attuazione della tracciabilità	39
5.1	Utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati	39
5.2	Reintegro dei conti correnti dedicati	41
5.3	Utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili	41
6.	Richiesta ed indicazione del CIG e del CUP.....	43
6.1	Il codice CUP	43
6.2	Il codice CIG	44
6.3	Casi di semplificazione del CIG	46
6.4	Il CIG negli accordi quadro	46
6.5	Il CIG nelle gare divise in più lotti.....	47
6.6	Acquisti destinati a più commesse	47
7.	La tracciabilità attenuata	47
7.1	Pagamenti ex art. 3, comma 2	48
7.2	Pagamenti ex art. 3, comma 3	49
7.3	Utilizzo di carte carburante.....	49
7.4	Pagamenti delle utenze della pubblica amministrazione.....	49
8.	Il fondo economale	50
9.	Comunicazioni.....	51

1. Le finalità della legge n. 136/2010

E' necessario preliminarmente svolgere alcune riflessioni di carattere generale sulle finalità della legge n. 136/2010, al fine di cogliere la reale portata delle disposizioni sulla tracciabilità e, soprattutto, di delineare una linea guida interpretativa generale, che consenta di inquadrare le specifiche fattispecie che possono presentarsi nell'esperienza concreta, mediante un approccio di tipo sistematico.

Ciò allo scopo di individuare la chiave di lettura che permetta di sciogliere eventuali dubbi interpretativi, affinché gli enti affidanti e gli operatori economici possano identificare, caso per caso, le corrette regole applicative da seguire, atteso che la valutazione in ordine all'assoggettabilità alla tracciabilità delle singole fattispecie rimane di loro esclusiva competenza.

A tale scopo, è opportuno rammentare che le disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari sono dettate da una legge contenente misure di contrasto alla criminalità organizzata, denominata "*piano straordinario contro le mafie*", legge che è stata approvata all'unanimità dal Parlamento.

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

La legge n. 136/2010 costituisce, pertanto, la sintesi di un approccio innovativo alle strategie di contrasto dei tentativi di penetrazione mafiosa nell'economia legale, di cui le disposizioni sulla tracciabilità rappresentano solo un tassello, anche se fondamentale.

Con l'obiettivo di prevenire le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici, la norma prevede, infatti, che tutti i movimenti finanziari connessi a contratti di appalto (e relativi subappalti e subcontratti) debbano essere effettuati secondo modalità, stabilite nella medesima norma, che ne garantiscano la piena tracciabilità.

Obiettivo finale dell'impianto normativo è principalmente quello di anticipare, il più a monte possibile, la soglia di prevenzione, creando meccanismi che consentano di intercettare i

fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica, attraverso una rete di monitoraggio idonea 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.

Il percorso di prevenzione disegnato dal legislatore con la legge n. 136/2010 organizza e mette a regime esperienze e prassi consolidate, sia pure calibrate su specifici interventi o settori di attività: l'art. 3 della legge n. 136/2010 generalizza una forma di controllo dei contratti pubblici, quella della tracciabilità finanziaria, che non costituisce un inedito nel nostro panorama legislativo. Essa, infatti, trova un precedente immediato nelle previsioni che, in sede correttiva, sono state inserite nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, ossia nel Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d'ora in avanti denominato Codice). In effetti, con il secondo decreto correttivo (decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113) è stato modificato l'art. 176 del Codice, dedicato all'affidamento a contraente generale, stabilendo che il contenuto degli accordi per la sicurezza antimafia delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi di carattere strategico deve conformarsi alle decisioni del CIPE, le quali, a loro volta, vengono adottate sulla base delle linee-guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, organismo istituito ai sensi dell'art. 15, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, in seguito "confluito" nell'art. 180 del Codice. Inoltre, le prescrizioni del CIPE, oltre ad essere vincolanti per l'intera filiera degli esecutori dell'opera pubblica (precisa la norma che l'impresa aggiudicataria è tenuta a trasferire i propri obblighi antimafia agli altri operatori economici che, a qualunque titolo, partecipano alla realizzazione dei lavori), possono prevedere misure per il controllo dei flussi finanziari, inclusi quelli concernenti le risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori ai sensi dell'art. 175 del Codice (*project financing*) e quelli derivanti da qualunque altra modalità di finanza di progetto. Più oltre, la norma puntualizza che lo schema di articolazione del monitoraggio finanziario è definito sempre dal CIPE, che può indicare, a questo scopo, anche soglie inferiori ai limiti previsti dalla normativa in materia di prevenzione del riciclaggio.

Inoltre la tracciabilità ha trovato applicazione per specifici interventi quali la ricostruzione in Abruzzo e la realizzazione dell'Expo 2015, con espresse disposizioni di legge, ed i relativi

provvedimenti attuativi. Una funzione di indirizzo è stata svolta, nello specifico campo delle grandi opere e degli interventi relativi ad Abruzzo ed Expo 2015, dall'apposito Comitato di coordinamento istituito presso il Ministero dell'interno, di cui all'articolo 180 del Codice dei Contratti. Le linee guida emanate dal CASGO costituiscono un puntuale parametro interpretativo della normativa sulla tracciabilità.

Sono, poi, distinte le procedure di tracciabilità finanziaria a fini antimafia dai protocolli di monitoraggio finanziario, che riguardano le spese per investimenti pubblici o le contribuzioni a carico di fondi di sostegno allo sviluppo. Si veda in tal senso, da ultimo, la legge 18 giugno 2009, n. 69 recante *«Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»*, il cui art. 14 recita: *«Per prevenire l'indebito utilizzo delle risorse stanziare nell'ambito della programmazione unitaria della politica regionale per il periodo 2007-2013, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri interessati, sono definite le modalità e le procedure necessarie a garantire l'effettiva tracciabilità dei flussi finanziari relativi all'utilizzo, da parte dei soggetti beneficiari delle agevolazioni, delle risorse pubbliche e private impiegate per la realizzazione degli interventi oggetto di finanziamento a valere sui Fondi strutturali comunitari e sul fondo per le aree sottoutilizzate, di cui all'articolo 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono tenute, nell'utilizzo delle risorse dei predetti Fondi loro assegnate, ad applicare le modalità e le procedure definite dal decreto di cui al periodo precedente»*.

In linea generale, la *ratio* delle norme dettate dalla legge n. 136/2010 è, quindi, quella di prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale. A tal fine, tra l'altro, la legge prevede che i flussi finanziari, provenienti da soggetti tenuti all'osservanza del Codice e diretti ad operatori economici aggiudicatari di un contratto di appalto di lavori, servizi o forniture, debbano essere tracciati, in modo tale che ogni incasso e pagamento possa essere controllato *ex post*. Dunque, la legge non si occupa dell'efficienza della spesa pubblica, ma si preoccupa di stabilire un meccanismo che consenta agli investigatori di seguire il flusso finanziario proveniente da un contratto di appalto, al fine di identificare il soggetto che

percepisce il denaro pubblico, con la finalità di evitare, mediante un meccanismo di trasparenza, che finisca nelle mani delle mafie.

L'informazione tracciante opera con le stesse proprietà di un codice identificativo e deve, pertanto, essere funzionale all'attività ricostruttiva dei flussi; inoltre, occorre garantire che non sia dispersa l'informazione finanziaria identificativa del contratto o del finanziamento pubblico a cui è correlata ogni singola movimentazione di denaro soggetta a tracciabilità.

I pilastri fondamentali dell'art. 3 della legge n. 136/2010 sono:

- a) l'utilizzo di conti correnti dedicati per l'incasso ed i pagamenti di movimentazioni finanziarie derivanti da contratto di appalto;
- b) il divieto di utilizzo del contante per incassi e pagamenti di cui al punto a) e di movimentazioni in contante sui conti dedicati;
- c) l'obbligo di utilizzo di strumenti tracciabili per i pagamenti.

Resta ferma, infine, l'applicazione delle ulteriori disposizioni dettate in materia di contrasto alla criminalità organizzata, ove prevedano controlli più stringenti rispetto alle misure di cui alla legge n. 136/2010.

2. Entrata in vigore e regime transitorio

2.1 Contratti sottoscritti dopo il 7 settembre 2010

La legge n. 136/2010 non prevedeva espressamente una disciplina transitoria, circostanza che aveva dato adito ad interpretazioni divergenti.

Il profilo trova oggi un'esplicita disciplina all'art. 6, comma 1, del d.l. n. 187/2010, il quale dispone che *“l'articolo 3 della legge 13 agosto 2010 n. 136 si interpreta nel senso che le disposizioni ivi contenute si applicano ai contratti indicati dallo stesso articolo 3 sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge e ai contratti di subappalto e ai subcontratti da essi derivanti”*.

Di conseguenza, devono, in primo luogo, ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti sottoscritti dopo la data del 7 settembre 2010 e più in particolare:

- a) i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge, relativi a bandi pubblicati dopo la data del 7 settembre 2010;
- b) i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché relativi a bandi pubblicati in data antecedente al 7 settembre 2010;
- c) i subappalti ed i subcontratti derivanti dai contratti elencati.

Tali contratti devono recare, sin dalla sottoscrizione, la clausola relativa agli obblighi di tracciabilità, pena la nullità degli stessi, come espressamente disposto dall'art. 3, comma 8, della legge n. 136/2010. Naturalmente, ciò che rileva è la data della stipula del contratto (*ex art. 11, comma 13 del Codice*) e non l'aggiudicazione definitiva, né tanto meno quella provvisoria (*ex art. 11, commi 4 e segg. del Codice*).

Ogni nuovo rapporto contrattuale, quindi, è sottoposto all'applicazione dell'art. 3, dal momento che, in occasione della stipulazione dei contratti, sarà possibile inserire anche le clausole sulla tracciabilità.

Pertanto, sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti aventi ad oggetto i lavori o servizi complementari, per quanto collegati ad un contratto stipulato antecedentemente (cfr. art. 57, comma 5, lett. a) del Codice), nonché i nuovi contratti, originati dalle circostanze indicate dall'art. 140 del Codice (fallimento dell'appaltatore, risoluzione per grave inadempimento) oppure, ancora, aventi ad oggetto varianti in corso d'opera che superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto (art. 132 del Codice ed artt. 161 e 311 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), in quanto tutte fattispecie ascrivibili ad un nuovo contratto.

2.2 Contratti sottoscritti prima del 7 settembre 2010

Per i contratti sottoscritti in data antecedente al 7 settembre 2010 è stata introdotta una norma transitoria *ad hoc*, successivamente modificata in sede di conversione del d.l. n. 187/2010. Nella versione originaria, l'art. 6, comma 2, del d.l. n. 187/2010 prevedeva l'adeguamento di tali contratti (e dei contratti di subappalto ed i subcontratti da essi derivanti), entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 136/2010 e, pertanto, entro la data del 7 marzo 2011. Sulla base del quadro normativo risultante dalle modifiche apportate dalla legge di conversione al decreto legge n. 187/2010 (legge n. 217/2010), il periodo transitorio, entro

cui le parti interessate devono adeguare i contratti sottoscritti prima della data del 7 settembre 2010 alle prescrizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari, è stato prorogato alla data del 17 giugno 2011 (centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 217/2010).

Spirato tale termine, ogni contratto sarà sottoposto alle disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari senza possibilità di ulteriori deroghe o proroghe.

2.3 L'adeguamento automatico

Il comma 2 dell'art. 6 prevede che, ai sensi dell'art. 1374 del codice civile, i contratti sottoscritti prima del 7 settembre 2010, qualora non abbiano esaurito i propri effetti alla data di scadenza del periodo transitorio, *“si intendono automaticamente integrati con le clausole di tracciabilità previste dai commi 8 e 9 del citato articolo 3 della legge n. 136 del 2010 e successive modificazioni”*. L'art. 1374 c.c. stabilisce che il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.

Con specifico riguardo agli obblighi di tracciabilità, in conseguenza di tale previsione, qualora alla scadenza del periodo transitorio le parti non abbiano provveduto ad adeguare i contratti su base volontaria, detti contratti devono considerarsi automaticamente integrati senza necessità di sottoscrivere atti negoziali supplementari e/o integrativi.

