



Presidente

Al Responsabile Unico del Procedimento

Dott. *[omissis]*

c/o Autorità di Sistema Portuale per il Mar Tirreno Settentrionale

Ufficio Servizio Gare e Contratti

[omissis]

[omissis]

Fasc. Anac n. 3252/2022 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Autorità di Sistema Portuale per il Mar Tirreno Settentrionale: procedura aperta per i lavori di fornitura e posa in opera di nuovi parabordi nel porto di Livorno (CIG: 8328764979; importo a base di gara: 2.248.637,27 €).

Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Considerato in fatto

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 22946 del 28.03.2022, il Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza di Roma inoltra a questa Autorità le risultanze dell'attività info-investigativa del Nucleo PEF di Livorno, relative all'esecuzione di un'attività ispettiva disposta dal Prefetto di Livorno sul rispetto degli obblighi contenuti nella Legge n. 136 del 13/08/2010.

Più precisamente, dalle indagini investigative emergevano varie anomalie afferenti l'esecuzione dell'appalto in oggetto, relative alla mancata comunicazione alla Stazione Appaltante dei subcontratti stipulati dall'impresa aggiudicatrice in violazione dell'art. 105, comma 2, D.lgs. 50/2016, alla violazione dell'obbligo di inserire nei contratti sottoscritti con i subcontraenti la clausola di assunzione degli obblighi di tracciabilità finanziaria ai sensi dell'art. 3, comma 9, Legge 136/2010 e alla violazione dell'obbligo di comunicazione alla Stazione appaltante dei conti correnti dei subcontraenti ai sensi dell'art. 3, comma 7, Legge 136/2010.

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite all'Autorità dagli art. 211 e 213 del d.lgs. 50/2016, perciò, si è provveduto ad inviare una richiesta di informazioni alla Stazione Appaltante con nota prot. 63114 del 01/08/2022, nella quale si chiedeva di voler fornire tutta la documentazione pertinente afferente all'esecuzione dell'appalto, con particolare riferimento ai subcontratti stipulati dall'impresa aggiudicatrice.

UFFICIO

T +39 06 36723520

W www.anticorruzione.it

Via Marco Minghetti, 10

00186 - Roma

A seguito del riscontro pervenuto con nota prot. 72221 del 13/09/2022, con il quale codesta Autorità Portuale riferiva di avere nella sua disponibilità soltanto due subcontratti stipulati dalla società appaltatrice, l'Ufficio ha dato avvio al procedimento istruttorio con nota prot. 73987 del 19/09/2022, contestando la violazione dell'art. 105, comma 2, D.lgs. 50/2016 e dell'art. 3, commi 7 e 9, Legge 136/2010. In particolare, questo Ufficio rilevava che l'impresa [omissis]s.r.l.s. ([omissis]s.r.l.s.) - esecutrice dell'appalto in oggetto – pur avendo stipulato diversi subcontratti con altri operatori economici, non aveva provveduto alla comunicazione degli stessi alla Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 105, comma 2, D.lgs. 50/2016. La stessa Autorità Portuale, infatti, nella nota di riscontro alla richiesta della Guardia di Finanza di fornire copia delle comunicazioni ricevute ai sensi dell'art. 3, comma 7, della L. 136/2010, dichiarava di aver ricevuto solo “una comunicazione della stipula di un subcontratto di nolo a caldo, di importo inferiore al 2% dell'importo contrattuale dei lavori in oggetto, con la Società [omissis]s.r.l.”.

Soltanto successivamente, a seguito della richiesta di informazioni inviata da questa Autorità, veniva comunicato alla Stazione Appaltante anche il subcontratto avente ad oggetto la fornitura di arredi di banchina, stipulato con la [omissis]s.r.l. in data 27/01/2021 e le succedanee varianti del 29/03/2021 e del 07/06/2021.

