

Roma, 16 novembre 2011

Circolare n. 192/2011

**AL SIG. PRESIDENTE
CONFSERVIZI MARCHE
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

**1) LEGGE 11 NOVEMBRE 2011, N. 180 – NORME PER LA TUTELA DELLA LIBERTÀ DI
IMPRESA – STATUTO DELLE IMPRESE.**

**2) CIRCOLARE MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE 23 SETTEMBRE 2011, N. 27
– ULTERIORI CHIARIMENTI CIRCA LE MODALITÀ DI ATTUAZIONE DELL'ART. 48-BIS,
D.P.R. 602/73 IN MATERIA DI PAGAMENTI DELLE PP.AA.**

**1) LEGGE 11 NOVEMBRE 2011, N. 180 – NORME PER LA TUTELA DELLA LIBERTÀ DI
IMPRESA – STATUTO DELLE IMPRESE.**

Sulla G.U.R.I. n. 265 del 14 novembre u.s., è stata pubblicata la legge 180/11 che, in applicazione dello Small Business Act (SBA: Atto europeo sulle piccole e medie imprese), fissa i principi di libertà di iniziativa economica e concorrenza, semplificazione degli iter burocratici, progressiva riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese, diritto delle stesse all'accesso al credito corretto e non vessatorio, introducendo altresì misure di semplificazione amministrativa.

In tale prospettiva, il provvedimento contiene numerose misure di sostegno per le piccole e medie imprese, anche per il settore degli appalti pubblici.

Tra le novità più significative, si segnalano le disposizioni contenute agli artt. 12, 13 e 14.

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Con l'art. 12, rubricato "modifica all'art. 91 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", viene precisato quanto segue:

"Al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole imprese agli appalti pubblici di lavori e servizi di progettazione, all'art. 91, comma 1, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, le parole: "di importo pari o superiore a 100.000 euro" sono sostituite dalle seguenti: "di importo pari o superiore alle soglie di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 28".

In buona sostanza, è prevista la semplificazione delle gare per gli incarichi di progettazione sotto la soglia comunitaria (€ 193.000,00), con l'invito di cinque soggetti. Mentre, infatti, l'originario art. 91, comma 1, imponeva l'applicazione delle disposizioni di cui alla parte II, titoli I e II del Codice (contratti di rilevanza comunitaria), anche per l'affidamento di incarichi di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza, ect. di importo superiore a € 100.000,00, la nuova norma sopprime detta soglia ed estende anche agli incarichi di importo ricompreso tra € 100.000,00 ed € 193.000,00 le medesime disposizioni valevoli per gli affidamenti di minor importo (gara con invito al almeno cinque soggetti negli affidamenti di importo compreso tra 20.000 e 193.000 euro).

L'art. 13 prevede, invece, una serie di misure per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, da parte delle PP.AA.

Queste ultime devono infatti:

a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 del d.lgs. 163/06, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante, nei vari stati di avanzamento;

b) semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese, privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici;

c) semplificare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici di fornitura di servizi pubblici locali, banditi dai comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti e per importi inferiori alle soglie stabilite dall'Unione europea, mediante:

1) l'assegnazione tramite procedura di gara ad evidenza pubblica ovvero tramite assegnazione a società miste pubblico-private, a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità previsti dall'Unione europea, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione dell'appalto;

2) nel rispetto di quanto previsto dalla lettera a), l'individuazione di lotti adeguati alla dimensione ottimale del servizio pubblico locale;

3) l'individuazione di ambiti di servizio compatibili con le caratteristiche della comunità locale, con particolare riferimento alle aree dei servizi di raccolta, smaltimento e recupero dei rifiuti, del trasporto pubblico locale, dei servizi di manutenzione e riparazione nelle filiere energetiche, dell'illuminazione pubblica, dei

servizi cimiteriali, di riqualificazione del patrimonio edilizio pubblico, di manutenzione delle infrastrutture viarie e di manutenzione delle aree verdi;

d) introdurre modalità di coinvolgimento nella realizzazione di grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative, delle imprese residenti nelle regioni e nei territori nei quali sono localizzati gli investimenti, con particolare attenzione alle micro, piccole e medie imprese.

