



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL VENETO

Nell'adunanza del 10 maggio 2018

composta dai magistrati:

Maria Laura PRISLEI	Presidente f.f.
Giampiero PIZZICONI	Consigliere
Tiziano TESSARO	Consigliere
Amedeo BIANCHI	Consigliere
Francesca DIMITA	Primo Referendario
Elisabetta USAI	Primo Referendario, relatore

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTO il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti con il quale è stata istituita in ogni Regione ad autonomia ordinaria la Sezione regionale di controllo, deliberato dalle Sezioni riunite in data 16 giugno 2000, modificato da ultimo, con deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 229 del 19 luglio 2008;

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131, recante "*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*", e, in particolare, l'art. 7, comma 8;

VISTI gli indirizzi e i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004 come modificata ed integrata dalla deliberazione n. 9/SEZAUT/2009/INPR e dalla deliberazione n. 54/CONTR/2010 delle

Sezioni riunite in sede di controllo;

VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Comune di Treviso, prot. n. 34213 del 6 marzo 2018 acquisita al protocollo Cdc n. 1628 dell'8 marzo 2018;

VISTA l'ordinanza del Presidente n. 25/2018 di convocazione della Sezione per l'odierna seduta;

UDITO il relatore, Primo Referendario dott.ssa Usai,

FATTO

Il Comune di Treviso ha inviato una richiesta di parere *ex art. 7, comma 8, della L. 131/2003*, in materia di incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del D.lgs. 50/2016, recante il "*Codice dei contratti pubblici*" (il "Codice").

L'Ente, dopo aver riportato la normativa di interesse del Codice (art. 113, art. 164, comma 2, art. 179, comma 1) e aver premesso che il Regolamento comunale adottato in materia "*non ha previsto espressamente la corresponsione degli incentivi anche per l'esercizio delle "funzioni tecniche" inerenti procedure diverse da quelle di appalto, quali le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi (...) e le procedure di affidamento dei contratti di "partenariato pubblico privato"*", domanda se:

- 1) *il regolamento, di cui di cui al comma 3 dell'art. 113 del D.lgs. 12.4.2016 n. 50, possa estendere la corresponsione degli incentivi per le funzioni tecniche, previsti dal medesimo articolo, anche alle procedure di aggiudicazione regolate dalla parte III (concessione di lavori pubblici o di servizi) e dalla parte IV (partenariato pubblico o/e privato) del codice.*
- 2) *in caso di risposta affermativa al quesito di cui al punto 1), se tale estensione, dopo essere stata prevista nel regolamento dell'amministrazione, consenta di liquidare gli incentivi anche per le funzioni tecniche svolte prima dell'entrata in vigore del regolamento medesimo, qualora le relative somme siano state accantonate (la sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazione n. 187/2017, ha infatti ammesso la possibilità, in presenza di una procedura di gara o in generale di una procedura competitiva, di "accantonare il fondo che viene successivamente ripartito sulla base di un regolamento adottato dalla singola amministrazione").*
- 3) *se l'amministrazione appaltante possa porre a carico del soggetto aggiudicatario del contratto l'onere del pagamento delle somme spettanti ai dipendenti dell'ente che hanno svolto le funzioni tecniche espressamente individuate nell'art. 113, comma 2, del codice, includendole nel quadro economico dell'opera, dei lavori e/o del servizio, con particolare riferimento alle procedure di aggiudicazione regolate dalla parte III (concessione di lavori pubblici o di servizi) e dalla parte IV (partenariato pubblico o/e privato) del codice.*

DIRITTO

Il Collegio deve verificare, in via preliminare, la sussistenza contestuale dei requisiti di ammissibilità soggettiva e oggettiva del parere richiesto.

In merito all'ammissibilità soggettiva, la funzione consultiva della Sezione è sollecitata dal Sindaco, titolare, ai sensi dell'art. 121 della Costituzione, della rappresentanza del Comune, ente annoverato tra quelli dotati di legittimazione attiva ai sensi dell'art. 7,

comma 8, L. 131/2003.

Il parere richiesto, inoltre, è ammissibile dal punto di vista oggettivo, in termini di afferenza alla materia della contabilità pubblica nell'accezione fornita dalla costante giurisprudenza contabile in sede consultiva (*ex multis*, deliberazioni del 27 aprile 20014 e n. 5/AUT/2006 della Sezione delle Autonomie e deliberazione n. 54/CONTR/2010 delle Sezioni riunite in sede di controllo), quale “*sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici*”, in una visione dinamica di salvaguardia degli equilibri dell'Ente.

La questione prospettata, difatti, è relativa alla corresponsione degli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113, D.lgs. 50/2016, recante la “*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”.

Trattasi, pertanto, di materia attinente alla gestione della spesa del Comune, che, come tale, interessa ambiti della normativa e dei relativi atti applicativi “*che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo, in particolare la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziario-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli*” (Sez. Autonomie, deliberazione n. 5/AUT/2016, *cit.*).

