

LA TRACCIABILITÀ DEI PAGAMENTI. ALCUNE NOTE A MARGINE DELLA DETERMINAZIONE N. 4/2011 DELL'AVCP

Alessandro Simonato*

Sommario: 1. Introduzione - 2. Le fattispecie che originano i flussi tracciabili - 3. Alcune ipotesi problematiche. Utenze, tesoreria, fondo economale, acquisizioni in economia - 4. Sintesi degli oneri in capo ai diversi soggetti pubblici e privati

1. Introduzione

Le modalità di pagamento del corrispettivo dei contratti pubblici sono, sempre più, disciplinate anche da norme *extra* regolamentari che, in alcuni casi, introducono pure nuovi oneri in capo all'amministrazione o all'operatore economico, anche qualora intendano semplificare le procedure di pagamento: le disposizioni in tema di documento unico di regolarità contributiva, il Codice dell'amministrazione digitale, la normativa europea sui servizi di pagamento (2007/64/CE)¹, le disposizioni in tema di sicurezza sul lavoro e di ritardati pagamenti, sono solo alcuni degli esempi di normative *extra* regolamentari che si possono portare. In tal modo, il pregevole intento di unire in un unico complesso normativo (Codice e regolamento) la materia degli appalti pubblici può dirsi, almeno con riguardo al tema oggetto del presente contributo, superata dalla prassi del legislatore. All'interno di tale quadro d'insieme, si collocano le incombenze introdotte dall'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 (*Piano straordinario contro le mafie*)², avente ad oggetto la tracciabilità dei flussi finanziari relativi ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

* Dottorando presso la Scuola di Dottorato di ricerca in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova.

¹ Sul tema si rimanda a R. CAMPOREALE – C. OTTANELLI, *Applicazione della direttiva Ue sui servizi di pagamento e attuazione dell'art. 5 del Cad: come evolve la gestione di tesoreria degli enti*, in *Azienditalia*, n. 6/2011, p. 437 ss.

² E successive modifiche, introdotte dal decreto legge n. 187 del 12 novembre 2010 e dalla successiva legge di conversione 17 dicembre 2010, n. 217.

In linea generale, la *ratio* delle norme dettate dalla legge n. 136/2010 è quella di prevenire infiltrazioni malavitose nelle movimentazioni di denaro pubblico e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale. L'impianto normativo ha inteso anticipare, il più a monte possibile, la soglia di prevenzione, creando dei meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica, attraverso una rete di monitoraggio che vede quali attori protagonisti, con adempimenti particolarmente onerosi e l'attribuzione di un sostanziale ruolo di controllore, le componenti "sane" del sistema economico nazionale. A tal fine, il legislatore ha richiesto che i flussi finanziari relativi a lavori, servizi o forniture pubblici, siano tracciabili, in modo tale che ogni movimentazione di denaro che provenga da una stazione appaltante *ex art. 3, comma 33, del Codice*, nonché ogni incasso e pagamento dell'esecutore nonché dell'eventuale subappaltatore del contratto pubblico, possa essere controllato *ex post*.

L'Autorità di vigilanza, facendo, in sostanza, le veci del legislatore e del Ministero dell'interno nel dare un contributo sostanziale all'interpretazione autentica della normativa e alla delucidazione dei numerosi problemi applicativi generati dalla formulazione oscura della stessa³, è da subito intervenuta con due determinazioni⁴ a chiarire le problematiche della disciplina originaria⁵, poi parzialmente corretta con il decreto legge 12 novembre 2010, n. 187. Per un periodo di tempo superiore ai sei mesi, tuttavia, si è registrato un silenzio⁶ dei tre attori pubblici di cui sopra, che cozzava con le continue

³ Esercitando, pertanto, un potere che può definirsi legislativo.

⁴ N. 8 del 18 novembre 2010 e n. 10 del 22 dicembre 2010.

⁵ Intertemporali, nonché legate all'utilizzo, da parte del legislatore, di numerose espressioni polisenso.