In ogni caso, la novella vieta espressamente alla pubblica amministrazione, alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori e ai soggetti aggiudicatori di richiedere alle imprese che concorrono agli appalti requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi.

Con l'art. 15, rubricato "Contratti di fornitura con posa in opera", le disposizioni contenute all'art. 118, comma 3, secondo periodo del Codice ("qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari") si intendono alle somme dovute ai subcontraenti di forniture con posa in opera, le cui prestazioni sono pagate in base al S.A.L. ovvero allo stato di avanzamento forniture.

In sostanza, viene garantita anche ai subcontraenti di forniture con posa in opera dell'appaltatore l'eventuale sospensione dei pagamenti in suo favore, nel caso in cui non provvedano alla trasmissione nei confronti delle SS.AA. delle fatture quietanzate del fornitore entro 20 giorni dall'avvenuto pagamento degli acconti in corso di esecuzione delle prestazioni.

Ulteriori novità riguardano poi:

- l'obbligo, per le associazioni di categoria, di adottare il codice etico antimafia e l'introduzione della loro legittimazione ad agire in giudizio, per la tutela degli interessi diffusi;
- la semplificazione e la trasparenza nei rapporti tra pubblica amministrazione e imprese;
- la tutela, anche con sanzioni dell'Antitrust, delle piccole e medie imprese, in caso di ritardi nei pagamenti da parte delle grandi imprese;
- la previsione di recepimento entro un anno della direttiva europea sui ritardati pagamenti.

2) CIRCOLARE MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE 23 SETTEMBRE 2011, N. 27 – ULTERIORI CHIARIMENTI CIRCA LE MODALITÀ DI ATTUAZIONE DELL'ART. 48-BIS, D.P.R. 602/73 IN MATERIA DI PAGAMENTI DELLE PP.AA.

Come è noto, l'art. 48-bis del d.P.R. 602/73 prevede, in estrema sintesi, che le pubbliche Amministrazioni e le società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare il pagamento di somme superiori a €. 10.000,00, verificano se il beneficiario del pagamento stesso risulta inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento e, in caso affermativo, non procedono al pagamento, al fine di agevolare il competente agente della riscossione nel concreto esercizio dell'attività di riscossione dei crediti iscritti a ruolo.

La norma prevedeva, tra l'altro, l'emanazione di un Regolamento ministeriale, recante le modalità di attuazione del citato art. 48-bis.

Il previsto Regolamento è stato adottato con d.m. Economia 18 gennaio 2008, n. 40, che ha definito le modalità procedurali della verifica di cui al citato articolo 48-bis ed ha puntualmente disciplinato gli effetti della stessa nel caso di riscontrata inadempienza del soggetto beneficiario.

Dal punto di vista interpretativo, invece, sono state emanate circolari ministeriali con le quali sono state fornite indicazioni inerenti alle problematiche di maggiore importanza e di più generale interesse (circ. n. 22/08 e n. 29/09).

Orbene, considerati i numerosi quesiti formulati dalle Amministrazioni tenute ad applicare la disciplina contenuta nel citato art. 48-bis, con la circolare n. 27/11 il Ministero ha ritenuto opportuno diramare ulteriori chiarimenti.

A) In primo luogo, sono stati sollevati dubbi circa la sussistenza dell'obbligo di attivazione del procedimento amministrativo previsto dall'art. 48-bis in occasione di pagamenti disposti in base a provvedimenti giurisdizionali esecutivi.

E' evidente, infatti, che l'obbligazione del pagamento può nascere da un atto diverso dal contratto (cfr. art. 1173 cod. civ.), comunque idoneo a produrre l'obbligazione in capo alla P.A..

A titolo esemplificativo e non esaustivo, possono scaturire obblighi di pagamento, nell'ipotesi di gestione di affari altrui (c.d. *negotiorum gestio* ai sensi dell'art. 2028 c.c.), di pagamento dell'indebito (art. 2033 c.c.), di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.), di risarcimento per fatto illecito, ect.

