



Gli adempimenti prodromici alla stipulazione dei contratti

Milano 27 - 28 febbraio 2013

Avv. A. Lirosi

Indice:

- **Aggiudicazione provvisoria e definitiva;
periodo di sospensione (*stand-still*);**
- **Verifica dei requisiti;**
- **Regime semplificato della l. 180/2011 (art. 48
D.Lgs. 163/2006);**
- **Disciplina del DURC;**
- **CIG e tracciabilità dei flussi finanziari;**

L'aggiudicazione provvisoria

L'art. 11. del D.Lgs. 163/06 (il «Codice») rubricato «*Fasi di aggiudicazione dei contratti pubblici*», disciplina la sequenza procedimentale che lega la 'fase pubblicistica' di evidenza pubblica alla 'fase privatistica' di stipula del contratto, scandendo tempi e modalità.

Il c. 4 recita «le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. **Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente**».

L'aggiudicazione provvisoria (2)

Il codice ha quindi «*positivizzato*» la distinzione, già nota alla prassi, tra *aggiudicazione provvisoria* e *aggiudicazione definitiva*» (Cons. St. Ad. Pl., 31/7/12, n. 31).

Si è evidenziato come la *ratio* di tale distinzione è da individuarsi nella diversità delle competenze della **commissione** aggiudicatrice, che si pronuncia sull'esito della procedura, e della **stazione appaltante**, che svolge attività di verifica sull'esito del procedimento finalizzata a far proprie le risultanze di gara.

Aggiudicazione provvisoria: natura e impugnabilità.

La giurisprudenza ha costantemente qualificato l'aggiudicazione provvisoria come **mero atto endoprocedimentale**, la cui autonoma impugnabilità si riconnette a una mera facoltà, e giammai a un onere, del concorrente non aggiudicatario (*ex plurimis* Cons. St. Ad. Pl., 31/7/12, n. 31, Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3671; id., 6 luglio 2002, n. 3717; id., 7 ottobre 2008, n. 4854).

L'autonoma impugnazione ed è comunque condizionata, ai fini della sua procedibilità, alla **tempestiva impugnazione con motivi aggiunti** anche dell'aggiudicazione definitiva che successivamente intervenga (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482; Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5485; Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1417).



L'aggiudicazione definitiva

Concluse le operazioni di gara e formatasi la graduatoria con l'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio, l'art. 11, c. 5 prevede che la stazione appaltante provveda **all'aggiudicazione definitiva, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria** ai sensi dell'articolo 12, comma 1.

L'art. 12 c. , c. 1 prevede, infatti, che l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad **approvazione dell'organo competente** secondo l'ordinamento di ciascuna amministrazione.

Approvazione dell'aggiudicazione

La stazione appaltante procede alla verifica della regolarità della procedura, effettuando un **controllo sulla legittimità** degli atti di gara, anche attraverso la richiesta di chiarimenti o documenti.

L'**approvazione dell'aggiudicazione** è effettuata nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'**organo competente**; in mancanza, il termine è pari a trenta giorni.

Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.



Efficacia dell'aggiudicazione definitiva

A seguito della verifica della regolarità della procedura l'art. 11, c. 8 prevede che **l'aggiudicazione definitiva diventa efficace solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.**

Al riguardo, il legislatore non esplicita la necessità di uno specifico provvedimento che dichiari efficace l'aggiudicazione definitiva approvata dalla stazione appaltante, di tal che si ritiene che **l'acquisizione dell'efficacia possa avvenire automaticamente** all'esito positivo delle prescritte verifiche in capo all'aggiudicatario.

Aggiudicazione e verifica dei requisiti . Tempistiche.

Dal tenore letterale dell'art. 11, c. 8 sorge un'incertezza circa il momento in cui possa essere effettuata la verifica, **se subito dopo l'aggiudicazione provvisoria** ovvero **dopo quella definitiva**.

Sul punto si è pronunciata (quanto ai requisiti tecnico-economici) anche l'AVCP che con la **Det. n. 5 del 21/5/09** «Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. LGS. n. 163/2006» **ha affermato** che «non vi sono motivi ostativi a procedere alla **verifica dei requisiti speciali sull'aggiudicatario provvisorio**, e ciò sia perché tale soluzione consente, nel momento in cui ancora opera la commissione di gara, una più rapida procedura, sia perché la verifica prevista dall'art. 48, comma 2 appare logicamente propedeutica alla formulazione della graduatoria finale, soggetta alla approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori»

Aggiudicazione e verifica dei requisiti. Tempistiche.

Quanto ai requisiti generali di partecipazione (ex art. 38) resta, in ogni caso, fermo il principio per cui gli stessi devono essere posseduti dal concorrente sia in fase di gara che in fase esecutiva, al punto da ritenere che l'impresa debba comunicare all'amministrazione appaltante ogni variazione rilevante al riguardo.

Ne discende, come affermato costantemente in giurisprudenza, che l'amministrazione è tenuta non solo alla loro verifica prima della stipula del contratto ma anche «**al controllo periodico sul possesso dei requisiti in capo alle imprese esecutrici**, da cui consegue, in linea generale, il potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela, ove l'esito di tale controllo sia negativo» (da ultimo Cons. St., sez III, 25/1/2013, n. 482).



La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto

Una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante è tenuta, ex art. 79, comma 5, lett. a), a darne tempestivamente comunicazione e comunque **entro un termine non superiore a cinque giorni**.

La ratio delle comunicazioni disciplinate dall'art. 79 è quella di realizzare un effetto di conoscenza legale dell'aggiudicazione.

Il comma 5 dell'art. 79 è stato oggetto di modifica per opera del decreto legislativo 20 marzo 2010, nr. 53 ("Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici"), con l'introduzione **dell'espressa precisazione che oggetto della comunicazione debba essere l'aggiudicazione "definitiva"**.

L'art. 120, comma 5 c.p.a. ha espressamente ancorato il termine (30 giorni) per l'impugnazione dell'aggiudicazione alla comunicazione *de qua*.