Risultavano ancora omesse, in ogni caso, le comunicazioni relative alla stipula dei contratti di noleggio con l'impresa [omissis]s.r.l. del 16/04/2021 e del 14/09/2021 e quelli relativi alla stipula del contratto di nolo a freddo con la [omissis]s.r.l. del 12/07/2021.

Dalle indagini effettuate dalla Guardia di finanza, inoltre, emergeva che ben tre subcontratti stipulati dall'impresa esecutrice fossero sprovvisti della clausola di tracciabilità dei flussi finanziari disciplinata dall'art. 3, comma 9, L. 136/2010, il quale prescrive esplicitamente che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese debba essere “inserita, 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”. Nella predetta nota di riscontro che la Stazione Appaltante aveva inviato alla Guardia di Finanza, peraltro, il RUP specificava di essere in possesso del solo conto corrente dedicato della società appaltatrice [omissis] s.r.l.s., in quanto “non ci sono situazioni contrattuali che prevedono il pagamento diretto da parte della Stazione Appaltante”.

A tal proposito, l'Ufficio rilevava il mancato rispetto di quanto disposto dall'art. 3, comma 7 del D.lgs. 136/2010, ai sensi del quale gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese comunicano alla stazione appaltante o all'amministrazione concedente gli estremi identificativi dei conti correnti dedicati alle commesse pubbliche “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”. Soltanto in data 09/09/2022, sempre a seguito della richiesta di informazioni inviata da questa Autorità, risultava acquisita dalla Stazione Appaltante la dichiarazione di tracciabilità dei flussi finanziari della [omissis] s.r.l., mentre risultavano ancora mancanti le informazioni relative a tutti gli altri subcontratti stipulati dall'impresa esecutrice, in palese violazione della norma sopra citata.

Invitata a voler contro-dedurre in ordine ai profili di criticità sopra evidenziati, l'Autorità Portuale ha fornito puntuale riscontro con nota acquisita al protocollo anac n. 80515 del 10/10/2022, nella quale si afferma che, rispetto a quanto già comunicato con la precedente nota, la Direzione Responsabile per l'Affidamento ha acquisito presso l'aggiudicatario [omissis] gli ulteriori contratti ancora mancanti.

In particolare, risultano recentemente acquisiti dalla Stazione Appaltante il subcontratto [omissis] – [omissis] srl e relativa integrazione, avente ad oggetto il nolo a freddo di mezzo meccanico, sottoscritto in data 16 aprile 2021 per un importo complessivo pari ad euro 11.987,80 ed il subcontratto [omissis] - [omissis] srl, avente ad oggetto il nolo a freddo di furgone al costo orario di 20,00 euro, sottoscritto in data 12 luglio 2021. L'amministrazione comunica, inoltre, che nel contempo sono stati resi disponibili alla stessa anche i seguenti documenti: il subcontratto n.148/L-2021 [omissis] - [omissis] srl, avente ad oggetto il noleggio di box ad uso cantiere, sottoscritto in data 7 febbraio 2021 per un importo pari ad euro 3.132,00, con indicazione del conto corrente dedicato; i subcontratti [omissis] – [omissis] - concessionario di zona [omissis] srl n.4028/2021 e n. 4130/2021, aventi ad oggetto, rispettivamente, il noleggio di wc uomo/donna per un importo pari ad euro 274,50 ed il noleggio di box docce uomo/donna per un importo pari ad euro 85,40, sottoscritti in data 19 febbraio 2021 e 2 febbraio 2021 e comprensivi dei relativi moduli di tracciabilità finanziaria ex art.3 della L. n.136/2010.