In tale prospettiva, l'obbligo di pagamento posto a carico dell'Amministrazione può derivare anche dal dispositivo di una sentenza passata in giudicato o, comunque, da un provvedimento giurisdizionale esecutivo con cui il giudice ha determinato concretamente l'esistenza e la misura del diritto di credito vantato dal beneficiario nei confronti della Pubblica Amministrazione soccombente.

Conseguentemente, il Dicastero ritiene del tutto coerente che un provvedimento giurisdizionale definitivo, avente efficacia esecutiva e contenente la condanna della Pubblica Amministrazione al pagamento di una somma pecuniaria, possa essere adempiuto non solo mediante il materiale trasferimento di denaro al soggetto beneficiario, ma anche attraverso una compensazione - volontaria o legale - tra il debito e l'eventuale credito dell'Amministrazione nei confronti dello stesso beneficiario.

Tale indicazione, peraltro, è stata conformata anche in passato dalla giurisprudenza (Corte Cass., sez. V, 3 dicembre 2004, n. 22761; sez. lavoro, 13 maggio 1987, n. 4423).

Pertanto, ragioni di carattere logico e di coerenza sistematica inducono a ritenere come, in presenza di obbligo di pagamento scaturente da un provvedimento giurisdizionale esecutivo, anche non definitivo, vada effettuata la verifica di cui al richiamato art. 48-bis del d.P.R. 602/73.

B) Nell'ambito dei provvedimenti giurisdizionali, una situazione ricorrente e' quella in cui l'Amministrazione, avendo assunto la qualità di terzo pignorato a seguito di un'ordinanza di assegnazione del giudice dell'esecuzione, si trova a dover effettuare il pagamento delle somme dovute non al creditore originario, ma direttamente al creditore assegnatario in virtù di tale ordinanza.

Al riguardo, e' stato prospettato il dubbio se, nel caso rappresentato, il creditore originario debba comunque essere assoggettato alla verifica presso Equitalia Servizi S.p.A. in base alla procedura prevista dal citato d.m. n. 40/08.

In proposito, viene sottolineato che l'articolo 546 c.p.c. prevede che, dal giorno in cui e' notificato l'atto di pignoramento, il terzo pignorato e' soggetto, relativamente alle somme da lui dovute, agli obblighi che la legge impone al custode, tra i quali, naturalmente, quello di eseguire l'ordine di versamento impartito dal giudice dell'esecuzione.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha sottolineato come «per effetto dell'assegnazione (e non del semplice accertamento), il terzo assume, nei confronti dell'esecutante, una posizione del tutto diversa. La stessa determina, infatti, la sostituzione del creditore esecutante all'originario creditore-debitore-pignorato» (Sezione III, sentenza n. 9888, del 19 settembre 1995).

La stessa Corte di Cassazione ha, conseguentemente, osservato come «dal momento dell'assegnazione il terzo e' tenuto ad adempiere, nei limiti della somma assegnata, al creditore esecutante; il pagamento estingue contemporaneamente il credito dell'assegnatario nei confronti del debitore esecutato e quello del terzo nei confronti del proprio creditore esecutato» (Sezione III, 8 febbraio 2007 n. 2745).

Ciò posto - non potendo, tra l'altro, l'Amministrazione debitrice liberamente disporre delle somme in questione - il Ministero dell'Economia chiarisce che nei confronti del creditore originario non possa essere attivata la procedura di verifica prevista ai sensi dell'articolo 48-bis, in quanto, pur nell'ipotesi di un'eventuale inadempienza, l'agente della riscossione si vedrebbe preclusa, di fatto, la possibilità di pignorare le somme già vincolate dal provvedimento emesso dal giudice dell'esecuzione.

Quanto al creditore assegnatario - anche alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, relativamente all'obbligo di pagamento scaturente da un provvedimento esecutivo - non si ravvisano elementi giuridici idonei a giustificare un'eventuale mancata attivazione della verifica nei suoi confronti in occasione dell'effettuazione del pagamento.

C) Sono state inoltre sollevate perplessità in ordine all'obbligo di sottoporre alla verifica in questione le erogazioni effettuate a favore delle imprese a titolo di contributi, incentivi, sovvenzioni ovvero finanziamenti a fondo perduto, comunque denominati.