Il meccanismo di integrazione automatica, valido sia per i contratti principali che per i contratti a valle (subappalti o subcontratti), è, quindi, idoneo ad evitare la grave conseguenza della nullità assoluta dei contratti sprovvisti delle clausole della tracciabilità alla scadenza del periodo transitorio, sancita dal comma 8 dell'art. 6 della legge n. 136/2010, consentendo, altresì, di abbattere gli elevati costi connessi alla stipula di eventuali atti aggiuntivi.

L'integrazione automatica dei contratti semplifica, inoltre, gli oneri di controllo posti in capo alle stazioni appaltanti dal comma 9 dell'art. 3 della legge n. 136/2010, per i contratti antecedenti alla data del 7 settembre 2010 ed in corso di esecuzione alla scadenza del periodo transitorio, dal momento che anch'essi, come osservato, devono intendersi automaticamente emendati in senso conforme ai nuovi obblighi di tracciabilità.

Al riguardo, è opportuno che le stazioni appaltanti, per i contratti in corso di esecuzione alla scadenza del periodo transitorio, inviino agli operatori economici una comunicazione con la

quale si evidenzia l'avvenuta integrazione automatica del contratto principale e dei contratti da esso derivati. In detta comunicazione, le stazioni appaltanti provvedono, inoltre, a comunicare il CIG (e l'eventuale CUP) del contratto, laddove non precedentemente previsto.

3. Ambito di applicazione

3.1 Soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità

In linea generale, in considerazione del fatto che la normativa in esame ha finalità antimafia e che la normativa antimafia trova applicazione generalizzata ai contratti pubblici, sono senz'altro tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti sottoposti all'applicazione del Codice; di conseguenza l'articolo 3 della legge n.136 si applica alle *“stazioni appaltanti”*, definite all'art. 3, comma 33, del Codice come *“le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32”* ed agli enti aggiudicatori di cui all'art. 207 del Codice, ivi incluse le imprese pubbliche. Si rammenta che le amministrazioni aggiudicatrici, a loro volta, sono individuate dal comma 25 del richiamato articolo, che menziona *“le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”*.

3.2 La filiera delle imprese

Il comma 1 dell'art. 3 della legge n. 136/2010 afferma: *“Gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali (...)”*.

Nel definire la nozione di “filiera” è necessario tener presente la *ratio* ispiratrice delle norme in questione, ravvisabile, come visto, nella finalità di prevenire infiltrazioni malavitose, di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo anticoncorrenziale e di facilitare l'attività di investigazione, permettendo un più agevole controllo *ex post* degli incassi e dei pagamenti connessi alle commesse pubbliche.

Si comprende, allora, come il concetto di filiera delle imprese abbia assunto un ruolo chiave nell'interpretazione degli obblighi scaturenti dall'art. 3 della legge n. 136/2010.

A riguardo si osserva che il decreto legge n. 187/2010, all'art. 6, comma 3, ha indicato i confini perimetrali della nozione, facendovi rientrare i subappalti di cui all'art. 118 del Codice, nonché i subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto. L'art. 6, comma 3, del d.l. n. 187/2010 chiarisce che l'espressione "*filiera delle imprese*" si intende riferita "*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*". Pertanto, la dizione "contratti di subappalto" include i subappalti e i subcontratti "assimilati" ai subappalti ai sensi dell'art. 118, comma 11, prima parte, del Codice; la dizione "subcontratti" designa, invece, l'insieme più ampio dei contratti derivati dall'appalto, ancorché non qualificabili come subappalti. Pertanto, la tracciabilità si applica anche ai subcontratti che non prevedono apporto di manodopera e/o non superano i limiti quantitativi indicati nell'art. 118, comma 11, del Codice.

In argomento, si rammenta che il d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, recante il regolamento in materia di rilascio delle informazioni antimafia a seguito di accesso nei cantieri, all'art. 1, precisa che le imprese interessate 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*". Ciò risulta anche coerente con la finalità di interesse pubblico che impone all'appaltatore l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante il nominativo del subcontraente, l'importo e l'oggetto del contratto per i subcontratti stipulati per l'esecuzione del contratto principale, a prescindere dalla loro riconducibilità alla definizione di subappalto ai sensi dell'art. 118, comma 11, del Codice (cfr., in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. I, 12 novembre 2008, n. 10059). D'altra parte, l'autorizzazione della stazione appaltante, disciplinata al citato art. 118, comma 8, è richiesta anche per i subcontratti di importo inferiore al 2% dell'importo della prestazione affidata o di importo inferiore a 100.000 euro (come chiarito dall'Autorità nella determinazione n. 6 del 27 febbraio 2003), proprio in ragione del potere di controllo, con finalità di ordine pubblico, inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche, con

conseguente carattere pubblicistico della valutazione riservata alla pubblica amministrazione (Consiglio di Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713).

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, guardiania, progettazione, mensa di cantiere, pulizie di cantiere (cfr., al riguardo, le Linee guida antimafia di cui all'art. 16, comma 4, del decreto legge 28 aprile 2009, n. 39, recante *"Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile"*).

Ai fini dell'assoggettabilità 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 dagli operatori economici. E' possibile, peraltro, che il primo operatore economico della filiera possa rivestire, al contempo, la qualifica di stazione appaltante, tenuta all'espletamento di procedure di gara per l'individuazione dei propri subcontraenti. In tal caso, ovviamente, oltre al tracciamento dei flussi a monte, sarà il medesimo operatore economico ad agire, a fini di tracciabilità, come stazione appaltante, assumendo in questa veste i conseguenti obblighi comportamentali, quali l'acquisizione del CIG.

In merito all'estensione della filiera, risulta chiaro, l'intento del legislatore di ampliare quanto più possibile il perimetro della tracciabilità dei flussi finanziari collegati a commesse pubbliche; tuttavia, occorre ricercare un criterio di ragionevolezza che permetta di definire la nozione di filiera rilevante, evitando di includervi fattispecie contrattuali lontane dall'appalto principale. In altri termini, se è pacifica l'inclusione dell'appaltatore e del subappaltatore nella filiera, molti dubbi, come testimonia il numero elevatissimo di quesiti in argomento sottoposti all'attenzione dell'Autorità, suscita la figura del subcontraente, espressamente indicata dall'art. 3 della legge n. 136/2010.

Il criterio a cui ricorrere è, anche in tal caso, quello della stretta dipendenza funzionale della prestazione oggetto del subcontratto rispetto a quella dell'appalto principale, da applicare in relazione alle concrete modalità del ciclo di esecuzione dell'appalto, vale a dire della capacità delle parti dell'appalto di selezionare *ex ante* le sole attività necessarie in via immediata per

realizzare il servizio o la fornitura pubblici. Di conseguenza, ciò che rileva non è tanto il grado dell'affidamento o del sub-affidamento, ma la sua tipologia (subappalto o subcontratto necessario a qualsiasi titolo per l'esecuzione del contratto principale), a prescindere dalla posizione che il subcontraente occupa nella catena dell'organizzazione imprenditoriale.

Si deve trattare, dunque, di subcontratti che presentano un filo di derivazione dal contratto principale, nel senso di essere attinenti all'oggetto di tale contratto. Andrebbero escluse, pertanto, quelle tipologie di attività collaterali, in cui viene a scemare il nesso di collegamento con il contratto principale. Nesso che, invece, permane anche quando il contratto derivato non presenti un asservimento esclusivo rispetto a quello principale.

Quanto sinora esposto, per gli appalti di fornitura, induce a ritenere che l'ultimo rapporto contrattuale rilevante ai fini della tracciabilità dovrebbe essere quello relativo alla realizzazione del bene oggetto della fornitura principale, con esclusione dalla filiera rilevante di tutte le sub-forniture destinate a realizzare il prodotto finito: si tratta di subforniture di componentistica o di materie prime necessarie per lo svolgimento dell'attività principale dell'operatore economico – assemblaggio o produzione del prodotto finale – indipendentemente dal successivo utilizzo o destinazione (ad un soggetto pubblico o privato) dello stesso prodotto finale.

Questa regola generale dovrebbe, però, tenere conto dei casi particolari nei quali l'oggetto della prestazione del subcontratto torna ad assumere diretta e specifica rilevanza ai fini dell'esecuzione della prestazione principale dell'appalto. Ciò avviene, ad esempio, nel caso in cui i beni o i servizi oggetto del subcontratto presentino caratteristiche di unicità o specificità tali da risultare essenziali ai fini della realizzazione del prodotto/servizio destinato alla pubblica amministrazione. In questi casi, infatti, anche la fornitura della materia prima può ritenersi funzionalmente collegata all'esecuzione dell'appalto e, quindi, inclusa nella filiera rilevante.

Non sono, invece, sottoposti alla normativa di cui all'art. 3 della legge n. 136/2010 i contratti finalizzati all'acquisto di beni che confluiscono nelle scorte di magazzino dell'operatore economico, qualora i medesimi contratti precedano l'affidamento della commessa pubblica e prescindano da quest'ultima. In tale caso, infatti, viene meno l'elemento della dipendenza funzionale della prestazione dall'appalto e, quindi, non sussistono i presupposti per

l'inclusione del rapporto contrattuale nella filiera rilevante. Chiaramente, il ricorso ad acquisti destinati a magazzino non deve tradursi in uno strumento di elusione della tracciabilità.

3.2.1 Esemplicazioni di filiera rilevante per i contratti di servizi e forniture

A differenza del settore dei lavori pubblici, per il quale una esemplificazione della filiera rilevante è rinvenibile nella normativa di settore citata e nelle Linee Guida per l'Abruzzo, nel settore dei servizi e delle forniture occorre fare riferimento ai criteri generali evidenziati nel paragrafo precedente, effettuando una valutazione in relazione al ciclo dello specifico appalto. Si riporta, a mero titolo esemplificativo, una casistica di possibili ipotesi di filiera rilevante in relazione ad alcune tipologie di contratti. Si tratta solo di ipotesi generali che, quindi, non hanno alcuna pretesa di esaustività: le prestazioni dei singoli contratti devono, comunque, essere valutate dalle stazioni appaltanti e dagli operatori economici nel rispetto, imprescindibile, dell'obiettivo della norma di prevenire le infiltrazioni criminali nei diversi settori economici.

1) *Appalto di un ente locale avente ad oggetto la fornitura di libri, destinati, ad esempio, ad una biblioteca pubblica.*

L'appalto viene aggiudicato ad un'impresa distributrice (grossista) che stipula subcontratti con le imprese editoriali per la provvista dei volumi. Poiché i beni (libri) oggetto della fornitura principale non sono direttamente realizzati e stampati dal grossista, bensì dall'impresa editrice, il subcontratto tra questi ultimi soggetti può essere considerato come funzionalmente collegato all'esecuzione del contratto di appalto e, quindi, è soggetto alla disciplina della tracciabilità.

Al contrario, gli obblighi di tracciabilità non dovranno applicarsi ai rapporti contrattuali conclusi dall'impresa editoriale con i propri fornitori, relativi, ad esempio, all'acquisto di partite di carta o di altri materiali, macchinari e servizi necessari per la stampa dei libri, tanto nel caso in cui l'impresa editrice sia essa stessa affidataria dell'appalto, quanto nel caso, sopra illustrato, in cui fornisca i beni all'impresa di distribuzione esecutrice del contratto di appalto con la pubblica amministrazione.

- 2) *Appalto consistente nella fornitura standard di personal computer o di strumentazioni elettroniche in favore di una pubblica amministrazione.*

L'appaltatore è il diretto produttore del *personal computer* o degli strumenti elettronici oggetto della fornitura, ma acquista da terzi fornitori la componentistica necessaria per l'assemblaggio. In questo caso, si ritiene possano essere esclusi dalla filiera rilevante i fornitori della componentistica, la cui prestazione non è, infatti, funzionalmente collegata all'esecuzione della fornitura principale.

- 3) *Appalto per la fornitura di automobili in favore dell'ente.*

L'aggiudicatario dell'appalto è un concessionario di autoveicoli di serie che provvede all'approvvigionamento degli stessi rivolgendosi alla società produttrice (casa madre). Poiché le automobili costituiscono l'oggetto della fornitura principale, la prestazione della casa produttrice risulta essenziale rispetto al ciclo esecutivo dell'appalto: pertanto, il contratto tra il concessionario e la società casa madre è rilevante ai sensi della normativa sulla tracciabilità, mentre non lo sono gli ulteriori contratti stipulati dalla casa produttrice con i fornitori della componentistica necessaria per la costruzione delle autovetture.