La stipula del contratto.

In passato l'art. 16 comma 4 del regio decreto 2440/1923 (legge di contabilità di Stato) prevedeva che in caso di asta pubblica o di licitazione privata *“il verbale di aggiudicazione equivale, ad ogni effetto di legge, a contratto”*.

La prassi, sia amministrativa che giurisprudenziale, ha superato questo principio, riconoscendo alla norma natura derogabile, facendo leva sull'art. 89 del regio decreto 827/1924 (regolamento di contabilità di Stato), secondo cui va inviato agli interessati, prima dell'aggiudicazione, uno schema negoziale contenente condizioni generali e speciali, non escluse quelle relative al *quando* dell'insorgere del vincolo, che dunque può essere diacronicamente posticipato rispetto all'aggiudicazione.

Il disposto dell'art. 109 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (emanato in forza dell'art. 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109), ha **rovesciato la precedente impostazione assegnando valenza costitutiva del rapporto negoziale al contratto da stipulare entro sessanta giorni dall'aggiudicazione**. (Corte di Cassazione, sezione civile, Sezione Sezioni Unite Sentenza 04/02/2009 n. 2634).



La stipula del contratto e il termine di *stand-still*.

L'art. 11, oggi prevede che divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di 60 giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire ovvero le ipotesi consentite di esecuzione anticipata.

Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79. (comma 10 il cd. Stand-still).

Lo *stand-still* 'sostanziale'.

Il legislatore comunitario, con la Direttiva 2007/66/CE, ha ritenuto di dover rafforzare la tutela giurisdizionale cautelare in materia di appalti, e, a tal fine, ha disciplinato un duplice meccanismo di *standstill*, poi recepito a livello nazionale.

- Standstill sostanziale (art. 11, comma 10, del Codice degli Appalti):

“Il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dall’invio dell’ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell’art. 79”

In sostanza, si tratta di un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto che opera ex lege per 35 giorni, a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali.

A tal fine, il legislatore nazionale, nel recepire le ultime novità di derivazione comunitaria, ha previsto un termine di *standstill* più lungo del termine per proporre ricorso giurisdizionale, garantendo così alle parti che il giudice si pronuncerà a situazione impregiudicata.

I casi di deroga allo *stand-still* sostanziale

Nella disciplina previgente lo *standstill* poteva essere derogato ogniqualvolta l'amministrazione adducesse motivate ragioni d'urgenza.

La Direttiva 2007/66/CE ha limitato le deroghe a poche ipotesi, rimettendo la previsione delle stesse alla scelta degli Stati.

L'Italia, con l'art. 11, comma 10-*bis* del Codice degli Appalti, ne ha disciplinate due:

1. nelle gare con bando, avviso di gara o lettera di invito, se è stata *ab initio* presentata una sola offerta e non sono state presentate impugnazioni avverso il bando o la lettera di invito stessa;
2. nei casi di appalti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione;

Per quanto riguarda le procedure senza bando non è stata prevista tecnicamente una deroga allo *standstill*, ma solo la possibilità di esecuzione in via d'urgenza: si tratta, in sostanza, di un'esecuzione in via di fatto (art. 11, comma 9, del Codice Appalti).

Lo *stand-still* processuale.

L'art. 11, comma 10-ter, del Codice, disciplina il cd. Standstill processuale o effetto sospensivo automatico, stabilendo che “se è proposto ricorso **avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare**, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi 20 giorni”.

Ciò, soggiunge il legislatore, “a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado, o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare, ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva”.

Si tratta, pertanto, di un effetto sospensivo della stipulazione del contratto derivante dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale, purché questo sia avverso l'aggiudicazione definitiva (non opera in caso di impugnazione degli atti di gara) e contenga la domanda cautelare.

Le modalità di verifica dei requisiti.

Le novelle normative del 2012 sono intervenute sulla verifica dei requisiti sia generali che speciali, da una parte, introducendo una modalità di verifica radicalmente nuova tramite l'istituzione della Banca dati Nazionale dei Contratti Pubblici (art. 20 l. 135/12), dall'altra modificando le modalità di verifica 'tradizionali' risultanti dal combinato disposto delle disposizioni del codice (in particolare art. 48 e art. 38) e del d.P.R. 445/2000.

Sull'argomento merita, inoltre, ricordare i numerosi interventi dell'AVCP:

- **Det. n. 5/09** «Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. LGS. n. 163/2006»
- **Det. n. 1/10** «Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi»
- **Det. n. 1/12** «Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici»
- **Det. n. 4/12** «BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici»



La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. Finalità e ambito di applicazione.

L'art. 20 della l. 4/4/2012 , n. 35 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo» ha introdotto l'art. **6-bis** nel Codice, rubricato «**Banca dati nazionale dei contratti pubblici**» (**'BDNCP'**) che mira a costituire una modalità unitaria e semplificata per la verifica del possesso dei requisiti.


La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. Finalità e ambito di applicazione.

Dal **1° gennaio 2013**, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti

- di carattere generale,
- tecnico-organizzativo
- economico-finanziario

è, infatti, acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità dall'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, della quale fanno parte i dati previsti dall'articolo 7 del Codice.

Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei predetti requisiti esclusivamente tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Fino al 1 gennaio 2013, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa vigente.



La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. Requisiti 'non inclusi' e modalità di funzionamento.

Ove la disciplina di gara richieda il possesso di requisiti economico finanziari o tecnico organizzativi diversi da quelli di cui è prevista l'inclusione nella Banca dati ai sensi del comma 2, **il possesso di tali requisiti è verificato dalle stazioni appaltanti mediante l'applicazione delle vigenti norme del Codice e del Regolamento.** (comma 3)

Per l'operatività della BDNCP i soggetti pubblici e privati che detengono i dati e la documentazione relativi ai requisiti sono tenuti a metterli a disposizione dell'AVCP entro i termini e secondo le modalità previste dalla stessa Autorità. Con le medesime modalità, gli operatori economici sono tenuti altresì ad integrare i dati relativi ai requisiti già contenuti nella banca dati.

