

Problematiche interpretative sulla entrata in vigore delle disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari – art.3 legge 13 agosto 2010 n. 136

di Dover Scalerà

Sommario: 1. La legge 13 agosto 2010 n. 136 recante il “Piano straordinario contro le mafie”; 2. Le novità della legge; 3. L’art. 3 sulla tracciabilità dei flussi finanziari; 4. Problematiche connesse alla assenza di una disciplina transitoria – 5. Conclusioni.

1. Il 07 settembre 2010 è entrata in vigore la Legge 13 agosto 2010 n. 136 recante il “Piano Straordinario contro le mafie”.

Il provvedimento nel suo complesso deve essere valutato favorevolmente, poiché predispone strumenti che risultano idonei a contrastare con maggiore efficacia il fenomeno delle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici.

2. Per citarne alcuni: l'identificazione del lavoratori nei cantieri: in regime di appalto e di subappalto, devono essere muniti di tessera di riconoscimento, con foto, generalità del lavoratore e indicazione del datore di lavoro; la previsione del un nuovo reato di «turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente», che prevede da 6 mesi a 5 anni di carcere e una multa da 130 a 1.032 euro per chi con violenza o minaccia, con doni, promesse o collusioni turba non più la gara di appalto (come per il reato di turbata libertà degli incanti) ma la fase di indizione della procedura di gara.

Tra le più importanti misure introdotte dalla legge – almeno per la generalità della sua applicazione a tutti gli appalti di lavori, forniture e servizi – vi è senz'altro la disposizione di cui all'art.3 della norma, sulla “tracciabilità dei flussi finanziari”.

3. In particolare, ricordiamo che l'art. 3 della legge n. 136/2010 prevede che:

- 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 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 devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale.

Ai fini della tracciabilità dei flussi, i bonifici bancari o postali devono riportare in relazione a ciascuna transazione il codice unico di progetto (CUP) che, se non noto, va richiesto all'ente appaltante che, a sua volta deve richiederlo alla struttura di supporto al CUP presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. I pagamenti ai dipendenti, ai consulenti e ai fornitori di beni e servizi riferibili all'appalto, quindi, devono essere effettuati unicamente tramite bonifico effettuato dal conto dedicato, con indicazione del CUP. Di conseguenza, tutti i dipendenti di queste imprese dovranno comunicare al proprio datore di lavoro le coordinate del conto bancario o postale per ricevere lo stipendio. In caso ne siano sprovvisti lo devono aprire. La norma scatta per i pagamenti di importo superiore ai 500 euro, ed è previsto che pena la nullità, i contratti pubblici dovranno contenere una clausola in base alla quale l'appaltatore, il subappaltatore ed il subcontraente si assumono gli obblighi della tracciabilità finanziaria.

Il complesso di disposizioni ed adempimenti introdotti dall'art.3 è dunque orientato in maniera radicale a contrastare il fenomeno dell'ingresso di capitali mafiosi negli appalti, e tenuto conto delle indagini condotte sul tema, dalle quali emerge che la mafia si insidia con maggiore facilità negli appalti di più modeste dimensioni – si ritiene condivisibile la determinazione dell'importo di €500 come soglia di valore oltre la quale scatta l'obbligo di tracciabilità.

Peraltro lo strumento del conto corrente dedicato è uno strumento di già sperimentata applicazione nella regolamentazione sui fondi comunitari anche se finalizzato al diverso scopo della rendicontazione delle spese.

4. Tuttavia, pur nel complesso di una valutazione positiva, non si può fare a meno di stigmatizzare il fatto che una disposizione siffatta, è priva di qualsiasi indicazione sul regime transitorio, lasciando spazio a difformi interpretazioni che hanno come unico effetto quello di paralizzare i pagamenti delle amministrazioni pubbliche in un momento di forte crisi qual è quello attuale.

Ed invero il testo della norma lascia dubbi interpretativi di non poco conto, in ordine alla sua entrata in vigore, nel senso che vi sono elementi (a dire il vero pochi) che fanno propendere per la sua immediata applicazione ed altri (molto più numerosi) che fanno optare per una applicazione ai soli contratti stipulati dopo il 07 settembre 2010.

Nel senso di una applicazione immediata fa propendere, in primo luogo, l'assenza di una espressa disciplina transitoria con la conseguenza che, l'entrata in vigore della nuova disciplina dovrebbe coincidere con quella

della legge che la contiene; a riprova di ciò varrebbe l'utilizzo al comma 1 del tempo indicativo presente (*"devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali"*) come a sottolineare l'attualità dell'obbligo.

