

RASSEGNA APPALTISTICA del mese di Novembre

di Massimo Pipino

1) **Publicato in Gazzetta Ufficiale il Regolamento n. 150 del 2 agosto 2010.**

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 212 del 10 settembre scorso è stato pubblicato il **Decreto del Presidente della Repubblica 2 agosto 2010**, con il quale si adottano le norme relative al rilascio delle informazioni antimafia a seguito degli accessi e degli accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione dei lavori pubblici. Il Regolamento, adottato in recepimento dell'art. 5-bis del D. Lgs. N. 490 del 1994, e che entrerà in vigore il prossimo 25 settembre, interviene sui poteri del Prefetto in materia di lotta alla mafia nel settore dei lavori pubblici, in particolare su quello di disporre accessi ed accertamenti nei cantieri, ora possibili anche in fase di esecuzione del contratto.

In precedenza, infatti, ai sensi del D.P.R. n. 252 del 1998, le informazioni e le certificazioni erano acquisite in fase antecedente all'esecuzione del contratto.

In particolare, con il D.P.R. n. 150/2010 viene previsto che:

- le informazioni, acquisite (su richiesta dell'amministrazione) a seguito degli accessi e degli accertamenti effettuati nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione dei lavori pubblici, anche durante l'esecuzione del contratto, concernono la sussistenza di una delle cause di decadenza previste dall'art. 10 della Legge n. 575 del 1965 ("Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera"), riguardanti le persone alle quali sia stata applicata una misura di prevenzione con provvedimento definitivo, nonché dei tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'10 del D.P.R. n. 252 del 1998 ("Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia");
- ai sensi del successivo comma 2 dell'art. 1, le imprese interessate all'esecuzione dei lavori pubblici sono individuate tra tutti i soggetti che, a qualunque titolo, intervengono nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli o forniture di beni e prestazioni di servizi. Pertanto, per espressa previsione del legislatore regolamentare, sono ricompresi tra tali soggetti anche i prestatori di servizi di natura intellettuale. Non riveste importanza l'importo dei relativi contratti o subcontratti;
- gli accertamenti e gli accessi, improntati, ai sensi dell'articolo 2, ai criteri di celerità ed efficacia dell'azione amministrativa, sono disposti dal Prefetto, coadiuvato da un gruppo interforze, a sua volta coordinato da un funzionario dell'Ufficio del Governo territorialmente competente, e composto da un funzionario della Polizia di Stato, da un ufficiale dell'Arma dei carabinieri, da un ufficiale della Guardia di finanza, da un rappresentante del Provveditorato alle opere pubbliche, da un rappresentante

- dell'Ispettorato del lavoro, nonché da un funzionario delle articolazioni periferiche della Direzione investigativa antimafia.
- il Gruppo interforze, chiamato a redigere una relazione a seguito degli accessi ed accertamenti effettuati, provvede entro 30 giorni e la trasmette al Prefetto che ha disposto l'accesso;
 - questi, ove territorialmente competente, valuta, ai sensi del comma 2 dell'articolo 3 del Regolamento in oggetto, se dai dati raccolti possano desumersi, in relazione all'impresa oggetto di accertamento e nei confronti di tutti i soggetti che risultano in grado di determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa, elementi che facciano ritenere la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa; ove, invece, non territorialmente competente, trasmette gli atti al Prefetto competente in ragione della sede dell'impresa;
 - in caso affermativo, entro 15 giorni dal ricevimento della relazione, il Prefetto emette l'informazione antimafia;
 - ai sensi dell'art. 5, ai fini della valutazione dei presupposti per l'adozione del provvedimento, il Prefetto può disporre l'audizione dei soggetti interessati e l'acquisizione di documentazione, ai fini dell'ottenimento di ogni ulteriore informazione;
 - ove adottata, l'informazione, finalizzata all'eventuale revoca delle autorizzazioni ovvero al recesso dal contratto da parte dell'amministrazione (ai sensi dell'art. 11, comma 3, del citato Regolamento n. 252/1998), viene comunicata tempestivamente dal Prefetto, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento n. 150/2010:
 1. alla stazione appaltante;
 2. alla Camera di Commercio competente;
 3. al Prefetto che ha disposto l'accesso, ove differente (in ragione della sede dell'impresa in altra provincia);
 4. all'Osservatorio centrale per gli appalti pubblici presso la DIA;
 5. all'Osservatorio centrale per gli appalti pubblici presso l'AVCP;
 6. al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;
 7. al Ministero dello Sviluppo Economico.
 - per espressa previsione dell'articolo 6, tutti i dati acquisiti nel corso della procedura devono essere conservati nel sistema informatico istituito presso la DIA;
 - come già accennato, ai sensi dell'art. 7, norma di chiusura, il Regolamento è entrato in vigore il 25 settembre scorso.

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 2 agosto 2010, n.150

Regolamento recante norme relative al rilascio delle informazioni antimafia a seguito degli accessi e accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici. (10G0169)

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visto l'articolo 87 della Costituzione;

Visto l'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e l'allegato 1, n. 86;

Visto l'articolo 17, comma 94, della legge 15 maggio 1997, n. 127;

Visto il decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252;

Vista la legge 31 maggio 1965, n. 575;

Vista la legge 17 gennaio 1994, n. 47;

Visto l'articolo 5-bis del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, introdotto dall'articolo 2, comma 2, lettera b), della legge 15 luglio 2009, n. 94;

Visto l'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 1° aprile 2010;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza del 26 aprile 2010;

Acquisiti i pareri della Commissione permanente Giustizia della Camera dei deputati in data 21 luglio 2010 e della Commissione permanente Affari costituzionali del Senato della Repubblica in data 29 giugno 2010;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 30 luglio 2010;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con i Ministri dell'interno, il Ministro della giustizia, il Ministro per lo sviluppo economico e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti;

E m a n a

il seguente regolamento:

Art. 1

Oggetto e ambito di applicazione

- 6) Le disposizioni del presente regolamento disciplinano le modalità con le quali sono rilasciate le informazioni concernenti la sussistenza di una delle cause di decadenza, di divieto o di

sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e dei tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, a seguito degli accessi e degli accertamenti effettuati presso i cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici.

2. Ai fini di cui al comma 1 sono imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici 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.

Art. 2

Accessi ed accertamenti nei cantieri:

1. Ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, il prefetto avvalendosi del gruppo interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'interno in data 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 5 marzo 2004, n. 54, dispone gli accessi e gli accertamenti nei cantieri delle imprese indicate dall'articolo 1, comma 2.

2. Gli accessi e gli accertamenti di cui al comma 1 sono improntati ai criteri di celerità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Art. 3

Informazioni antimafia

1. Al termine degli accessi ed accertamenti disposti dal prefetto, il gruppo interforze redige, entro trenta giorni, la relazione contenente i dati e le informazioni acquisite nello svolgimento dell'attività ispettiva, trasmettendola al prefetto che ha disposto l'accesso.

2. Il prefetto, acquisita la relazione di cui al comma 1, fatta salva l'ipotesi di cui al comma 3, valuta se dai dati raccolti possano desumersi, in relazione all'impresa oggetto di accertamento e nei confronti di tutti i soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa stessa, elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 10, del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252. In tal caso, il prefetto emette, entro quindici giorni dall'acquisizione della relazione del gruppo interforze, l'informazione prevista dal citato articolo 10, previa eventuale audizione dell'interessato secondo le modalità individuate dall'articolo 5.

3. Qualora si tratti di impresa avente sede in altra provincia, il prefetto che ha disposto l'accesso trasmette senza ritardo gli atti corredati dalla relativa documentazione al prefetto competente, che provvede secondo le modalità stabilite nel comma 2.

Art. 4

Effetti delle informazioni rilasciate a seguito degli accessi e degli accertamenti nei cantieri

1. Il rilascio dell'informazione prevista all'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, produce gli effetti di cui all'articolo 11, comma 3, del medesimo decreto.

2. Ai fini dell'adozione degli ulteriori provvedimenti di competenza delle altre amministrazioni, dell'informazione di cui al comma 1 e' data tempestiva comunicazione, a cura del prefetto, ai seguenti soggetti:

- a) stazione appaltante;
- b) Camera di commercio del luogo ove ha sede l'impresa oggetto di accertamento;
- c) prefetto che ha disposto l'accesso;
- d) Osservatorio centrale appalti pubblici, presso la direzione investigativa antimafia;
- e) Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture istituito presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- f) Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- g) Ministero dello sviluppo economico.

Art. 5

Procedimento per l'audizione degli interessati

1. Il prefetto competente al rilascio dell'informazione di cui all'articolo 3, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile.
2. All'audizione di cui al comma 1, si provvede mediante comunicazione formale da inviarsi al responsabile legale dell'impresa, contenente l'indicazione della data e dell'ora e dell'Ufficio della prefettura ove dovrà essere sentito l'interessato ovvero persona da lui delegata.
3. Dell'audizione viene redatto apposito verbale in duplice originale, di cui uno consegnato nelle mani dell'interessato.

Art. 6

Acquisizione e gestione informatica dei dati

1. I dati acquisiti nel corso degli accessi di cui all'articolo 1 devono essere inseriti a cura della Prefettura della provincia in cui è stato effettuato l'accesso, nel sistema informatico, costituito presso la Direzione investigativa antimafia, previsto dall'articolo 5, comma 4, del citato decreto del Ministro dell'interno in data 14 marzo 2003.
2. Al fine di rendere omogenea la raccolta dei dati di cui al precedente comma su tutto il territorio nazionale, il personale incaricato di effettuare le attività di accesso e accertamento nei cantieri si avvale di apposite schede informative predisposte dalla Direzione investigativa antimafia e da questa rese disponibili attraverso il collegamento telematico di interconnessione esistente con le Prefetture – Uffici Territoriali del Governo.

Art. 7

Entrata in vigore

- 6) Il presente regolamento entra in vigore il quindicesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Roma, addì 2 agosto 2010

NAPOLITANO

Berlusconi, Presidente del Consiglio
dei Ministri e ad interim Ministro
dello sviluppo economico

Brunetta, Ministro per la pubblica
amministrazione e l'innovazione

Maroni, Ministro dell'interno

Alfano, Ministro della giustizia

Matteoli, Ministro delle

infrastrutture e dei trasporti

Visto, il Guardasigilli: Alfano

Registrato alla Corte dei conti il 25 agosto 2010

Ministeri istituzionali, registro n. 11, foglio n. 282

2) Giurisprudenza del Consiglio di Stato: verifica triennale nei consorzi stabili

In caso di omissione dell'adempimento della verifica triennale non sussistono effetti solutori o decadenziali, attesa l'assenza di una specifica disposizione in tal senso e la sussistenza di una previsione che ricollega tali effetti esplicitamente al solo esito negativo della verifica. E' un'affermazione contenuta nella sentenza della sezione V del Consiglio di Stato 8 settembre 2010 n. 6506, secondo la quale la verifica triennale ha effetti solutori della validità della SOA solo nel caso in cui essa accerti la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento dell'attestazione ed in tal senso sarebbe comunque indifferente il giorno in cui stata chiesta. Nella sentenza è altresì rimarcato che, a norma dell'art. 36, VII c., del D. Lgs. N. 163 del 2006, "il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate".

Ne consegue che, in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento della attestazione può essere richiesto da parte del consorzio stabile solo dopo che la impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione.

Per il Consorzio stabile, quindi, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere.

Ciò che appare imprescindibile, perché costituisce principio accolto dalla legislazione del settore, è solo che entro il termine per la presentazione delle offerte il Consorzio abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento.

3) Giurisprudenza del Consiglio di Stato: legittima la decurtazione del tariffario

Interessante pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, 16 agosto 2010, n. 5702) sulla legittimità di una decurtazione percentuale operata da una stazione appaltante su un tariffario regionale, sulla base dei ribassi medi ottenuti nelle gare precedentemente bandite. Secondo Palazzo Spada, il dato della media dei ribassi, esteso ad un numero di gare e ad un periodo di riferimento significativo, può

costituire idoneo presupposto per l'adozione di un atto generale, che deve essere adottato sulla base di una adeguata istruttoria, ma che, in quanto tale, non necessita di una estesa motivazione, anche seguendo l'interpretazione più evolutiva circa i limiti di applicazione agli atti amministrativi generali delle norme sul procedimento amministrativo (nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, i dati utilizzati dal Comune, benché meramente statistici, dimostravano in concreto che sul mercato degli appalti pubblici banditi dal Comune stesso venivano praticati prezzi inferiori al tariffario regionale, onde la determinazione di tale Comune di decurtare del 20% il suddetto tariffario per le proprie basi di gara).