In attuazione dell'art. 6-*bis* l'AVCP ha adottato la Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012. che ha previsto un'entrata in vigore graduale della verifica tramite BDNCP e istituito un interfaccia web *ad hoc* AVCpass, che **si applicherà alla totalità degli appalti solo a far data dal 1° gennaio 2014.**



La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. Coesistenza con il regime ‘tradizionale’

Come ricordato dall’AVCP nella relazione alla Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012, la *ratio* dell’art. 6 *bis* del d.lgs. n. 163/2006 è riconducibile all’esigenza di ridurre gli “*oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi*”, secondo quanto previsto dal d. lgs. 7 marzo 2005 n. 82, che gli operatori economici devono sostenere per partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Tuttavia **le modalità di partecipazione agli appalti pubblici, non vengono modificate** dall’introduzione del nuovo sistema.

Il nuovo modello operativo, infatti, coesiste ancora con le norme relative alla produzione delle autodichiarazioni previste dal Codice e non solleva la stazione appaltante dall’onere di verificare, seppur con un nuovo e più efficiente strumento, la veridicità delle dichiarazioni presentate dagli operatori economici.

La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici.

Regime transitorio di attuazione.

L'AVCP con la citata Deliberazione n. 111/12, al fine di consentire agli operatori economici e alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori di adeguarsi gradualmente alle nuove modalità di verifica dei requisiti, ha previsto una specifica disciplina transitoria (cfr. Art. 9).

L'obbligo di procedere alla verifica attraverso la BNDCP decorrerà;

- a) **Dal 1° gennaio 2013** per gli appalti di lavori in procedura aperta nel settore ordinario, di importo a base d'asta pari o superiore a € 20.000.000;
- b) **Dal 1° marzo 2013** per tutti gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a € 40.000,00, con esclusione di quelli svolti attraverso procedure interamente gestite con sistemi telematici, sistemi dinamici di acquisizione o mediante ricorso al mercato elettronico, nonché quelli relativi ai settori speciali;

A far data dal 1° luglio 2013 gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a € 40.000,00 di cui ai commi a) e b) entrano in regime di obbligatorietà.

La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici.

Regime transitorio di attuazione. (2)

- in via transitoria, fino al 30 giugno 2013, le stazioni appaltanti/enti aggiudicatori gli appalti di cui alla lettera a) e b) possono continuare a verificare il possesso dei requisiti degli operatori economici **secondo le previgenti modalità.**
- Dal 1° ottobre 2013 per gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a € 40.000,00 svolti attraverso procedure interamente gestite con sistemi telematici, sistemi dinamici di acquisizione ed il ricorso al mercato elettronico, nonché per i settori speciali; in via transitoria, fino al 31 dicembre 2013, le stazioni appaltanti/enti aggiudicatori per tali appalti possono continuare a verificare il possesso dei requisiti degli operatori economici secondo le previgenti modalità.
- e) A far data dal 1° gennaio 2014 il regime di obbligatorietà è esteso anche agli appalti di cui al comma d).

Regime di verifica 'tradizionale'.

La verifica dei requisiti 'generali'

Ai sensi dell'art. **38, c. 2 del Codice** il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante **dichiarazione sostitutiva** in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al **d.P.R. n. 445/2000**.

La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte **dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica**

Fermo quanto precede, in relazione alla progressiva applicabilità della verifica dei requisiti tramite BDNCP, l'art. **38, c. 3** prevede che **ai fini degli accertamenti** relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, **si applica l'articolo 43**, del d.P.R. 445/2000, resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva.

In sede di verifica delle dichiarazioni stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.

Verifica dei requisiti 'speciali' c.d. 'a campione'

Quanto alla verifica dei requisiti speciali l'art. 48, c. 1 (modificato prima dalla lettera e) del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, come sostituita dalla relativa legge di conversione, e poi dalla lettera f) del comma 1 dell'art. 20, D.L. 9 febbraio 2012, n. 5.) prevede, in primo luogo, la cd. 'verifica a campione'.

Peranto le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, **scelti con sorteggio pubblico, di:**

- **comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito.**
- **Per i lavori attraverso la verifica si svolge il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10 del Codice, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale; per**
- **Per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'articolo 42, comma 1, lettera a) [principali servizi resi] è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) di cui all'articolo 6-bis del Codice .**

Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Verifica dei requisiti 'speciali' successiva all'aggiudicazione.

L'art. 48, c. 2, prevede che la richiesta di comprova dei requisiti è, altresì, inoltrata, **entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara anche** all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria che non siano già stati sorteggiati per la verifica a campione.

Gli operatori (entro ulteriori 10 giorni) saranno tenuti a presentare **la documentazione indicata nella *lex specialis a comprova*** dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

In caso di mancata comprova dei requisiti o conferma delle dichiarazioni la stazione appaltante revoca l'aggiudicazione provvisoria e procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Le modifiche al d.P.R. 445/2000.

L'art. 43, come modificato dall'art. 15, c.1 della l. 183/2011 (legge di stabilità per il 2012) prevede che le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad **acquisire d'ufficio** le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive **nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni**, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato.

Parimenti l'art. 40 relativamente alle certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti prevede che le stesse «sono valide e utilizzabili **solo nei rapporti tra privati**».

Mentre nei rapporti con soggetti pubblici «i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47»

Sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati **è apposta, a pena di nullità,** la dicitura: *"Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi"*. (comma introdotto dall'articolo 15, comma 1, legge n. 183 del 2011).

Il contrasto interpretativo sull'art. 48 in seguito alla l. 183/11.

