



Istituto Grandi Infrastrutture

## CIRCOLARE IGI

### PIANO STRAORDINARIO CONTRO LE MAFIE

#### LEGGE 13 AGOSTO 2010, N. 136

Il 7 settembre 2010 è entrato in vigore il Piano straordinario contro le mafie, di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136, pubblicata nella G.U. 23 agosto 2010, n. 196.

Il Piano straordinario contiene, in particolare, due norme di immediato interesse per l'attività delle imprese e delle stazioni appaltanti, ossia: l'**articolo 3**, riguardante la tracciabilità dei flussi finanziari, e l'**articolo 6**, contenente le sanzioni applicabili in caso di inosservanza dei nuovi obblighi contrattuali stabiliti dalla legge.

Con questa Circolare, l'IGI intende offrire una prima chiave di lettura interpretativa delle norme ed, al tempo stesso, segnalare ai Soci le questioni che, allo stato attuale, non sembrano aver ancora ricevuto una risposta univoca da parte delle Istituzioni competenti.

#### **1. Entrata in vigore.**

Il problema preliminare posto dall'entrata in vigore del Piano straordinario è rappresentato, come ormai noto, dalla **manca di una norma transitoria**, che chiarisca se la norma sulla tracciabilità debba intendersi riferita ai soli contratti che saranno stipulati a partire dal 7 settembre, ovvero se essa si rivolga anche ai contratti attualmente in corso, per i pagamenti e i subcontratti *post 7 settembre*.

Sulla questione è intervenuta l'**Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici**, la quale si è espressa a favore della **retroattività** della disposizione, sul presupposto che l'articolo 3 è norma di ordine pubblico e deve pertanto applicarsi anche a tutti i contratti in essere.

Ma, il **comma 8 dell'articolo 3**, stabilisce che il contratto deve contenere, a pena di nullità assoluta, una clausola con la quale le parti assumono gli obblighi di tracciabilità e, dunque, assumendo come punto di riferimento il contratto, sembra riferirsi ai **rapporti** che saranno **costituiti successivamente** alla data di entrata in vigore della legge.



Istituto Grandi Infrastrutture

Del resto, questa è la posizione del **Ministero dell'Interno** il quale, il giorno dell'entrata in vigore della legge, ha diramato un Comunicato con il quale annunciava che *“d'ora in avanti tutti i contratti pubblici dovranno prevedere, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale i fornitori assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari”*.

Ciò non esclude però che i **contratti** in corso possano essere **integrati** attraverso l'inserimento delle clausole sulla tracciabilità, ma questo equivarrebbe a dire che dal 7 settembre tutti i contratti già stipulati siano da considerarsi **nulli**, perché mancanti di tali clausole, con effetti rischiosi per la loro stessa sorte. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi di un concorrente che, avendo impugnato l'aggiudicazione di una gara, si veda riconosciuta a questo punto la possibilità di far valere direttamente la nullità del contratto.

Nell'analisi delle conseguenze della retroattività della norma, non bisogna poi trascurare il fatto che, in attesa dell'integrazione delle clausole contrattuali, si verificherebbe, come in realtà sta già accadendo, il paradossale effetto del **blocco totale dei pagamenti**, sia da parte delle amministrazioni che da parte delle imprese, considerato che in particolar modo queste ultime saranno esposte, d'ora in avanti, a severe misure sanzionatorie, nel caso in cui dovessero effettuare operazioni con modalità difformi da quelle appena entrate in vigore.

## **2. Ambito di applicazione: ulteriori considerazioni.**

Allo stato attuale, assumendo come spartiacque la stipulazione del contratto, l'IGI ritiene che non abbia alcuna rilevanza il fatto che l'aggiudicazione sia avvenuta prima dell'entrata in vigore, considerato che il Codice dei contratti, diversamente dalla normativa sulla Contabilità di Stato, non considera più l'aggiudicazione come equivalente del contratto.

Di conseguenza, a giudizio dell'IGI, tutto ciò che sarà configurabile come **nuovo rapporto contrattuale** sarà sottoposto all'applicazione dell'articolo 3, dal momento che, in occasione della stipulazione dei contratti, sarà possibile inserire anche le nuove clausole sulla tracciabilità: *in primis*, questo dovrebbe valere per i subappalti ed, in genere, per tutti i subcontratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge, anche se in dipendenza di un contratto d'appalto sottoscritto in data antecedente.