- 4) *Appalto della ASL per la fornitura di attrezzature sanitarie destinate alle strutture ospedaliere.*

L'impresa appaltatrice che fornisce le apparecchiature opera come grossista e si approvvigiona presso una terza impresa che produce le strumentazioni. Per realizzare il prodotto finito, quest'ultima impresa acquista la componentistica dai propri fornitori. In tal caso, l'ultimo contratto rilevante ai sensi dell'art. 3, legge n. 136/2010, è quello che coinvolge l'impresa che realizza le attrezzature sanitarie richieste dal committente pubblico, a prescindere dal livello della filiera nel quale tale contratto si colloca (vale a dire, che ci sia o meno l'intermediazione di un'impresa distributrice).

- 5) *Appalto di forniture di medicinali affidato da una ASL.*

L'appaltatore può essere un distributore di medicinali o un'impresa farmaceutica: nel primo caso, l'appaltatore è un'impresa distributrice - grossista - che, a sua volta, acquista i

medicinali da un'impresa farmaceutica, la quale stipula ulteriori subcontratti con i produttori dei principi attivi e della materia prima necessari per la composizione dei medicinali. In tal caso, l'appaltatore non realizza direttamente il prodotto finito oggetto della fornitura pubblica richiesta, ma provvede soltanto alla sua distribuzione. Per queste ragioni, l'impresa farmaceutica che realizza i medicinali è da includere nella filiera rilevante, mentre ne è escluso il produttore di principi attivi o il fornitore della materia prima, la cui prestazione non presenta un collegamento funzionale con la fornitura di medicinali oggetto dell'appalto; nel secondo caso, l'appaltatore è l'impresa farmaceutica che produce direttamente i medicinali richiesti dalla ASL. Anche in questa ipotesi, sulla base delle precedenti considerazioni, i subcontratti stipulati per la provvista dei principi attivi o della materia prima necessaria al confezionamento dei medicinali non rientrano nella filiera rilevante dello specifico appalto, in quanto riguardano l'attività ordinaria dell'impresa farmaceutica.

6) *Appalto consistente nel servizio di mensa in favore di un ente pubblico.*

La prestazione dell'appaltatore consiste anche nella fornitura di bevande e prodotti alimentari per il cui approvvigionamento l'appaltatore si rivolge a propri fornitori. Il fornitore di bevande (ad es., bottiglie di acqua), a sua volta, stipula subcontratti con il produttore dei contenitori di plastica e degli altri materiali necessari per confezionare il prodotto. A riguardo, mentre la fornitura di bottiglie di acqua è funzionalmente collegata all'esecuzione della prestazione principale (servizio di mensa) ed è, quindi, inclusa nell'ambito applicativo della legge n. 136/2010, la fornitura dei contenitori e degli altri materiali non presenta la stessa caratteristica; pertanto, i relativi subcontratti non rientrano nella filiera rilevante. Allo stesso modo, per la provvista di prodotti alimentari, ad esempio derivati dal latte, l'appaltatore si rivolge all'impresa distributrice dei prodotti che sono stati, a loro volta, acquistati presso un'impresa casearia. L'impresa casearia si rifornisce del latte presso i diretti produttori. Rispetto al servizio di mensa, l'ultimo rapporto rilevante ai fini della disciplina della tracciabilità è il contratto tra l'impresa distributrice e quella casearia.

7) *Appalto dell'ente pubblico locale per il servizio di trasporto degli studenti di un istituto scolastico pubblico.*

L'impresa affidataria stipula un contratto di noleggio del mezzo di trasporto (scuolabus) con un'impresa che, a sua volta, si rivolge a terzi (ad es., concessionaria di automezzi) per l'acquisto dello stesso. In questa ipotesi, l'esecuzione del contratto di appalto consiste nell'attività di trasferimento degli studenti resa dall'impresa trasportatrice ed il noleggio del mezzo dedicato a quello specifico servizio assume significatività ai fini dell'individuazione della filiera rilevante. Al contrario, è estraneo alla filiera il contratto di acquisto del mezzo.

3.3 Concessionari di finanziamenti pubblici anche europei

Dubbi interpretativi sono sorti riguardo il significato dell'espressione "*concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici*", contenuta nell'art. 3, comma 1, della legge n. 136/2010. Il problema concerne l'applicazione della tracciabilità ai finanziamenti o agevolazioni erogati da un soggetto pubblico - comunitario, nazionale o regionale - a sostegno dell'attività d'impresa (ad esempio, i contributi erogati alle imprese a fondo perduto ovvero i finanziamenti agevolati ad imprese *ex lege* 19 dicembre 1992, n. 488).

Sul punto, anche sulla base dell'avviso espresso dal Ministero dell'Interno e dall'Avvocatura Generale dello Stato, si ritiene quanto segue.

Nelle ipotesi elencate, si rilevano certamente elementi che connotano la corresponsione di risorse come finanziamenti pubblici: il che sembrerebbe indurre all'applicazione della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari. Tuttavia, tali casi non risultano immediatamente riconducibili alla prestazione di forniture, servizi o lavori pubblici strettamente intesi; quest'ultima circostanza, depone, pertanto, nel senso dell'esclusione delle predette fattispecie dall'ambito di applicazione della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari, atteso che l'art. 3 della legge n. 136/2010 richiede espressamente, ai fini dell'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione, che i soggetti siano "*a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici*", ovvero richiede una correlazione con l'esecuzione di appalti di lavori, servizi e forniture. La natura eccezionale

delle disposizioni dettate dall'art. 3 esclude, inoltre, che possa farsi luogo ad una interpretazione estensiva delle norme. Va da sé che i soggetti beneficiari di finanziamenti saranno invece assoggettati alla disciplina di cui all'articolo 3 della legge n. 136/2010 qualora siano *“a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici”*.

Ad ogni buon conto, si consideri che una distinta disciplina è prevista, in materia, dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (recante *“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”*), il cui art. 14 rinvia ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze la definizione delle modalità necessarie per garantire l'effettiva tracciabilità dei flussi finanziari relativi all'utilizzo di risorse pubbliche e private, impiegate per la realizzazione di interventi oggetto di finanziamento a valere sui fondi strutturali comunitari e sul fondo per le aree sottoutilizzate.

Da quanto osservato, emerge che nella dizione *“concessionari di finanziamenti pubblici”* prevista dall'articolo 3 della legge n. 136/2010, devono ritenersi inclusi (e, quindi, sottoposti agli obblighi di tracciabilità) i soggetti, anche privati, destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti pubblici per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento, indipendentemente dall'importo.

3.4 I flussi finanziari soggetti a tracciabilità

Dall'ampia dizione impiegata dall'art. 3, comma 1, discende che la tracciabilità dei flussi finanziari trova applicazione, tra l'altro, ai flussi finanziari derivanti dai 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, ivi compreso l'affidamento a contraente generale;
- 2) concessioni di lavori e servizi;
- 3) contratti di partenariato pubblico privato, ivi compresi i contratti di locazione finanziaria;
- 4) contratti di subappalto, subfornitura e subcontratti;
- 5) contratti in economia, ivi compresi gli affidamenti diretti.

Nel codice civile, all'art. 1655, il contratto di appalto è definito come *“il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”*.

Nel Codice, all'art. 3, comma 6, accogliendo la nozione di derivazione comunitaria, l'appalto pubblico è definito come il contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore ed uno o più operatori economici, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal Codice stesso.

Di conseguenza, le norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applicano in tutti i casi in cui sia stipulato un contratto d'appalto pubblico tra operatore economico e committente pubblico, indipendentemente dall'esperimento o meno di una gara per l'affidamento dell'opera o del servizio ed a prescindere dal valore, che può essere anche modico.

Ugualmente, la disposizione si applica ai concessionari di lavori pubblici e di servizi, dal momento che la normativa comunitaria ed il Codice definiscono la concessione quale *“contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, (...) che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori (o di servizi) (...) ad eccezione del fatto che il corrispettivo (...) consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera (o i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

Pertanto, la normativa sulla tracciabilità si applica ai flussi finanziari derivanti dai contratti di appalto e di concessione posti in essere dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 32 del Codice (lavori, servizi e forniture ivi previsti), dagli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 207 e dai soggetti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 3, commi 31 e 32 del Codice.

Da ciò consegue che la tracciabilità trova, altresì, applicazione ai 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'art. 16, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dell'art. 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150.

Occorre precisare che l'applicazione della legge n. 136/2010 ai contratti di appalto ed a quelli di concessione, di cui agli articoli 30, nonché 142 e 253, comma 25, del Codice, prescinde dall'esperimento di una gara per l'affidamento degli stessi; in altri termini si ribadisce che non rileva né l'importo del contratto né la procedura di affidamento utilizzata.

3.5 Concessioni di lavori e servizi

Le disposizioni di cui alla legge n. 136/2010 si applicano anche ai contratti di concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di lavori e servizi, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori e dai soggetti aggiudicatori sottoposti al Codice, ove la concessione è definita quale *“contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, (...) che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori (o di servizi) (...) ad eccezione del fatto che il corrispettivo (...) consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera (o i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo (...)”* (cfr. art. 3, commi 11 e 12).

A riguardo, alcuni operatori economici hanno sollevato dubbi sulla possibilità di dare concreta attuazione agli obblighi prescritti dalla normativa, sul presupposto che, in determinati contratti di concessione, non vi siano pagamenti effettuati dall'ente pubblico concedente in favore del soggetto privato concessionario.

Anche in tale ipotesi, si evidenzia che la legge fa riferimento all'esigenza di tracciare i flussi finanziari generati dalle commesse pubbliche. Occorre, infatti, tener presente che le concessioni, di norma, sono costruite con operazioni economiche complesse in cui i costi possono non essere sostenuti direttamente e/o integralmente dall'ente pubblico, ma dalla collettività che usufruisce di un determinato lavoro o servizio (si pensi, ad esempio, al trasporto pubblico locale); ciò non di meno è necessario applicare la tracciabilità ai pagamenti diretti agli operatori economici facenti parte della filiera rilevante (ossia il complesso di attività necessarie, secondo i criteri sopra evidenziati, per lo svolgimento della prestazione). E ciò a prescindere dalla procedura utilizzata. Si precisa che gli utenti dei servizi svolti dal concessionario non possono considerarsi parte della filiera e che, pertanto, è ammissibile il versamento sul conto corrente postale intestato alla tesoreria dell'ente concedente da parte dei cittadini/utenti al fine del pagamento di tasse, tributi o tariffe.

E' poi opportuno rammentare che, per le concessioni di lavori pubblici, la tracciabilità si applica anche agli affidamenti di lavori alle imprese collegate ai sensi dell'art. 149 del Codice. Sempre con riguardo alle concessioni di lavori pubblici, resta fermo che la tracciabilità si applica, oltre che agli appalti di sola esecuzione dei lavori, anche agli appalti di lavori ad oggetto misto, come gli appalti integrati o, comunque, previsti dall'articolo 53, comma 2, lett. b) e c) del Codice.

Quanto precede, ovviamente, non incide sugli obblighi di tracciabilità a cui sia eventualmente tenuto il concessionario che rivesta la qualifica di amministrazione aggiudicatrice ai sensi del Codice (ad esempio perché organismo di diritto pubblico) e che sia, quindi, tenuto ad esperire procedure di gara per l'acquisto di lavori, servizi e forniture.

La tracciabilità si applica, quindi, anche agli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, pur se il recente pronunciamento referendario ha abrogato la disciplina dettata dall'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, con conseguente abrogazione anche del relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168). Come già rilevato, infatti, la disciplina della tracciabilità si applica agli appalti ed alle concessioni di lavori e servizi indipendentemente dalla procedura di affidamento adottata (si vedano anche, al riguardo, l'articolo 32, comma 1, lett. c) e comma 3 del Codice). E' opportuno precisare che, anche in tal caso, può verificarsi che il concessionario sia, a sua volta, una amministrazione aggiudicatrice, sottoposta agli obblighi di tracciabilità derivanti da tale qualifica soggettiva.