⁶ Fatta eccezione per il comunicato del Presidente dell'AVCP del 2 maggio 2011, in virtù del quale a decorrere dal 2 maggio 2011 è stata resa disponibile nell'area servizi del portale dell'Autorità una nuova procedura semplificata per il rilascio del CIG, applicabile ad alcune fattispecie contrattuali tipizzate, tra le quali i contratti di lavori di importo inferiore a € 40.000, ovvero contratti di servizi e forniture di importo inferiore a € 20.000, affidati ai sensi dell'art. 125 del Codice (cottimo fiduciario) o mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

sollecitazioni provenienti dagli operatori economici e dalle amministrazioni pubbliche preoccupate per le possibili sanzioni, in particolar modo amministrative, derivanti dall'eventuale elusione della normativa, allo stesso tempo non particolarmente chiara e, pertanto, potenzialmente onnicomprensiva di tutte le movimentazioni di denaro pubblico.

Le due determinazioni dell'autunno 2010 sono state, ora, integralmente sostituite dalla recente determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, che rilegge la materia con un contributo decisamente più organico dei precedenti, alla luce dell'esperienza acquisita nel primo periodo di applicazione della legge⁷ e delle occasioni di confronto con gli operatori del settore create dalla stessa Autorità. Tale determinazione ha, inoltre, il pregio di contribuire, in modo più pregnante dei precedenti, a individuare le fattispecie (contratti d'appalto e finanziamenti pubblici, anche europei) che originano i flussi finanziari da rendersi tracciabili, nonché le stazioni appaltanti⁸ e gli operatori economici⁹ destinatari degli obblighi e delle sanzioni

⁷ Si segnala che, come rilevato da Il sole 24 ore nell'articolo "Le clausole di tracciabilità entrano in tutti i contratti", del 13 giugno 2011, le richieste telefoniche all'Autorità per la vigilanza sui contratti, in virtù della normativa in tema di tracciabilità, sono aumentate da circa 7mila a 60mila mensili tra il novembre 2010 e l'aprile 2011.

⁸ Nel novero di tali soggetti sono incluse le "stazioni appaltanti" così come definite all'articolo 3, comma 33, del Codice dei contratti, *id est* "le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32". 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". Nel novero degli "altri soggetti di cui all'art. 32" sono compresi, tra gli altri, i concessionari di lavori pubblici, i beneficiari di un contributo pubblico, i concessionari di servizi pubblici, i privati titolari di un permesso a costruire che realizzano opere di urbanizzazione a scampo dei contributi concessori. Sono, inoltre, sottoposti agli obblighi *ex* articolo 3 gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207 del Codice dei contratti pubblici, ivi incluse le imprese pubbliche (fatta eccezione per i contratti di diritto privato stipulati dalle stesse imprese al di fuori dell'attività indicata nella parte III del d. lgs. n. 163/2006).

⁹ L'art. 3 della legge n. 136/2010 utilizza l'ampia dizione "appaltatori, subappaltatori e subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di

disposte da tali norme. Non sono stati, tuttavia, risolti alcuni aspetti problematici che gli amministratori pubblici avevano a più riprese segnalato.

2. Le fattispecie che originano i flussi tracciabili

Volendo concentrare, inizialmente, l'attenzione sull'attività chiarificatrice dell'AVCP in merito all'individuazione degli attori protagonisti del quadro normativo, si segnala che, con riguardo ai dubbi interpretativi sorti in merito al significato dell'espressione "concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici" e all'espressione "subcontratti", l'Autorità¹⁰ ha precisato che la natura eccezionale delle disposizioni dettate dall'art. 3 della legge n. 136/2010 esclude che possa farsi luogo ad una interpretazione estensiva ed irragionevole delle norme.