4) Ambiente: ripubblicate con diverse rettifiche le Linee Guida in materia di procedure autorizzative in Sardegna

Sul Bollettino Ufficiale della Regione Sardegna n. 24 del 12/08/2010, Supplemento Straordinario n. 1, è stata pubblicata la Delibera G.R. 01/07/2010, n. 25/40, (disponibile su richiesta da inviare a info@commercialistatelematico.com il documento verrà inviato gratuitamente via mail al più presto) che reca «Competenze e procedure per l'autorizzazione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. Chiarimenti Delib.G.R. n.10/3 del 12.3.2010. Riapprovazione Linee Guida». Il documento dunque approva nuovamente, con delle rettifiche, le Linee Guida in materia di procedure autorizzative per la realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, già emanate in precedenza con la Delib. G.R.n. 10/3 del 12/03/2010, in attuazione dell'art. 6 della L.R. 3/2009.

Novità nella nuova versione delle Linee Guida

L'applicazione delle disposizioni contenute nella citata Delib. G.R.n. 10/3 del 12/03/2010 ha evidenziato, per talune fattispecie, alcuni dubbi interpretativi, in particolare riguardo al criterio di priorità, rimosso nella nuova versione delle Linee Guida, che veniva attribuito alle istanze presentate da operatori di primaria rilevanza nella realizzazione e gestione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, che garantissero la gestione degli impianti realizzati per un ampio arco temporale, comprovando anche il possesso di idonea capacità economico-gestionale ed imprenditoriale.

Ulteriori dubbi applicativi, affrontati dalla nuova versione delle Linee Guida, riguardavano inoltre il regime giuridico delle autorizzazioni con riferimento alla ripartizione delle competenze per tutte le tipologie di impianti, a seconda della potenza installata, con individuazione degli Enti competenti sul procedimento autorizzatorio, nonché le definizioni di «efficienza energetica», di «opere connesse» e di «serra fotovoltaica effettiva», la documentazione da allegare all'istanza di autorizzazione unica e le procedure di valutazione di impatto ambientale (VIA), relative alla installazione di impianti eolici, in corso alla data di adozione della Delib. G.R.n. 10/3 del 12/03/2010 predetta e alle istanze presentate successivamente alla stessa.

Quanto all'avvio del procedimento, è stato previsto di aumentare a 30 giorni il termine previsto dall'art. 6 delle Linee Guida entro il quale l'Amministrazione precedente verifica l'esattezza e la

completezza della documentazione di cui al precedente art. 5 e, in tal caso, comunica al richiedente l'avvio del procedimento, che decorre dalla data del timbro di protocollo dell'Amministrazione procedente impressa sulla domanda stessa. Sono stati infine soppressi i commi 3 e 4 dell'art. 12 delle Linee Guida. Il comma 3 disponeva nel primo periodo di attuazione, al fine di consentire la verifica preliminare delle istanze di autorizzazione per la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia elettrica il cui procedimento non fosse ancora stato concluso, la non applicazione dei termini di cui all'art. 6 comma 4 (integrazione della documentazione) e di cui all'art. 7, comma 2 (già trattato). Il comma 4 disponeva invece a pena di improcedibilità che le istanze, presentate prima della pubblicazione delle linee guida, dovessero essere regolarizzate ai sensi delle disposizioni in esse indicate entro 30 giorni dalla loro entrata in vigore.

5) Allegato Infrastrutture alla Decisione di finanza pubblica (DFP): all'esame del Parlamento il Programma delle infrastrutture strategiche del Governo.

È stato trasmesso al Parlamento l'Allegato Infrastrutture allo Schema di Decisione di Finanza pubblica (All.IV), che sarà esaminato congiuntamente allo Schema stesso dalle Commissioni Bilancio di Camera e Senato e da tutte le altre Commissioni parlamentari per le parti di competenza.

Il Documento si articola in **quattro capitoli dedicati**, rispettivamente, **all'organizzazione dell'offerta, all'organizzazione della domanda, agli atti di indirizzo, alla dimensione comunitaria.**

Nella premessa del Ministro Altero Matteoli viene sottolineato il carattere innovativo dell'Allegato, sia perché è allegato alla Decisione di finanza pubblica e non più al Documento di programmazione economico finanziarie (DPEF), a seguito della riforma della contabilità pubblica (L1996/09), sia perché viene impostato un nuovo quadro programmatico, articolato su una scadenza di breve e medio periodo (2013) ed una di lungo periodo (2020).

Nel primo capitolo (**organizzazione dell'offerta**), in particolare, vengono svolte considerazioni sull'**evoluzione del programma di infrastrutture strategiche** (approvato con la delibera CIPE n.121/2001), ricordando che, **tra il 1985 e il 2001 erano stati investiti 7 miliardi di euro per interventi legati all'infrastrutturazione organica** del Paese, mentre **dal 2002 ad oggi sono stati approvati progetti, appaltate e cantierate opere per un valore complessivo di circa 68 miliardi di euro.**

Viene evidenziato, altresì, che **fino al 2002 il parco progetti relativo alle infrastrutture chiave del Paese non superava la soglia del 10 per cento del Programma Infrastrutture Strategiche** nel suo complesso e per la parte restante era rappresentato da studi di fattibilità, mentre **oggi supera la soglia del 75 per cento del Programma, come rivisitato con la delibera CIPE n. 130 del 2006.**

Nella legislatura in corso (XVI), sono stati progettati, istruiti e sottoposti all'approvazione del CIPE interventi per un valore complessivo di circa 45 miliardi di euro.

Al riguardo, vengono **elencati una serie di interventi, ad oggi approvati dal CIPE, cantierati ed in alcuni casi in fase avanzata di realizzazione.**

Tra questi, il nuovo tunnel ferroviario del Brennero (approvazione del CIPE e realizzazione del tunnel pilota di 10KM), il passante di Mestre (completato), la Brebemi (lavori cantierati), il Mo.Se (approvato dal CIPE, avanzamento del 70%), il Ponte sullo stretto (progetto definitivo entro la fine 2010), le reti metropolitane di Roma (Linea C approvata ed in corso i lavori su oltre il 60 % del percorso, linea B1 da terminarsi entro il 2011), Milano, Napoli, Brescia e Catania e l'asse autostradale Salerno-Reggio Calabria (aperti cantieri per 6 miliardi di euro).

Viene, altresì, precisato che **“sul valore complessivo del programma di infrastrutture strategiche, così come si è poi evoluto in dieci anni, pari a circa 231 miliardi di euro, il valore del deliberato CIPE ha aggiunto l'importo di circa 130 miliardi di euro, di cui 89,2 miliardi assistiti da copertura finanziaria”.**

Inoltre, sui 231 miliardi, il valore delle opere ubicate nel Mezzogiorno è pari a circa 84 miliardi di euro, ossia oltre il 36 per cento, mentre fino al 2001 la soglia percentuale del Mezzogiorno non superava l'8%.

Riguardo alle previsioni di breve e medio periodo, per il 2013, viene previsto il raggiungimento della seguente **disponibilità infrastrutturale**: asse autostradale Salerno-Reggio Calabria (240 km aperti al traffico); altri sistemi stradali (320 km); assi ferroviari (133 km); nuove reti metropolitane (182 km).

Con riferimento alla **proiezione di lungo periodo**, **“la simulazione al 2020 dovrebbe comprendere un quadro di interventi completati o in avanzata fase realizzativi”**, quali:

- il tunnel del Brennero;
- il tunnel del Frejus stradale e ferroviario;
- il Terzo valico dei Giovi;
- opere ferroviarie connesse con la Galleria di base del Gottardo;
- l'asse ferroviario AV Milano – Venezia;
- il nodo ferroviario di Genova;
- il nodo ferroviario di Firenze;
- il nodo ferroviario di Bari;
- il nodo ferroviario di Palermo;
- il nuovo asse ferroviario Napoli – Bari;
- l'adeguamento dell'asse ferroviario Battipaglia – Reggio Calabria;
- la pedemontana lombarda;
- la BreBeMi;
- la Tangenziale di Milano;
- la terza corsia sull'asse autostrade Venezia – Trieste;
- il collegamento tra l'asse autostradale ed il porto di Ancona;
- la CISA;

- la E45 e la E55;
- l'asse autostradale Cecina – Civitavecchia;
- l'asse autostradale Roma – Latina;
- la variante di valico stradale;
- l'asse autostradale Salerno – Reggio Calabria;
- il completamento dei tratti piu` critici della superstrada 106 Ionica;
- l'asse stradale Agrigento Caltanissetta;
- l'asse stradale Palermo – Agrigento;
- l'asse autostradale Catania – Siracusa;
- l'asse autostradale Ragusa – Catania;
- la Linea C della Metropolitana di Roma;
- la Linea M1, M2, M3, M4 e M5 del sistema metropolitano milanese;
- il completamento della rete metropolitana regionale campana;
- la Piastra logistica di Civitavecchia;
- la Piastra logistica di Trieste;
- la Piastra logistica di Taranto;
- la Piastra logistica di Savona – Vado ligure;
- la Piastra logistica di Augusta;
- il Ponte sullo Stretto di Messina;
- la risistemazione funzionale dell'HUB di Fiumicino con il nuovo aeroporto di Viterbo;
- la risistemazione dell'aeroporto di Malpensa con le interazioni funzionali al sistema metropolitano milanese;
- Rilancio del sistema idroviario padano veneto.

Riguardo alla programmazione di breve periodo, viene, inoltre, sottolineata la **necessità del coinvolgimento di capitali privati per l'identificazione delle opere da avviare nel triennio 2011-2013.**

In proposito, viene rilevato, tra l'altro, che in futuro, *“l'infrastrutturazione del Paese dovrà e potrà avvenire solo attraverso lo strumento del partenariato pubblico privato”*.

Viene, altresì, effettuata una analisi delle **risorse pubbliche potenzialmente disponibili**, anche alla luce della ricognizione complessiva di risorse prevista dalla L.122/2010 (manovra d'estate), che ammonterebbero a **8.009 milioni di Euro da ripartirsi per destinazione (Mezzogiorno e Centro Nord)**. In particolare, il quadro delle **risorse per il Mezzogiorno** è caratterizzato da **9.045 milioni di Euro di risorse disponibili e 19.248 milioni di Euro di risorse da reperire**, mentre per il **Centro Nord** vengono indicati **11.517 milioni di Euro disponibili e 47.459 milioni di Euro da reperire** e viene, altresì, evidenziato che sono **previsti finanziamenti privati per 16.561 milioni di Euro.**

Nel capitolo relativo all'**organizzazione della domanda**, un apposito spazio è destinato alle **riforme non più rinviabili**, derivanti dalla necessità di promuovere non solo azioni infrastrutturali,

ma anche iniziative capaci di azzerare convincimenti e logiche “obsoleti” non più coerenti con le “*attuali esigenze della domanda e dell’offerta di trasporto*”. Al riguardo viene elencata una serie di riforme sostanziali:

- la liberalizzazione della rete ferroviaria comunitaria;
- una nuova offerta di mobilità nel trasporto locale;
- un abbattimento del costo del trasporto e della logistica ed una piena interazione tra il nuovo assetto degli ambiti produttivi e la offerta trasportistica su ferro e su strada;
- un abbattimento del costo degli interventi;
- la riforma del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici;
- una nuova organizzazione della distribuzione delle merci;
- l’avvio concreto della realizzazione dei valichi ferroviari del Frejus, del Brennero e del Terzo Valico dei Giovi sul Corridoio Rotterdam – Genova;
- l’istituzione di Società di Corridoio;
- un nuovo rapporto tra Concedente e Concessionario (rapporti tra Anas e concessionarie).

Riguardo, in particolare, **alla riforma del Consiglio superiore dei lavori pubblici** viene rilevato, in premessa che tale organo rappresenta il comune denominatore di tutti gli interventi che caratterizzano l’offerta infrastrutturale del Paese, nonché il riferimento di ogni decisione sulle evoluzioni sia dei materiali che delle tecniche realizzative, a garanzia di questo ruolo appare quindi urgente l’avvio di una riforma sostanziale, anche alla luce dei numerosi cambiamenti che hanno interessato il comparto dei lavori pubblici negli ultimi anni.

A tal fine viene, quindi, evidenziato che il Consiglio, oltre ai suoi compiti istituzionali, deve trovare: *“il suo nuovo vero ruolo nelle attività di supporto, di indirizzo e di consulenza, così da costituire il nuovo centro della cultura tecnica del Paese, aperto a tutte le istanze dei principali attori del mondo delle costruzioni, tra cui le Associazioni di categoria, che devono rappresentare il necessario collegamento con le specifiche esigenze degli operatori”*.