Con riferimento a tutti questi contratti la Stazione Appaltante fa presente che, a parere del RUP, "non sono ravvisabili elementi riconducibili al concetto di "filiera rilevante" di cui alla Determinazione Anac n. 4 del 7 luglio 2011, come aggiornata da ultimo con Delibera n. 371 del 27 luglio 2022, in quanto il contratto di appalto di cui trattasi ha ad oggetto lavori e nel corso dell'esecuzione degli stessi sono stati, per tale ragione, attenzionati i rapporti che prevedessero manodopera". Riferisce in ogni caso che, al fine di rendere massimamente controllato il settore degli affidamenti secondari ad opera dell'aggiudicatario, l'Amministrazione "sta valutando la opportunità di regolamentare per il futuro l'iter procedimentale relativo alla fase esecutiva del contratto, con particolare riferimento ai subappalti e sub-affidamenti mediante l'adozione di apposite Linee Guida".

Infine, si precisa ulteriormente che è intenzione dell'Ente "richiamare l'attenzione degli operatori economici aggiudicatari, ad ulteriore conferma degli obblighi già assunti con il contratto, tramite la sottoscrizione di un apposito allegato contenente indicazioni operative relative agli adempimenti di cui all'art.105 c. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 e agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari della L. n.136/2010".

Considerato in diritto

Come rilevato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte sulla violazione della normativa prevista dal nostro ordinamento in tema di trasparenza nel controllo della filiera dei subcontratti e tracciabilità dei flussi finanziari.

Con particolare riferimento alla mancata comunicazione dei subcontratti stipulati dall'impresa aggiudicatrice, l'art. 105, comma 2, D.lgs. 50/2016 sancisce l'obbligo per la stessa di comunicare alla Stazione Appaltante "prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto".

L'appaltatore che intende avvalersi di un subcontratto non qualificabile come subappalto, pertanto, deve provvedere alla comunicazione prima dell'inizio delle relative prestazioni, fornendo i dati richiesti dal comma 2 dell'art. 105 richiamato (il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati), anche per estratto. A differenza del subappalto, quindi, gli altri subcontratti non sono soggetti ad autorizzazione preventiva della Stazione Appaltante, ma a semplice comunicazione.

Questo adempimento è obbligatorio per tutti i subcontratti "stipulati per l'esecuzione dell'appalto", intendendosi come tali tutti quei contratti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione delle opere e che presentano un filo di derivazione dal contratto principale, nel senso di essere attinenti all'oggetto dello stesso (c.d. filiera rilevante o filiera delle imprese). Più precisamente l'art. 6, co. 3, del D.L. 187/2010, nel definire l'espressione di "filiera delle imprese" utilizzata dall'art. 3, comma 1, della l. 136/2010 in tema di tracciabilità dei flussi finanziari, chiarisce che la stessa si riferisce 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...", dovendosi ricollegare detto riferimento, con l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, all'art. 105, co. 2.

A tal proposito preme sottolineare che, mentre il subappalto si sostanzia in un subcontratto qualificato con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto ed è perciò intrinsecamente finalizzato alla realizzazione del contratto principale stipulato tra amministrazione committente ed appaltatore, gli altri subcontratti disciplinati dall'art. 105 sono contratti diversi e autonomi rispetto al contratto d'appalto principale, pur essendo ad esso funzionalmente collegati. Ne consegue che il subappaltatore, pur non avendo costituito alcun legame giuridico con l'amministrazione committente, esegue una prestazione che è rivolta direttamente in favore di quest'ultima, mentre il subcontraente si impegna esclusivamente a porre nella disponibilità dell'appaltatore un prodotto o un servizio che quest'ultimo utilizzerà per realizzare l'oggetto dell'appalto, per cui la sua prestazione è unicamente rivolta a favore dell'operatore economico.

I subcontratti che rientrano nella c.d. "Filiera rilevante" e che soggiacciono all'obbligo di cui all'art. 105, perciò, non sono - come affermato dalla stazione appaltante - soltanto quelli relativi ai lavori oggetto di appalto e che prevedono l'utilizzo di manodopera, ma tutti i rapporti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, siano essi forniture di beni o prestazioni di servizi e qualunque sia l'importo dei relativi contratti o subcontratti.