Diverso è stato, invece, il criterio utilizzato per definire la portata dell'inciso "tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici", che ha assunto una portata così ampia da comprendere anche molte delle fattispecie non soggette al Codice dei contratti (le concessioni di lavori e servizi pubblici; i contratti esclusi *ex* titolo II, parte I, del Codice). Nel caso delle concessioni di lavori e servizi pubblici, è stato, invero, precisato che gli utenti dei servizi svolti dal concessionario non possano considerarsi parte della filiera e

finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici". A norma dell'art. 6, comma 3, del d.l. 12 novembre 2010, n. 187, l'espressione "filiera delle imprese" si intende riferita ai subappalti come definiti dall'art. 118, comma 11, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva del contratto. Ne consegue che la tracciabilità dei flussi finanziari trova applicazione agli operatori economici che siano parti dei seguenti accordi: 1) contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, di cui al Titolo II, Parte I dello stesso; 2) concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi *ex* articolo 30 del Codice dei contratti; 3) contratti di partenariato pubblico - privato, ivi compresi i contratti di locazione finanziaria; 4) contratti di subappalto e subfornitura; 5) contratti in economia; 6) subcontratti.

¹⁰ Non volendo amplificare esageratamente il contenuto del presente contenuto, si rimanda ai punti 3.2 e 3.3 della determinazione n. 4/2011.

che, pertanto, è ammissibile il versamento, da parte dei cittadini/utenti, del pagamento di tasse, tributi o tariffe sul conto corrente postale intestato alla tesoreria dell'ente concedente. Al contrario, è necessario applicare la tracciabilità ai pagamenti diretti agli operatori economici facenti parte della filiera rilevante, cioè a coloro che compiono le attività necessarie allo svolgimento della prestazione oggetto di concessione.

Con riguardo alla categoria dei concessionari di finanziamenti pubblici, l'AVCP ha ritenuto di specificare che non rientrano nella sfera di applicazione della legge i finanziamenti o agevolazioni erogati da un soggetto pubblico – comunitario, nazionale, o regionale – a sostegno dell'attività d'impresa, in quanto non riconducibili immediatamente alla prestazione di forniture, servizi o lavori pubblici strettamente intesi.

Proseguendo l'analisi, merita di essere evidenziato lo sforzo esemplificativo dell'Autorità nell'individuazione della categoria, non particolarmente chiara, dei subcontraenti (punto 3.2 della determinazione n. 4/2011). Con la locuzione “subcontratti”, si devono allora intendere, innanzitutto, l'insieme più ampio dei contratti derivati dall'appalto, riconducibili all'articolo 118, comma 11, ultima parte, del Codice. Vi rientrano, inoltre, tutti quei contratti connotati da una stretta dipendenza funzionale della prestazione oggetto del subcontratto stesso rispetto a quella dell'appalto principale. A titolo esemplificativo, con riguardo agli appalti di lavori pubblici possono essere ricompresi nella figura del subcontratto i noli a caldo, i noli a freddo, le forniture di ferro, le forniture di calcestruzzo/cemento, le forniture di inerti, i trasporti, lo scavo e la movimentazione di terra, lo smaltimento di terra e rifiuti, gli espropri, la guardiania, la progettazione, la mensa di cantiere, le pulizie di cantiere. Per quanto riguarda, invece, le forniture, l'AVCP ritiene vadano inquadrare nella categoria tutte le ipotesi in cui si è in presenza di un'impresa distributrice (grossista-appaltatore) che stipula, per l'appunto, subcontratti ai fini della provvista dei beni oggetto della fornitura principale.

A tal proposito, si rileva che ANCE è intervenuta nel dibattito successivo alla legge n. 136/2010 con un documento intitolato “Tracciabilità dei flussi finanziari relativi a contratti pubblici di lavori, servizi, forniture. Inquadramento generale della materia e indicazioni operative”, il quale, al paragrafo “ipotesi particolari di attuazione degli obblighi di tracciabilità”, sosteneva l’esclusione dall’ambito di operatività della legge delle ipotesi di acquisti fatti per il magazzino e non destinati immediatamente a commesse pubbliche, in quanto genericamente stoccati per le future commesse dell’operatore, certo comprese eventualmente anche quelle pubbliche. In tal senso, nel paragrafo 3.2 della determinazione n. 4/2011, l’AVCP ha precisato che, in effetti, qualora i contratti di acquisto abbiano ad oggetto beni che confluiscono nelle scorte di magazzino, precedendo, pertanto, l’affidamento della commessa pubblica e prescindendo da quest’ultima, non sono sottoposti alla normativa di cui all’art. 3 della legge n. 136/2010, venendo meno l’elemento della dipendenza funzionale della prestazione dall’appalto. Chiaramente, purchè il ricorso a tali acquisti non si traduca in uno strumento di elusione della normativa.