3.6 Tracciabilità tra soggetti pubblici

E' escluso dall'ambito di applicazione della tracciabilità il trasferimento di fondi da parte delle amministrazioni dello Stato in favore di soggetti pubblici (anche in forma societaria) per la copertura di costi relativi alle attività espletate in funzione del ruolo istituzionale da essi ricoperto *ex lege*, anche perché tale trasferimento di fondi è, comunque, tracciato.

Devono ritenersi, parimenti, escluse dall'ambito di applicazione della legge n. 136/2010 le movimentazioni di danaro derivanti da prestazioni eseguite in favore di pubbliche amministrazioni da soggetti, giuridicamente distinti dalle stesse, ma sottoposti ad un controllo analogo a quello che le medesime esercitano sulle proprie strutture (cd. affidamenti *in house*); ciò in quanto, come affermato da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, in tale caso assume rilievo la modalità organizzativa dell'ente pubblico, risultando non integrati gli elementi costitutivi del contratto d'appalto per difetto del requisito della terzietà.

Resta ferma l'osservanza della normativa sulla tracciabilità per la società *in house* quando la stessa affida appalti a terzi, rivestendo in tal caso la qualifica di stazione appaltante.

Sono, altresì, esclusi gli appalti di cui al secondo comma dell'art. 19 del Codice e, cioè, gli *“appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato”*. Si ritiene, al riguardo, che, in considerazione della *ratio* della legge n. 136/2010, detti appalti non siano soggetti agli obblighi di tracciabilità in quanto contenuti in un perimetro pubblico, ben delimitato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, tali da rendere *ex se* tracciati i rapporti, anche di natura finanziaria, intercorrenti tra le amministrazioni aggiudicatrici (per un esempio di soggetti rientranti in tale previsione normativa, si veda la sentenza del TAR Toscana n. 1042/2010).

A titolo esemplificativo, rientrano nell'ipotesi in esame i contratti aventi ad oggetto i servizi forniti dalla Banca d'Italia di cui all'art. 19, comma 1, lett. d), ultima parte (ad esempio, il servizio di tesoreria per conto dello Stato).

Soggiace, invece, agli obblighi di tracciabilità la procedura di selezione del socio privato di una società mista con contestuale affidamento dei compiti operativi al socio stesso (cd. socio operativo): conseguentemente, per tale fattispecie, è necessario richiedere il CIG all'Autorità.

Parimenti, sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in condizioni di concorrenza con operatori di mercato.

3.7 Contratti con operatori non stabiliti in Italia

Una questione particolarmente delicata concerne l'applicazione della tracciabilità ai contratti sottoscritti tra pubbliche amministrazioni italiane ed operatori economici non stabiliti all'interno dei confini nazionali.

Anche su tale aspetto è stato espresso un parere da parte del Ministero dell'Interno e dell'Avvocatura Generale dello Stato.

Al riguardo, si ritiene che attesa la *ratio* dell'art. 3 e la sanzione di nullità connessa al suo mancato rispetto, gli obblighi di tracciabilità abbiano natura imperativa e le relative

disposizioni siano norme di applicazione necessaria, anche alla luce delle ordinarie regole di diritto internazionale privato.

Pertanto, sul piano sanzionatorio, in assenza di specifici accordi con gli Stati esteri di provenienza del soggetto esecutore, il principio di territorialità sembra escludere la possibilità che l'operatore economico straniero non stabilito in Italia possa, di fatto, essere assoggettato alle sanzioni stabilite dall'art. 6 della legge n. 136/2010. Eventuali inadempimenti potranno, in sostanza, valere solo sul piano contrattuale.

Occorre anche considerare che, per tali contratti, la eventuale filiera rilevante può realizzarsi in territorio non italiano. Ad esempio, nel caso di acquisto, da parte di stazioni appaltanti, di forniture o servizi infungibili, da un operatore economico non stabilito sul territorio nazionale, si può verificare, nella pratica, che il solo operatore economico in grado di eseguire la prestazione opponga un rifiuto all'accettazione integrale delle clausole di tracciabilità (in ipotesi adducendo una normativa interna incompatibile), soprattutto per quanto concerne gli obblighi a valle. In tali casi, sarà onere dell'amministrazione sia motivare in ordine alla sussistenza di un unico possibile contraente sia conservare idonea documentazione che comprovi che la stessa si è diligentemente attivata richiedendo l'applicazione della tracciabilità e ferma restando la necessità di rispettare tutti gli obblighi che prescindono dal consenso dell'operatore economico privato (ad esempio, richiesta del CIG). A titolo esemplificativo, può citarsi il caso dei servizi consistenti nella predisposizione e concessione di utenze per la consultazione, tramite rete, della versione elettronica di riviste scientifiche. Qualora, in ipotesi, l'editore straniero rifiuti di inserire nei contratti a valle la clausola di tracciabilità, la stazione appaltante procederà comunque all'acquisto del bene o del servizio, motivando in ordine alla unicità del prestatore ed in ordine alla stretta necessità di acquisire quella determinata prestazione (si pensi al caso di una università dinanzi all'acquisto "necessitato" di prestigiose riviste straniere, ovvero all'acquisto di un macchinario "salvavita").

Diversamente, non sono soggetti a tracciabilità i contratti stipulati da un operatore economico italiano con una stazione appaltante estera.

3.8 Contratti nei settori speciali

Sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i flussi finanziari derivanti dai contratti stipulati dalle imprese pubbliche nell'ambito dei settori "speciali" individuati dalla direttiva 2004/17/CE e dal Codice, parte III, mentre sono da ritenersi esclusi i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche al di fuori di tali attività. L'esclusione appare estendibile anche ai contratti che si riferiscono ad attività sottratte successivamente, in base ad una decisione della Commissione europea, al campo di applicazione della direttiva 2004/17/CE e del Codice in quanto "direttamente esposti alla concorrenza" (art. 30 della direttiva 2004/17/CE e art. 219 del Codice). Recentemente, ad esempio, tale è il caso dei contratti destinati all'attività di generazione di energia elettrica per la "Zona Nord" di cui alla Decisione della Commissione 2010/403/UE del 14 luglio 2010 recepita con decreto 5 agosto 2010 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento politiche comunitarie.

Al fine di evitare elusioni della normativa sulla tracciabilità, quest'ultima trova altresì applicazione ai flussi finanziari relativi a contratti di appalto affidati direttamente da un ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 218 del Codice.

3.9 Contratti di servizi esclusi di cui al Titolo II, parte I, del Codice

La normativa sulla tracciabilità trova applicazione anche con riguardo ai contratti esclusi di cui al Titolo II, parte I, del Codice, purché gli stessi siano riconducibili alla fattispecie dell'appalto. Ad esempio, sono da ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti previsti dagli articoli 16 (contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico), 17 (contratti segretati o che esigono particolari misure di sicurezza) e 18 (contratti aggiudicati in base a norme internazionali).

Parimenti, devono ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi non prioritari compresi nell'allegato II B a cui, come è noto, si applicano, solo alcune disposizioni del Codice. A titolo esemplificativo, si osserva che l'acquisto da parte di una stazione appaltante di corsi di formazione per il proprio personale configura un appalto di servizi, rientrante nell'allegato II B, categoria 24 e, pertanto, comporta l'assolvimento degli oneri relativi alla tracciabilità. Il rapporto tra l'operatore economico che organizza i corsi

formativi ed i docenti esterni coinvolti, a seguito di contratti d'opera per prestazioni occasionali, invece, è assimilabile all'ipotesi prevista dall'art. 3, comma 2 della legge n. 136/2010: ne discende che i trasferimenti di denaro conseguenti possono essere esentati dall'indicazione del CIG e del CUP, ferma restando l'osservanza delle altre disposizioni.

Si precisa che la mera partecipazione di un dipendente di una stazione appaltante ad un seminario o ad un convegno non integra la fattispecie di appalto di servizi di formazione.

Alcune puntualizzazioni si rendono necessarie con riguardo all'art. 19, comma 1 del Codice. Quest'ultimo contempla una molteplicità di figure contrattuali eterogenee, non tutte qualificabili come contratti d'appalto. A titolo esemplificativo, gli obblighi di tracciabilità non si estendono ai contratti di lavoro conclusi dalle stazioni appaltanti con i propri dipendenti (art. 19, comma 1, lett. e) ed alle figure agli stessi assimilabili (ad esempio, la somministrazione di lavoro con le pubbliche amministrazioni, disciplinata dagli articoli 20 e ss. del decreto legislativo del 10 settembre 2003, n. 276, così come il lavoro temporaneo ai sensi della legge 24 giugno 1997, n. 196), fermo restando che, come in seguito specificato, sono soggetti a tracciabilità i contratti tra stazione appaltante ed agenzie di lavoro. Parimenti esclusi dal perimetro di applicazione della tracciabilità sono i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni (art. 19, comma 1, lett. a), nonché concernenti i servizi di arbitrato e conciliazione (art. 19, comma 1, lett. c). Sono invece soggetti alla tracciabilità i contratti pubblici di cui all'art. 19, comma 1 che sono appalti di servizi, quali i servizi finanziari menzionati alla lettera a), secondo periodo, ed i contratti di servizi di ricerca e sviluppo di cui alla lettera f).

3.10 Contratti *ex* articolo 25 del Codice

Sono esclusi dall'obbligo di richiesta del CIG e dalla tracciabilità gli appalti aggiudicati ai sensi dell'art. 25 del Codice e, in particolare:

- a) gli appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano le attività di cui all'art. 209, comma 1 (acqua);
- b) gli appalti per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano un'attività

di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 208 (gas, energia termica ed elettricità) e all'art. 212 (prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi).

3.11 Contratti di sponsorizzazione *ex* articolo 26 del Codice

La sponsorizzazione, secondo l'opinione prevalente, è quel contratto con cui un soggetto, c.d. *sponsee* o sponsorizzato, assume, normalmente verso corrispettivo, l'obbligo di associare a proprie attività il nome o il segno distintivo di altro soggetto, detto *sponsor* o sponsorizzatore. Lo *sponsee* offre, nella sostanza, una forma di pubblicità indiretta allo *sponsor*. La sponsorizzazione deve essere qualificata come contratto atipico. In ragione del fatto che la pubblica amministrazione assuma la veste di *sponsor* o di soggetto sponsorizzato si distingue tra contratto di sponsorizzazione attiva o passiva. Nella sponsorizzazione passiva, a cui fa riferimento l'art. 26 del Codice, la pubblica amministrazione è il soggetto sponsorizzato. Tale contratto non è catalogabile tra i contratti passivi, ma tra quelli attivi in quanto si traduce in un vantaggio economico e patrimoniale per l'ente che acquisisce risorse: pertanto, non è soggetto alla disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici (salvo il rispetto di quanto prescritto dal citato art. 26), né agli obblighi di tracciabilità.

3.12 Incarichi di collaborazione

Non sono soggetti agli obblighi di tracciabilità gli incarichi di collaborazione *ex* art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (*"Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"*). Data la contiguità delle fattispecie contrattuali in esame ed al fine di evitare elusioni della normativa, si raccomanda alle stazioni appaltanti di porre particolare attenzione nell'operare la distinzione tra contratto di lavoro autonomo - la cui disciplina si rinviene nel citato decreto n. 165/2001 - e il contratto di appalto di servizi - disciplinato dal Codice e soggetto alle regole di tracciabilità.

E' opportuno puntualizzare che i servizi di collocamento e reperimento di personale, contemplati nell'allegato II B categoria 22 del Codice (la cui disciplina si rinviene nell'art. 20 del Codice), sono soggetti agli obblighi di tracciabilità, con riferimento al rapporto tra le

stazioni appaltanti ed i soggetti incaricati del collocamento e del reperimento del personale stesso.

3.13 Amministrazione diretta e cottimo fiduciario

Gli obblighi di tracciabilità non si applicano allo svolgimento di prestazioni di lavori, servizi e forniture tramite amministrazione diretta, ai sensi dell'art. 125, comma 3 del Codice. E' opportuno a riguardo specificare, però, che le acquisizioni di beni e servizi effettuate dal responsabile del procedimento per realizzare la fattispecie in economia sono soggette agli obblighi di cui all'art. 3 della legge n. 136/2010 qualora siano qualificabili come appalti.

Diversamente sono soggetti agli obblighi di tracciabilità gli acquisti in economia mediante procedura di cottimo fiduciario, ivi compresi gli affidamenti diretti di cui all'articolo 125, comma 8 ultimo periodo e comma 11, ultimo periodo.