Si ricorda che la funzione consultiva attribuita alle Sezioni regionali di controllo non può concernere fatti gestionali specifici del soggetto istante, ma ambiti e oggetti di portata generale, rimanendo nella piena discrezionalità e responsabilità dell'Ente la concreta scelta gestionale da adottare.

Esula dal presente, parere, ogni valutazione in merito alla legittimità sia del Regolamento che il Comune riferisce essere stato adottato nella materia considerata che della corresponsione degli incentivi già erogati o da erogare.

Ciò premesso, di seguito si procede all'analisi, in termini generali e astratti, del quesito formulato dall'Ente in merito alla possibilità, sulla base della normativa attualmente vigente, di corrispondere gli incentivi in parola, oltre che per i contratti di appalto, anche per i contratti di concessione e di partenariato e, in caso affermativo, di poterli erogare anche per le funzioni svolte anteriormente alla modifica in tal senso del Regolamento e, infine, di poter porre a carico dell'aggiudicatario l'onere delle relative somme includendole nel quadro economico dell'opera, dei lavori e/o del servizio.

Come prospettato nella richiesta di parere all'esame, la sistematica adottata dal Codice merita un approfondimento.

Difatti, l'art. 113, rubricato agli “*Incentivi per funzioni tecniche*”, è collocato nella parte II del Codice, dedicato ai “*Contratti di appalto per lavori servizi e forniture*”, e, più precisamente, nel titolo V, contenente norme in materia di “*Esecuzione*”.

La disposizione di cui trattasi reca l'esplicito riferimento testuale ai soli contratti di appalto:

“1. Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.

2. A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti. Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione.”.

Per ciò che concerne le concessioni, l'art. 164, comma 2, stabilisce che *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”.*

Si tratta di definire, pertanto, se detto rinvio vada inteso esclusivamente con riferimento agli aspetti prettamente procedurali dell'esecuzione del contratto o, in senso più ampio, a tutte le norme, con l'unico limite della “compatibilità”, che disciplinano la fase dell'esecuzione, ivi compresa la disposizione sull'incentivabilità delle funzioni tecniche.

Attenendosi al dato strettamente letterale e alla sistematica del Codice, si osserva che la disposizione in esame non ha adottato, nella sua seconda parte, la tecnica del rinvio a

singoli titoli o capi o articoli della parte II del Codice, a differenza di quanto fa nella sua prima parte in cui rinvia all'interezza delle disposizioni contenute nella parte I e II, il che suggerisce cautela nell'interpretare il riferimento "*alle modalità di esecuzione*" come afferente indistintamente a tutte le norme contenute nel titolo V, ivi compreso l'art. 113, collocato nella parte II.

Alla stessa considerazione si giunge anche in virtù della specialità e della tassatività della disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche rispetto al principio della onnicomprensività della retribuzione del dipendente pubblico più volte ribadita dalla giurisprudenza contabile.

Tanto dicasi anche per la non generalizzabilità del rinvio operato dall'art. 179, comma 2, che per i contratti di "*Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento*", prevede che "*Si applicano inoltre, in quanto compatibili con le previsioni della presente parte, le disposizioni della parte II, titolo I a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, ovvero inferiore, nonché le ulteriori disposizioni della parte II indicate all'articolo 164, comma 2*" (tra le quali, per l'appunto, quelle relative alle "*modalità di esecuzione*").

Ciononostante, si ritiene di dover prediligere una lettura logico-sistematica che valorizzi la nozione di concessione trasfusa nel Codice (art. 3, comma 1, lett. uu e vv) basata sull'assimilazione di detto istituto al contratto di appalto con la fondamentale differenza del c.d. rischio operativo insito nella concessione, in recepimento delle definizioni di cui alla Direttiva Unica Appalti che indica l'elemento distintivo tra i due contratti (contratti secondo l'orientamento ormai prevalente) nel diritto del concessionario di gestione l'opera o il servizio accompagnato da un prezzo.

Detti elementi caratterizzanti la concessione non appaiono ostativi nel vaglio della compatibilità a cui devono essere sottoposte le norme dettate per gli appalti alle quali rinviare ai sensi del citato art. 164.

Analogamente, e soprattutto, avendo a mente la funzione degli incentivi tecnici prevista dalla legge delega del Codice (art. 1, comma 1, lett. rr della L. 11/2016) per la quale "*al fine di incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera*", non si ravvisa preclusione all'estensione dell'istituto in esame anche agli altri contratti pubblici, nei limiti, s'intende, delle specifiche tassative attività prescelte dal legislatore come meritevoli di premialità.

A corroborare tale impostazione soccorrono una serie di disposizioni del Codice che rinviano all'art. 113.

Così l'art. 3, comma 3, stabilisce che non si applica, tra l'altro, l'art. 113 a una serie di fattispecie espressamente enumerate: comma 2 del medesimo articolo, lettera a) (ovvero appalti di lavori, di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui tali appalti comportino lavori di genio civile di cui all'Allegato I o lavori di edilizia relativi a ospedali,

impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche), lettera b) (ovvero appalti di servizi di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, allorché tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui alla lettera), lettera d) (ovvero lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice) e lettera e) (ovvero lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione); inoltre, l'art. 113 non si applica nemmeno alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non siano organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza e agli enti aggiudicatori che affidino lavori, servizi, forniture, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), numero 1), qualora debbano trovare applicazione le disposizioni della parte II ad eccezione di quelle relative al titolo VI, capo I.