Tuttavia, bisogna rilevare che, in tali casi, sarebbe opportuno andare ad integrare dapprima le clausole del contratto principale, facendo derivare da tale modifica un effetto a cascata per i subappalti e i subcontratti.



Istituto Grandi Infrastrutture

Diversamente, è da concludere che ricadano sotto l'applicazione della norma i contratti aventi ad oggetto i **lavori complementari**, per quanto collegati ad un contratto stipulato precedentemente, nonché i nuovi contratti, originati dal **fallimento dell'appaltatore** oppure, ancora, aventi ad oggetto **varianti** in corso d'opera che superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto.

### **3. Ambito di applicazione soggettiva.**

Gli artt. 3 e 6 del Piano straordinario contro le mafie si rivolgono agli appaltatori, ai subappaltatori e ai subcontraenti della filiera delle imprese, nonché ai concessionari di finanziamenti pubblici.

- Il nodo interpretativo che riguarda l'ambito di applicazione soggettiva delle due norme è evidentemente rappresentato **dall'espressione “filiera delle imprese”**, nel senso cioè che non si comprende quale sia l'ultimo soggetto coinvolto nell'esecuzione del contratto e, quindi, interessato dal rispetto degli obblighi di tracciabilità.

Considerato che si tratta di una norma finalizzata alla prevenzione delle infiltrazioni criminali, si ritiene che l'espressione *“filiera delle imprese”* adoperata nell'articolo 3, comma 1, debba essere interpretata fino a comprendere tutti i subcontratti posti in essere dall'appaltatore ed, in generale, **tutti i rapporti instaurati per l'esecuzione del contratto**. Il che comporterebbe l'applicazione anche ai fornitori sia dell'appaltatore, sia del subappaltatore, se non fosse che la norma si riferisce ai subcontratti.

- Nella norma non è presente alcun riferimento ai **concessionari di lavori e di servizi**, ma è ipotizzabile che il dubbio sulla applicabilità della disposizione anche a tali concessioni possa essere risolto semplicemente osservando che il concessionario è considerato dalla Direttiva 18 alla stregua di un appaltatore.

### **4. Il conto corrente dedicato.**

L'articolo 3, comma 1, della legge n. 136/2010 stabilisce che *“gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti anche europei a qualsiasi*



Istituto Grandi Infrastrutture

*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”.*

- Il primo dubbio che può nascere, leggendo questa norma, è se sia necessario che le imprese utilizzino un conto corrente, bancario o postale, per ciascun contratto stipulato.

In realtà, la norma non sembra voler significare altro che **un conto corrente può essere dedicato contemporaneamente a più contratti ed, al tempo stesso, che a ciascun contratto possono essere dedicati più conti correnti**. La circostanza che un conto corrente venga dedicato ad una commessa pubblica non esclude che esso possa essere adoperato contestualmente anche per operazioni che non riguardino, in via diretta, il contratto cui il conto è stato dedicato. Ad esempio, un'impresa che opera anche nell'edilizia privata può usufruire del conto corrente dedicato ad un appalto pubblico per effettuare operazioni legate alla costruzione di un edificio privato.

- Individuato il conto corrente da dedicare al contratto, l'appaltatore, il subappaltatore, il subcontraente della filiera delle imprese e il concessionario di finanziamenti pubblici dovranno **comunicare gli estremi del conto corrente dedicato alla stazione appaltante** entro sette giorni dall'accensione, **unitamente alle generalità e al codice fiscale delle persone delegate ad effettuare le operazioni**. In caso di comunicazioni non effettuate, tardive o incomplete, seguirà l'applicazione di una sanzione pecuniaria da 500 a 3.000 euro (art. 3, comma 7).

Non sarebbe superfluo, al riguardo, un chiarimento sulla necessità di accendere un nuovo conto corrente o di avvalersi di conti correnti già aperti in suo nome. Il dubbio nasce dal fatto che l'articolo 3, comma 7, dispone che tali comunicazioni alla stazione appaltante debbano essere effettuate entro sette giorni dall'accensione del conto corrente. Ma, al riguardo, si ritiene che l'impresa possa rendere dedicato un conto già esistente.