3.14 Ipotesi peculiari

Raggruppamenti temporanei di imprese, consorzi ed imprese riunite

Ciascun componente del raggruppamento temporaneo di imprese, disciplinato dall'art. 37 del Codice, è tenuto ad osservare, in proprio e nei rapporti con eventuali subcontraenti, gli obblighi derivanti dalla legge n. 136/2010, anche al fine di non interrompere la concatenazione di flussi tracciati tra stazione appaltante e singoli subcontraenti. Pertanto, la mandataria è tenuta a rispettare nei pagamenti effettuati verso le mandanti le clausole di tracciabilità che devono, altresì, essere inserite nel contratto di mandato.

Le medesime considerazioni valgono in relazione ai consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 34, comma 1, lett. e) del Codice.

Sono, inoltre, sottoposti a tracciabilità anche i flussi finanziari nell'ambito delle società tra imprese riunite a valle dell'aggiudicazione *ex art.* 93 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ed i propri contraenti, nonché tra la società e le imprese del raggruppamento.

Nel caso di consorzi stabili, qualora il consorzio esegua direttamente i lavori, lo stesso dovrà osservare gli obblighi di tracciabilità nei rapporti con la stazione appaltante e con i subcontraenti. Nella diversa ipotesi in cui il consorzio indichi le imprese esecutrici, queste

ultime devono avere un conto dedicato sul quale il consorzio, a seguito del pagamento da parte della stazione appaltante sul conto dedicato dello stesso, effettua a sua volta il pagamento.

Cash pooling

I flussi finanziari tra soggetti facenti parte della stessa filiera possono riguardare anche imprese appartenenti ad un medesimo gruppo. In alcuni casi, per il regolamento delle transazioni e la gestione della liquidità all'interno di un gruppo sono utilizzati sistemi di tesoreria accentrata (*cash pooling*), che prevedono l'effettuazione degli incassi e dei pagamenti sui conti di ciascuna società del gruppo con azzeramento e trasferimento dei saldi con periodicità convenuta sui conti di un "ente tesoriere". Con riferimento a tali ipotesi si segnala quanto segue:

- con riguardo agli incassi e pagamenti effettuati a valere sui conti delle singole società nei confronti di soggetti esterni al gruppo, l'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari attraverso l'inserimento del CIG/CUP e l'utilizzo di conti bancari/postali dedicati deve essere pienamente assicurato;
- nel caso di movimentazioni tra le stesse società del gruppo, può essere utilizzato il sistema del *cash pooling* qualora la società capogruppo si assuma espressamente la responsabilità della corretta ricostruibilità delle singole operazioni finanziarie effettuate per ciascun affidamento. Nel caso in cui la società del gruppo sia una stazione appaltante, è comunque necessario acquisire il CIG anche per gli affidamenti infragruppo al fine di assicurarne la puntuale ricostruibilità (cfr. Comunicato del Presidente dell'Autorità del 2 maggio 2011).

Le informazioni che consentono la ricostruibilità delle singole operazioni effettuate devono essere conservate per 10 anni e devono essere esibite a richiesta degli organismi deputati ai controlli.

Si ribadisce, inoltre, che la società affidataria appartenente al gruppo, qualora affidi a terzi lo svolgimento di parte della prestazione, deve assicurare la piena tracciabilità di ciascuna movimentazione finanziaria mediante l'apposizione del CIG.

Compensazione e datio in solutum ex articolo 53, comma 6 del Codice

Non è in contrasto con gli obblighi di tracciabilità la compensazione di reciproci crediti tra i soggetti della filiera (ad esempio, appaltatore e subcontraente). Ai sensi dell'art. 1241 c.c., quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, secondo la disciplina prevista dal codice civile.

E' opportuno puntualizzare che l'eventuale compensazione non può in alcun modo interrompere la filiera degli operatori, né esonerare dai restanti obblighi inerenti la tracciabilità dei flussi finanziari. A titolo esemplificativo, qualora la compensazione operi tra appaltatore e subappaltatore, quest'ultimo sarà comunque tenuto ad osservare le regole della tracciabilità negli eventuali rapporti a valle; inoltre, tutti i relativi contratti dovranno essere muniti della clausola di tracciabilità e dovranno essere altresì osservate stringenti misure di rendicontazione atte a comprovare la avvenuta compensazione.

Considerazioni non dissimili valgono nell'ipotesi di *datio in solutum* ai sensi dell'art. 53, comma 6, del Codice. Tale disposizione consente che il bando di gara preveda, in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma di cui all'art. 128 del Codice per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. In tali casi, è opportuno che il CIG venga comunque indicato nei relativi atti di compravendita. Rimangono, inoltre, fermi i restanti obblighi di tracciabilità.

4. Fattispecie specifiche

4.1 Servizi bancari e finanziari

Devono ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità gli appalti di servizi bancari e finanziari, sottoscritti tra intermediari finanziari abilitati e stazioni appaltanti. L'inclusione deriva dalla contemporanea sussistenza del presupposto oggettivo (qualificazione alla stregua di contratti di appalto) e del presupposto soggettivo (per la natura dei contraenti) previsti dall'art. 3, comma 1, della legge n. 136/2010. L'istituto bancario assume, a tutti gli effetti, la

veste di appaltatore della filiera, con conseguente soggezione agli obblighi previsti dalla normativa sulla tracciabilità.

Tuttavia, alcune puntualizzazioni si rendono necessarie con riguardo ai contratti di mutuo che implicano normalmente un rapporto esclusivo e bilaterale tra stazione appaltante ed intermediario, ampiamente ricostruibile *ex post*: stante tale peculiarità, si ritiene ammissibile assoggettare il rimborso delle rate di mutuo al regime di tracciabilità attenuata; ciò comporta l'utilizzabilità del RID, a patto che il CIG venga indicato nella autorizzazione/delega all'accredito in conto.

Per i contratti di mutuo stipulati antecedentemente all'entrata in vigore della legge n. 136/2010, l'obbligo di tracciabilità, in caso di utilizzo del RID, può ritenersi assolto mediante l'abbinamento al conto dedicato del codice dell'azienda creditrice.

4.2 Servizio di tesoreria degli enti locali

Il servizio di tesoreria consiste nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e finalizzate, in particolare, alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie (art. 209 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*", TUEL).

Secondo l'art. 210 del TUEL, l'affidamento del servizio deve essere effettuato mediante procedure ad evidenza pubblica stabilite nel regolamento di contabilità di ciascun ente, con modalità che rispettino i principi della concorrenza. A prescindere dall'inquadramento come appalto o concessione (per una recente ricostruzione come concessione di servizi, si veda Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377 e la sentenza della Cassazione, sezioni unite, n. 8113/2009), a motivo della qualificazione del tesoriere come organo funzionalmente incardinato nell'organizzazione dell'ente locale, in qualità di agente pagatore (Corte dei conti Lombardia n. 244/2007), e, quindi, della tesoreria come un servizio bancario a connotazione pubblicistica, si ritiene che gli obblighi di tracciabilità possano considerarsi assolti con l'acquisizione del CIG al momento dell'avvio della procedura di affidamento.

Ulteriori puntualizzazioni si rendono necessarie con riguardo all'ordinazione di pagamento impartita dagli enti locali al tesoriere. Ai sensi dell'art. 185 del TUEL, l'ordinazione consiste

nella disposizione impartita, mediante il mandato di pagamento, al tesoriere dell'ente locale di provvedere al pagamento delle spese. Il mandato di pagamento è sottoscritto dal dipendente dell'ente individuato dal regolamento di contabilità nel rispetto delle leggi vigenti e contiene almeno gli elementi indicati dal citato art. 185, comma 2. Tra questi, è prevista l'indicazione della causale e degli estremi dell'atto esecutivo che legittima l'erogazione della spesa: in caso di pagamenti assoggettati agli obblighi di tracciabilità, la causale del pagamento dovrà riportare il codice CIG e, ove necessario, il codice CUP. Si rammenta che il mandato di pagamento, ai sensi del comma 3 dell'art. 185, è controllato, per quanto attiene alla sussistenza dell'impegno e della liquidazione, dal servizio finanziario, che provvede altresì alle operazioni di contabilizzazione e di trasmissione al tesoriere.

4.3 Servizi legali

Devono ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi non prioritari compresi nell'allegato II B; tra i servizi indicati nel citato allegato figurano quelli legali che, quindi, rientrano nel perimetro delle disposizioni in esame.

Si evidenzia la stretta contiguità tra le figure dell'appalto di servizi e del contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui agli articoli 2230 c.c. e seguenti: pertanto la stazione appaltante assume l'onere della corretta qualificazione giuridica della fattispecie.

A riguardo, si ritiene che il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, sia inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richieda qualcosa in più, "*un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa*" (cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 19/2009/PAR).

4.4 Servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto

Gli obblighi di tracciabilità trovano applicazione agli appalti aventi ad oggetto il servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto: le stazioni appaltanti sono, quindi, tenute a richiedere il CIG al momento dell'indizione della procedura di gara per la selezione della

società emittitrice e riportare tale CIG nei pagamenti effettuati a favore di quest'ultima (mediante l'uso di strumenti di pagamento tracciabili). I contratti sottoscritti devono, inoltre, essere muniti della clausola di tracciabilità. Ciò chiarito, attese le peculiarità che caratterizzano il servizio in esame, si rendono necessarie alcune specificazioni con riguardo alla filiera a valle delle società emittitrici e, cioè, con riferimento agli obblighi di tracciabilità in capo agli esercenti convenzionati. Al fine di non gravare la rete di esercenti di oneri sproporzionati, il CIG potrà essere riprodotto sul frontespizio del buono pasto in modo da rendere evidente la connessione tra il contratto principale ed il flusso finanziario da esso generato; non sarà quindi necessario inserire i singoli CIG nelle fatture, anche se gli incassi sono riferibili a più commesse. Inoltre non sono soggetti agli obblighi di tracciabilità gli acquisti di beni e servizi effettuati a monte dagli esercenti per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa, dal momento che detti acquisti rientrano nell'ambito della normale operatività dei ristoratori e prescindono dall'eventuale spendita del buono pasto, presso i relativi esercizi commerciali, da parte di dipendenti pubblici.

4.5 Servizi sanitari

Un altro tema oggetto di numerosi quesiti 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, sul quale è stato acquisito il parere del Ministero dell'Interno e della Avvocatura Generale dello Stato.

Anche sulla base di tali avvisi, si ritiene che, attesa la formulazione letterale dell'art. 3, comma 1, della legge n. 136/2010, tali prestazioni non possono ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità. La peculiarità della disciplina di settore non consente, infatti, di ricondurre agevolmente tali fattispecie nell'ambito del contratto d'appalto, pur se è necessario prendere atto di un orientamento giurisprudenziale non sempre conforme e concorde.

Di conseguenza, non si ritiene applicabile la normativa sulla tracciabilità alle prestazioni sanitarie indirette, quali, ad esempio, i rapporti derivanti dall'erogazione di prestazioni di assistenza protesica agli invalidi civili e di guerra, nonché ai minori di anni diciotto, né la fornitura diretta di farmaci al cittadino da parte di farmacie convenzionate.

Resta fermo che le prestazioni in esame devono essere tracciate qualora siano erogate mediante appalti o concessioni soggetti all'art. 3 della legge n. 136/2010.

4.6 Erogazioni e liberalità a favore di soggetti indigenti

Per assenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi di applicazione dell'art. 3 della legge n. 136/2010, la tracciabilità non si applica all'erogazione diretta, a titolo individuale, di contributi da parte della pubblica amministrazione a soggetti indigenti o, comunque, a persone in condizioni di bisogno economico e fragilità personale e sociale ovvero, ancora, erogati per la realizzazione di progetti educativi.

Deve, peraltro, tenersi distinto, da tale ipotesi, l'appalto eventualmente aggiudicato ad operatori economici per la gestione del processo di erogazione e rendicontazione dei contributi ovvero l'appalto o la concessione aggiudicati per l'erogazione delle prestazioni, a prescindere dal *nomen juris* attribuito alla fattispecie.