Con riguardo, infine, agli appalti di servizi, l’AVCP ha precisato essere compreso nel raggio d’azione della tracciabilità l’approvvigionamento dei soli beni funzionalmente collegati all’esecuzione della prestazione principale. Non vi rientrano, pertanto, i rapporti dell’impresa distributrice di tali beni con l’impresa che realizza, ad esempio, i contenitori dei prodotti necessari al servizio oggetto di appalto. Vanno, quindi, presi in considerazione i soli rapporti contrattuali relativi alla realizzazione del bene oggetto della fornitura principale, con esclusione dalla filiera rilevante di tutte le “sub”-forniture destinate a realizzare il prodotto finito, a meno che i beni ed i servizi oggetto del subcontratto presentino caratteristiche di unicità o specificità essenziali ai fini della realizzazione del prodotto/servizio destinato alla pubblica amministrazione.

In definitiva, sono sempre soggetti alla tracciabilità, in primo luogo, il rapporto tra appaltatore e subappaltatore, in secondo luogo, i rapporti contrattuali tra appaltatore o subappaltatore (che pure realizza parte dell’oggetto contrattuale) e i subcontraenti (che contribuiscono, con

una prestazione funzionalmente collegata, alla realizzazione della prestazione principale).

3. Alcune ipotesi problematiche. Utenze, tesoreria, fondo economale, acquisizioni in economia

Un secondo profilo rilevante della determinazione n. 4 del 2011 è l'espressa presa di posizione dell'AVCP con riguardo ad alcuni rapporti che avevano suscitato tra gli operatori un vivace dibattito. Si fa riferimento, innanzitutto, ai pagamenti delle utenze della pubblica amministrazione, che l'Autorità, in analogia al regime attenuato di tracciabilità previsto ai commi 2 e 3 dell'art. 3 l. 136/2010 per gli operatori economici, ritiene possano essere effettuati, analogamente alle modalità indicate nei contratti di mutuo, avvalendosi del RID e senza l'indicazione dei codici nel singolo pagamento, ma soltanto nella delega a monte.

Una seconda fattispecie rilevante è quella del servizio di tesoreria degli enti locali, nei confronti del quale l'Autorità pure ritiene possano considerarsi assolti gli obblighi di tracciabilità con la semplice acquisizione del CIG al momento dell'avvio della procedura di affidamento, a motivo della qualificazione del tesoriere come organo funzionalmente incardinato nell'organizzazione dell'ente locale, in qualità di agente pagatore.

Terza fattispecie che merita attenzione è quella del fondo economale, che ci introduce anche alla categoria successiva, con la quale ha in comune la particolare attenzione riservata dai commentatori della legge sulla tracciabilità, in virtù della sua sottrazione all'ambito applicativo della normativa di cui si discute.

Il 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, nonché DPR n. 254/2002). Tale regolamento deve contenere 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.

Riepilogando, l'effettuazione di tali spese, che in tutte le determinazioni sul tema l'AVCP ha riconosciuto essere sottratto all'ambito di applicazione della disciplina in tema di tracciabilità, comporta:

1. l'esistenza di una disciplina normativa (all'interno del regolamento di contabilità o di economato) delle tipologie di spese effettuabili in tal modo e delle loro caratterizzazioni (valore, urgenza o meno, ecc.);
2. il rispetto dei limiti di spesa che l'ente si è dato nel regolamento della cassa economale;
3. l'effettuazione degli acquisti tramite acquisto diretto, senza alcun presupposto di tipo contrattuale.