Si ritiene, pertanto, che quando il legislatore abbia inteso non incentivabili attività annoverabili tra le funzioni tecniche svolte nell'ambito di certi contratti pubblici lo abbia fatto esplicitamente.

D'altra parte, l'incentivabilità delle funzioni tecniche è prevista in altre disposizioni del Codice espressamente applicabili anche alle concessioni o indistintamente riferite a tutti i contratti pubblici.

In particolare, l'art. 31, rubricato "*Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*", stabilisce, al comma 12, che la valutazione, da parte dei competenti organismi di valutazione, dell'attività di controllo svolta dalla stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni (in base alle modalità organizzative e gestionali, attraverso le quali garantire il controllo effettivo da parte della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, programmando accessi diretti del RUP o del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione sul luogo dell'esecuzione stessa, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti, individuate preventivamente dal soggetto responsabile dell'unità organizzativa) incide anche sulla corresponsabile degli incentivi in esame.

Inoltre, l'art. 102, comma 6, stabilisce che il compenso spettante per l'attività di collaudo sull'esecuzione dei contratti pubblici (senza alcuna distinzione) è contenuto, per i dipendenti della stazione appaltante, nell'ambito dell'incentivo di cui all'art. 113. A tale proposito, la nozione di contratti pubblici contenuta nel Codice, si noti, ricomprende (art. 3, comma 1, lett. dd), del Codice) sia i contratti di appalto che di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti.

Per ciò che concerne il secondo quesito formulato dall'Ente, relativo alla incentivabilità delle funzioni tecniche svolte prima dell'approvazione del relativo regolamento, si ritiene di non discostarsi dai precedenti in argomento per i quali, ferma restando l'indispensabilità del regolamento e ammessa l'accantonabilità ad apposito fondo degli importi che potranno essere erogati successivamente all'adozione di detto regolamento, si deve ribadire l'irretroattività dell'efficacia dell'atto in questione (Sez. Veneto n. 353/2016/PAR e Sez. Lombardia n. 185/2017/PAR).

Con riferimento, infine, all'ultimo quesito posto dal Comune, relativo alla possibilità di porre a carico del soggetto aggiudicatario del contratto l'onere del pagamento delle somme spettanti ai dipendenti dell'Ente per gli incentivi in parola, per ciò che interessa in questa sede ci si limita a ricordare che la disciplina in esame, come novellata dapprima dall'art. 76, comma 1, lett. a), b) e c) del D.Lgs. 56/2017 (che hanno modificato, rispettivamente, i commi 1, 2 e 3), e dall'art. 1, comma 526, L. 205/2017 (che ha aggiunto il comma 5-bis), stabilisce le modalità di contabilizzazione e corresponsione degli incentivi in materia. Essi devono essere attinti, comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, dall'apposito fondo a valore sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e, più precisamente, dal medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture, salvo non siano in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dal pubblico dipendenti.

L'amministrazione, inoltre, stabilisce anche i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi alle norme del Codice.

Ulteriormente, la corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento delle specifiche attività svolte dai dipendenti.

Ed ancora, gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo.

Infine, è disciplinata la destinazione del restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo per acquisti di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico; una parte delle risorse può essere utilizzato per l'attivazione di tirocini formativi e di orientamento o per lo svolgimento di dottorati di ricerca di alta qualificazione nel settore dei contratti pubblici.

Risulta, pertanto, che *“La ratio legis è quella di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure. L'aver correlato normativamente la provvista delle*

risorse ad ogni singola opera con riferimento all'importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell'opera, àncora la contabilizzazione di tali risorse ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale” (Sez. Autonomie n. 6/SEZAUT/2018/QMIG).

Tanto considerato, si ritiene che la contabilizzazione, la gestione e l'onere finanziario dei benefici in esame, che costituiscono eccezione al principio di onnicomprensività della retribuzione del pubblico dipendente in funzione di incentivazione dell'efficienza e dell'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, sono oggetto di esclusivo adempimento in capo all'amministrazione, impregiudicata la libertà contrattuale di quest'ultima di ipotizzare, in sede di corrispettivo, una modalità di finanziamento degli oneri connessi che, tuttavia, non può andare a incidere sugli aspetti sopra riportati.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo per il Veneto rende il parere nei termini dianzi precisati.

Copia del parere sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco del Comune di Treviso (TV).

Così deliberato in Venezia, nella Camera di consiglio del 10 maggio 2018.

Il Magistrato relatore

F.to Elisabetta Usai

Il Presidente f.f.

F.to Maria Laura Prislei

Depositata in Segreteria il 21 giugno 2018

IL DIRETTORE DI SEGRETARIA

F.to Dott.ssa Raffaella Brandolese