A titolo esemplificativo, è pienamente soggetto agli obblighi di tracciabilità l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione di *voucher* sociali. Parimenti, sono sottoposti a tracciabilità gli appalti affidati, *ex art.* 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381, alle cooperative che svolgono le attività di cui all'art. 1, comma 1, lettera b), della medesima legge (attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate).

4.7 Servizi di ingegneria ed architettura

Con riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura, le norme sulla tracciabilità si applicano a tutti i soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), *f-bis*), g) e h) del Codice e, quindi, anche ai professionisti ed agli studi professionali, che concorrono all'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto i predetti servizi. Ciò, sia perché lo scopo della norma è quello di tracciare tutti i flussi di denaro pubblico (senza ovviamente escludere persone fisiche) sia perché la nozione di impresa non può che essere quella prevista dalla normativa comunitaria sotto il profilo della figura dell'operatore economico (persona fisica o giuridica) sia, ancora, perché è lo stesso Trattato europeo a non consentire discriminazioni fra persone fisiche e giuridiche operanti nello stesso ambito.

4.8 Contratti stipulati dalle agenzie di viaggio

I contratti stipulati dalle stazioni appaltanti con le agenzie di viaggio aventi ad oggetto la prestazione dei servizi offerti dalle stesse agenzie sono sottoposti agli obblighi di tracciabilità, mentre sono esclusi i fornitori dei servizi di trasporto, ricettivi e di ristorazione acquistati dalle agenzie per conto delle stazioni appaltanti. Ugualmente, le agenzie di viaggio, quando rendono i loro servizi in favore di imprese appaltatrici, non rientrano nel concetto di “filiera”; tuttavia, i servizi svolti dalle stesse sono da ritenersi compresi nel comma 3 dell’articolo 3 della legge n. 136/2010 e, quindi, soggetti al regime di tracciabilità attenuata.

4.9 Cessione dei crediti

I cessionari dei crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorsi di progettazione ed incarico di progettazione sono tenuti ad indicare il CIG (e, ove necessario, il CUP) e ad effettuare i pagamenti all’operatore economico cedente mediante strumenti che consentono la piena tracciabilità, sui conti correnti dedicati.

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 più stazioni appaltanti, si ritiene possibile consentire al factor di effettuare le relative anticipazioni verso l’appaltatore cedente mediante un unico bonifico, a patto che siano rispettate le seguenti condizioni:

- 1) I CIG/CUP relativi a tutti i contratti di appalto da cui derivano i crediti ceduti devono essere correttamente indicati nel contratto di cessione.
- 2) Il factor deve indicare nello strumento di pagamento il CIG/CUP relativo al contratto di cessione che presenta il valore nominale più elevato, purché il cessionario sia comunque in grado di collegare ciascun credito ceduto al relativo CIG/CUP; quanto precede vale anche per erogazione effettuate a fronte di incassi ricevuti.
- 3) Il conto corrente su cui il *factor* effettua il pagamento deve essere lo stesso conto indicato dal cedente alla stazione appaltante quale conto dedicato e tale circostanza deve risultare dall’articolato del contratto di cessione notificato/comunicato alla stessa stazione appaltante. In caso contrario, il cedente dovrà effettuare tanti atti di cessione

quanti sono i conti correnti dedicati che intende utilizzare in funzione di quanto a suo tempo comunicato alle stazioni appaltanti.

- 4) Il cedente deve indicare, per ciascuna fattura ceduta, il relativo CIG/CUP;
- 5) Il factor deve conservare la documentazione contabile comprovante a quali contratti di appalto si riferiscono i singoli crediti ceduti.
- 6) Al fine di evitare una interruzione nella ricostruibilità del flusso finanziario relativo alla filiera, l'appaltatore, una volta ricevuto il pagamento da parte del factor, deve applicare integralmente gli obblighi di tracciabilità, indicando tutti i singoli CIG/CUP.

Resta fermo che, qualora le condizioni elencate non possano essere integralmente rispettate, il *factor* torna ad essere obbligato ad effettuare le anticipazioni al cedente mediante singoli bonifici, ciascuno con indicazione del CIG relativo allo specifico contratto a cui si riferiscono i crediti ceduti.

Inoltre, deve osservarsi che la normativa sulla tracciabilità si applica anche ai movimenti finanziari relativi ai crediti ceduti, quindi tra stazione appaltante e cessionario, il quale deve conseguentemente utilizzare un conto corrente dedicato.

Per quanto attiene ad eventuali cessioni di crediti futuri e/o non ancora sorti, la tracciabilità deve essere, comunque, assicurata, anche se in tale caso non è ovviamente possibile indicare il CIG/CUP nell'anticipo effettuato all'operatore economico, fermo restando l'onere di conservare idonea documentazione e di applicare integralmente la normativa sulla tracciabilità una volta stipulato il contratto di appalto cui si riferiscono i crediti ceduti.

4.10 Contratti nel settore assicurativo

Per quanto attiene alla prassi dei pagamenti nel mercato assicurativo tra le imprese di assicurazione, i *broker* e le pubbliche amministrazioni loro clienti, si può ritenere che sia consentito al *broker* d'incassare i premi per il tramite del proprio conto corrente separato di cui all'art. 117 del Codice delle assicurazioni (decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209), identificato e comunicato quale conto "dedicato" ai sensi della legge n. 136/2010, senza richiedere l'accensione di un altro conto dedicato in via esclusiva ai pagamenti che interessano le stazioni appaltanti. L'art. 117, comma 3-*bis*, del Codice delle assicurazioni

prevede, altresì, in alternativa all'accensione del conto separato, una fideiussione bancaria: in tal caso, il *broker* deve avere un conto bancario o postale nel quale transitano tutti i pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione, muniti del relativo CIG, secondo quanto indicato in via generale.

Non si ritengono soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti di riassicurazione con i quali le imprese di assicurazione coprono i rischi assunti nello svolgimento della propria attività di impresa, in quanto non rientranti nella filiera rilevante.

4.11 Contratti di associazione

La normativa sulla tracciabilità non trova applicazione al pagamento di quote associative effettuato dalle stazioni appaltanti, atteso che le suddette quote non configurano un contratto d'appalto.

4.12 Contratti dell'autorità giudiziaria

Gli obblighi di tracciabilità non trovano applicazione agli incarichi conferiti dalla autorità giudiziaria strettamente collegati ed indispensabili per la conduzione delle proprie attività processuali o investigative. A titolo esemplificativo, si tratta degli incarichi affidati ad *personam*, secondo criteri discrezionali e fiduciari, sulla base delle esigenze processuali, agli ausiliari del magistrato quali periti, esperti, interpreti, traduttori, nonché difensori di persone ammesse al patrocinio gratuito con oneri a carico dell'erario e custodi, nominati dal magistrato o dall'ufficiale giudiziario; ovvero, ancora, possono rientrare in tale ambito le spese di giustizia relative ad intercettazioni telefoniche, servizi di videoripresa, rilevamento a distanza, attivazione di ponti radio e a tutte le consimili attività, qualora si tratti di prestazioni obbligatorie in quanto funzionali ad attività di indagine ai sensi dell'art. 96 del decreto legislativo n. 259/2003. Tali incarichi, attribuiti da un'autorità dotata di poteri autoritativi e potestativi, sono incompatibili con la matrice negoziale dell'appalto pubblico, trovando la propria fonte legale nelle norme del codice di procedura penale e nelle relative disposizioni collegate. L'autorità giudiziaria non seleziona un contraente sulla base di un mero parametro economico, ma nomina i soggetti ritenuti idonei al perseguimento delle finalità processuali o

investigative e tali soggetti non percepiscono un corrispettivo, bensì un onorario o il mero rimborso delle spese sostenute; in taluni casi, inoltre, lo svolgimento delle prestazioni richieste è obbligatorio *ex lege*. Le suddette prestazioni, a carattere obbligatorio, sono da ritenersi riconducibili ai contratti d'opera e sono, dunque, sottratte alla disciplina della tracciabilità.

Fermo restando quanto precede, le regole della tracciabilità tornano ad essere pienamente applicabili in tutti i casi in cui possa configurarsi un rapporto negoziale qualificabile come contratto di appalto, ai sensi del Codice; ciò vale, ad esempio, nel caso di accordi-quadro stipulati con fornitori di servizi di alta tecnologia o per il noleggio degli apparati di intercettazione, che costituiscono una cornice contrattuale stabile nel tempo e non limitata alla specifica attività processuale o investigativa.

4.13 Risarcimenti ed indennizzi

I risarcimenti eventualmente corrisposti dalle imprese assicuratrici appaltatrici ai soggetti danneggiati dalle stazioni appaltanti assicurate sono esclusi dagli obblighi di tracciabilità, stante la loro natura di indennizzo a favore di soggetti terzi, estranei al rapporto contrattuale tra appaltante ed appaltatore. Tali soggetti terzi, infatti, non possono in alcun modo essere equiparati agli appaltatori, subappaltatori e subcontraenti della filiera delle imprese.

Le medesime considerazioni valgono per le indennità, gli indennizzi ed i risarcimenti dei danni corrisposti a seguito di procedure espropriative, poste in essere da stazioni appaltanti o da enti aggiudicatori: anche in tal caso, difetta il requisito soggettivo richiesto dal comma 1 dell'art. 3 della legge n. 136/2010, dal momento che i soggetti espropriati non possono annoverarsi tra quelli facenti parte della filiera delle imprese.

Detti indennizzi, pertanto, potranno essere corrisposti con qualsiasi mezzo di pagamento, senza indicazione del CIG e senza necessità di accensione di un conto corrente dedicato, fermi restando i limiti legali all'uso del contante e le disposizioni relative al CUP, ove applicabili.

4.14 Cauzioni

Ai sensi del comma 3 dell'art. 3 della legge n. 136/2010, possono essere eseguiti con

strumenti diversi dal bonifico, purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità, i pagamenti per fidejussioni stipulate dagli operatori economici in relazione alla commessa (ad esempio, la cauzione definitiva). Per tali pagamenti, inoltre, non deve essere indicato il CIG/CUP. Resta fermo l'onere di conservare idonea documentazione probatoria.

5. Modalità di attuazione della tracciabilità

Gli obblighi di tracciabilità si articolano essenzialmente in tre adempimenti:

- a. utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva.
- b. effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle medesime commesse pubbliche esclusivamente con lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;
- c. indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

5.1 Utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati

I pagamenti effettuati dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore e quelli effettuati dall'appaltatore nei confronti dei subcontraenti e da questi ad altri operatori economici devono transitare su conto corrente dedicato, bancario o postale; su tale conto devono essere effettuate sia le operazioni in entrata che quelle in uscita (pagamenti ed incassi). Devono ritenersi assimilati ai conti correnti (bancari o postali) i conti di pagamento accesi presso i prestatori di servizi di pagamento autorizzati di cui all'art. 114 *sexies* del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia); si fa riferimento in particolare ai conti di pagamento che possono essere accesi presso istituti di pagamento e, con il prossimo recepimento della direttiva CE 110/2009, presso istituti di moneta elettronica. Inoltre, si ritiene che gli istituti bancari possano ricevere pagamenti dalle pubbliche amministrazioni su conti interni purché muniti di IBAN ed a condizione che i pagamenti medesimi siano in ogni caso disposti con l'indicazione del CIG. Nel caso di

successivo pagamento, disposto a valere sul medesimo appalto a favore di altro soggetto della filiera, la banca – fermo restando l’obbligo di utilizzare lo stesso CIG con il quale è stato disposto il pagamento sul conto interno – potrà utilizzare un diverso conto dedicato garantendo, comunque, in ogni momento, la ricostruibilità dei flussi.

Il conto corrente può essere dedicato anche in via non esclusiva e, pertanto, esso può essere utilizzato promiscuamente per più commesse, purché, secondo quanto disposto dall’art. 6 comma 4 del d.l. n. 187/2010, per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione di cui al comma 7 dell’art. 3 della legge n. 136/2010. Inoltre, sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate.

Pertanto, i conti correnti dedicati alle commesse pubbliche possono essere adoperati contestualmente anche per operazioni che non riguardano, in via diretta, il contratto cui essi sono stati dedicati. Ad esempio, un’impresa che opera anche nell’edilizia privata può utilizzare il conto corrente dedicato ad un appalto pubblico per effettuare operazioni legate alla costruzione di un edificio privato. In altri termini, non tutte le operazioni che si effettuano sul conto dedicato devono essere riferibili ad una determinata commessa pubblica, ma tutte le operazioni relative a questa commessa devono transitare su un conto dedicato.