Considerato il fatto che la verifica tramite BDNCP non esclude, almeno fino al 1 gennaio 2014, la possibilità di procedere alla verifica secondo modalità tradizionali, viene in rilievo un contrasto interpretativo sorto sulla portata delle modifiche al d.p.R. 445/2000.

Secondo un primo orientamento, in virtù della specialità dell'art. 48 del Codice rispetto al d.P.R. 445/2000, la stazione appaltante **richiede direttamente al concorrente/aggiudicatario** la documentazione di comprova dei requisiti.

Secondo l'AVCP (determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4) l'art. 48 del Codice dei contratti pubblici prevede che la richiesta della documentazione probatoria sia rivolta direttamente all'interessato anziché acquisita d'ufficio dall'amministrazione o dall'ente pubblico certificante.

L'art. 48 è una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del d.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica (cfr. Cons. St., sez. III, ordinanza n. 2226/2012). Quindi, anche alla luce delle modifiche apportate dal citato art. 15 della l. n.183/2011, rimangono in vigore le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall'art. 48.

Il contrasto interpretativo sull'art. 48 in seguito alla l. 183/11 (2)

Parte della giurisprudenza ha correlato, infatti, l'obbligo di acquisizione d'ufficio della documentazione solo a seguito dell'entrata in vigore della BDNCP. In tal senso:

Consiglio di Stato, Sezione III, ordinanza 8 giugno 2012, n. 2226

1. L'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 impone un obbligo di leale collaborazione, con la stazione appaltante e secondo gli ordinari canoni della correttezza pre-contrattuale, dell'impresa sorteggiata che deve dare sufficiente e tempestiva contezza dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati, fornendo dati chiari ed immediatamente intelligibili senza necessità di gravose elaborazioni da parte dell'ente aggiudicatore.

2. L'obbligo di leale collaborazione dell'impresa concorrente nella procedura di comprova dei requisiti è collegato alla funzione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, inteso a sveltire e fluidificare la procedura di gara, attraverso il rispetto del termine decadenziale (**che, a sua volta, presuppone che l'impresa abbia sempre pronti i dati probatori**) e la completezza delle informazioni da rendere.

3. **Nei casi regolati dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 la relativa disciplina è sufficientemente completa anche per quanto attiene all'acquisizione di certificati da parte di altre Amministrazioni, per la quale l'art. 43 del DPR 445/2000, come modificato dalla legge n. 183/2011 trova applicazione, non a partire dal 1 gennaio 2012, ma solo nelle forme e nei tempi previsti dall'art. 6-bis del d.lgs. n. 163/2006 e relativi all'introduzione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, mentre in via provvisoria continuano ad applicarsi le regole previgenti.**

Il contrasto interpretativo sull'art. 48 in seguito alla l. 183/11 (3)

Secondo un opposto indirizzo interpretativo le disposizioni di semplificazione introdotte dall'art. 15, l. 183/2011 negli artt. 40 e 43 del d.P.R. n. 445/2000 trovano applicazione immediata anche nel settore della contrattualistica pubblica.

In tal senso :

Tar Lombardia, Milano, Sezione III, sentenza 29 gennaio 2013, n. 245

«Per tutte le procedure di gara che siano state indette dopo il 1 gennaio 2012, le stazioni appaltanti sono tenute a procurarsi d'ufficio – e non più attraverso le modalità previste dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici - le informazioni necessarie per comprovare quanto dichiarato dai concorrenti in punto di requisiti di qualificazione.»

Il contrasto interpretativo sull'art. 48 in seguito alla l. 183/11 (4)

Non osta all'applicazione del novellato art. 43 del d.P.R. 445/2000 la prossima attivazione della BDNCP di cui all'art. 6-bis giacchè:

«tale disposizione si limita ad indicare il luogo ove la stazione appaltante deve andare a ricercare le informazioni di comprova dei requisiti dichiarati dal partecipante alla gara; **la norma dunque non crea un regime chiuso, avulso da quello generale tracciato dal d.P.R. n. 445/2000, come modificato dalla legge n. 183/2011, confermando invece il principio, ivi contenuto, secondo il quale la verifica delle dichiarazioni è effettuata d'ufficio dall'amministrazione procedente. Si tratta, a ben vedere, di una disposizione ulteriormente semplificativa diretta (questa volta) a vantaggio delle stazioni appaltanti le quali, invece di essere costrette a ricercare le informazioni presso le svariate amministrazioni indicate dai concorrenti, potranno rivolgersi ad un unico interlocutore (la Banca dati nazionale dei contratti pubblici appunto)».** (TAR Lombardia, 254/13 *cit.*).

La l. 180/11 il c.d. «Statuto delle Imprese». Premessa.

La l. n. 180 11 novembre 2011 reca diverse **disposizioni di principio** accomunate dallo scopo di *«garantire la piena applicazione della Comunicazione della Commissione europea COM (2008) 394, del 25 giugno 2008 recante ‘una corsia preferenziale per la piccola impresa – alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno «Small Business Act»)*,

L’ambito di applicazione soggettivo della l. 180/11 mutua le definizioni di **«microimprese», «piccole imprese» e «medie imprese»** (**‘MPMI’**) recate dalla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003 pubblicata in GUUE n. 124 del 20/5/03.

Art. 13 della l. 180/11 (rubricato *‘Disciplina degli appalti pubblici’* detta una serie di disposizioni indirizzate *«alla pubblica amministrazione e alle autorità competenti»* , al fine di favorire l’accesso MPMI al mercato degli appalti.

La l. 180/11 ambito di applicazione.

Ai sensi della raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003 Le microimprese, le piccole o medie imprese vengono definite in funzione del loro organico e del loro fatturato ovvero del loro bilancio totale annuale.

- **Una media impresa** è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 250 persone e il cui fatturato non superi 50 milioni di euro o il cui totale di bilancio annuale non sia superiore a 43 milioni di euro.
- **Una piccola impresa** è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 50 persone e il cui fatturato o il totale del bilancio annuale non superi 10 milioni di euro.
- **Una microimpresa** è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 10 persone e il cui fatturato o il totale di bilancio annuale non superi 2 milioni di euro.