In merito all’attività consultiva viene rilevata la necessità di “rivitalizzare”, nell’ambito dei pareri obbligatori, il processo che porta all’approvazione del parere, sia sotto il profilo formale sia riguardo agli effetti che essa può produrre nei confronti dei soggetti pubblici che svolgono il ruolo di Amministrazione attiva. Nell’ambito dei pareri facoltativi, il Consiglio dovrà riprendere il suo ruolo di riferimento dell’intero comparto della pubblica amministrazione preposto all’attuazione delle opere, *“espletando per questo settore un’attività consultiva e di supporto imprescindibile”*.

Sull’istituzione delle **Società di Corridoio (Reti TEN – T)** viene citata ad esempio la *Brenner Corridor Platform*, organismo avente come obiettivo quello di aggregare tutti coloro che gestiscono attività intermodali legate direttamente o indirettamente alla realizzazione del nuovo tunnel ferroviario. L’aggregazione di vari soggetti interessati alla realizzazione del Corridoio può, quindi, generare una Società cui affidare la gestione dell’intero “Sistema Corridoio”.

Tra gli **atti di indirizzo** (III capitolo), viene indicata, tra l'altro, per l'**ottimizzazione delle risorse per il Mezzogiorno**, una **nuova impostazione metodologica**, basata sulle seguenti azioni:

- definire una dettagliata analisi delle disponibilità finanziarie in competenza e cassa e nel tempo;
- distinguere le azioni in trasferimenti a fondo perduto e investimenti (al fine di evitare il coinvolgimento dello Stato in operazioni di competenza non strategica);
- sottoscrivere con le Regioni del Mezzogiorno di una Intesa Generale Quadro unica per tutte;
- identificare nella Intesa Generale Quadro Mezzogiorno i Fondi PAR, i Fondi PON, i Fondi FESR, ed inserirli in un unico Fondo Triennale Mezzogiorno;
- affrontare il tema della fruizione concreta delle infrastrutture realizzate nel decennio 2001 – 2010 identificando una cluster analysis di determinati servizi imponendo un obbligo di omogeneità degli stessi in modo da produrre un primo action plan per il Mezzogiorno ((tra le priorità da inserire la distribuzione delle merci in ambito urbano, l'accesso ai centri sanitari, l'accesso ai centri delle attività del terziario, l'accesso ai nodi di interscambio modale);
- costituire due Società operative: la Società del Corridoio 8 e la Società di gestione dei porti transshipment di Taranto e di Gioia Tauro.

Vengono, altresì, menzionati i seguenti **interventi chiave da perseguire**, per un **costo globale di circa 21 miliardi di Euro**:

- avviare concretamente, aprendo i cantieri, due interventi chiave per lo sviluppo del Mezzogiorno: il Ponte sullo Stretto di Messina e l'asse ferroviario Napoli – Bari;
- avviare i lavori di adeguamento della tratta ferroviaria Battipaglia – Reggio Calabria;
- avviare il progetto per il collegamento ferroviario veloce Palermo – Catania;
- avviare a realizzazione o completare gli HUB portuali ed interportuali siciliani e pugliesi di Augusta, Taranto e Brindisi;
- completare sia l'asse stradale 131 (Carlo Felice), sia l'asse stradale Olbia – Sassari e le relative diramazioni.

Un'altra sezione degli atti di indirizzo è dedicata alle **forme di controllo del territorio** ed alle funzioni del **Servizio per la sorveglianza delle grandi opere** istituito con Decreto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti del 15 aprile 2002, volte a *“contrastare, in sinergia con le altre Amministrazioni preposte, ogni potenziale forma di infiltrazione e di condizionamento da parte della criminalità organizzata, secondo una serie di principi guida, ormai affermatasi, che costituiscono oggi il cosiddetto know how antimafia”*.

Vengono, altresì, menzionate, in particolare, le **direttive e linee guida adottate dal Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere** (istituito con il DM 14 marzo

2003), *“che sono il frutto dell’esperienza acquisita in materia, anche in relazione alle recenti sperimentazioni progettuali in tema di tracciabilità finanziaria e di controllo e vigilanza sugli stanziamenti pubblici in genere, che hanno portato all’emanazione della recentissima legge n.136 del 13.08.2010 che, tra l’altro, istituisce la tracciabilità finanziaria per gli appaltatori e tutti i subcontraenti oggetto di finanziamenti pubblici anche europei per la realizzazione di opere (art. 3), nonché promuove, in ambito regionale, la costituzione (art. 13) di una o più stazioni uniche appaltanti (S.U.A.)”*.

In merito alla **dimensione comunitaria** (IV capitolo), una apposita sezione è dedicata **all’armonizzazione europea delle legislazioni sui PPP e del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni**, al fine di stabilire un quadro giuridico certo.

In particolare, viene evidenziato che, anche **al fine di una sollecita realizzazione delle reti TEN-T** *“sarebbe opportuno che la Commissione Europea adottasse uno strumento legislativo mirato a raccordare la legislazione esistente e i principi, nonché la definizione dei concetti alla base dei diversi tipi di partenariato pubblico-privato in Europa, applicabili sia ai PPP contrattuali che a quelli istituzionalizzati, in modo da garantire il rispetto dei principi della parità del trattamento e dell’uniformità tra gli Stati membri, pur lasciando a questi ultimi e alle loro autorità locali la massima libertà di definire i dettagli degli accordi contrattuali o istituzionalizzati, conformemente al principio di sussidiarietà*.

Viene, altresì, rilevato che margini d’incertezza sulla disciplina del partenariato pubblico privato, delle concessioni o dei PPP di disponibilità, hanno l’effetto di scoraggiare la libera circolazione dei servizi, la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

Al fine, quindi, di dare stabilità alle situazioni giuridiche soggettive di quanti si impegnano alla costruzione di opere, a fronte o meno della loro gestione, l’ordinamento deve valorizzare la stipulazione di un vero e proprio contratto fra il partner privato e l’Autorità pubblica. *“È confidando sul mantenimento di un quadro contrattuale inalterato, cioè sulla assenza di ogni ipotesi di modifica unilaterale dell’assetto contrattuale da parte dell’autorità pubblica, che il privato costruisce l’opera ed eventualmente la gestisce”*.

Al Documento sono, infine, **allegate le Tabelle** relative a:

- **gli interventi derivati dalle Delibere 121 del 2001 e 130 del 2006 con analisi sullo stato di avanzamento** (la dimensione globale risulta pari a 231,4 miliardi di Euro con una copertura distribuita su tutte le opere di cui si compone il Programma Infrastrutture Strategiche di 89,2 miliardi di Euro ed un fabbisogno residuo di 142,7 miliardi di Euro. La quota privata è pari a 36 miliardi di Euro;
- **opere prioritarie da avviare, da cantierare e, ove possibile, completare**. Tali opere sono coerenti ai criteri indicati nella seduta del CIPE del 13 maggio 2010, relativamente alla destinazione del residuo sui Fondi FAS ex art.18 delle Legge 2/2009, per un valore

globale 110,4 miliardi di Euro (risorse utilizzabili 39,1 miliardi di Euro fabbisogno residuo 71, 6);

- **le opere che non potranno essere realizzate entro il 2013**, le opere completate, già cantierate o comunque avviate, le opere con prevalente valenza regionale, le opere che ad oggi registrano un insufficiente avanzamento progettuale (121 miliardi di Euro, già disponibili 50,1 e da reperire 71)
- **lo stato attuativo dei progetti approvati dal CIPE** (130 miliardi di Euro)
- **progetti in avanzata fase istruttoria** (11,7 miliardi di Euro)

Programma Infrastrutture Strategiche (Doc LVII, N.3 – Allegato IV)

6) Edilizia: riconosciuta al DURC nel settore appalti pubblici la validità trimestrale, ma per un lavoro alla volta

Il DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva) è il documento obbligatorio per le imprese che partecipano ad appalti pubblici e privati. Nuove precisazioni sul suo utilizzo sono state fornite dal Ministero del Lavoro ha fornito con la circolare n. 35/2010 8 ottobre 2010. Le nuove indicazioni si riferiscono alla validità temporale del DURC nei diversi casi di contratto di appalto.

Per quanto riguarda gli appalti pubblici, la validità del Durc viene fissata a tre mesi, per un utilizzo esclusivo in riferimento alla specifica procedura di appalto (in base alla più recente Giurisprudenza e alla stessa determinazione della AVCP). In più il DURC potrà essere utilizzato per la domanda di partecipazione, per l'attestazione di avanzamento, per lo stato finale e la regolare esecuzione. In riferimento al settore edile, la durata trimestrale vale anche per le attestazioni SOA, per le iscrizioni all'albo fornitori e ai fini del pagamento del SAL per cui è stato presentato. Unica avvertenza: il DURC dovrà essere richiesto per ciascuna di queste operazioni. Nel settore degli appalti privati il DURC rilasciato ha sì validità trimestrale, ma può essere utilizzato per l'intero periodo di validità anche in merito all'esecuzione di più lavori. Nel caso in cui si voglia fruire dei benefici normativi e contributivi il documento avrà invece ancora validità mensile, ai sensi dell'art. 7, comma 1, del D.M. 24 ottobre 2007. Queste decisioni del Ministero del Lavoro portano ad un'importante semplificazione amministrativa per le imprese. Novità infine anche sul fronte dei controlli: il termine per le ispezioni alle imprese che superano il tetto del 3% di lavoratori part-time è stato spostato dalla Commissione nazionale delle casse edili da ottobre 2010 a gennaio 2011. Una proroga necessaria per migliorare l'operatività delle casse edili che allo stato attuale non sono in grado di gestire i dati necessari per le verifiche.

www.commercialistatelematico.com

E' vietata ogni riproduzione totale o parziale di qualsiasi tipologia di testo, immagine o altro.
Ogni riproduzione non espressamente autorizzata è violativa della Legge 633/1941 e pertanto perseguibile penalmente

7) Giurisprudenza del TAR: ai consorzi ordinari costituiti in forma di società consortile ex art. 2615 ter c.c. si applicano le norme previste per le ATI

Si ritiene utile riportare quanto recentemente statuito dal TAR Lombardia con sentenza del 4/11/2010 n. 4556 sui requisiti che debbono possedere i consorzi ordinari costituiti in forma di società consortile ex art. 2615 ter c.c. per partecipare alla gara pubbliche. I giudici lombardi rammentano infatti che, rispetto al caso sottoposto al loro giudizio riguardante i requisiti dei consorzi ordinari, i soggetti possibili affidatari dei contratti pubblici sono quelli indicati dall'art. 34 del d. lgs. 163/2006, e quindi, da un lato "i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36" (lettera c) dell'art. 34 cit.), dall'altro rispettivamente "i raggruppamenti temporanei di concorrenti" (lettera d) dell'art. 34) e "i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti... anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile" (lettera e) dell'art. 34), categorie queste due ultime tutte disciplinate dal successivo art. 37. Dalle norme appena citate, si possono quindi subito desumere due dati. In primo luogo, il codice degli appalti, come risulta dall'esame comparato delle lettere c) ed e) dell'art. 34, considera la società consortile di cui all'art. 2615 ter c.c. come una particolare forma giuridica nella quale i consorzi possono presentarsi ("costituiti anche in forma di...") in linea di principio non tale da determinare un trattamento essenzialmente diverso del consorzio stesso. In secondo luogo, lo stesso codice sottopone ad una disciplina unitaria, quella dell'art. 37, sia i raggruppamenti temporanei sia i consorzi ordinari, che per quanto si è detto possono presentarsi anche in forma di società consortile. Pertanto, sempre in linea di principio, non sarà illogico né irrazionale, ma anzi consono allo spirito della legge, applicare ad un consorzio ordinario, sia o non sia lo stesso una società consortile, la disciplina di gara stabilita per un RTI.

8) Giurisprudenza del Consiglio di Stato: legittimo l'incameramento della cauzione provvisoria nel caso di dichiarazioni non veritiere riscontrate nella verifica a campione ex art. 48 comma 1 Codice Appalti

L'incameramento è sempre possibile non solo per la mancata stipula del contratto, ma anche per dichiarazioni comunque non veritiere "poiché la cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche" (Sentenza del Consiglio di Stato sez. V 9/11/2010 n. 7963 cfr. anche Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2140; Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098).

9) Giurisprudenza del TAR: è legittimato l'accesso agli atti di gara dell'ex socio ATI concorrente purché sussista un interesse giuridico concreto, diretto e attuale

L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa e può subire limitazioni soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 22, commi 2 e 3 L. 241/90 e s.m.i.).

Peraltro, per l'esercizio del diritto di accesso è necessario (e sufficiente) che il privato abbia un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (art. 22, comma 1 lettera b) L. 241/90 e s.m.i.); quanto al contenuto della relativa istanza, è sufficiente che essa indichi i presupposti di fatto e renda percepibile l'interesse giuridico concreto e attuale corrispondente alla situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento richiesto (Sentenza del TAR Piemonte sez. I 5/11/2010 n. 4088 cfr., da ultimo, TAR Basilicata Potenza, sez. I, 29 luglio 2010, n. 581).