È, altresì, ammesso dedicare più conti alla medesima commessa, così come dedicare un unico conto a più commesse. Gli operatori economici, inoltre, possono indicare come conto corrente dedicato anche un conto già esistente, conformandosi tuttavia alle condizioni normativamente previste.

Considerato che un fornitore può avere una molteplicità di contratti stipulati con la medesima stazione appaltante, è ammissibile che lo stesso comunichi il conto corrente dedicato una sola volta, valevole per tutti i rapporti contrattuali. Con tale comunicazione l’appaltatore deve segnalare che, per tutti i rapporti giuridici che verranno instaurati con la medesima stazione appaltante (presenti e futuri), si avvarrà - fatte salve le eventuali modifiche successive - di uno o più conti correnti dedicati (indicandone puntualmente gli estremi identificativi) senza necessità di formulare apposite comunicazioni per ciascuna commessa. Tale forma di comunicazione può essere effettuata sia per le eventuali commesse precedenti al 7 settembre 2010 che per le commesse successive.

5.2 Reintegro dei conti correnti dedicati

In base al comma 4 dell'art. 3, come modificato dall'art. 7 del d.l. n. 187/2010, *“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 dedicati 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”*. La previsione deve essere letta in connessione con la facoltà, sancita dal comma 2, di impiegare il conto corrente dedicato anche per pagamenti non riferibili in via esclusiva alla realizzazione degli interventi per i quali è stato rilasciato il CIG. In detta evenienza, qualora l'operatore economico intenda reintegrare i fondi del conto dedicato, lo potrà fare solo mediante bonifico bancario o postale o con altri strumenti idonei a garantire la tracciabilità, nei termini già esposti.

5.3 Utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili

L'art. 3, comma 1, della legge n. 136/2010 prevede che i movimenti finanziari relativi agli appalti pubblici siano effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero con altri strumenti purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni.

Si tratta dei pagamenti relativi alla filiera di appaltatore, subappaltatore, fornitore, per i quali occorre quindi garantire che il codice CIG/CUP sia inseribile negli ordini di pagamento e possa essere gestito dalle procedure interne e interbancarie relative allo strumento di pagamento utilizzato. Non deve, quindi, venire dispersa l'informazione finanziaria identificativa del contratto o del finanziamento pubblico a cui è correlata ogni singola movimentazione di denaro soggetta a tracciabilità; il che implica la necessità che l'intermediario finanziario sia in grado di registrare e conservare nel proprio sistema tale informazione onde renderla accessibile ed esibirla a richiesta degli organismi deputati ai controlli. Ai sensi dell'art. 2220 c.c. gli intermediari devono conservare la documentazione per 10 anni.

Il requisito della piena tracciabilità sussiste, in primo luogo, per i trasferimenti di fondi effettuati tramite bonifico bancario o postale: le relative procedure di pagamento contemplano infatti la possibilità di inserire CIG/CUP nella disposizione di pagamento. Al bonifico bancario o postale devono intendersi assimilati altri servizi di trasferimento di fondi aventi le caratteristiche del bonifico gestiti da prestatori di pagamento diversi dalle banche e dalle Poste (istituti di pagamento e, in prospettiva, istituti di moneta elettronica; v. sopra par. 5.1). Tra gli altri strumenti idonei ad assicurare la tracciabilità si possono annoverare, ad esempio, le c.d. Ri.Ba. (Ricevute Bancarie Elettroniche), prevalentemente usate tra imprese per la riscossione di crediti commerciali. Date le caratteristiche dello strumento, sussiste, peraltro, in questo caso un vincolo relativo alla circostanza che il CUP e il CIG devono essere inseriti fin dall'inizio dal beneficiario invece che dal pagatore: la procedura ha avvio, infatti, con la richiesta da parte del creditore, prosegue con un avviso al debitore e si chiude con l'eventuale pagamento che può essere abbinato alle informazioni di flusso originariamente impostate dal creditore. Diversa e articolata appare la situazione che connota i servizi di addebito diretto, riconducibili ai due distinti servizi del RID (Rapporti Interbancari Diretti), sviluppato dalla comunità bancaria italiana, e quello paneuropeo del SEPA *direct debit* sviluppato dallo *European Payment Council*, che in prospettiva sostituirà i prodotti in uso nei diversi paesi europei partecipanti alla SEPA (è in corso di approvazione un regolamento comunitario che introdurrà l'obbligo di dimettere gli schemi di bonifico e addebito nazionali per migrare ai corrispondenti prodotti SEPA). Il RID costituisce il principale servizio di addebito preautorizzato offerto in Italia; esso consente di effettuare l'incasso di crediti derivanti da obbligazioni contrattuali che prevedono pagamenti di tipo ripetitivo e con scadenza predeterminata e presuppone una preautorizzazione all'addebito in conto da parte del debitore. Il servizio RID – sulla base della sua configurazione attuale – non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità, atteso che la procedura sottostante non è in grado di gestire informazioni o causali specifiche relative alla singola disposizione di pagamento (esso può risultare invece compatibile con la “tracciabilità attenuata”; v. infra par. 7). Diverso è il caso del SEPA *Direct Debit*, i cui flussi informativi prevedono un campo libero facoltativo nel quale potrebbero essere ospitati i codici in parola, consentendo quindi di rispettare il requisito della piena tracciabilità.

E' ammissibile il pagamento di tasse, tributi o tariffe mediante versamento su conto corrente postale.

6. Richiesta ed indicazione del CIG e del CUP

L'art. 3, comma 5, della legge n. 136/2010, nel testo riformulato dal decreto legge n. 187/2010, art. 7, comma 4, stabilisce, tra le modalità di attuazione della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari, l'obbligo di indicare negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione, effettuata dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti tenuti al rispetto di tale obbligo, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità su richiesta della stazione appaltante e, qualora sia obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP). Nel seguito si forniscono alcune indicazioni sull'acquisizione del codice CIG al momento dell'emanazione della presente determinazione: è, peraltro, onere delle stazioni appaltanti verificare sul sito dell'Autorità la presenza di eventuali aggiornamenti relativi al funzionamento del sistema SIMOG, nonché le istruzioni operative (i chiarimenti sulla compilazione delle maschere per l'ottenimento del CIG vanno richiesti al *contact center* dell'Autorità).

6.1 Il codice CUP

L'assegnazione del CUP da parte del Comitato Interministeriale per la programmazione economica-CIPE, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, è volta ad assicurare la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti pubblici, con riferimento ad ogni nuovo progetto di investimento pubblico. Si evidenzia che *“in linea di massima, un progetto s'identifica in un complesso di attività realizzative e/o di strumenti di sostegno economico afferenti un medesimo quadro economico di spesa, oggetto della decisione di finanziamento pubblico. (...) Saranno comunque registrate al sistema CUP tutte le tipologie progettuali ammissibili al cofinanziamento dei fondi strutturali o ricomprese negli strumenti di programmazione negoziata”* (delibera CIPE 27 dicembre 2002, n. 143; cfr. anche delibera 29 settembre 2004, n. 24).

Le condizioni imprescindibili che rendono obbligatoria la richiesta del CUP sostanzialmente sono:

- la presenza di un decisore pubblico;
- la previsione di un finanziamento, anche non prevalente, diretto o indiretto, tramite risorse pubbliche;
- la presenza di un obiettivo di sviluppo economico e sociale comune alle azioni e/o agli strumenti di sostegno predetti;
- la previsione di un termine entro il quale debba essere raggiunto l'obiettivo.

Nel caso in cui ad un finanziamento pubblico di progetto siano ricollegabili più appalti, gli strumenti di pagamento riporteranno l'indicazione del CIG relativo al singolo contratto d'appalto ed il medesimo CUP attribuito al progetto.

6.2 Il codice CIG

La richiesta e la conseguente assegnazione del CIG, prima dell'emanazione della legge n. 136/2010, rispondevano alla diversa esigenza di vigilare sulla regolarità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici sottoposti alla vigilanza dell'Autorità. Il CIG è ora divenuto anche lo strumento, insieme al CUP, su cui è imperniato il sistema della tracciabilità dei flussi di pagamento; tale nuova funzione ha comportato l'estensione dell'utilizzo del CIG a tutte le fattispecie contrattuali contemplate nel Codice, indipendentemente dall'importo dell'appalto e dalla procedura di scelta del contraente adottata.

Nell'ambito della disciplina dettata agli articoli 3 e 6 della legge n. 136/2010, avuto riguardo alla *ratio* della norma, volta a tracciare gli incassi provenienti dai contratti di appalto ed i pagamenti che, a fronte di tali incassi, sono effettuati dagli appaltatori verso i soggetti della filiera, l'indicazione dei codici CIG e CUP assume la finalità di rendere l'informazione "tracciante". Il riferimento ad un determinato CIG (ed eventualmente CUP) consente di ricondurre il pagamento per prestazioni comprese in subcontratti rientranti nella filiera al contratto stipulato dalla stazione appaltante con l'appaltatore.

Pertanto, il versamento del contributo all'Autorità è dovuto dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori e dagli operatori economici secondo le modalità e l'entità stabilite nelle delibere

annualmente emanate ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266. Da ultimo, con deliberazione del 3 novembre 2010, tenuto anche conto della normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari, è stato ribadito l'obbligo a carico del responsabile del procedimento di registrarsi presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), che attribuisce un "numero di gara" ad ogni nuova procedura di affidamento, determinando l'importo dell'eventuale contribuzione in relazione al valore presunto del contratto; successivamente il responsabile del procedimento provvede all'inserimento dei lotti (o dell'unico lotto) che compongono la procedura a ciascuno dei quali il Sistema assegna un CIG, fissando altresì l'importo dell'eventuale contribuzione a carico degli operatori economici. Sono esclusi dall'obbligo di richiesta del CIG gli appalti aventi ad oggetto l'acquisto di acqua, la fornitura di energia elettrica o gas naturale, di cui all'art. 25 del decreto legislativo n. 163/2006.

La stazione appaltante è tenuta a riportare i CIG nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerte comunque denominata.

Il CIG deve, pertanto, essere richiesto dal responsabile del procedimento in un momento antecedente all'indizione della procedura di gara. Nel caso di acquisti di beni e servizi effettuati senza lo svolgimento di una gara o la richiesta di offerta, come ad esempio per mezzo del Mercato elettronico della p.a. (MEPA), ai sensi dell'art. 11 del d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, il CIG va inserito nell'ordinativo di pagamento. Analogamente, qualora la stazione appaltante sia esclusa dall'obbligo di contribuzione in favore dell'Autorità o nei casi in cui il contratto sia eseguito in via d'urgenza, il CIG è richiesto, al più tardi, nell'ordinativo di pagamento.

E' opportuno puntualizzare che il CIG deve essere richiesto anche con riferimento ai contratti stipulati tra il 7 settembre 2010 e il 12 novembre 2010, benché in tale lasso temporale fosse prescritta l'indicazione nei pagamenti del solo CUP. La richiesta del CIG, in tal caso, deve essere avanzata tempestivamente ora per allora.

Da ultimo, si precisa che la normativa non impone agli operatori della filiera l'indicazione del CIG nell'ambito delle fatture emesse per l'esecuzione del contratto o del subcontratto.

6.3 Casi di semplificazione del CIG

Dal 2 maggio 2011, l'Autorità ha reso disponibili alcune semplificazioni nella procedura di rilascio del CIG, al fine di agevolare gli adempimenti della stazione appaltante con riguardo soprattutto agli appalti di modesto valore economico (cfr. comunicato del Presidente del 2 maggio 2011). In particolare, per i contratti di lavori di importo inferiore a 40.000 euro ed i contratti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro, affidati ai sensi dell'art. 125 del decreto legislativo n. 163/2006 o con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, per i contratti di cui agli articoli 16, 17 e 18 del Codice, di qualunque importo, nonché per gli altri contratti esclusi del tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice di importo inferiore o uguale a 150.000 euro e per i contratti affidati direttamente dagli enti aggiudicatori o dai concessionari di lavori pubblici ad imprese collegate, ai sensi degli articoli 218 e 149 del Codice, la stazione appaltante può acquisire il CIG introducendo un numero ridotto di informazioni oppure richiedere fino a due carnet di CIG. Ogni carnet, la cui durata è di 90 giorni dal rilascio, contiene 50 codici GIG che possono essere immediatamente utilizzati. I dati relativi a ciascun CIG devono essere inviati all'Autorità non oltre 30 giorni dalla data di scadenza del carnet.