Le previsioni in materia di verifica dei requisiti.

L'art. 13, commi 3 e 4, prevedono un 'regime semplificato' e incidono sulle modalità di verifica dei requisiti, disponendo in particolare che:

- Le MPMI che partecipano alle gare di appalto di lavori, servizi e forniture **possono presentare autocertificazioni per l'attestazione dei requisiti di idoneità**. Inoltre le amministrazioni pubbliche e le autorità competenti non possono chiedere alle imprese documentazione o certificazioni già in possesso della pubblica amministrazione o **documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal Codice** (comma 3).
- La pubblica amministrazione e le autorità competenti, MPMI **chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal Codice**. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti *«si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno»* (4)

Il regime semplificato di cui alla l. 180/2011.

- L'art. 13, c. 3, della l. 180/11 non sembra rivestire carattere innovativo per le MPMI. Occorre osservare, infatti, che la novella dell'art. 43 da parte della l. 183/11 già esclude il divieto per la stazione appaltante di richiedere certificazioni e documentazione già in possesso della pubblica amministrazione.
- Invece, il comma 4 dell'art. 13 pone seri problemi di compatibilità con l'art. 48 del Codice in considerazione della sua portata derogatoria sia quanto alle modalità di verifica dei requisiti che in merito al trattamento sanzionatorio ivi previsto.

Il regime semplificato di cui alla l. 180/2011 – la deroga all'art. 48

Una **prima interpretazione** dà della norma una lettura ampia che conduce a ritenere inoperanti le verifiche a campione ex art. 48, comma 1 dal momento che, in caso di MPMI, la norma impone di **richiedere alla «sola aggiudicataria»** la documentazione a comprovo dei requisiti dichiarati in gara.

Nello schema di deliberazione sui Bandi-Quadro del 5/06/2012 l'AVCP ha in proposito affermato *«ritenere sempre inoperante la verifica a campione dei requisiti di partecipazione per le MPMI potrebbe condurre alla vanificazione delle esigenze sottese al controllo (quali, ad esempio, scoraggiare dichiarazioni mendaci, evitare alterazioni della soglia di anomalia delle offerte a motivo della partecipazione di soggetti sprovvisti dei requisiti, etc.), oltre che prospettare una possibile lesione del principio di parità di trattamento nel caso di partecipazione di imprese che non presentano tale qualifica»*.

Una **seconda interpretazione** sottolinea che la disposizione sarebbe, in realtà, derogatoria al solo comma 2 dell'art. 48. Valorizzando il riferimento all'impresa «aggiudicataria» si dovrebbe escludere che la deroga si riferisca anche all'ipotesi di verifiche a campione ex art. 48, comma 1, che avvengono in una fase in cui l'aggiudicataria non è stata ancora individuata.

Il regime semplificato di cui alla l. 180/2011. Interpretazione dell'AVCP

La seconda interpretazione è stata successivamente avallata dall'AVCP (Det. n. 4/12) secondo cui **«L'art. 48, comma 1, esplica i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese (MPMI). Deve ritenersi, infatti, che il comma 4 dell'art. 13 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese) [...] non abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, né sottrarre a tale verifica le MPMI. La norma, nel fare riferimento alla "impresa aggiudicataria", non può che riguardare i controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell'art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. Essa non attiene, invece, ai controlli a campione svolti ai sensi del precedente comma 1, perché gli stessi vengono posti in essere in una fase antecedente all'apertura delle offerte presentate e, quindi, all'individuazione dell'aggiudicatario.**

Il regime semplificato di cui alla l. 180/2011. Il trattamento sanzionatorio

- Con riferimento **alla seconda parte del comma 4 dell'art. 13 della l. 180/2011**, viene in rilievo il trattamento sanzionatorio (diverso rispetto a quello contemplato dall'art. 48 del Codice) previsto per l'aggiudicataria MPMI, la quale non compri i requisiti dichiarati in gara.
- Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti *«si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno»* (4)
- Il rinvio operato alla l. 246/2005 non appare ragionevolmente praticabili, in quanto la norma di rinvio **non reca sanzioni applicabili**, neppure in via analogica fattispecie in esame.

Il regime semplificato di cui alla l. 180/2011. Il trattamento sanzionatorio

- Sul punto il parere del Comitato per la Legislazione della Camera dei Deputati - in relazione alla norma - che *“richiama genericamente il codice degli appalti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e le sanzioni previste dalla legge n. 246 del 2005”* [...] – si è limitato ad osservare come *“dovrebbero precisarsi i riferimenti normativi, indicando espressamente gli articoli o le partizioni delle leggi richiamate (che per la legge n. 163 appare essere all'articolo 41 della legge stessa)”*.
- Resterebbe nondimeno applicabile la sanzione interdittiva di un anno.

Anche su quest'ultimo punto sembrano porsi **due alternative** interpretative possibili: la prima è di ritenere che la norma preveda **una sanzione non graduabile** in relazione alla entità della violazione, giustificata dal fatto che non vi sarebbe la contestuale sanzione dell'escussione della cauzione provvisoria (diversamente dal 48, comma 1).

La seconda conduce invece a ritenere la disciplina integrabile da quanto previsto dall'art. 48 del Codice: così facendo, oltre a ritenere competente l'AVCP alla irrogazione di essa, si potrebbe ritenere ammissibile che la sanzione sia graduata e che al procedimento si applichi la regolamentazione prevista per l'art. 48 del Codice.

La Disciplina del DURC. Definizione

La regolarità contributiva costituisce uno dei requisiti generali previsti dal Codice per la partecipazione alle gare.

La lettera **i)** dell'articolo **38** del Codice, prevede, infatti, la sanzione espulsiva per l'operatore economico che abbia commesso «**gravi violazioni definitivamente accertate delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali**».

Il **d.l. 70/2011 nel comma 2** dell'art. 38 del Codice, ha inserito un capoverso in cui si chiarisce la portata dell'aggettivo «grave» prevedendo che:

- In materia di violazioni contributive, il legislatore riconduce la gravità ad **ogni violazione ostativa** al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (**'DURC'**) di cui all'art. 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266.

Il DURC è il certificato unico che attesta la regolarità di un'impresa nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali e assicurativi nonchè in tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente nei confronti di INPS, INAIL e Casse Edili, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

La Disciplina del DURC e la nozione di «violazione grave».

In merito alla possibilità per la stazione appaltante di valutare le risultanze del DURC si contrapponevano, infatti, una **tesi formalistica** ed una **sostanzialistica**: la prima imponeva alla stazione appaltante di fare esclusivo riferimento alle risultanze del D.U.R.C., senza possibilità alcuna di sovrapporre ad esse le proprie valutazioni discrezionali; la seconda, invece, rimetteva alla stazione appaltante la valutazione circa la gravità delle violazioni ai fini della specifica gara.

Sul tema è recentemente intervenuta anche l'Adunanza plenaria, sent. 4 maggio 2012, n. 8, ponendo termine al contrasto giurisprudenziale circa l'interpretazione dell'art. 38, comma 1, lettera i) e affermando che *"anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011 [...] la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che **la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto**"*.

Adunanza Plenaria n. 8/2012

Le ragioni a fondamento della tesi della Plenaria n. 8/13 sono così riassumibili:

- gli enti previdenziali **sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;**
- il DURC è il **documento pubblico** che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, da ascrivere al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da **fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c.**, e facenti piena prova fino a querela di falso;
- le stazioni appaltanti non sono gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;

Adunanza Plenaria n. 8/2012 (2)

- il Codice deve essere letto e interpretato come una parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave" non può che essere unitaria e uniforme, e rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali; pertanto, l'art. 38, comma 1, lett. i), laddove menziona le "violazioni gravi" si riferisce alla nozione esistente nello specifico settore previdenziale;
- ne consegue che **le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare caso per caso la gravità della violazione previdenziale, ma devono attenersi alle valutazioni dei competenti enti previdenziali.**

Modalità di prova del requisito di regolarità contributiva.

Il requisito di regolarità contributiva è **comprovato** tramite acquisizione del DURC, rilasciato dagli enti previdenziali competenti,

- INPS;
- INAIL;
- Casse Edili ed altri enti bilaterali di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h) del decreto legislativo n. 276/2003, in possesso dei requisiti precisati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con nota n. 8637 del 2 maggio 2012;
- altri enti che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria (es: ENPALS o IPSEMA), previa convenzione con INPS e INAIL.
- **Ai fini della partecipazione di un concorrente ad una procedura di gara**, rimane fermo che quest'ultimo deve presentare una dichiarazione di non trovarsi nella situazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. i), come peraltro espressamente previsto in via generale dallo stesso articolo 38, al comma 2; spetta, poi, alla stazione appaltante pubblica ed alle amministrazioni procedenti (art. 16-bis, comma 10, del d.l. n. 185/2008, come convertito dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, ed art. 6 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) verificare, ai sensi dell'art. 74 del d.P.R. n.

Modalità di comprova del requisito di regolarità contributiva.

L'articolo 6 del d.P.R. n. 207/2010 specifica che il DURC nei contratti pubblici; **deve essere richiesto d'ufficio dalle amministrazioni procedenti** sia nella fase di gara che in quella successiva.

l'Art. 44-bis. del d.P.R. 445/2000, introdotto dalla l. 183/2011 (legge di stabilità per il 2012) espressamente prevede che le informazioni relative alla regolarità contributiva sono acquisite d'ufficio, ovvero controllate ai sensi dell'articolo 71, dalle pubbliche amministrazioni procedenti, nel rispetto della specifica normativa di settore.

L'articolo 4, comma 14-*bis*, del decreto legge n. 70/2011 consente la possibilità di autocertificare il requisito di regolarità contributiva in caso di acquisto di beni e servizi di valore inferiore a 20.000 euro (circolare Ministero Infrastrutture n. 4536 del 30 ottobre 2012, punto 7).

In quest'ultimo caso l'Amministrazione è comunque tenuta a verificare la veridicità di quanto dichiarato dal privato ai sensi dell'articolo 71 del d.P.R. n. 445/2000.

L'irregolarità contributiva definitivamente accertata.

Perché possa dirsi integrata l'ipotesi di esclusione di cui all'art. 38, c. 1 lett. i) la 'grave violazione' materia contributiva deve essere anche 'definitivamente accertata'.

In proposito l'AVCP ha precisato (det. 1/2010 e det. 1/2012):

- la definitività dell'accertamento è «insita» avvenuta presentazione della **denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione** da parte dell'operatore e di mancato versamento di quanto dovuto, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza..

La giurisprudenza ha inoltre espresso, sotto altro profilo, il principio per cui lo stato di "definitivo accertamento" delle violazioni contributive può essere rinvenuto, in pratica, in tutte le situazioni caratterizzate dalla non pendenza di ricorsi amministrativi o giurisdizionali, né del termine per esperirli.

L'irregolarità contributiva definitivamente accertata.

In particolare, ai fini della valutazione della definitività dell'accertamento, per gli effetti dell'art. 38, comma 1 lett. i), d.lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza (*ex multis* Consiglio Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5194) ha precisato che occorre valutare se al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara:

- (i) **sia spirato il termine per l'impugnazione dell'atto** di accertamento in sede amministrativa, o il relativo ricorso amministrativo sia stato respinto con provvedimento definitivo,
- (ii) **non sia stato proposto ricorso giurisdizionale** (senza che una proposizione solo successiva del ricorso giurisdizionale possa valere ad infirmare l'efficacia preclusiva del DURC negativo)



CIG e tracciabilità dei flussi finanziari. *Ratio* e finalità.

Il Legislatore ha introdotto le disposizioni in tema di tracciabilità dei flussi finanziari per contrastare la criminalità organizzata e le infiltrazioni nelle commesse pubbliche. Le finalità delle disposizioni in tema di tracciabilità sono:

- **anticipare, il più a monte possibile, la soglia di prevenzione**, creando meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica;
- **rendere trasparenti le operazioni finanziarie relative all'utilizzo del corrispettivo dei contratti pubblici**, in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche.

CIG e tracciabilità dei flussi finanziari. Le fonti.

- Artt. 3 «**Tracciabilità dei flussi finanziari**» e 6 «**Sanzioni**» **della** legge 13 agosto 2010 n. 136 recante «*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*».
- **Entrambe le disposizioni sono modificate dall'art. 6 della legge n. 217/2010 di conversione del decreto legge n. 187/2010, che reca sia la disciplina transitoria sia alcune norme di interpretazione e attuazione dell'art. 3 l. 136/10**
- Le prime indicazioni operative su tale disciplina sono state fornite dall'AVCP nelle Determinazioni n. 8 del 18 novembre 2010 n. 10 del 22 dicembre 2010, ora sostituite dalla **Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011.**

Tracciabilità dei flussi finanziari.

Ambito di applicazione.

- Ambito di applicazione **soggettivo**:

«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 (art. 3, c.1, primo periodo l. 136/10).

- Ambito di applicazione **oggettivo**:

«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 incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni» (art. 3, c.1, ultimo periodo l. 136/10).

Tracciabilità dei flussi finanziari

Principali adempimenti richiesti.

- utilizzo di **conti** correnti bancari o postali **dedicati** alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva;
- effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle commesse pubbliche esclusivamente mediante lo **strumento del bonifico bancario** o postale ovvero attraverso l'utilizzo di altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;
- indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del **codice identificativo di gara (CIG)** e, ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).
- **Obbligo di reintegro del conto dedicato mediante bonifico bancario** o postale, ovvero con altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni ve per il pagamento di spese estranee ai lavori, quando sia necessario l'impiego di somme per pagamenti estranei a lavori servizi e alle forniture soggetti ad obbligo di tracciabilità.

Tracciabilità dei flussi finanziari

Principali adempimenti richiesti (2).

- **Obbligo di comunicazione** alla stazione appaltante da parte dell'appaltatore, del subappaltatore e dei contraenti della filiera di:
 - **Degli estremi identificativi dei conti correnti dedicati;**(entro sette giorni dalla loro accensione o, nel caso di conti correnti già esistenti, dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica,;
 - e (nello stesso termine) delle **generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi;**
 - Ogni modifica relativa ai dati trasmessi;

Tracciabilità. Conseguenze sul contratto.

- La stazione appaltante, inserisce, **a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola** con la quale l'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. (art. 3, c. 8)
- La stazione appaltante, inoltre, **verifica che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale ciascuno di essi assume** gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge. (art. 3. c. 9)
- Il **mancato utilizzo del bonifico bancario** o postale ovvero degli altri strumenti idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni costituisce **causa di risoluzione del contratto**. (art. 3 c. 9-*bis*).

Tracciabilità. Conseguenze sanzionatorie.

In aggiunta alle possibili ripercussioni sul contratto previste dall'art. 3 la violazione delle norme sul contratto comporta **ulteriori le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 6.**

- **Transazioni effettuate senza avvalersi di banche o della società Poste italiane Spa comporta** una sanzione amministrativa pecuniaria dal 5 al 20 per cento del valore della transazione stessa.
- **Transazioni effettuate su un conto corrente non dedicato** ovvero **senza** impiegare **lo strumento del bonifico bancario** o postale o altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni ovvero in caso di **omessa indicazione del CUP o del CIG**: una sanzione amministrativa pecuniaria dal 2 al 10; per cento del valore della transazione stessa;
- **Reintegro dei conti correnti dedicati con modalità non consentite**: sanzione amministrativa pecuniaria dal 2 al 5 per cento del valore di ciascun accredito.
L'omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli elementi informativi di cui all' articolo 3, comma 7: una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro.

Il Codice Identificativo Gara.

L'art. 3, c. 5 della L. 136/10 assegna al CIG un ruolo pratico-operativo di fondamentale importanza ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari.

Gli strumenti di pagamento in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti (appaltatore, subappaltatore, contraenti della 'filiera di imprese') devono infatti riportare il CIG nonché, ove obbligatorio il codice unico di progetto (CUP),

Il **CIG** è una sequenza di 10 caratteri alfanumerici con la funzione di identificare in maniera univoca una procedura di evidenza pubblica.

il CIG è rilasciato **a ciascun responsabile del procedimento**, accreditato tramite il portale dell'Autorità all'indirizzo www.avcp.it, che effettui **apposita registrazione attraverso** il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (**SIMOG**), disponibile nell'area "Servizi" del sito dell'Autorità.

Il SIMOG attribuisce al nuovo affidamento il numero identificativo univoco denominato "Numero gara" e, a ciascun lotto della gara, il codice identificativo CIG.

Il Codice Identificativo Gara.

Funzioni prima della l. 136/10

Prima della l. 136/10 il CIG aveva essenzialmente due funzioni:

- una prima funzione è collegata agli **obblighi di comunicazione** da parte delle stazioni appaltanti all'Osservatorio dell'AVCP, ai sensi dell'art. 7 del Codice.,
- una seconda funzione è legata al **sistema di contribuzione** posto a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti alla vigilanza dell'Autorità, derivante dal sistema di

Il CIG è divenuto ora lo strumento, insieme al CUP, su cui è imperniato il sistema della tracciabilità dei flussi di pagamento.

IL **CUP** ai fini della tracciabilità non è sempre necessario. Tale strumento assolveva, prima della tracciabilità, alla diversa funzione di monitoraggio degli investimenti pubblici.