Aderendo ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale, il Dicastero chiarisce che, al fine di agevolare la valutazione dei singoli casi concreti, appare opportuno distinguere l'ipotesi in cui le disposizioni normative determinano in modo diretto ed automatico obbligazioni di diritto pubblico, senza alcuna possibilità di apprezzamento, dall'ipotesi in cui l'erogazione del contributo o la sovvenzione, costituendo esercizio di una funzione discrezionale pubblicistica, vengono accordati e trovano la loro fonte immediata nel provvedimento di attribuzione.

Infatti, la circostanza secondo cui i requisiti dei soggetti ammessi a beneficiare dell'incentivazione, nonché le modalità per la determinazione della stessa, sono stabiliti direttamente dal legislatore, nonché la considerazione che l'incentivazione stessa risulta direttamente preordinata e finalizzata al raggiungimento degli obiettivi ritenuti prioritari per il soddisfacimento del benessere della collettività, militano a ritenere che, in tali ipotesi, l'interesse pubblico sotteso all'erogazione delle provvidenze economiche sia preminente rispetto alla procedura di verifica delineata dal d.m. n. 40/08, per cui non ricorre l'obbligo di espletarla.

D) Infine, i soggetti preposti al controllo di regolarità amministrativo-contabile (collegi dei revisori dei conti, ispettori, ecc.), hanno rappresentato talune difficoltà circa il trattamento di eventuali irregolarità riscontrate in ordine all'effettuazione della verifica prescritta dall'art. 48-bis e dal d.m. n. 40/08.

Più specificamente, sono stati formulati dubbi circa l'opportunità di procedere, ogni qual volta si presenti una siffatta situazione di irregolarità, alla denuncia o alla segnalazione del fatto potenzialmente dannoso per il pubblico erario, atteso che potrebbe semplicemente trattarsi di mero inadempimento procedimentale, senz'altro rilevante dal punto di vista organizzativo e disciplinare, ma privo di concrete conseguenze negative sulla finanza pubblica.

E' di tutta evidenza, infatti, che in quest'ultima ipotesi l'avvenuta segnalazione si tradurrebbe in un aggravio procedimentale che, lungi dal corrispondere ad esigenze di trasparenza e semplificazione, si porrebbe in contrasto con i criteri di economicità e di efficacia che reggono l'azione amministrativa.

Il Ministero precisa che, qualora venga rilevata l'omissione della verifica prescritta dall'art. 48-bis e non ricorra una delle fattispecie di esclusione della stessa, l'Amministrazione dovrà essere invitata ad effettuare - entro un termine di dieci giorni - un accertamento volto a riscontrare se la mancata verifica abbia aggravato o compromesso per l'agente della riscossione la possibilità di recuperare quanto dovuto dal beneficiario per cartelle di pagamento scadute e inevase.

A tal fine, nelle more dell'implementazione di un sistema telematico che renda possibile effettuare *online* il predetto accertamento, l'Amministrazione - attraverso l'operatore incaricato di procedere al servizio di verifica - dovrà formulare apposita richiesta scritta secondo precisa modalità.

Sulla scorta della predetta richiesta, Equitalia Servizi S.p.A. accerterà se il beneficiario del pagamento si trova attualmente in posizione di inadempienza rispetto all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari o superiore all'importo di €. 10.000,00 - sino, ovviamente, all'importo del pagamento - e, in caso affermativo, se tale posizione di inadempienza era già esistente, sulla base dell'obbligo derivante dalle medesime cartelle, all'epoca in cui è stato effettuato il pagamento.

L'esito del suddetto accertamento sarà comunicato da Equitalia Servizi S.p.A. direttamente all'Amministrazione interessata, indicativamente nel termine di trenta giorni, attraverso il mezzo indicato da quest'ultima (telex ovvero posta elettronica certificata) al momento della richiesta.

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

In presenza della specifica richiesta del soggetto o dei soggetti preposti al controllo di regolarità amministrativo-contabile, qualora l'Amministrazione non provveda ad effettuare, secondo il procedimento delineato, il dovuto accertamento presso Equitalia Servizi S.p.A., inevitabilmente, sarà inoltrata, la relativa segnalazione alla magistratura contabile.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