6.4 Il CIG negli accordi quadro

Per quanto concerne gli acquisti effettuati sulla base di accordi quadro, a cui le pubbliche amministrazioni possono aderire mediante l'emissione di ordinativi di fornitura, la centrale di committenza richiede l'attribuzione di un CIG in relazione alla procedura ad evidenza pubblica che deve essere svolta per la conclusione dell'accordo. I singoli contratti stipulati dalle amministrazioni che aderiscono all'accordo con gli operatori economici selezionati dalla centrale di committenza devono essere identificati con un nuovo CIG ("CIG derivato"), che dovrà essere riportato nei pagamenti relativi allo specifico contratto.

Qualora il soggetto (amministrazione) che stipula l'accordo quadro coincida con quello che è parte negli appalti a valle dell'accordo, i flussi finanziari relativi alle singole prestazioni faranno riferimento al medesimo CIG relativo all'accordo.

6.5 Il CIG nelle gare divise in più lotti

Nel caso di una gara che comprenda una molteplicità di lotti, come avviene ad esempio nelle procedure svolte dalle ASL o da centrali di committenza per l'acquisto di prodotti farmaceutici e sanitari, la stazione appaltante richiede un CIG per ciascun lotto. Il sistema SIMOG consente al RUP, a valle dell'aggiudicazione di diversi lotti ad un medesimo operatore economico (con il quale la stazione appaltante stipulerà un contratto unico), di eleggere a "CIG master" uno dei CIG relativi ai singoli lotti. Il CIG master può essere utilizzato per i pagamenti relativi a tutti i lotti, ferma restando la necessità di riportare nel contratto l'elenco completo di tutti i codici CIG relativi ai lotti affidati.

6.6 Acquisti destinati a più commesse

Nel caso in cui per una prestazione/fornitura oggetto di un subcontratto si faccia ricorso alle risorse finanziarie provenienti da diversi contratti di appalto, occorre, di regola, effettuare distinti pagamenti per ogni commessa, ovvero – se compatibile con il tracciato bancario – indicare nel bonifico (unico) tutti i relativi CIG, fermo restando l'onere di conservare idonea documentazione contabile.

In via residuale, nel caso di impossibilità a seguire le modalità indicate, una terza possibilità è quella prevista nelle Linee guida del CASGO, le quali consentono di indicare un solo CIG (quello relativo al flusso prevalente), a patto che tutti i restanti CIG vengano riportati nella relativa fattura.

7. La tracciabilità attenuata

I commi 2 e 3 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010 disciplinano alcuni peculiari movimenti finanziari posti in essere dagli operatori economici facenti parte della filiera.

Tali pagamenti, sulla base dell'interpretazione dell'Autorità, sono soggetti ad una sistema di tracciabilità "attenuta", in quanto possono essere effettuati senza l'indicazione del CIG e del CUP, nei limiti di seguito indicati.

7.1 Pagamenti *ex art. 3, comma 2*

L'art. 3, comma 2, prevede che devono transitare sui conti correnti dedicati le movimentazioni verso conti non dedicati, quali:

- stipendi (emolumenti a dirigenti e impiegati);
- manodopera (emolumenti a operai);
- spese generali (cancelleria, fotocopie, abbonamenti e pubblicità, canoni per utenze e affitto);
- provvista di immobilizzazioni tecniche;
- consulenze legali, amministrative, tributarie e tecniche.

Si deve provvedere a tali pagamenti attraverso un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, ad uno o più contratti pubblici. Il pagamento deve essere effettuato e registrato per il totale dovuto ai soggetti indicati, anche se non riferibile in via esclusiva ad uno specifico contratto. Ad esempio, se una determinata attrezzatura viene utilizzata con riferimento a più commesse, il relativo pagamento risulterà registrato per l'intero con esclusivo riferimento ad una delle commesse in questione, mentre non sarà considerato per le altre. Allo stesso modo, i pagamenti a favore dei dipendenti saranno effettuati sul conto dedicato relativo ad una singola specifica commessa, anche se i dipendenti prestano la loro opera in relazione ad una pluralità di contratti.

Con riferimento tali pagamenti si ritiene che non vada indicato il CIG/CUP. I pagamenti di cui al comma 2 dell'art. 3 devono essere eseguiti tramite conto corrente dedicato, anche con *“strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto”*, essendo escluso il ricorso al contante per ogni tipo di operazione e per qualunque importo. Oltre agli strumenti del bonifico bancario e postale (e assimilati) e delle RiBa. di cui al paragrafo 5.3, è possibile avvalersi dei servizi di addebito diretto (RID e SEPA *direct debit*) e delle carte di pagamento purché emesse a valere su un conto dedicato. E' consentito anche l'utilizzo di assegni bancari e postali purché ricorrano tutte le seguenti condizioni: a) i soggetti ivi previsti 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

sugli stessi venga riportato il CUP e il CIG).

7.2 Pagamenti *ex art. 3*, comma 3

Ai sensi del comma 3 dell'art. 3 della legge n. 136/2010 possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico i pagamenti per:

- imposte e tasse;
- contributi INPS, INAIL, Cassa Edile;
- assicurazioni e fidejussioni stipulate in relazione alla commessa;
- gestori e fornitori di pubblici servizi (per energia elettrica, telefonia, ecc.).

Tali pagamenti devono essere obbligatoriamente documentati e, comunque, effettuati con modalità idonee a consentire la piena tracciabilità delle transazioni finanziarie (cfr. art. 6, comma 5, del d.l. n. 187/ 2010), senza l'indicazione del CIG/CUP. Possono essere pertanto effettuati mediante addebiti diretti (RID o SEPA *direct debit*) su carte di pagamento, purché emesse a valere su un conto dedicato.

7.3 Utilizzo di carte carburante

L'utilizzo di carte di pagamento con spendibilità limitata all'acquisto di una gamma circoscritta di beni o servizi – come le c.d. “carte carburante” – può essere consentito in regime di tracciabilità attenuata, a patto che il CIG sia univocamente collegato al conto dedicato al funzionamento delle carte; le transazioni effettuate da ciascuna delle carte emesse devono essere ricondotte al suddetto CIG.

7.4 Pagamenti delle utenze della pubblica amministrazione

Tenendo conto di quanto previsto dal comma 3 dell'art. 3 della legge n. 136/2010 per i pagamenti effettuati dagli operatori privati in favore di gestori e fornitori di pubblici servizi a rete, si ritiene che anche i pagamenti relativi alle utenze delle pubbliche amministrazioni (quali, a titolo esemplificativo, luce, gas e telefono) possano essere effettuati, analogamente alle modalità indicate nei contratti di mutuo, avvalendosi del RID senza indicare i codici CIG nel singolo pagamento (ma soltanto nella delega a monte).

8. Il fondo economale

Per le spese effettuate dai cassieri delle stazioni appaltanti, mediante il fondo economale, deve ritenersi consentito l'utilizzo di contanti, nel rispetto della normativa vigente; rientrano in tale novero, a titolo esemplificativo, le spese relative ai pagamenti di valori bollati, imposte ed altri diritti erariali, spese postali, biglietti di mezzi di trasporto, giornali e pubblicazioni.

Si tratta, in sostanza, delle spese che ciascuna amministrazione disciplina in via generale con un provvedimento interno: ad esempio, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) stabilisce che il regolamento di contabilità di ciascun ente preveda l'istituzione di un servizio di economato *“per la gestione di cassa delle spese di ufficio di non rilevante ammontare”* (articoli 152 e 153, TUEL). Il regolamento contiene un'elencazione esemplificativa degli acquisti di beni e servizi che rientrano nelle spese minute e di non rilevante entità, necessarie per sopperire con immediatezza ed urgenza ad esigenze funzionali dell'ente (non compatibili con gli indugi della contrattazione e l'emanazione di un provvedimento di approvazione), entro un limite di importo fissato, anch'esso, nel medesimo regolamento; la gestione di tali spese, superando il rigido formalismo delle procedure codificate, avviene secondo modalità semplificate sia per quanto riguarda il pagamento (per pronta cassa), contestuale all'acquisto indifferibile del bene o servizio, sia per quanto concerne la documentazione giustificativa della spesa.

Le spese ammissibili devono essere, quindi, tipizzate dall'amministrazione mediante l'introduzione di un elenco dettagliato all'interno di un proprio regolamento di contabilità ed amministrazione. Non deve trattarsi di spese effettuate a fronte di contratti d'appalto e, pertanto, la corretta qualificazione della singola operazione, da effettuarsi a seconda delle specificità del caso concreto ed alla luce degli ordinari criteri interpretativi, rientra nella responsabilità della stazione appaltante procedente.

A titolo esemplificativo, si può rammentare quanto stabilito dal d.P.R. 4 settembre 2002 n. 254, concernente le gestioni dei consegnatari e dei cassieri delle amministrazioni dello Stato, il quale contempla le disposizioni che il regolamento di ciascun ente deve specificare riguardo la gestione delle spese di modesta entità, contenute entro importi certi e prefissati. Tale regolamento, in particolare, prevede che il cassiere provveda, su richiesta dei competenti

uffici, al pagamento delle spese contrattuali e dei sussidi urgenti, nonché delle minute spese di ufficio, nei limiti delle risorse finanziarie. Anche in questo caso, pertanto, le spese ammissibili devono essere tipizzate dall'amministrazione mediante l'introduzione di un regolamento interno, nel rispetto dei propri limiti di spesa ed all'infuori dei contratti di appalto.

9. Comunicazioni

E' stabilito (art. 3, comma 7, come modificato) che i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità comunichino alla stazione appaltante:

- gli estremi identificativi dei conti correnti bancari o postali dedicati, con l'indicazione dell'opera/servizio/fornitura alla quale sono dedicati;
- le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare sugli stessi;
- ogni modifica relativa ai dati trasmessi.

La comunicazione deve essere effettuata entro sette giorni dall'accensione del conto corrente ovvero, nel caso di conti correnti già esistenti, *“dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica”* (cfr. art. 3, comma 7 come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a), n. 6 del d.l. n. 187/2010). Si deve, peraltro, ritenere che il termine *“utilizzazione”* sia stato impiegato nel senso di *“destinazione”* del conto alla funzione di conto corrente dedicato, dal momento che, sino ad avvenuta comunicazione alla stazione appaltante, non é ipotizzabile l'utilizzo del conto stesso per i pagamenti relativi alla commessa pubblica.

Per tutti i rapporti giuridici in atto o che verranno instaurati con la medesima stazione appaltante (presenti e futuri), l'appaltatore/contraente si può avvalere di uno o più conti correnti dedicati, senza la necessità di comunicazioni aggiuntive per ogni commessa pubblica.

In caso di persone giuridiche, la comunicazione *de qua* deve essere sottoscritta da un legale rappresentante ovvero da un soggetto munito di apposita procura. L'omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli elementi informativi di cui all'art. 3, comma 7, comporta, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro (art. 6, comma 4, della legge n. 136/2010).

Al fine di permettere alle stazioni appaltanti di assolvere all'obbligo di verifica delle clausole

contrattuali, sancito dal comma 9 dell'art. 3, i soggetti tenuti al rispetto delle regole di tracciabilità, tramite un legale rappresentante o soggetto munito di apposita procura, devono inviare alla stazione appaltante copia di tutti i contratti sottoscritti con i subappaltatori ed i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture. La comunicazione può anche avvenire per estratto mediante l'invio della singola clausola di tracciabilità ed idonea evidenza dell'avvenuta sottoscrizione; si ritiene altresì ammissibile assolvere all'onere di comunicazione mediante l'invio di dichiarazioni sostitutive sottoscritte, secondo le formalità di legge, con le quali le parti danno atto, dettagliandoli, dell'avvenuta assunzione degli obblighi di tracciabilità. Resta, tuttavia, fermo che le stazioni appaltanti ed i soggetti della filiera devono comunque effettuare idonei controlli a campione sulle dichiarazioni rese.