Esempi di spese¹¹ che possono essere effettuate attraverso le modalità di cui sopra sono i seguenti: imposte, tasse, diritti erariali; spese postali; valori bollati; anticipi di missione; biglietti per mezzi di trasporto; giornali e pubblicazioni periodiche; acquisto di materiale di consumo per stampanti e fax; acquisto di cancelleria; sviluppo foto; rilegatoria singoli volumi; spese per pubblicazioni di avvisi e inserzioni; riparazioni minute di mobili, attrezzature, macchine.

¹¹ In merito si rimanda a P. RUFFINI, *Tracciabilità dei pagamenti: come utilizzare le spese economali*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2, 2011, p. 63 ss.

Merita sottolineare, ancora un volta, che l'esenzione dagli obblighi sulla tracciabilità non deriva dal modico valore degli acquisti ma dall'inserimento di tali spese nel regolamento sul fondo economale. Inoltre, l'esenzione non è da ritenersi legittima con riguardo agli acquisti effettuati dall'economato al di fuori dell'ambito di applicazione della cassa economale.

Un'ultima categoria che si ritiene utile affrontare in questa sede, senza rimandare direttamente al testo della determinazione, è quella dei lavori in economia. Il cottimo fiduciario, in quanto appalto pubblico affidato mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, soggetta alle disposizioni di principio dettate dal Codice per i contratti sopra soglia (argomentando *ex art.* 125, ultimo comma), è stato coerentemente ritenuto essere, proprio in quanto appalto pubblico, ricompreso nell'ambito di applicazione della tracciabilità.

Un discorso a parte va fatto, invece, per l'istituto dell'amministrazione diretta, che il legislatore del 2006 ha ritenuto di disciplinare, con un periodo alquanto scarno, sempre all'*art.* 125 del Codice dei contratti pubblici. Articolo che, in tal modo, pretende di disciplinare uniformemente ipotesi di affidamento dei lavori particolarmente diffuse ma tra loro eterogenee (amministrazione diretta, cottimo fiduciario, affidamento diretto). Con riguardo all'amministrazione diretta, al punto 2.2. della determinazione n. 10/2010, l'AVCP precisò che gli obblighi di tracciabilità non trovano applicazione nel caso di svolgimento di prestazioni di lavori, servizi e forniture in economia *ex art.* 125, comma 3, del Codice. Tale ipotesi si configura quando la stazione appaltante provvede all'esecuzione con materiali e mezzi propri o appositamente noleggiati o acquistati e con personale proprio, sotto la direzione del responsabile del procedimento.

Il ricorso all'istituto in commento non integrerebbe, pertanto, la fattispecie del contratto d'appalto con un operatore economico. Alla luce di tale intervento dell'AVCP, alcuni commentatori¹², nel

¹² Si fa riferimento, in particolare, al documento "Tracciabilità dei flussi finanziari relativi ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", del Centro Studi Amministrativi della Marca Trevigiana.

tentativo di sottrarre alle pesanti incombenze della tracciabilità il maggior numero di fattispecie di modico valore, hanno ritenuto che, in presenza di un RUP con funzioni di organizzazione del processo e responsabilità di risultato, tutti i beni o servizi correlati al conseguimento di un bene o servizio finale (ad esempio la manutenzione mezzi, strade, verde, impianti sportivi, immobili; il servizio stampa e quello di pubblicità legale; ecc.) fossero sottratti agli obblighi di cui alla legge n. 136/2010. In tal caso, si suggeriva di utilizzare nella determina di impegno o di liquidazione, una formula del seguente tenore: “si da atto che l’acquisizione del bene/servizio di cui trattasi non è soggetta alle disposizioni di cui all’art. 3 della legge n. 136/2010, trattandosi di acquisizione destinata ad intervento in amministrazione diretta quale definita dall’art. 125, comma 1, lett. a) del d. lgs. 163/2006, giusto quanto statuito dalla deliberazione dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 10 in data 22.12.2010”.

Tale posizione, nonchè la prassi di alcuni enti locali in tal senso, è fondata, in definitiva, sulla scarsa chiarezza del legislatore¹³, che, all’interno del contenitore “amministrazione diretta” fa rientrare tanto le acquisizioni effettuate con materiali, personale e mezzi propri delle stazioni appaltanti, quanto le acquisizioni effettuate con materiali e mezzi appositamente acquistati o noleggiati e personale eventualmente assunto per l’occasione. Vi era chi¹⁴, pertanto, faceva notare, innanzitutto, che l’istituto dell’amministrazione diretta, nato con riguardo ai lavori pubblici, si adattava ben poco alla fattispecie dell’appalto di forniture. In secondo luogo, il responsabile del

¹³ Il quale, come sottolinea L. OLIVERI, *Cottimi, amministrazione diretta “oggetto misterioso”*, in www.appaltiecontratti.it, ha voluto utilizzare un *nomen iuris* che era proprio dell’ordinamento degli enti locali prima della riforma del 1993, quando, cioè, il potere gestionale era assegnato direttamente agli organi politici di governo e non ai funzionari. In tale contesto il sistema in economia costituiva una deroga significativa perché, in tal caso, l’attività contrattuale era gestita da un funzionario, con una specifica dotazione di risorse finanziarie, strumentali e umane finalizzate al raggiungimento di uno specifico obiettivo, così come avviene oggi per qualunque procedura gestita dal responsabile del procedimento.

¹⁴ *Inter alia*, L. OLIVERI, *Cottimi, amministrazione diretta “oggetto misterioso”*, in www.appaltiecontratti.it.

procedimento chiamato a realizzare un lavoro o un servizio in amministrazione diretta, acquisendo a tale scopo varie prestazioni contrattuali (forniture, manodopera o servizi), non poteva che adempiere agli oneri relativi alla tracciabilità. Opinione, questa, condivisa dall'AVCP, che, nella determinazione n. 4/2011, ha ritenuto di precisare 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.

Le fattispecie escluse dagli oneri previsti dalla legge n. 136/2010 risultano quindi essere particolarmente esigue, cosicché, al contrario, può dirsi che la tracciabilità finisce per coinvolgere la quasi totalità delle movimentazioni finanziarie “in uscita” degli enti pubblici.

Occorre, infine, evidenziare che, ancora una volta, alcuna posizione significativa viene presa dall'AVCP con riguardo ai rapporti tra enti pubblici e ONLUS, associazioni di volontariato e associazioni *tout court*¹⁵, che spesso gestiscono strutture e servizi verso il pagamento di un contributo. La risposta che i commentatori hanno dato, finora, a tale quesito è che occorre verificare la concreta fattispecie in discussione con riguardo alla configurabilità o meno di un contratto d'appalto, lasciando quindi intendere che occorre esaminare se tale contributo ha la natura di mero rimborso spese oppure di corrispettivo del servizio reso, con un valore che quindi eccede quello dei costi vivi.

4. Sintesi degli oneri in capo ai diversi soggetti pubblici e privati

Alla luce di quanto si è analizzato finora, pare utile, in conclusione, richiamare gli oneri a cui sono sottoposti i singoli soggetti coinvolti nelle movimentazioni finanziarie che traggono origine da una commessa pubblica. *In primis*, le stazioni appaltanti sono titolari dei seguenti obblighi:

¹⁵ Operatori che, quindi, normalmente non sono supportate da strutture amministrative rilevanti e risentono, pertanto, delle incombenze disposte dal legislatore.

- (i) richiesta dei codici che identificano la commessa pubblica: il CIG all'Autorità di vigilanza e il CUP al CIPE presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- (ii) inserzione nei contratti di appalto della clausola relativa agli obblighi di tracciabilità, a pena di nullità non sanabile del contratto stesso;
- (iii) emissione dei mandati di pagamento sui conti correnti comunicati dagli operatori economici, con l'indicazione del CIG e del CUP negli strumenti di pagamento;
- (iv) verifica a campione della sussistenza, nei contratti stipulati tra appaltatore e subappaltatore, nonché dall'appaltatore e dal subappaltatore con i relativi subcontraenti, della clausola relativa agli obblighi di tracciabilità: a tal proposito, il soggetto onerato della trasmissione di tali contratti potrebbe essere individuato direttamente nel contratto d'appalto;
- (v) ricezione delle comunicazioni aventi ad oggetto tutti i dati relativi ai conti correnti dedicati. Se tali comunicazioni non vengono effettuate nei termini previsti (sette giorni dall'accensione o dal loro utilizzo nella commessa pubblica) oppure sono imprecise, la stazione appaltante è tenuta a comunicare tali circostanze all'Ufficio territoriale del Governo, per l'adozione delle conseguenti sanzioni amministrative.

Specularmente, appaltatori e subappaltatori di una commessa pubblica, in quanto destinatari "diretti" di movimentazioni finanziarie aventi ad oggetto risorse pubbliche, sono tenuti al rispetto dei seguenti obblighi:

- (i) creazione e comunicazione dei conti correnti "dedicati" ai flussi finanziari derivanti da tali commesse pubbliche: in tali conti devono transitare obbligatoriamente gli incassi provenienti dai contratti di appalto;
- (ii) stipula di contratti comprensivi delle clausole di tracciabilità, tanto con la stazione appaltante, che con i propri subappaltatori e subcontraenti. Poiché tali contratti devono essere visionati dalla stazione appaltante, è opportuno che nei contratti stessi venga anche individuato il soggetto tenuto ad effettuare la loro trasmissione;

- (iii) utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili, cioè quantomeno riferibili al conto corrente dedicato, per ogni forma di movimentazione finalizzata al pagamento di “prestazioni” correlate al contratto d'appalto che ha generato l'incasso (con oneri diversi a seconda del destinatario dei pagamenti: più incisivi se destinatario è il subappaltatore o il subcontraente, con la necessaria indicazione dei codici identificativi della commessa, meno onerosi nei casi di cui all'art. 3, commi 2 e 3, della legge 136/2010);
- (iv) reintegrazione dei conti correnti dedicati (dal quale possono essere movimentate somme di denaro anche per spese estranee ai contratti che ne hanno generato, in parte o totalmente, il flusso di denaro “in entrata”) tramite strumenti idonei a garantire la tracciabilità delle operazioni, cioè la provenienza dei versamenti (art. 3, comma 4).

Infine, sono soggetti agli obblighi di cui alla legge n. 136/2010, seppure solo con riguardo alle movimentazioni di denaro provenienti, per il tramite di appaltatori o subappaltatori, da un contratto pubblico (somme “in entrata”), sono i subcontraenti. Tali operatori economici sono tenuti ai seguenti obblighi:

- (i) presenza delle clausole di tracciabilità nei contratti stipulati con appaltatori e subappaltatori di contratti pubblici, a pena di nullità insanabile dei contratti stessi;
- (ii) tali contratti devono essere visionati dalla stazione appaltante (art. 3, comma 9): si pone pertanto, il problema di identificare la parte contrattuale che effettuerà la trasmissione dei contratti;
- (iii) creazione e comunicazione alla stazione appaltante del conto corrente dedicato agli incassi legati a tali flussi finanziari.

Si segnala, a chiusura del presente contributo, che l'AVCP, nel tentativo di limitare l'incidenza degli oneri di cui alla legge 136/2010, ha precisato, al punto 9 della determinazione n. 4/2011, che tutte le comunicazioni alle stazioni appaltanti, relative ai conti correnti dedicati (comunicazione, questa, nella quale si sostanzia il concetto stesso di conto corrente dedicato) possono anche avvenire per estratto, mediante l'invio della singola clausola di tracciabilità ed idonea evidenza dell'avvenuta sottoscrizione, oppure mediante l'invio di

dichiarazioni sottoscritte, secondo le formalità di legge, con le quali le parti danno atto, dettagliandoli, dell'avvenuta assunzione degli obblighi di tracciabilità.

Con l'intervento dell'Autorità, può dirsi, pertanto, raggiunto un livello di accettabile chiarezza e semplificazione del quadro normativo che, per quasi un anno, ha generato diffuse difficoltà nella gestione dei rapporti tra pubblica amministrazione e operatori economici, a discapito dei valori di tutela delle piccole e medie imprese, sburocratizzazione dell'azione amministrativa e degli oneri imposti agli operatori privati, tempestività dei pagamenti.