La legittimazione all'accesso, in particolare, non è subordinata alla presumibile fondatezza della pretesa sostanziale a tutela della quale esso è preordinato, ma richiede unicamente che la conoscenza del documento sia funzionale alla tutela di un interesse giuridico protetto dall'ordinamento, e dunque differenziato rispetto all'interesse generico di ogni cittadino a conoscere l'attività dei pubblici poteri.

10) Giurisprudenza del TAR: la conoscenza preventiva dell'offerta economica nell'ambito del criterio offerta economicamente più vantaggiosa viola del principio di parità trattamento

L'esame delle offerte economiche prima di (o contestualmente a) quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere le gare pubbliche, giacché la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, inficia la regolarità della procedura (Sentenza TAR Toscana sez. II 27/10/2010 n. 6532 Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217; T.A.R. Sardegna, sez. I, 14 marzo 2009, n. 311; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2008, n. 573). A presidio di tale inderogabile esigenza di trasparenza e di imparzialità è necessario che le modalità di presentazione dell'offerta recate nella lex specialis di gara rechino prescrizioni adeguate ad evitare che il contenuto dell'offerta economica sia reso conoscibile alla commissione anteriormente all'esame dell'aspetto tecnico della medesima

In tal senso si è precisato che anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica anteriormente alle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse (Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010 n. 6509, id., 2 ottobre 2009, n. 6007).

11) Giurisprudenza della Corte di Cassazione: la responsabilità del vettore in sede di consegna dei plichi di gara

La Corte di Cassazione, sez. III, nella sentenza 7 ottobre 2010, n. 20808 affrontata la problematica della responsabilità per intempestiva consegna dei plichi di gara.

La mancata consegna in tempo utile del plico di partecipazione ad una gara, per l'aggiudicazione di un appalto, determina, in capo al vettore, una grave responsabilità, idonea ad interrompere qualsiasi preesistente nesso causale. Di conseguenza, insorge, in favore dell'impresa danneggiata, un diritto al risarcimento del danno, correlato alla perdita di chance, intesa quale perdita della mera possibilità di conseguire un vantaggio futuro (l'aggiudicazione dell'appalto), secondo una valutazione ex ante, da ricondursi al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità, in termini di conseguenza dannosa potenziale.

Questa la vicenda esaminata dalla Corte.

Un'impresa cooperativa per prender parte ad una gara per il conferimento di un appalto di servizi, indetta da una Usl, incaricava un corriere privato della tempestiva consegna. Precisamente, il plico di gara veniva affidato, in favore del corriere, quattro giorni prima del termine stabilito per la presentazione dei documenti di gara. Tuttavia, l'impresa venne esclusa dalla gara, in quanto il suo plico di offerta pervenne, presso la stazione appaltante, ben undici giorni dopo il termine perentorio di presentazione. A questo punto, la suddetta impresa, convenne in giudizio il corriere privato ed ottenne la condanna al risarcimento dei danni, liquidati, in via equitativa, dal Tribunale di Milano in lire 50.000.000, in considerazione del presumibile utile, che la società attrice avrebbe potuto conseguire nei tre anni dell'eventuale affidamento, in caso di esito favorevole della gara. La Corte di appello di Milano confermò, con sentenza del 21 settembre 2005, la pronuncia di primo grado. Il corriere privato, allora, ricorre in Cassazione, articolando vari motivi di doglianza, tutti respinti. Il vettore ricorrente ha contestato che l'impresa non ha indicato sul plico la natura del documento ed il termine perentorio di consegna del medesimo. Di conseguenza, tale mancata conoscenza, in favore del vettore, del valore del documento e del termine di consegna, dovrebbe comportare che il vettore medesimo non possa essere considerato responsabile del danno conseguente all'indisponibilità del documento, o del danno conseguente al mancato perfezionamento di una dichiarazione recettizia, quale l'offerta contrattuale espressa a seguito di bando di gara. La Suprema Corte respinge tale argomentazione, evidenziando che l'intempestiva consegna comportante l'esclusione, costituisce un "fatto", produttivo di responsabilità risarcitoria, pienamente idoneo ad escludere ogni collegamento causale con altri eventi, quali l'omessa indicazione del termine e/o della natura del plico. Per tale ragione, la Cassazione respinge fermamente la richiesta di un prospettato concorso di colpa, ben evidenziando che, secondo una risalente e solida giurisprudenza, "la responsabilità del vettore nei confronti del mittente (o del subvettore nei confronti del sub-committente) per il furto della merce, non e' esclusa o attenuata dalla omessa indicazione parte del mittente della natura, quantità o peso di tale merce, a norma dell'articolo 1683 cod. civ, se manchi ogni collegamento causale tra l'omissione o l'inesattezza delle indicazioni predette ed il fatto che ha determinato la perdita della merce".

Ancora, il vettore contesta la liquidazione del danno, correlato alla perdita di chance di vittoria in gara, evidenziando che sussiste, in fatto, la certezza che l'impresa non avrebbe potuto aggiudicarsi l'appalto, avendo offerto un prezzo superiore a quello degli altri operatori economici concorrenti. La Cassazione respinge tale censura, ricordando che "la perdita di chance, costituita dalla privazione della possibilità di vincere un concorso, configura un danno attuale e risarcibile, consistente nella perdita della mera possibilità di conseguire un vantaggio economico, secondo una valutazione ex ante". Proprio tale ultimo punto, cioè la necessaria correlazione della perdita di chance ad una valutazione ex ante, e non a posteriori, deve essere posto in forte evidenza, al fine di evitare facili equivoci. La perdita di chance non può essere correlata ad eventi successivi (scoperta di offerte migliori), ma deve essere ancorata alla situazione storica in cui si produce, proprio perché costituisce un pregiudizio della "possibilità" di conseguire un vantaggio (l'aggiudicazione dell'appalto). Ciò che interessa, ai fini del danno da perdita di chance è la perdita della teorica possibilità di vincere una gara, nella prospettiva temporale della partecipazione. L'intempestiva consegna del plico ha impedito all'impresa di partecipare alla gara e, quindi, di poter coltivare il potenziale vantaggio della possibile vittoria.

Ancora una volta i giudici amministrativi (Tar Campania – Sez. I del 3/11/2010 n. 22122) si sono espressi riguardo alla natura da attribuire al provvedimento di aggiudicazione provvisoria e della relazione di quest'ultimo l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di autotutela. L'aggiudicazione provvisoria, hanno precisato, si configura come atto endoprocedimentale, che si inserisce nell'iter di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che l'individuazione finale dell'affidatario dell'appalto si cristallizza soltanto nell'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'ambito dell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, la stazione appaltante non è affatto onerata di comunicare l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela (giurisprudenza consolidata: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2010 n. 3966, 21 novembre 2007 n. 5925 e 22 ottobre 2007 n. 5532; TAR Sicilia Catania, Sez. III, 13 novembre 2009 n. 1871 e 14 luglio 2009 n. 1308; TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 13 maggio 2009 n. 42).

13) Giurisprudenza del Consiglio di Stato: le imprese consorziate per le quali il consorzio ha dichiarato di concorrere devono possedere una qualificazione minima pari almeno al 10% di quella richiesta nel complesso per partecipare ai lavori

Il Consorzio stabile Aedars S.c.a.r.l., aveva proposto ricorso al TAR Piemonte contro il provvedimento di esclusione dalla gara indetta dal Comune di Stresa per l'appalto relativo

all'esecuzione della progettazione esecutiva e dei lavori di completamento nuove opere porto turistico. Il consorzio dichiarava di partecipare alla gara per la consorziata Fracla s.r.l., la quale era priva delle qualificazioni prescritte come obbligatorie dal bando di gara, ossia quelle OG7 classe IV e OS21 classe III, essendo unicamente in possesso della qualificazione OG 1 classe 1.

L'appalto veniva aggiudicato all'ATI costituita dalle imprese Tedde s.r.l. e Si.Co.tek s.r.l.

Il T.a.r., con sentenza n. 3704 del 2009, ha accolto il ricorso del Consorzio Stabile annullando il provvedimento recante l'esclusione dalla gara.

I giudici piemontesi hanno ritenuto infatti abrogata per incompatibilità la normativa, prima ritenuta applicabile ai consorzi stabili, posta con gli articoli 95 e 97, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 ("Regolamento di attuazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni"), in cui si richiamano le disposizioni sui raggruppamenti temporanei di imprese, recanti il requisito minimo del 10 per cento della qualificazione in capo alla singola consorziata. Questa interpretazione, si soggiunge, è inoltre coerente con il principio del sempre maggiore ampliamento delle possibilità partecipative attuato attraverso la modalità dell'avvalimento, che porta a far ritenere che il consorzio stabile è soggetto che per la sua peculiare struttura, di natura autonoma ed esternamente rilevante, dispone ex se dei mezzi delle consorziate, dovendosi escludere, in conclusione, che la partecipazione di un consorzio stabile ad una gara per conto di una consorziata presupponga che questa sia comunque qualificata in proprio per almeno il 10%. Né vale in contrario il richiamo all'applicazione del d.P.R. n. 554 del 1999, fatto nel bando della gara di cui qui si tratta, che deve intendersi riferito alla parte vigente della normativa.

Avverso tale pronuncia ha proposto appello l'ATI aggiudicataria provvisoria sottolineando che, il d.lgs. n. 163 del 2006, negli articoli 253 e 256, stabilisce, in attesa dell'emanazione del regolamento attuativo al codice, che continua ad applicarsi il d.P.R. n. 554 del 1999, non disponendosi, pertanto l'abrogazione gli articoli 95 e 97 del detto d.P.R.;

Infatti precisano i giudici di secondo grado (sentenza del 22/10/10 sez.VI n.7609) che:

- l'art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che i consorzi stabili si qualificano cumulando le qualificazioni delle singole consorziate; ai sensi dell'art. 253, comma 3, dello stesso d.lgs. il d.P.R. n. 554 del 1999 continua ad applicarsi ai lavori pubblici, fino all'approvazione del nuovo regolamento, "nei limiti di compatibilità con il presente codice";
- l'art. 97, comma 2, del detto d.P.R. (non abrogato dall'art. 256 del d.lgs. n. 163 del 2006) dispone che i consorzi stabili "conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti";
- a sua volta il medesimo art. 97 del d.P.R. n. 554 del 1999 prescrive, nella seconda parte del comma 4 (anche non abrogato dal d.lgs. n.163 del 2006), che "Alle singole imprese consorziate si applicano le disposizioni previste per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese"; le disposizioni cui così si rinvia sono quelle recate dall'art. 95, comma 2, dello stesso d.P.R. (altresi non abrogato dal d.lgs. n. 163 del 2006) in base al quale, in sintesi (come ivi previsto per i raggruppamenti temporanei di imprese) le imprese consorziate per le quali il consorzio ha dichiarato di concorrere devono possedere una qualificazione minima pari almeno al 10%% di

quella richiesta nel complesso per partecipare ai lavori.

Il Collegio ha quindi ritenuto che tale prescrizione sia tuttora vigente per due concorrenti motivi, testuale e connessi alla ratio della normativa.

Per il primo profilo emerge con chiarezza, dall'insieme delle norme sopra richiamate, che la seconda parte del comma 4 dell'art. 97 ed il comma 2 dell'art. 95 del d.P.R. n. 554 del 1999 non risultano abrogati dal d.lgs. n. 163 del 2006, che pure reca un articolo (256) in cui le abrogazioni sono espresse e disposte perciò con puntuale individuazione di ciascuna disposizione abrogata.

La attuale permanenza della previsione del requisito minimo di qualificazione per le consorziate risulta sorretta, peraltro, da una ragionevole motivazione sostanziale, che avvalorata il dato formale ora esposto e perciò la non incompatibilità della previsione con il sistema normativo del d.lgs. n. 163 del 2006. Pur restando infatti l'autonomia soggettiva del consorzio stabile a fronte del committente è non di meno congruo ritenere che la qualificazione dell'impresa consorziata rivesta un rilievo specifico per la stazione appaltante, nel momento in cui la consorziata è indicata come soggetto per cui si concorre ed esecutrice di lavori, al fine della garanzia per l'ente appaltante della necessaria competenza tecnica per la corretta esecuzione dell'intervento assicurato da tale impresa. Per tali ordini di motivi l'appello è stato accolto.

14) Giurisprudenza del TAR: violazione delle regole della buona fede e correttezza nella fase precontrattuale e in caso mancata stipulazione del contratto a seguito di aggiudicazione per omessa verifica copertura finanziaria.

La condotta tenuta dall'Amministrazione nel porre in essere una procedura di affidamento di lavori e nel concluderla senza mai addivenire alla stipula del contratto ed alla esecuzione dei lavori, per l'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, realizza un comportamento divergente da quelle regole di buona fede e correttezza che vanno osservate anche dall'Amministrazione nella fase pre-contrattuale.