Sempre nella medesima direzione, un altro dato letterale emerge al comma 8, laddove è previsto che *"la stazione appaltante, nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi ed alle forniture di cui al comma 1, inserisce, a pena di nullità..."*: anche in questo caso la costruzione grammaticale della frase lascerebbe intendere che sia consentito alle amministrazioni inserire clausole sulla tracciabilità nei contratti già sottoscritti, ergo agli appalti in corso.

Rispetto a tali elementi, molti altri sono gli elementi che consentono una lettura di segno contrario.

Innanzitutto la norma impatta pesantemente sulla organizzazione delle imprese ed impone la creazione di conti correnti dedicati e la effettuazione di pagamenti esclusivamente tramite bonifico: il rispetto di tale norma comporta, dunque, che non solo le imprese appaltatrici ma anche i loro dipendenti siano obbligatoriamente dotati di un conto corrente bancario; presuppone poi che le amministrazioni siano dotate del CUP, senza il quale il bonifico è addirittura nullo. Il compimento di adempimenti propedeutici e necessari al corretto funzionamento della norma richiede allora dei tempi tecnici indispensabili che il legislatore non può non aver previsto.

Sotto il profilo strettamente giuridico deve evidenziarsi che la applicabilità delle disposizioni sulla tracciabilità alle prestazioni in esecuzione, andrebbe ad incidere in modo sostanziale sull'assetto contrattuale in corso in violazione delle disposizioni civilistiche sulla autonomia negoziale, ma anche pubblicistiche sull'evidenza pubblica; infatti nelle procedure di evidenza pubblica le condizioni contrattuali sono rese note ai contraenti in fase di partecipazione alla gara e sono quelle che accettano mediante la formulazione dell'offerta per cui non possono essere modificate unilateralmente a posteriori senza alterare il sinallagma contrattuale.

Un altro elemento che fa propendere per la applicazione della disposizione ai contratti successivi alla entrata in vigore della legge 136/2010 risiede nel fatto che il mancato rispetto dell'art.3 comporta oltre che il rimedio della risoluzione espressa, anche la applicazione ai sensi del successivo art. 6 di sanzioni amministrative pecuniarie. Ebbene, l'ultimo comma dell'art.6 prevede che *"per il procedimento di accertamento e di contestazione di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili le disposizioni della legge 24 novembre 1981 n. 689, del decreto legislativo 19 marzo 2001 e del decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231"*.

Ora, l'art. 1 della legge 24 novembre 1981 n. 689 statuisce che in virtù del "Principio di legalità" nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione; é allora evidente che nessuna sanzione amministrativa potrebbe essere applicata per violazioni relative a contratti di appalto stipulati prima della entrata in vigore della norma con

la conseguenza che un dovere la cui violazione non può essere sanzionata, sarebbe una disposizione priva di effetti.

In ogni caso, anche laddove si optasse per l'immediata entrata in vigore della tracciabilità dei flussi, comunque le amministrazioni dovrebbero predisporre degli atti aggiuntivi ai contratti già stipulati per inserire la clausola sulla tracciabilità e la relativa causa di nullità del contratto; a valle, dovrebbe provvedere al medesimo adempimento anche l'appaltatore con i propri subappaltatori e con i fornitori.

E' evidente che tutto questo comporta dei tempi tecnici nelle cui more ed in assenza di un intervento normativo chiarificatore, i pagamenti delle amministrazioni a favore degli appaltatori restano bloccati con grave nocumento per le imprese e per il mercato in generale, sul quale si riflettono i costi derivanti dall'indebitamento con il sistema bancario cui le imprese sarebbero inevitabilmente costrette a ricorrere .

A ciò si aggiunga che in assenza di una disposizione chiara sulla entrata in vigore della norma i pagamenti delle pubbliche amministrazioni finirebbero per allungarsi ulteriormente, in spregio all'obbligo di cui al dlgs 231 del 2002, legittimando pretese delle imprese per gli interessi da ritardato pagamento oltre i 30 giorni. Anche un coordinamento con questa norma sarebbe allora auspicabile.

5. Alla luce delle considerazioni svolte e tenendo conto delle dure reazioni del mondo imprenditoriale - il quale rischia un'ulteriore paralisi in un momento di forte crisi economica come quello attuale, si rende necessaria l'emanazione di un decreto che - in conformità a quanto statuito dal Ministero dell'interno nella circolare del 9 settembre - stabilisca in modo inequivocabile l'entrata in vigore della norma sulla tracciabilità dei flussi finanziari per i contratti stipulati dopo il 7 settembre 2010, prevedendo, se del caso, un regime transitorio che, entro tempi ragionevoli, consenta di definire con certezza gli adempimenti e gli adeguamenti organizzativi e gestionali che amministrazioni pubbliche e imprese dovranno porre in essere per dare piena efficacia alle disposizioni sulla pur apprezzabile norma sulla tracciabilità dei flussi finanziari.