## **5. Il bonifico bancario o postale.**

Il primo comma dell'articolo 3 prosegue poi stabilendo che: *“Tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo*



Istituto Grandi Infrastrutture

*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”.*

- Dunque, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti, dovranno adeguarsi alle seguenti modalità di pagamento:
  - a) avvalersi esclusivamente del conto corrente o dei conti correnti comunicati alla stazione appaltante;
  - b) effettuare i pagamenti attraverso bonifico bancario o postale;
  - c) indicare il codice unico di progetto (CUP) assegnato dalla stazione appaltante in ciascun bonifico effettuato.

## **6. Le diverse tipologie di pagamento.**

- a) **Pagamenti di dipendenti, consulenti, fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali ed acquisto di immobilizzazioni tecniche.**

Si può provvedere a tali pagamenti attraverso un qualunque conto corrente dedicato, anche non in via esclusiva, ad un contratto pubblico. Come già detto in precedenza, i conti correnti dedicati, anche non in via esclusiva, sono quelli sui quali l'impresa compie altre operazioni non legate all'esecuzione del contratto pubblico cui il conto si riferisce (art. 3, comma 2).

- b) **Pagamenti che possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico.**

Possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico solamente i pagamenti in favore di **enti previdenziali, assicurativi e istituzionali, di gestori e fornitori di pubblici servizi e quelli riguardanti i tributi**, i quali però debbono essere obbligatoriamente documentati (art. 3, comma 3).

- c) **Spese giornaliere, di importo inferiore o uguale a 500 euro.**

Possono essere pagate anch'esse con **strumenti diversi dal bonifico**, purché esse siano documentate, ma, in questo caso, non è **mai** consentito il pagamento **in contante** (art. 3, comma 3).

## d) Spese estranee al contratto pubblico cui si riferisce il conto corrente dedicato.

L'impresa può utilizzare il conto corrente dedicato ad una commessa pubblica anche per effettuare spese estranee al contratto cui il conto si riferisce. La norma aggiunge che le somme **possono essere reintegrate** dall'impresa mediante bonifico bancario o postale (art. 3, comma 4).

Considerato che la norma adopera l'espressione "*possono*", si ritiene che il reintegro sia affidato alla **discrezionalità dell'impresa** e che non sia stato pertanto prescritto in termini obbligatori.

Ma, nel caso in cui venga effettuato con **modalità diverse dal bonifico**, sarà applicata una **sanzione pecuniaria** dal 2 al 5 per cento del valore dell'accredito (art. 6, comma 3).

- In tema di pagamenti, si intende infine sottoporre all'attenzione dei Soci l'esame del caso in cui il **conto dedicato** ad una commessa pubblica dovesse rimanere "*in rosso*", ponendo così l'impresa nell'impossibilità di provvedere ai relativi pagamenti.

Escluso che l'impresa possa ricorrere ad un altro conto corrente non dedicato, dal momento che questa è un'ipotesi sanzionata, non sembra però esservi alcun impedimento normativo al versamento, tramite bonifico, di somme sul conto corrente interessato, che consentano di procedere ai pagamenti necessari.

## 7. Le sanzioni.

a) Pagamento effettuato senza bonifico

b) Pagamento effettuato da un conto corrente non dedicato

c) Mancata indicazione del CUP nel bonifico

Sanzione pecuniaria  
dal 2 al 10 per cento  
del valore della  
transazione

d) Pagamento effettuato senza avvalersi di banche o della  
società Poste italiane Spa

Sanzione pecuniaria  
dal 5 al 20 per cento  
del valore della  
transazione, fatta salva  
la risoluzione espresse  
del contratto



Istituto Grandi Infrastrutture

- Anche con riferimento al profilo sanzionatorio si pone la necessità di risolvere una questione interpretativa, nel senso che non si comprende la **differenza** tra l'ipotesi in cui il pagamento venga effettuato senza bonifico, sanzionata in maniera più lieve, e l'ipotesi in cui invece l'impresa non si sia avvalsa di banche o della società Poste italiane Spa, fattispecie ben più grave a giudicare dalla sanzione prevista, che arriva fino alla risoluzione del contratto. In altri termini, ci si domanda se il mancato utilizzo del bonifico non equivalga al mancato ricorso al sistema bancario o postale.