Si è così pronunciato il TAR Sardegna sez. I 7/9/2010 n. 2167 a seguito di un ricorso presentato dall'ATI Siba S.p.a., Edra Ambiente Coop, Consorzio Nazionale Cooperative Produzione e Lavoro contro il Comune di Buggerru per richiedere la declaratoria di illegittimità e di illiceità degli atti e dei comportamenti dell'ente convenuto in relazione alla procedura per l'affidamento dei lavori di costruzione in sotterraneo dell'impianto di depurazione del Comune di Buggerru.

Le società ricorrenti avevano partecipato al bando di gara relativo all'appalto concorso per i lavori di costruzione in sotterraneo dell'impianto di depurazione di Buggerru.

Presentava domanda di partecipazione l'ATI formata da SIBA s.p.a., Consorzio Ciro Menotti, Edra Ambiente, che veniva ammessa alla procedura.

Il 23.12.2006 veniva comunicata l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'ATI e, il 6.12.2006, l'Amministrazione adottava la determina di aggiudicazione definitiva.

Tale provvedimento non veniva comunicato all'ATI aggiudicataria.

Con nota del 25.01.2007, la mandataria del raggruppamento chiedeva quindi notizie sull'esito della procedura.

Con nota del 31.01.2007 il Comune di Buggerru rispondeva alla SIBA comunicando che l'Amministrazione aveva "provveduto a rimodulare il nuovo quadro economico in funzione dell'offerta formulata da codesta società appaltatrice in sede della gara per appalto concorso per la realizzazione dell'impianto in oggetto. Detto quadro economico, non appena approvato dalla Giunta comunale, verrà trasmesso alle autorità Regionali per i provvedimenti di competenza, dei quali codesta società verrà tempestivamente informata".

Dopo fitta corrispondenza e riunioni tra le parti, le trattative non portavano alla stipula contrattuale. Con nota del 18.1.2008, SIBA in qualità di mandataria del raggruppamento comunicava al Comune la volontà di risolvere definitivamente il rapporto chiedendo il risarcimento danni.

I giudici amministrativi, nel caso di specie, hanno sostenuto che, il potere dell'amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto incontra un limite insuperabile nei principi di buona fede e correttezza alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la p.a.. Deve, quindi, in linea di principio, ritenersi sussistente la colpa dell'amministrazione che addiviene alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria e della legittimazione stessa a gestire la procedura.

Tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui è tenuta anche l'Amministrazione nella fase precontrattuale.

In definitiva, nel caso in cui la P.A. violi il dovere di lealtà e correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Era onere del Comune, che ha indetto la gara, vigilare sulla sussistenza, prima, e sulla permanenza, poi, dei presupposti finanziari necessari alla stipula del contratto ed alla sua esecuzione, nonché alla tutela dell'affidamento ingenerato nel soggetto privato.

L'esame degli atti allegati al ricorso, evidenzia una situazione nella quale il Comune ha, fin dall'origine, ovvero dalla data di indizione del bando, ingenerato un affidamento, rafforzato anche dalla definizione di tutti gli atti della procedura di evidenza pubblica.

Appare evidente al Collegio che la condotta tenuta dall'amministrazione, e mantenuta in un rilevante arco di tempo, più di due anni, contrasta con le regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 cc., regole che, come già rilevato, e per giurisprudenza oramai consolidata, attengono anche alla attività delle pubbliche amministrazioni.

Trattandosi di danno da responsabilità precontrattuale della p.a. il pregiudizio risarcibile è solo quello circoscritto al cosiddetto interesse contrattuale negativo, comprensivo delle spese inutilmente sostenute e delle perdite di favorevoli occasioni, prova che deve essere fornita dal ricorrente.

Con riferimento alla perdita di ulteriori chance di guadagno va ricordato, sostiene il Collegio, che

nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., la parte che invoca il danno da perdita di chance ne deve fornire la prova rigorosa.

Le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza.

Tale prova nel caso di specie non è fornita, in quanto i documenti della produzione di parte ricorrente non costituiscono prova idonea della perdita di chance non avendo l'ATI presentato domanda di partecipazione o dimostrato che avesse un margine di possibilità di vittoria ed in ultimo che le maestranze e i mezzi d'opera dell'a.t.i. sono di entità tale da impedirle di essere contemporaneamente impegnata sul fronte delle trattative con il Comune di Buggerru e sul fronte della partecipazione ad altre gare di appalto.

Non risulta dunque provato che nel periodo della trattativa si siano presentate all'A.t.i. concrete favorevoli occasioni, a cui ha dovuto rinunciare per tenersi a disposizione del Comune di Buggerru. A tal proposito nessun danno può quindi essere liquidato a questo titolo. Per quanto riguarda il danno da spese di gara, il Collegio ha ritenuto che di dover ricorrere alla valutazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. proprio in ragione della richiesta della ricorrente che si limita a quantificare, in via generale, le spese sostenute senza, tuttavia, produrre alcuna documentazione giustificativa a corredo (spese di viaggio, ore lavoro per il personale ecc.).

In ragione di ciò, il Collegio stima equo liquidare in favore dell'ATI la somma di euro 20.000,00 (ventimila/00) a cui vanno aggiunti gli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza fino all'effettivo soddisfo.

Sul danno da mancato utile di impresa derivante dall'appalto oggetto di aggiudicazione definitiva, le ricorrenti chiedono l'importo di € 142.755,45 come utile che l'ATI Siba avrebbe ottenuto dall'appalto calcolando il 10% sull'importo dell'offerta pari ad € 1.805.856,51, detratte le spese generali.

Il Collegio ricorda in ultimo che non è risarcibile, il "mancato guadagno dell'utile d'impresa", espressione che nella specie, con riferimento alle richieste formulate nell'atto introduttivo dalla ricorrente, corrispondono alla componente del lucro cessante nel danno per lesione del c.d. interesse positivo, quale interesse all'esecuzione del contratto, che come tale, non può essere risarcita in una fattispecie di responsabilità precontrattuale.

15) Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea: nomina obbligatoria del coordinatore per la sicurezza nei cantieri privati

La Corte di Giustizia Europea con sentenza del 7 ottobre scorso nel procedimento C-224/09 pronunciandosi in materia di nomina dei coordinatori della sicurezza ha dichiarato illegittima l'esenzione dell'obbligo di nomina degli stessi nel caso di un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e nel quale sono presenti più imprese.

Sostanzialmente la Corte ha dichiarato l'incompatibilità dell'art. 90 comma 1 del D.lgs. n. 81/2009

con quanto previsto nella direttiva 92/57 la quale stabilisce che, il committente o il responsabile dei lavori, in ogni cantiere in cui sono presenti più imprese, designa un coordinatore per la sicurezza e la salute, il quale è incaricato dell'attuazione dei principi generali di prevenzione e di sicurezza per la tutela dei lavoratori.

Nella recente sentenza, la Corte ricorda dunque, in primo luogo, che la direttiva stabilisce senza equivoci l'obbligo di nominare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute per ogni cantiere in cui sono presenti più imprese. Detta direttiva non ammette, quindi, alcuna deroga a tale obbligo. Pertanto, un coordinatore in materia di sicurezza e di salute deve essere sempre nominato per qualsiasi cantiere in cui sono presenti più imprese al momento della progettazione o, comunque, prima dell'esecuzione dei lavori, indipendentemente dalla circostanza che i lavori siano soggetti o meno a permesso di costruire ovvero che tale cantiere comporti o no rischi particolari.

In secondo luogo la direttiva prescrive altresì che sia redatto un piano di sicurezza nel caso in cui si tratti di lavori che comportano rischi particolari per la sicurezza e la salute dei lavoratori. A tal proposito la direttiva autorizza gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, a derogare all'obbligo di redigere il piano di sicurezza, tranne nel caso in cui si tratti di lavori che comportano rischi particolari quali quelli enumerati nella direttiva o di lavori per i quali è richiesta una notifica preliminare.

Ne consegue che, per qualsiasi cantiere i cui lavori comportino rischi particolari, quali quelli elencati nella direttiva, deve essere redatto, prima della sua apertura, un piano di sicurezza e di salute, essendo irrilevante a tale riguardo il numero d'imprese presenti nel cantiere stesso. La direttiva osta, pertanto, ad una normativa nazionale che preveda l'obbligo per il coordinatore della realizzazione dell'opera di redigere un piano di sicurezza e di salute nel solo caso in cui, in un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire, intervengano più imprese, e che non assuma come criterio a fondamento di tale obbligo i rischi particolari quali contemplati in detta direttiva.

A seguito della sentenza della Corte di giustizia, il Ministero del Lavoro ha precisato che la circolare 30/2009 già contiene le procedure in linea con la direttiva Ue in quanto prevede che per essere in regola e non incorrere nelle sanzioni, basterà anticipare la nomina del coordinatore dell'esecuzione contestualmente all'affidamento dell'incarico dei lavori di progettazione in modo da consentirgli di espletare tutte le funzioni del coordinatore per la progettazione, compresa la stesura dei piani della sicurezza.

Il Ministero fa sapere che, in ogni modo, una modifica alla disciplina è inevitabile considerato che alla circolare non si può attribuire la stessa validità di una norma.

16) Giurisprudenza del TAR: la falsa o omessa dichiarazione sull'esistenza di tutte le condanne penali a carico ha rilevanza ai fini della valutazione sulla affidabilità morale e professionale rende legittima l'esclusione

www.commercialistatelematico.com

E' vietata ogni riproduzione totale o parziale di qualsiasi tipologia di testo, immagine o altro.
Ogni riproduzione non espressamente autorizzata è violativa della Legge 633/1941 e pertanto perseguibile penalmente

Nella sentenza n. 6457 del 13/10/2010 il TAR Toscana ha espresso un'importante principio in materia di autocertificazione del possesso dei requisiti nella fase di partecipazione alla gara. La mancata dichiarazione da parte dell'imprenditore dell'esistenza di condanne penali a suo carico costituisce, quindi, una circostanza che ha valore autonomo e che incide sulla sua moralità professionale, anche indipendentemente da un'espressa previsione di esclusione automatica nella lex specialis (Cons.Stato, Sez. V, 18.9.03, n. 5320, 2.10.09 n. 6006, 20.4.09, n. 2364; T.A.R. Lombardia, Mi, Sez. I, 18.5.10, n. 1565 e 19.06.2008 n. 2096).

Tali conclusioni, poi, non possono fare distinzioni in ordine alle modalità della condanna, comprendendo la fattispecie di cui all'art. 75 DPR n. 554/99 anche quella del decreto penale di condanna (TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 16.7.08).

In sostanza, nel caso in cui un soggetto partecipante a gara per l'affidamento di un appalto pubblico fa ricorso alla forma dell'autocertificazione quanto alla dimostrazione del possesso dei prescritti requisiti, esso deve dare conto di tutte le condanne subite perché l'Amministrazione possa effettuare la valutazione della loro rilevanza sull'affidabilità morale e professionale, quindi anche di quelle che non compaiono nel certificato emesso su richiesta, ivi comprese le condanne su richiesta ex art. 444 c.p.p. o per decreto penale, con la conseguenza che la falsa (o omessa) dichiarazione comporta l'esclusione del dichiarante dalla gara o l'annullamento di un'aggiudicazione già pronunciata (TAR Veneto, Sez. I, 6.2.06, n. 286; TAR Palermo, Sez. II, 23.5.05, n. 846; Cons. Stato, Sez. V, 25.11.02, n. 6482).

17) Giurisprudenza del Consiglio di Stato: legittimo il costo del lavoro inferiore ai minimi tabellari giustificato con speciale regime delle cooperative di produzione e lavoro

È legittimo il giudizio di non anomalia di un'offerta presentata da una cooperativa di produzione e lavoro che per il costo del lavoro prevedeva un'offerta inferiore ai minimi tabellari. Lo ha previsto il Consiglio di Stato con sentenza 6977/2010.

E infatti, essendo i soci della stessa anche lavoratori nell'ambito dell'azienda, era perfettamente logico considerare che il costo del lavoro potesse essere inferiore ai minimi tabellari proprio perché l'organizzazione e la finalità non esclusivamente lucrativa dell'azienda erano tali da garantire il contenimento dei costi fissi e tali da consentire anche l'acquisizione di benefici fiscali e contributivi, al punto da giustificare in concreto un costo medio orario del personale impiegato particolarmente basso.

18) Giurisprudenza del Consiglio di Stato: illegittimità dell'offerta nel caso di certificazione di qualità scaduta prima della data di presentazione delle offerte

Il Consiglio di Stato con decisione del 21/9/2010 n. 7004 ha sancito che, ai sensi dell'articolo 4, Dpr 34/2000, ai fini della qualificazione le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale, secondo la cadenza temporale di cui all'allegato B, e il possesso della certificazione di qualità aziendale è documentato nell'attestato Soa. Nel caso il concorrente presenti una Soa comprendente una certificazione di qualità scaduta alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, deve essere disposta l'esclusione dalla procedura.

19) Giurisprudenza del Consiglio di Stato: continuità dei rapporti anche nella procedura di gara nella fusione per incorporazione della società concorrente

La fusione della società che ha partecipato alla gara d'appalto con altra società comporta una successione a titolo universale, della società che ne deriva, nei rapporti giuridici di quella incorporata o fusa, e cioè il pieno e completo trasferimento di diritti ed obblighi delle Società preesistenti nella titolarità della nuova società o della incorporante, con sostanziale continuità dei rapporti giuridici in atto tra questa società e l'Amministrazione appaltante, che si trova, in effetti, a proseguire il rapporto in essere con un soggetto diverso per denominazione o forma societaria, ma nei cui confronti il rapporto giuridico instaurato con la partecipazione alla gara delle società incorporate o fuse continua senza alcuna modifica sostanziale. Specificamente, con riferimento alla fusione verificatasi nel corso della procedura (nel caso, un'asta pubblica) la sentenza sez. V 1/10/2010 n. 7276, richiamando pacifica giurisprudenza sulla materia (Cass. civ., Sez. lav., 10 agosto 1999 n. 8572; Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2000 n. 5734; Sez. IV, 31 luglio 1992 n. 696), ha confermato la definizione di successione inter vivos a titolo universale attribuita agli effetti che si determinano in seguito alla fusione delle società, e la conseguente acquisizione da parte della società incorporante (o della nuova società che ne deriva) dei diritti e gli obblighi della società incorporata (o, nel caso della fusione in senso stretto, delle società che vi hanno partecipato) (in termini, Sez. V, 26 settembre 2002 n. 4940)".

Del resto, ad avviso della Sezione, il principio della immodificabilità assoluta dell'offerente, caratterizzata da un fondamentale elemento di staticità, mal si concilia con il carattere dinamico della vita delle imprese e con la loro intrinseca necessità di adeguare costantemente le loro stesse strutture organizzative alle vicende del mercato per poter conseguire i propri fini sociali ed essere così anche elemento di sviluppo e di crescita economica per l'intera collettività, tanto più che le esigenze pubbliche sottese allo stesso procedimento ad evidenza pubblica, quali l'affidabilità, oggettiva e soggettiva – anche sotto il profilo della sussistenza dei necessari requisiti di moralità pubblica - dei soggetti che concorrono per l'affidamento di appalti pubblici sono sufficientemente assicurate dagli obblighi che tali soggetti hanno nei confronti della pubblica amministrazione di comunicare le avvenute trasformazioni, onde consentire proprio l'esercizio dei necessari poteri di controllo e verifica.

20) Giurisprudenza del TAR: legittimità dell'esclusione per una situazione di controllo per intrecci tra organi rappresentativi di imprese partecipanti a tutela della par condici

L'art. 38 del D. L.vo n. 163/2006, prevede una ulteriore causa di esclusione dalla gara, consistente "in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale". Tale norma ricalca e rafforza quanto previsto dal secondo comma del soppresso art. 34, secondo il quale "le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi". Nel caso sottoposto all'esame del TAR (sentenza TAR Lazio sez. I bis 1/10/2010 n. 32650)

la partecipazione alla gara di due imprese, di cui l'Amministratore di una è anche procuratore con potere di rappresentanza e di gestione, proprio per quanto concerne le gare di appalto dell'altra, configuri proprio l'ipotesi contemplata dalla norma sopracitata, ossia quella "relazione anche di fatto", tra due ditte che comporta l'esistenza di quel collegamento sostanziale tale da far ritenere che le offerte presentate possano far riferimento ad un unico centro decisionale e quindi ad una reciproca conoscibilità delle offerte (cfr. CONS. STATO – SEZ. V – n.2139 del 6 aprile 2009). D'altra parte appare evidente, prosegue il giudice amministrativo, la ragione giustificativa di tale norma che risponde al più generale principio della par condicio tra i concorrenti ad un pubblico appalto, allorché impedisce la partecipazione alla gara di due o più imprese che presentino chiari intrecci tra i rispettivi organi rappresentativi tali da far dubitare della completa autonomia tra le rispettive offerte con il conseguente pericolo che le stesse possono essere utilizzate per influenzare artificialmente l'esito della gara. Va, da ultimo, ricordata la costante giurisprudenza del giudice amministrativo di primo e secondo grado, secondo cui il collegamento tra imprese tale da far ritenere che una o più offerte possano ricondursi ad un unico centro decisionale, si verifica anche nel caso in cui la comunanza di interessi sia ravvisabile a causa dell'intreccio tra gli organi amministrativi e di rappresentanza che consenta di ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive offerte (cfr. tra le tante CONS. STATO – SEZ. V – n. 685 del 7 febbraio 2002).

21) Giurisprudenza del TAR: illegittimo subordinare il compenso al finanziamento dell'opera

È illegittimo subordinare il pagamento di compensi professionali (progettazione, indagini, etc.) all'ottenimento del finanziamento per la realizzazione dell'opera pubblica. Questa, in sintesi, la conclusione del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia (sez. III Lecce del 20/2/2010) che ha accolto un ricorso finalizzato ad ottenere l'annullamento di un bando per l'affidamento di un incarico professionale.

L'incarico riguardava progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza, etc. con la precisazione che le attività connesse all'esecuzione (direzione lavori, etc.) sarebbero state affidate solo in caso di finanziamento dell'opera e che, comunque, il professionista si impegnavano a non pretendere alcun compenso, nemmeno per spese vive, se l'intervento non fosse stato ammesso a finanziamento.

Il TAR ha ritenuto che il bando fosse in palese contrasto con le disposizioni dell'art. 92 del Codice dei Contratti (D.Lgs. 163/06) che recita: "Le amministrazioni aggiudicatrici non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata."

22) Giurisprudenza della Corte di Cassazione: quando si monta il ponteggio è obbligatoria la presenza del preposto

Il datore di lavoro è tenuto a garantire, durante il montaggio di un ponteggio, la presenza di un preposto incaricato specificatamente di sovrintendere alle operazioni. Questo, in sintesi, il contenuto della sentenza della Cassazione n. 23936 del 23 giugno 2010. La sentenza riguarda il caso di un lavoratore che, intento al montaggio di un ponteggio in un cantiere edile, è caduto dall'altezza del quarto piano dello stabile rovinando sul balcone del piano inferiore. Secondo la sentenza appellata, l'amministratore unico della società non aveva assicurato la presenza di un preposto incaricato di controllare le operazioni di montaggio alle quali era intento il lavoratore. L'imputato ha fatto ricorso alla Corte di Cassazione sostenendo che non era stato tenuto conto che in cantiere fosse presente un responsabile della sicurezza. La Corte ha concluso ritenendo "non pertinente, ..., il riferimento del ricorrente alla presenza di un incaricato della sicurezza del cantiere; costui, invero, ha compiti diversi rispetto al soggetto preposto alla direzione dei predetti lavori che, secondo il dettato legislativo (Decreto del Presidente della Repubblica n. 164 del 1956, articolo 17 - n.d.r. ora art. 123 D.Lgs. 81/2008.), devono essere eseguiti sotto la diretta e costante sorveglianza del preposto".

23) Giurisprudenza del TAR: escluso l'accesso delle offerte a tutele del Know-how

La sezione I del TAR Puglia con sentenza del 24/9/10 n. 3490 si è espressa in tema di diritto di accesso sottolineando quanto previsto nel quinto comma dell'art. 13 D. Lgs. 163 del 2006. Quest'ultimo infatti essendo posto "a salvaguardia del diritto alla riservatezza delle imprese concorrenti, introduce un divieto di accesso e di divulgazione assoluto, finalizzato non già a tutelare

la regolarità della procedura di affidamento, quanto a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei soggetti privati coinvolti, attraverso l'esclusione dell'accesso alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Il legislatore ha così inteso escludere dal raggio di azionabilità del diritto di accesso la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato".

Lo stesso art. 13 del Codice dei contratti pubblici dispone, al sesto comma, che è "comunque" consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi, in relazione alla procedura di gara cui si riferisce l'istanza. Si tratta, secondo la giurisprudenza amministrativa, di una previsione che riafferma la tendenziale prevalenza del cosiddetto accesso difensivo, già sancita in via generale dall'art. 24, settimo comma, della legge n. 241 del 1990 (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2009 n. 6393). Né l'art. 13 del Codice dei contratti pubblici, né l'art. 24 della legge sul procedimento (nella formulazione risultante a seguito della novella introdotta con la legge n. 15 del 2005), prevedono che l'accesso difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa essere circoscritto dall'Amministrazione alla forma della sola visione, senza estrazione di copia. E' perciò illegittima, secondo l'orientamento ripetutamente espresso da questa Sezione, la limitazione alla sola visione degli atti nei confronti del soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 25 febbraio 2010 n. 678; Id., 17 giugno 2009 n. 1528; Id., 5 febbraio 2007 n. 337; Id., 14 settembre 2006 n. 3220; in questo senso anche Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2005 n. 6524).

24) Edilizia: pubblicato in Gazzetta il Decreto sui prezzi dei materiali da costruzioni

È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 258 del 4 novembre 2010 il decreto che attribuisce le risorse del Fondo per l'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzioni sottoscritto dal Ministro delle Infrastrutture Matteoli il 30 settembre 2010. Il decreto ripartisce complessivamente 179,5 milioni di euro (1,79 milioni di euro alla piccola impresa, 7,9 milioni di euro alla media e 169,8 milioni alla grande impresa in funzione della classifica di attestazione SOA) corrispondente all'importo delle richieste (per compensazione degli aumenti dei prezzi dei materiali da costruzione registrati nell'anno 2008) avanzate dalle imprese alle stazioni appaltanti e accolte dal Ministero. Scopo del decreto è quello di ripartire i fondi per compensare i più significati aumenti dei prezzi dei materiali da costruzione registrati nell'anno 2008 e per i quali le amministrazioni non avevano potuto reperire le risorse nelle somme previste nei quadri economici dei progetti, neanche mediante

una rimodulazione della programmazione. Con la pubblicazione in Gazzetta delle risorse il Ministero delle Infrastrutture è autorizzato a trasferire le risorse alle stazioni appaltanti per il successivo pagamento alle imprese.

25) Nella prequalifica non è necessario indicare le quote di partecipazione all'associazione temporanea (Consiglio di Stato, sez. V, n. 6490 del 8/9/2010)

La necessità di conoscere la suddivisione dei lavori tra le imprese associate sorge nel momento in cui l'Amministrazione si trova a valutare l'offerta concretamente presentata dal raggruppamento, mentre in sede di prequalificazione tale necessità non sussiste, in quanto l'Amministrazione non esamina il progetto offerto ma si limita soltanto a verificare se il soggetto che chiede l'ammissione ha i relativi requisiti.

... Omissis ...

DIRITTO

1. L'appello non è fondato.

Il primo motivo, anche a prescindere dall'approfondimento della sua ammissibilità e tempestività già in primo grado, va disatteso.

Osserva il Collegio, infatti, che la corrispondenza delle quote di partecipazione, di qualificazione e di esecuzione tra i vari soggetti che partecipano in associazione temporanea di imprese ad una gara pubblica è vicenda che si presenta come necessaria per far esattamente conoscere all'Amministrazione procedente quale impresa eseguirà le varie parti dell'appalto e se la stessa ha i relativi requisiti (soprattutto di qualificazione) per eseguirla a regola d'arte; ma tale necessità sorge nel momento in cui l'Amministrazione si trova a valutare l'offerta concretamente presentata dal raggruppamento, mentre in sede di prequalificazione tale necessità non sussiste, in quanto l'Amministrazione non esamina il progetto offerto ma si limita soltanto a verificare se il soggetto che chiede l'ammissione ha i relativi requisiti.

Nelle procedure di cui trattasi, in altre parole, la fase di prequalificazione è volta a far conoscere all'amministrazione la disponibilità del mercato, per cui il criterio interpretativo delle indicazioni di ammissione deve essere volto a favorire la più ampia partecipazione alla gara. Sotto il profilo ontologico la fase (contrassegnata dalla domanda di ammissione alla gara) più precisamente si distingue da quella introdotta dalla offerta da parte delle ditte ammesse (valutazione/comparazione delle offerte), in quanto mentre quest'ultima è volta ad accertare la loro meritevolezza ad aggiudicarsi la gara, la fase di prequalificazione ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di « partecipabilità », sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati, tramite l'esame dei parametri obiettivi riportati nelle dichiarazioni e nelle autocertificazioni allegate

alla domanda, restringendo l'ambito dei potenziali concorrenti, senza attribuzione di punteggi. Da ciò risulta preclusa una commistione fra i criteri di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione. Detto canone operativo, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di "par condicio" che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione. Di qui anche aperture a diverse composizioni soggettive tra le due fasi e a più ampie integrazioni documentali nella fase di prequalificazione (cfr su tali temi da ultimo Consiglio Stato, VI, 29 maggio 2008, n. 2555; Consiglio Stato, VI, 20 febbraio 2008, n. 588; Consiglio Stato, V, 28 agosto 2009, n. 5105; Consiglio Stato, VI, 14 febbraio 2007, n. 619).

Sembra quindi doversi escludere (soprattutto in difetto, come nella specie, di una esplicita indicazione nella *lex specialis*) che già nella fase di prequalificazione debbano essere indicate le quote di partecipazione, di qualificazione e di esecuzione tra i vari soggetti che partecipano in associazione temporanea di imprese.

... Omissis ...

26) Tracciabilità nei pagamenti in appalti pubblici – Indicazioni dell'autorità per la vigilanza

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, con propria Determinazione n. 8 del 18 novembre 2010, ha fornito "*prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dal d.l. 12 novembre 2010, n. 187*".

Si ritiene utile fornire un sunto di tale determinazione, unitamente al relativo testo ed al testo legislativo coordinato fra gli artt. 3, 5 e 6 della legge 136/2010 e il decreto legge 187/2010

Nella premessa del pronunciamento si rammenta come ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari sia, ora, previsto che gli strumenti di pagamento debbano riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dai soggetti obbligati all'applicazione della norma, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità, 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).

Entrata in vigore

In primo luogo va rammentato come debbano ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché relativi a bandi pubblicati in data antecedente all'entrata in vigore della legge stessa.

In secondo luogo, per i contratti antecedenti alla data di entrata in vigore della legge n. 136/2010, viene ora prevista una norma transitoria *ad hoc*, secondo la quale detti contratti - ed i contratti di subappalto ed i subcontratti da essi derivanti - *“sono adeguati alle disposizioni di cui all'articolo 3 (...) entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge”* e perciò entro il 7 marzo 2011.

Stante il tenore letterale del comma 8 dell'articolo 3, e fatta salva la possibilità di modifica, in sede di conversione del decreto-legge, delle disposizioni in esame, nel senso di prevedere un adeguamento automatico dei contratti in essere, si suggerisce di integrare espressamente i contratti già stipulati, mediante atti aggiuntivi; tale soluzione appare più cautelativa sia per le amministrazioni pubbliche sia per gli operatori economici, in quanto li pone al riparo dal rischio della nullità dell'accordo.

Ambito di applicazione – appalti e soggetti obbligati all'applicazione della norma

Sono tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti obbligati all'applicazione del Codice dei contratti pubblici; in primo luogo, nel novero di tali soggetti, sono incluse le *“stazioni appaltanti”*, definite all'articolo 3, comma 33, del Codice dei contratti come *“le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32”* del D.Lgs. 163/2006. Le amministrazioni aggiudicatrici, a loro volta, sono individuate dal comma 25 del richiamato articolo 3, 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”*.

La disposizione in commento individua, inoltre, i soggetti tenuti agli obblighi di tracciabilità, correlandoli alla *“filiera delle imprese”*, che si intende ora riferita *“ai subappalti, ai subcontratti stipulati per l'esecuzione del contratto”*. L'intento del legislatore è dunque quello di assicurare la tracciabilità dei pagamenti riguardanti tutti i soggetti in qualche misura coinvolti nella esecuzione della prestazione principale oggetto del contratto.

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 D.Lgs 163/2006 e perciò *“anche noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale”*. 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 del contratto e l'oggetto del lavoro per i subcontratti stipulati per

l'esecuzione del contratto, a prescindere dalla loro riconducibilità alla definizione di subappalto ai sensi dell'articolo 118, comma 11, del Codice dei contratti pubblici .

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, espropri, guardiania, progettazione, mensa di cantiere, pulizie di cantiere

Con riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura, sono soggetti alla norma anche i professionisti e gli studi professionali, che concorrono all'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto i predetti servizi.

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

La disposizione estende gli obblighi di tracciabilità anche ai soggetti privati, destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento.

Indicazioni generali sulle modalità di attuazione della tracciabilità

Il comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 136 prevede, per i soggetti sopra indicati, i seguenti obblighi:

- a. utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva. Ne consegue che sia pagamenti effettuati dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore sia quelli effettuati dall'appaltatore nei confronti dei subcontraenti e da questi ad altri operatori economici devono transitare su conto corrente dedicato;
- 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'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

E' prevista infine esplicitamente la possibilità di adottare strumenti di pagamento anche differenti dal bonifico bancario o postale, *“purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni”*. Al riguardo, si precisa che il requisito della piena tracciabilità sussiste per le c.d. Ri.Ba. (Ricevute Bancarie Elettroniche).

Pagamenti di dipendenti, consulenti, fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali e provvista di immobilizzazioni tecniche

L'articolo 3, comma 2, prevede che devono transitare sui conti correnti dedicati anche 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 non in via 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 a tali pagamenti si ritiene che non vada indicato il CIG/CUP.

L'utilizzo di assegni bancari e postali può ritenersi consentito solo al ricorrere di 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).

Pagamenti in favore di enti previdenziali assicurativi, istituzionali, in favore dello Stato o di gestori o fornitori di pubblici servizi

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, senza l'indicazione del CIG/CUP. Per tali esborsi possono essere utilizzate le carte di pagamento, purché emesse a valere su un conto dedicato.

Per quanto riguarda , poi, l'espressione "*spese giornaliere, di importo inferiore o uguale a 500 euro*" di cui al comma 3, secondo periodo, dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, essa va interpretata nel senso che la soglia indicata di 500 euro è riferita all'ammontare di ciascuna spesa e non al complesso delle spese sostenute nel corso della giornata.

Spese estranee al contratto pubblico cui si riferisce il conto corrente dedicato

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.

Comunicazioni

E' stabilito 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*".

Schema della clausola da inserire nel contratto tra stazione appaltante ed appaltatore ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche

Art. (...)

(Obblighi dell'appaltatore relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

1. L'appaltatore (...) assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.
2. L'appaltatore si impegna a dare immediata comunicazione alla stazione appaltante ed alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia di (...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte (subappaltatore/subcontraente) agli obblighi di tracciabilità finanziaria.

Schema della clausola da inserire nel contratto tra appaltatore e subappaltatore/subcontraente ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche

Art. (...)

(Obblighi del subappaltatore/subcontraente relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

1. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...) nell'ambito del contratto sottoscritto con l'Ente (...), identificato con il CIG n. (...)/CUP n. (...), assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.
2. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna a dare immediata comunicazione all'Ente (...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria.
3. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna ad inviare copia del presente contratto all'Ente (...).

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

DETERMINAZIONE n. 8

del 18 novembre 2010

PRIME INDICAZIONI SULLA TRACCIABILITA' FINANZIARIA EX ART. 3, LEGGE 13

AGOSTO 2010, n. 136, COME MODIFICATO DAL D.L. 12 NOVEMBRE 2010, n. 187

1. Premessa

Il 7 settembre 2010 è entrato in vigore il “*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*”, di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136, pubblicata sulla G.U. 23 agosto 2010, n. 196. Successivamente, con decreto-legge n. 187 del 12 novembre 2010 sono state dettate disposizioni interpretative ed attuative concernenti la tracciabilità dei flussi finanziari relativi a contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, al fine di prevenire infiltrazioni criminali, di cui all’articolo 3 della citata legge. Quest’ultimo, al comma 1, come modificato dall’articolo 7, comma 1, lett. a), n.1 del d.l. n. 187/2010, stabilisce che *“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”*. Il successivo comma 2 estende gli obblighi di tracciabilità anche ai pagamenti *“destinati a dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali nonché quelli destinati alla provvista di immobilizzazioni tecniche”*, che 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 (...)”*.

Ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, è, inoltre, previsto che gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dai soggetti obbligati all’applicazione della norma, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall’Autorità, 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).

Considerata la delicatezza e la complessità della materia ed il suo impatto sul mercato, l’Autorità adotta la presente determinazione con l’obiettivo di offrire alcune prime indicazioni applicative circa l’articolo 3 della legge n. 136/2010, come modificato dal d.l. n. 187/2010.

2. Entrata in vigore

La legge n. 136/2010 non prevedeva espressamente una disciplina transitoria,

circostanza che ha dato adito ad interpretazioni divergenti.

Il Ministero dell'Interno, con nota n. 13001/118/Gab del 9 settembre u.s., aveva affermato che l'ambito di applicazione dovesse intendersi riferito *"ai soli contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge"* e, pertanto, alla data del 7 settembre 2010. L'articolo 6, comma 1, del d.l. n. 187/2010 accoglie tale interpretazione, disponendo 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 da sottoscrivere dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché relativi a bandi pubblicati in data antecedente all'entrata in vigore della legge stessa.

Ogni nuovo rapporto contrattuale, quindi, 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.

Pertanto, sono *ab initio* soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti aventi ad oggetto i lavori o servizi complementari, per quanto collegati ad un contratto stipulato antecedentemente (cfr. articolo 57, comma 5, lett. a) del Codice dei contratti pubblici), nonché i nuovi contratti, originati dal fallimento dell'appaltatore (articolo 140 del Codice dei contratti pubblici) oppure, ancora, aventi ad oggetto varianti in corso d'opera che superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto (articolo 132 del Codice dei contratti pubblici e articolo 10 del decreto del Ministero dei lavori pubblici n. 145 del 19 aprile 2000), in quanto tutte fattispecie ascrivibili ad un nuovo contratto.

In secondo luogo, per i contratti antecedenti alla data di entrata in vigore della legge n. 136/2010, viene ora prevista una norma transitoria *ad hoc*, secondo la quale detti contratti - ed i contratti di subappalto ed i subcontratti da essi derivanti - *"sono adeguati alle disposizioni di cui all'articolo 3 (...) entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge"*. La previsione, quanto mai opportuna per motivi di sistematicità ed omogeneità del sistema di tracciabilità, impone, quindi, un adeguamento di tutti i contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 alle nuove disposizioni entro il termine del 7 marzo 2011. Da ciò discende che, prima della scadenza di tale termine (7 marzo 2011), le stazioni appaltanti potranno legittimamente effettuare, in favore degli appaltatori, tutti i pagamenti richiesti in esecuzione di contratti, sottoscritti anteriormente al 7 settembre 2010, anche se sprovvisti della clausola relativa alla tracciabilità; dopo il 7 marzo 2011, i contratti che non riporteranno la clausola relativa alla tracciabilità saranno nulli e, pertanto, inidonei a produrre alcun effetto giuridico. Occorre, infatti, mettere in correlazione la citata norma transitoria con il comma 8 dell'articolo 3, che prevede l'inserimento *"a pena di nullità"* di una clausola nel contratto principale (sottoscritto con la stazione appaltante) avente ad oggetto l'assunzione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

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

Pertanto, *nulla quaestio* in relazione ai contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge n. 136/2010 che devono *ab origine* contenere la clausola di tracciabilità; per i contratti sottoscritti prima di tale data, invece, il legislatore assegna un termine di centottanta giorni entro cui adeguare i contratti alle nuove disposizioni.

Il dubbio che potrebbe porsi, circoscritto a quest'ultima fattispecie, concerne la possibilità o meno, per le stazioni appaltanti, di avvalersi dello strumento offerto dall'articolo 1339 c.c.. In altri termini, ci si chiede se sia necessario effettuare un'integrazione formale espressa dei contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 o possa trovare applicazione il meccanismo dell'inserzione automatica della clausola.

Stante il tenore letterale del comma 8 dell'articolo 3 e fatta salva la possibilità di modifica, in sede di conversione del decreto-legge, delle disposizioni in esame, nel senso di prevedere un adeguamento automatico dei contratti in essere, si suggerisce di integrare espressamente i contratti già stipulati, mediante atti aggiuntivi; tale soluzione appare più cautelativa sia per le amministrazioni pubbliche sia per gli operatori economici, in quanto li pone al riparo dal rischio della nullità dell'accordo.

Quanto precede vale anche in riferimento all'inserzione della clausola in commento nei contratti sottoscritti dall'appaltatore con i subappaltatori ed i subcontraenti della filiera delle imprese, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi ed alle forniture, nel rispetto del comma 9 dell'articolo 3.

Sono allegati alla presente determinazione esempi delle clausole in questione.