Come esplicitato dalle Linee Guida Anac di cui alla delibera 371 del 27 luglio 2022, infatti, "il criterio a cui ricorrere è quello della stretta dipendenza funzionale della prestazione oggetto del subcontratto rispetto a quella dell'appalto principale, da applicare in relazione alle concrete modalità del ciclo di esecuzione dell'appalto, vale a dire della capacità delle parti dell'appalto di selezionare ex ante le sole attività necessarie in via immediata per realizzare il servizio o la fornitura pubblica. Di conseguenza, ciò che rileva non è tanto il grado dell'affidamento o del sub-affidamento, ma la sua tipologia (subappalto o subcontratto necessario a qualsiasi titolo per l'esecuzione del contratto principale), a prescindere dalla posizione che il subcontraente occupa nella catena dell'organizzazione imprenditoriale". Ne deriva che, relativamente agli appalti di lavori, sono ricompresi nel concetto di "Filiera delle imprese" tutti i soggetti che abbiano stipulato subcontratti legati al contratto principale da una dipendenza funzionale, pur riguardanti attività collaterali, quali noli a caldo, noli a freddo, forniture di beni e materiali, trasporti, scavo e movimento terra, smaltimento terra e rifiuti, guardiania, progettazione, mensa di cantiere, pulizie di cantiere, ecc. Restano escluse, invece, "quelle tipologie di attività collaterali, in cui viene a scemare il nesso di collegamento con il contratto principale. Nesso che, invece, permane anche quando il contratto derivato non presenti un asservimento esclusivo rispetto a quello principale" (Del. Anac 371/2022).

Quanto sinora affermato, del resto, è confermato anche dall'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 159/2011, il quale nel disciplinare il potere prefettizio di accesso ai cantieri, chiarisce che "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".

Rientrano sicuramente tra i subcontratti da comunicare alla Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 105 D.lgs. 50/2016, perciò, quelli stipulati dalla [omissis]s.r.l.s. - esecutrice dell'appalto in oggetto - e concernenti la fornitura di arredi di banchina stipulato con la [omissis]s.r.l., il nolo a freddo di mezzo meccanico stipulato con l'impresa [omissis]s.r.l. e il nolo a freddo di un furgone, stipulato con la [omissis]s.r.l. Come visto nelle premesse fattuali, tutti questi subcontratti sono stati comunicati soltanto in un secondo momento, a seguito della richiesta di informazioni e dell'avvio istruttorio di questa Autorità, mentre ai sensi dell'art. 105, comma 2, gli stessi dovevano essere comunicati "prima dell'inizio della prestazione".

Preme osservare, ancora, che spetta alla Stazione Appaltante vigilare sull'effettiva attuazione di questi adempimenti da parte dell'impresa appaltatrice, anche per il tramite del Direttore dei lavori che, ai sensi dell'art. 101, comma 3, lett. c), deve "provvedere alla segnalazione al responsabile del procedimento, dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, dell'articolo 105".

La ratio di questa disposizione, infatti, è quella di aumentare la trasparenza in un settore che si presta a facili abusi e che comporta il rischio che nell'esecuzione delle opere pubbliche intervengano, nei fatti, soggetti esposti ad infiltrazioni da parte della criminalità organizzata, scopo che verrebbe vanificato qualora non vi fosse un adeguato controllo da parte della Stazione Appaltante.

Tale esigenza è ancora più sentita se si considera che l'art. 3, comma 9, L. 136/2010 pone in capo alla stazione appaltante l'onere di verificare "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 di cui al comma 1 sia inserita, 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", ragione per cui è essenziale che gli stessi siano comunicati ai sensi dell'art. 105, comma 2, D.lgs. 50/2016.