Il CUP, in aggiunta al CIG, è, infatti, 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), 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) (Così det. 8/2010).



Il CIG nel sistema di contribuzione all'AVCP.

In particolare in relazione al sistema di contribuzione l'AVCP ha adottato la **Deliberazione del 3 novembre 2010 recante «Attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della Legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'anno 2011** (resa esecutiva con D.P.C.M. 3 dicembre 2010 – entra in vigore dal 1° gennaio 2011).

Il citato comma 67, nell'istituire il sistema di cd. 'autofinanziamento' ha previsto che sia la stessa AVCP, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento, a determinare annualmente l'ammontare delle contribuzioni dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla propria vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione.

Il Codice Identificativo Gara.

Funzioni prima della l. 136/10

L'Articolo 1 (*Obbligo di richiesta del CIG*) della richiamata delibera attuativa del sistema di 'autofinanziamento' dell'AVCP prevede che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, di cui agli articoli 32 e 207 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 **che intendono avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori ovvero all'acquisizione di servizi e forniture devono obbligatoriamente:**

- richiedere il rilascio del numero identificativo univoco, denominato "Numero gara", attraverso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), disponibile nell'area Servizi del sito dell'Autorità all'indirizzo www.avcp.it;
- provvedere all'inserimento dei lotti (o dell'unico lotto) che compongono la gara. A ciascun lotto il Sistema attribuisce un codice identificativo denominato CIG.

Il CIG nel sistema di contribuzione all'AVCP.

Il medesimo articolo, al comma 2, prevede che «*la richiesta del CIG è obbligatoria per tutti i contratti pubblici **indipendentemente dalla procedura di selezione** del contraente adottata e dal valore del contratto con esclusione delle gare per l'acquisto di energia elettrica o gas naturale e quelle per l'acquisto di acqua all'ingrosso, di cui all'art. 25 del D.lgs n. 163/2006*»;

Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, conseguentemente, **devono riportare il CIG nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata** (comma 3).

Il CIG nel sistema di contribuzione all'AVCP. I casi di esenzione.

Non per la totalità dei contratti è previsto il pagamento del contributo all'AVCP e, conseguentemente, l'acquisizione del CIG. Tuttavia ciò **non significa, a seguito della l. 136/10, che non sussista anche l'obbligo di richiedere il CIG al (diverso) fine della tracciabilità.**

In particolare sono esclusi dall'obbligo del versamento le seguenti fattispecie:

- i contratti di cui agli articoli 16, 17, 18, 19 lett. a), primo capoverso, 19 lett. b), c), d) (con riferimento ai soli servizi erogati dalla Banca d'Italia), e), f), del Codice;
- i contratti di cui all'art. 23, 24 e 25 del Codice;
- gli affidamenti diretti a società raggruppate/consorziate o controllate nella concessione di LL.PP.;
- i contratti di adesione ad accordi quadro o convenzioni;
- **le procedure per l'acquisizione di beni e/o servizi o per la realizzazione di lavori** di importo inferiore a € 40.000 (con riferimento alle Stazioni appaltanti);
- **le procedure per l'acquisizione di beni e/o servizi o per la realizzazione di lavori** di importo inferiore a € 150.000 (con riferimento ai soli operatori economici).

Il CIG 'semplificato' ai soli fini di tracciabilità.

Per i contratti per cui sussiste l'obbligo di acquisizione del CIG ai fini del versamento del contributo, ma solo ai fini del rispetto delle norme sulla tracciabilità la l'AVCP ha introdotto delle modalità semplificate di acquisizione del CIG.

Il CIG Semplificato o Smart CIG è il codice CIG che si acquisisce, ai soli fini della tracciabilità, con l'immissione di un numero ridotto di informazioni (cfr. Comunicato del Presidente AVCP del 2 maggio 2011), esclusivamente per le seguenti fattispecie contrattuali:

- a)** contratti di lavori di importo inferiore a € 40.000, contratti di servizi e forniture di importo inferiore a € 40.000, affidati ai sensi dell'art. 125 del Codice o mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando;
- b)** contratti di cui agli articoli 16, 17 e 18 del Codice, indipendentemente dall'importo;
- c)** altri contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice fino ad un importo di € 150.000;
- d)** contratti affidati direttamente da un ente aggiudicatore o da un concessionario di lavori pubblici ad imprese collegate, ai sensi, rispettivamente, degli articoli 218 e 149 del Codice.

Contratti esclusi dall'obbligo di tracciabilità.

L'AVCP con la delibera 4/11 ha, infine, previsto una serie di specifiche esclusioni dal perimetro di applicazione della normativa sulla tracciabilità.

Quanto ai contratti dei cd. 'servizi esclusi' solo alcuni sono ritenuti sottoposti all'art. 3 della l. 136/10,

In particolare, in relazione all'articolo 19, comma 1 del Codice, sono escluse dalla tracciabilità quelle figure contrattuali «*non qualificabili come contratti di appalto*», quali ad esempio:

a) i contratti di lavoro conclusi dalle stazioni appaltanti con i propri dipendenti (articolo 19, comma 1, lett. e), nonché le tipologie contrattuali agli stessi assimilabili (ad esempio, il lavoro temporaneo ai sensi della legge 24 giugno 1997 n. 196) [N.B. il contratto tra stazione appaltante e agenzie interinali deve invece essere tracciato];

(segue)

Contratti esclusi dall'obbligo di tracciabilità. (2)

(segue)

b) i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni (articolo 19, comma 1, lett. a, primo periodo);

c) i contratti concernenti i servizi di arbitrato e conciliazione (articolo 19, comma 1, lett. c).

In relazione al comma 2 dell'articolo 19, sono altresì esclusi dalla tracciabilità, *gli "appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato"*. Tali fattispecie secondo l'AVCP, «non sono soggette agli obblighi di tracciabilità in quanto contenuti in un perimetro pubblico ben delimitato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, tali da rendere ex se tracciati i rapporti.»