3. Ambito di applicazione

Gli articoli 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. Dall'ampia dizione impiegata dall'articolo 3, comma 1, discende che la tracciabilità dei flussi finanziari trova applicazione ai seguenti contratti: 1) contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, di cui al Titolo II, Parte I dello stesso; 2) concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi ex articolo 30 del Codice dei contratti; 3) contratti di partenariato pubblico - privato, ivi compresi i contratti di locazione finanziaria; 4) contratti di subappalto e subfornitura; 5) contratti in economia, ivi compresi gli affidamenti diretti.

In considerazione del fatto che la normativa in esame ha finalità antimafia e che la

normativa antimafia trova applicazione generalizzata ai contratti pubblici, sono tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti obbligati all'applicazione del Codice dei contratti pubblici; in primo luogo, nel novero di tali soggetti, sono incluse le "stazioni appaltanti", definite all'articolo 3, comma 33, del Codice dei contratti come "*le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32*". 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*". 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.

La disposizione in commento individua, inoltre, i soggetti tenuti agli obblighi di tracciabilità, correlandoli 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 nella 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.

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

Al riguardo, giova, altresì, rammentare 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'articolo 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 del contratto e l'oggetto del lavoro per i subcontratti stipulati per l'esecuzione del contratto, a prescindere dalla loro riconducibilità alla definizione di subappalto ai sensi dell'articolo 118, comma 11, del Codice dei contratti pubblici (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 articolo 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 (Cons. 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, espropri, guardiania, progettazione, mensa di cantiere, pulizie di cantiere (cfr., al riguardo, le Linee guida antimafia di cui all'articolo 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*").

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

In particolare, con riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura, le norme si applicano a tutti i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) del Codice dei contratti 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.

Appare, poi, opportuno specificare che ricadono nell'obbligo di tracciabilità anche i contratti di affidamento inerenti lo sviluppo dei progetti (preliminari, definitivi e esecutivi) che fanno seguito a concorsi di idee o di progettazione, affidabili ai vincitori di detti concorsi.

Al contrario, non rientrano nell'ambito applicativo della norma le spese sostenute dai cassieri, utilizzando il fondo economale, non a fronte di contratti di appalto. A titolo

puramente esemplificativo, possono rientrare nella casistica in esame imposte, tasse e altri diritti erariali, spese postali, valori bollati, anticipi di missione, nonché le spese sostenute per l'acquisto di materiale di modesta entità e di facile consumo, di biglietti per mezzi di trasporto, di giornali e pubblicazioni periodiche. Queste spese, pertanto, potranno essere effettuate con qualsiasi mezzo di pagamento, nel rispetto delle norme vigenti.

La disposizione estende gli obblighi di tracciabilità, tra i quali l'utilizzo di conti correnti dedicati, ai concessionari di finanziamenti pubblici, inclusi i finanziamenti europei, tra i quali rientrano i soggetti, anche privati, destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento indipendentemente dall'importo. Resta ferma, infine, l'applicazione delle ulteriori disposizioni dettate in materia di contrasto alla criminalità organizzata, che prevedono controlli più stringenti rispetto alle misure di cui alla legge n. 136/2010, come per i lavori relativi alla ricostruzione in Abruzzo e all'Expo 2015, ovvero attivate in via convenzionale attraverso i protocolli di legalità, come, ad esempio, il Protocollo relativo alla Variante di Cannitello. Restano ferme, inoltre, le ulteriori disposizioni in tema di monitoraggio finanziario delle infrastrutture strategiche di cui all'articolo 176 del Codice dei contratti pubblici.

4. Indicazioni generali sulle modalità di attuazione della tracciabilità

Il comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 136 prevede, per i soggetti sopra indicati, i seguenti obblighi:

a. utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva. Ne consegue che sia pagamenti effettuati dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore sia quelli effettuati dall'appaltatore nei confronti dei subcontraenti e da questi ad altri operatori economici devono transitare su conto corrente dedicato; in altri termini, la norma stabilisce, quale obbligo a carico degli operatori della filiera, l'apertura di conti correnti bancari o postali dedicati, sui quali andranno effettuate le operazioni sia in entrata che in uscita (pagamenti ed incassi);

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'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

Si forniscono di seguito alcune indicazioni operative circa tali prescrizioni.

1) Con riguardo al conto corrente dedicato, il d.l. n. 187/2010 ha chiarito (articolo 6, comma 4) che l'espressione "*anche in via non esclusiva*" si interpreta nel senso che "*ogni*

operazione finanziaria relativa a commesse pubbliche deve essere realizzata tramite uno o più conti correnti bancari o postali, utilizzati anche promiscuamente per più commesse, purché per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione di cui comma 7 del medesimo articolo 3 circa il conto o i conti utilizzati, e nel senso che sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate". Pertanto, i conti correnti dedicati alle commesse pubbliche possano 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.

2) Per quanto riguarda i pagamenti di cui al comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, il d.l. n. 187/2010 ha previsto la possibilità di adottare strumenti di pagamento anche differenti dal bonifico bancario o postale, "*purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni*". Al riguardo, si precisa che il requisito della piena tracciabilità sussiste per le c.d. Ri.Ba. (Ricevute Bancarie Elettroniche); queste ultime costituiscono un servizio di pagamento, prevalentemente usato tra imprese per la riscossione di crediti commerciali, che consente al creditore di sostituire le tradizionali ricevute bancarie cartacee con un flusso elettronico di informazioni. Sussiste, peraltro, in questo caso, un vincolo relativo alla circostanza che il CUP e il CIG siano 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 appare la situazione che connota, allo stato, il servizio di pagamento RID (Rapporti Interbancari Diretti) che attualmente non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità. 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 flusso telematico che attualmente gestisce il RID non sembra in grado di gestire i codici. E' in corso di valutazione la possibilità di realizzare soluzioni tecniche alternative: tra queste, l'abbinamento univoco dei codici alla delega RID all'atto di attivazione del rapporto, con

successiva gestione della fase di riscontro nell'ambito della c.d. "procedura di allineamento elettronico degli archivi". Si segnala, altresì, che lo strumento paneuropeo assimilabile al RID - il SEPA *Direct Debit*, le cui specifiche sono definite nell'ambito del *Rulebook* redatto dallo *European Payment Council* - reca un campo libero facoltativo nel quale potrebbero essere presumibilmente ospitati i codici in parola. Questo strumento non è ancora diffuso: ove divenisse di ampio utilizzo si potrà valutare la sua concreta adeguatezza a rispettare il requisito della piena tracciabilità.

E' peraltro onere dei soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità conservare la documentazione attestante l'assolvimento degli obblighi.

3) Si precisa che l'obbligo di cui all'articolo 3, comma 5, è da intendere posto a carico anche della stazione appaltante, che deve riportare il CIG (e, ove necessario, il CUP) nei mandati di pagamento all'appaltatore o al concessionario di finanziamenti pubblici.

4) In merito alle cessioni di credito, si sottolinea che anche i cessionari dei crediti 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.

5) 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 separato di cui all'articolo 117 del Codice delle assicurazioni (decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209), identificato 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'articolo 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 quando indicato in via generale.

5. Richiesta ed indicazione del codice identificativo di gara (CIG) e del codice unico di progetto (CUP)

L'articolo 7, comma 4, del d.l. n. 187/2010 ha sostituito il comma 5 dell'articolo 3 stabilendo che, *"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)". Pertanto, il CIG – codice che identifica il singolo affidamento nell'ambito del progetto, a fronte del quale si esegue il pagamento, e il riferimento alla eventuale voce di spesa del quadro economico del progetto – è divenuto obbligatorio, ai fini di tracciabilità dei flussi finanziari, in relazione a ciascun contratto pubblico avente ad oggetto lavori, servizi e forniture, a prescindere dall'importo dello stesso e dalla procedura di affidamento prescelta e, quindi, anche per i contratti di cui all'articolo 17 del Codice dei contratti pubblici.

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

Il CIG dovrà poi essere inserito nella richiesta di offerta comunque denominata e, in ogni caso, al più tardi, nell'ordinativo di pagamento. E' questo, ad esempio, il caso degli acquisti di beni e servizi effettuati per mezzo del Mercato Elettronico della p.a. (MEPA), ai sensi dell'articolo 11 del d.P.R. n. 101/2002: in tal caso, infatti, l'incontro tra offerta privata e domanda pubblica può avvenire senza la previa richiesta di offerta, direttamente a mezzo di ordinativi di acquisto.

In tutti i casi in cui non vi è per la stazione appaltante l'obbligo della contribuzione nei confronti dell'Autorità, del pari, il CIG deve essere indicato, al più tardi nell'ordinativo di pagamento, qualora il contratto sia eseguito in via d'urgenza e non vi sia la possibilità di inserirlo nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata.

Con riguardo ai contratti stipulati nell'ambito del sistema delle convenzioni CONSIP (articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488) e, più in generale, con riguardo agli accordi quadro, oltre all'obbligo di richiesta del CIG per la stipula della convenzione o dell'accordo, le amministrazioni che vi aderiscono sono tenute a richiedere un distinto CIG per ogni specifico contratto stipulato a valle, che andrà poi indicato nei pagamenti a fini di tracciabilità. Nella richiesta di tale CIG "derivato", è, però, necessario fare riferimento al CIG relativo alla convenzione o all'accordo quadro.

Il CUP, in aggiunta al CIG, è invece obbligatorio, *"per la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti pubblici"* con riguardo a *"ogni nuovo progetto di investimento pubblico"* (articolo 11, della legge n. 3/2003 citata), senza alcuna indicazione di importo. La nozione rilevante ai fini del rilascio del CUP è quella individuata nelle delibere adottate dal CIPE in materia (cfr. in particolare, la delibera 27 dicembre 2002, n. 143, come integrata dalla delibera 19 dicembre 2003, n. 126 e dalla delibera 29 settembre 2004, n. 24).

6. Gestione dei movimenti finanziari

6.1 Pagamenti di dipendenti, consulenti, fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali e provvista di immobilizzazioni tecniche

L'articolo 3, comma 2, prevede che devono transitare sui conti correnti dedicati anche 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 non in via 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'articolo 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 già indicati nel paragrafo 4, l'utilizzo di assegni bancari e postali può ritenersi consentito solo al ricorrere di 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).

6.2 Pagamenti in favore di enti previdenziali assicurativi, istituzionali, in favore dello Stato o di gestori o fornitori di pubblici servizi

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 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. articolo 6, comma 5, del d.l. n. 187/ 2010), senza l'indicazione del CIG/CUP.

Oltre agli strumenti già indicati nel paragrafo 4, per tali esborsi possono essere utilizzate le carte di pagamento, purché emesse a valere su un conto dedicato.

Per quanto riguarda , poi, l'espressione "*spese giornaliere, di importo inferiore o uguale a 500 euro*" di cui al comma 3, secondo periodo, dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, essa va interpretata nel senso che la soglia indicata di 500 euro è riferita all'ammontare di ciascuna spesa e non al complesso delle spese sostenute nel corso della giornata (cfr., al riguardo, le Linee guida antimafia di cui all'articolo 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*").

6.3 Spese estranee al contratto pubblico cui si riferisce il conto corrente dedicato

In base al comma 4 dell'articolo 3, come modificato dall'articolo 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.

In particolare, nel caso in cui il conto dedicato ad una commessa pubblica dovesse rimanere "in rosso", – attesa l'impossibilità per l'impresa di provvedere ai relativi pagamenti mediante un conto corrente non dedicato, pena l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge n.136/2010 (articolo 6) – non sembra sussistere alcun impedimento normativo al versamento, tramite strumenti che garantiscano la tracciabilità, di somme sul conto corrente interessato, al fine di consentire i necessari pagamenti.

7. Comunicazioni

E' stabilito (articolo 3, comma 7, come modificato) che i soggetti tenuti al rispetto degli

obblighi di tracciabilità comunicano 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. articolo 3, comma 7 come modificato dall'articolo 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.

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'articolo 3, comma 7, comporta, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro (articolo 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'articolo 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.

Allegato 1

Schema della clausola da inserire nel contratto tra stazione appaltante ed appaltatore ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche

Art. (...)

(Obblighi dell'appaltatore relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

1. L'appaltatore (...) assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.
2. L'appaltatore si impegna a dare immediata comunicazione alla stazione appaltante ed alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia di (...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte (subappaltatore/subcontraente) agli obblighi di tracciabilità finanziaria.

Schema della clausola da inserire nel contratto tra appaltatore e subappaltatore/subcontraente ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche

Art. (...)

(Obblighi del subappaltatore/subcontraente relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

1. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...) nell'ambito del contratto sottoscritto con l'Ente (...), identificato con il CIG n. (...)/CUP n. (...), assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.
2. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna a dare immediata comunicazione all'Ente (...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria.
3. L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna ad inviare copia del presente contratto all'Ente (...).

1 dicembre 2010

Massimo Pipino