- Ulteriore dubbio da chiarire è se la **risoluzione** vada a cumularsi con la sanzione pecuniaria ed, inoltre, se essa operi automaticamente o sia rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

Da una interpretazione letterale della norma, sembrerebbe che la risoluzione si **cumuli** con la sanzione pecuniaria. Nessun dubbio sembra sussistere, invece, sull'**automaticità** della risoluzione, che viene così sottratta a qualunque discrezionalità dell'amministrazione. Del resto, questa evidenza è confermata dal fatto che anche nei rapporti tra appaltatori, subappaltatori e subcontraenti si procede all'immediata risoluzione del contratto nei confronti della parte inadempiente, dando notizia dell'inadempimento alla stazione appaltante e alla prefettura territorialmente competente.

- Volendo ipotizzare le **conseguenze della risoluzione** contrattuale, bisogna considerare che essa potrebbe essere qualificata come risoluzione per **grave inadempimento**, ai sensi dell'articolo 136 del Codice dei contratti. Di conseguenza, il verificarsi di tale fattispecie consentirebbe il ricorso alla procedura di affidamento *ex art. 140*, in base alla quale all'amministrazione è riconosciuta la facoltà di interpellare i soggetti presenti nell'originaria graduatoria di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto. Ma, a danno dell'impresa bisognerà probabilmente considerare l'**incameramento** della **cauzione definitiva** e la configurazione di una **causa di esclusione** dalle gare.

## 8. Il codice unico di progetto (CUP).

All'IGI sono pervenute diverse richieste di chiarimenti, sia da parte delle imprese che delle stazioni appaltanti, in relazione alla impossibilità di effettuare i pagamenti nel **caso in cui la stazione appaltante non abbia assegnato il CUP**.



Istituto Grandi Infrastrutture

Il problema si pone principalmente in caso di efficacia retroattiva della norma sulla tracciabilità. Tuttavia, esso è già stato risolto dal **Comunicato CIPE del 30 agosto 2010**, il quale afferma che il Sistema CUP è in grado di rilasciare il codice anche per interventi relativi alla gestione corrente. Bisognerebbe, però, interrogarsi sull'eventualità di riconoscere all'impresa il diritto agli interessi per ritardato pagamento, nel tempo necessario ad ottenere l'assegnazione del CUP.

In realtà, il problema è stato sollevato anche con riferimento agli **appalti di servizi e di forniture**, dal momento che le imprese e le amministrazioni hanno evidenziato che, in tali settori, solitamente non si provvede all'assegnazione del CUP e tale constatazione ha fatto sorgere il dubbio sull'applicabilità della norma agli appalti di servizi e di forniture.

Su tale ultimo punto, la disposizione non lascia spazio ad equivoci.

Tuttavia, è vero che in molti casi, fino ad ora, il CUP è stato richiesto per i soli appalti di lavori. Ciò vuol dire semplicemente che, d'ora in avanti, la stazione appaltante dovrà richiedere il CUP anche per gli appalti di servizi e di forniture.

## **9. Le responsabilità della stazione appaltante.**

La stazione appaltante deve provvedere:

a) alla **richiesta del CUP** alla struttura di supporto CUP, operativa presso il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 3, comma 6);

b) all'**inserimento** nel contratto della **clausola sull'assunzione degli obblighi di tracciabilità**, a pena di nullità assoluta, e della **clausola di risoluzione** (art. 3, comma 8);

c) alla **verifica, all'interno dei contratti tra appaltatore, subappaltatore e subcontraente**, dell'inserimento della sola clausola con la quale le parti assumono gli obblighi di tracciabilità (art. 3, comma 9).

- Nel testo della legge, il sistema delle sanzioni sembra colpire esclusivamente appaltatori e subappaltatori. Il comma 1 dell'articolo 6, facendo salva l'applicazione della clausola risolutiva espressa, sembra considerare soltanto le responsabilità delle imprese. Ma, tale posizione risulta superata dal comma 2, il quale non offre argomenti per ritenere che la P.A., la quale non effettui il



Istituto Grandi Infrastrutture

pagamento su conto corrente dedicato oppure senza utilizzare lo strumento del bonifico bancario o postale, non sia assoggettata a sanzioni.