I subcontratti dovranno riportare, perciò, a pena di nullità, un'apposita clausola con cui le parti contraenti assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari previsti dalla suddetta legge e riguardanti, nello specifico: l'utilizzo di "uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva", per la gestione dei movimenti finanziari derivanti dall'esecuzione del subcontratto (art. 3, comma 1, L. 136/2010); l'utilizzo dello strumento del bonifico bancario o postale per l'effettuazione di tutti i movimenti finanziari collegati all'esecuzione del subcontratto, con esclusione di quelli per i quali non sussiste tale obbligo ai sensi della richiamata normativa in tema di

tracciabilità dei flussi finanziari; l'indicazione, per ciascuno strumento di pagamento utilizzato per l'esecuzione dell'appalto, dei codici identificativi dell'appalto (CIG e CUP ove esistente); l'impegno a dare immediata comunicazione all'INAIL ed alla prefettura-ufficio territoriale del Governo di Roma della notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria previsti dalla legge 13 agosto 2010, n. 136.

In particolare, dovranno transitare sul conto corrente dedicato tutte le operazioni e i pagamenti, sia in entrata che in uscita, effettuati dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore e quelli effettuati dall'appaltatore nei confronti dei subcontraenti e da questi ad altri operatori economici.

La clausola di tracciabilità prevista dall'art. 3, comma 9, L. 136/2010, invece, risulta sempre assente nei subcontratti sopraccitati, così come risulta mancante la comunicazione alla Stazione Appaltante dei conti correnti dei subcontraenti ai sensi del comma 7 dello stesso articolo, a mente del quale gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese "comunicano alla stazione appaltante o all'amministrazione concedente gli estremi identificativi dei conti correnti dedicati di cui al medesimo comma 1 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, nonché, nello stesso termine, le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi. Gli stessi soggetti provvedono, altresì, a comunicare ogni modifica relativa ai dati trasmessi".

Anche in questo caso, la Stazione Appaltante ha provveduto tardivamente ad acquisire le dichiarazioni di tracciabilità dei flussi finanziari con il conto corrente dedicato. Sul punto la stessa, come visto precedentemente, aveva dichiarato di essere in possesso del solo conto corrente dedicato della società appaltatrice [omissis] s.r.l.s., in quanto "non ci sono situazioni contrattuali che prevedono il pagamento diretto da parte della Stazione Appaltante".

Tuttavia, la necessità di comunicare gli estremi del conto corrente dedicato, non è subordinata all'esistenza di eventuali situazioni contrattuali che prevedano il pagamento diretto della stazione appaltante, ma dall'esigenza di 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. Ciò è coerente con la ratio delle disposizioni in tema di tracciabilità dei flussi finanziari, che mirano a contrastare la criminalità organizzata e le infiltrazioni nelle commesse pubbliche, anticipando il più a monte possibile, la soglia di prevenzione e creando meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica.

In conclusione, può affermarsi che le ripetute violazioni sopra riportate della normativa prevista in tema di trasparenza nel controllo della filiera dei subcontratti e tracciabilità dei flussi finanziari, rischiano di aver inficiato le ragioni che hanno condotto il legislatore a prevedere una disciplina così stringente in materia. Infatti, soltanto un'attenta e puntuale applicazione di tutte le prescrizioni ivi previste consente un effettivo controllo a posteriori di tutti i pagamenti e gli incassi effettuati, al fine di poter seguire il flusso finanziario proveniente dall'appalto.

Si valuta positivamente, tuttavia, l'impegno della Stazione Appaltante nel cercare di sanare ex post tali violazioni, richiedendo all'impresa esecutrice copia di tutti i subcontratti stipulati, comprensivi dei relativi moduli di tracciabilità finanziaria ex art.3 della L. n.136/2010, e la volontà della stessa di incrementare per il futuro i controlli sugli affidamenti secondari ad opera dell'aggiudicatario, anche con la predisposizione di apposite Linee Guida che ne regolamentino l'iter procedimentale.

Alla luce di quanto detto sinora, si comunica la definizione del presente procedimento, ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito nei riguardi di codesta Stazione Appaltante a voler tener conto di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione, in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente