



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

*Nell'adunanza del 18 ottobre 2018*

*composta dai magistrati:*

Diana CALACIURA TRAINA	Presidente
Maria Laura PRISLEI	Consigliere
Giampiero PIZZICONI	Consigliere
Tiziano TESSARO	Consigliere relatore
Amedeo BIANCHI	Consigliere
Francesca DIMITA	Primo Referendario

\*\*\*\*\*

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

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

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 modificato da ultimo con deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 229 del 19 giugno 2008 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;

VISTA la Legge 5 giugno 2003, n. 131 recante "*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3*", ed in particolare,

l'art. 7, comma 8;

VISTI gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004, come modificati e integrati dalla delibera n. 9/SEZAUT/2009/INPR del 3 luglio 2009 e, da ultimo dalla deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 54/CONTR del 17 novembre 2010;

VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Sarcedo prot. n. 7178 del 19/07/2018, acquisita al prot. C.d.c. n. 0006349-20/07/2018-SC\_VEN-T97-A;

VISTA l'ordinanza del Presidente n. 53/2018 di convocazione della Sezione per l'odierna seduta;

UDITO il relatore, Consigliere dott. Tiziano Tessaro,

### FATTO

Il Sindaco del Comune di Sarcedo (VI) ha trasmesso una richiesta di parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, inerente gli incentivi per funzioni tecniche ex articolo 113, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 recante il “*Codice degli appalti*” al fine di veder chiarito, alla luce, tra l'altro, della recente pronuncia di questa Sezione n. 198/2018/PAR:

1. *se in una concessione di servizi, qualora sia previsto un canone in favore del Comune, l'importo da considerarsi quale entità su cui parametrare l'incentivo massimo del 2% di cui al richiamato articolo 113 del decreto legislativo nr. 50/2016 debba essere il valore della concessione o l'importo del canone. (...);*
2. *se nel regolamento da adottarsi da ciascuna amministrazione per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche si possa prevedere autonomamente la possibilità di considerare o il valore della concessione o l'importo del canone ai fini del calcolo dell'incentivo.*

II. Preliminare all'esame nel merito della questione sottoposta al vaglio di questa Sezione, la Corte è tenuta a verificarne l'**ammissibilità**, ovvero, la sussistenza, nel caso di specie, del presupposto soggettivo (ossia della legittimazione del richiedente) e di quello oggettivo (attinenza della materia oggetto del quesito alla contabilità pubblica, carattere generale ed astratto della questione sottoposta, non interferenza dell'attività consultiva con altre funzioni della Corte dei conti o di altre giurisdizioni).

In relazione ai predetti presupposti deve richiamarsi innanzitutto l'art. 7, comma 8, della legge 131 del 05 giugno 2013 secondo il quale i soggetti giuridici legittimati alla richiesta di parere sono le Regioni, i Comuni, le Province e le Città Metropolitane, prevedendo espressamente che *“Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma, tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città Metropolitane”* ed, altresì, i criteri elaborati dalla Corte dei Conti con atto di indirizzo approvato dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004, nonché con successive deliberazioni n. 5/SEZAUT/2006 del 10 marzo 2006, n. 54/CONTR/2010 (SS.RR. in sede di Controllo) e, da ultimo, con deliberazione n. 3/SEZAUT/2014/QMIG, intervenute sulla questione nell'esercizio della funzione di orientamento generale assegnata dall'art. 17, comma 31, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102.

La Corte dei conti ha stabilito, infatti, che ai fini dell'ammissibilità della richiesta formulata devono sussistere contestualmente le seguenti condizioni:

- la richiesta deve essere formulata dall'organo politico di vertice e rappresentante legale degli Enti legittimati alla richiesta (Regione, Provincia, Comune);
- il quesito deve rientrare esclusivamente nella materia della contabilità pubblica, che può assumere un *“ambito limitato alla normativa e ai 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 finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli”* (Sez. Autonomie, deliberazione n. 5/AUT/2006) e non può ampliarsi a tal punto da ricomprendere *“qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa, con susseguente fase contabile attinente all'amministrazione della stessa ed alle connesse scritture di bilancio”* (SS.RR. deliberazione n. 54/CONTR/2010);
- il quesito deve avere rilevanza generale e astratta, non deve implicare valutazioni di comportamenti amministrativi o di fatti già compiuti né di provvedimenti formalmente adottati ma non ancora eseguiti, non deve creare commistioni con le altre funzioni intestate alla Corte, né contenere collegamenti con le funzioni giurisdizionali e requirenti della Corte

dei Conti o con eventuali giudizi pendenti innanzi alla magistratura penale, civile o amministrativa. Costituisce *ius receptum* il principio secondo il quale la richiesta di parere, pur essendo senz'altro di norma originata da un'esigenza gestionale dell'Amministrazione, debba essere finalizzata ad ottenere indicazioni sulla corretta interpretazione di principi, norme ed istituti riguardanti la contabilità pubblica.

È esclusivo onere dell'Amministrazione, infatti, applicare le norme al caso di specie, non potendo, al contrario, la richiesta di parere essere diretta ad ottenere indicazioni concrete per una specifica e puntuale attività gestionale, e dunque ogni valutazione in merito alla legittimità e all'opportunità dell'attività amministrativa resta in capo all'ente.

In altri termini, ai fini dell'ammissibilità dell'esercizio della funzione consultiva, il parere non deve indicare soluzioni alle scelte operative discrezionali dell'ente, ovvero, determinare una sorta di inammissibile sindacato in merito ad un'attività amministrativa *in fieri*, ma deve individuare o chiarire regole di contabilità pubblica (cfr., *ex multis*, Sezione Lombardia n. 78/2015, Sezione Trentino-Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, n. 3/2015).

Alla luce di quanto sopra premesso, pertanto, dovranno ritenersi inammissibili le richieste di parere concernenti valutazioni su casi o atti gestionali specifici, tali da determinare un'ingerenza della Corte dei conti nella concreta attività dell'Ente e, in ultima analisi, configurare una compartecipazione all'amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà e di indipendenza della Corte nell'espletamento delle sue funzioni magistratuali, anche di controllo.

Del pari, non potranno ritenersi ammissibili richieste di parere per la cui soluzione "*non si rinvergono quei caratteri -se non di esclusività- di specializzazione funzionale che caratterizzano la Corte in questa sede, e che giustificano la peculiare attribuzione da parte del legislatore*" (cfr. Sezione delle Autonomie delibera n. 3/2014), né istanze che, per come formulate, si sostanzino in una richiesta di consulenza di portata generale in merito tutti gli ambiti dell'azione amministrativa.

L'ausilio consultivo, inoltre, deve essere preventivo rispetto all'esecuzione da parte dell'Ente di atti e/o attività connessi alla/e questione/i oggetto di richiesta di parere. Non è, quindi, ammissibile l'esercizio *ex post* della funzione consultiva.

III. Tutto ciò premesso, sotto il **profilo soggettivo**, la richiesta deve ritenersi ammissibile, in quanto sottoscritta dal Sindaco dell'ente, organo politico e di vertice, rappresentante legale del medesimo. Si precisa, a tal proposito, che non appare ostativo all'ammissibilità della richiesta

*de quo*, la circostanza che la stessa non sia stata inoltrata per il tramite del Consiglio delle Autonomie locali (cd. CAL).

Il CAL nella Regione del Veneto, infatti, è stato formalmente istituito con la recente L.R. n. 31 del 25/09/2017, in attuazione dell'art. 16 Statuto del Veneto, approvato con Legge regionale statutaria 17 aprile 2012, n. 1, ma non è, ad oggi, ancora operativo.

A supporto di tale interpretazione, si ribadisce che lo stesso articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003 utilizza la locuzione "*di norma*", non precludendo, dunque, in linea di principio, la richiesta diretta da parte degli enti.

IV. Quanto al **profilo oggettivo**, va evidenziato che la richiesta deve essere giustificata da un interesse dell'ente alla soluzione di una questione giuridica incerta e controversa, a carattere generale e astratto. Ne discende che i casi non devono essere riferiti a fattispecie concrete, al fine di evitare da un lato l'ingerenza della Corte nelle scelte gestionali da compiere (amministrazione attiva) e dall'altro di evitare una funzione "*consulenziale*" (generale) sull'attività dell'Amministrazione locale (cfr. Sez. controllo Puglia 104/2010 e 118/2009), cui spetta procedere alla adeguata valutazione ponderativa di tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti e adottare le conseguenti scelte decisionali.

Secondo un principio ampiamente consolidato, infatti, la funzione consultiva non può risolversi in una surrettizia forma di coamministrazione o di cogestione incompatibile con la posizione di neutralità e di terzietà della magistratura contabile. Ne consegue che il parere viene reso unicamente avuto riguardo esclusivo alle questioni di natura generale ed astratta, e non può essere interpretato quale intervento atto a validare eventuali determinazioni *in itinere*, ovvero già assunte o atti già adottati *ex post*.

Dal punto di vista oggettivo la questione si delinea ammissibile, in quanto la richiesta di parere del Comune di Sarcedo verte in materia di incentivi per funzioni tecniche e come tale si inquadra nell'ambito della contabilità pubblica poiché riguarda il corretto utilizzo di risorse e più in generale il contenimento della spesa pubblica, ai fini di una sana gestione finanziaria dell'Ente.

V. Premesso quanto sopra in ordine alla delimitazione di competenza della Corte nell'ambito dell'attività consultiva, e dunque non potendo sindacare nel merito le eventuali scelte dell'ente, né tantomeno valutare l'esistenza dei presupposti che consentono di esprimersi sulla legittimità dell'azione amministrativa gestionale, questa Sezione prenderà in esame il quesito formulato dall'Amministrazione comunale offrendo una lettura interpretativa delle norme che

regolano la materia in oggetto.

VI. Nel merito, l'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016, rubricato "*Incentivi per funzioni tecniche*" prevede che "*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 09.04.2008 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.*"

In ordine alle modalità di applicazione dei precetti delineati dal sopracitato articolo, si riportano i principi derivanti dal consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi in materia, che questa Sezione condivide.

Gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge (comprese le direttive ANAC dalla stessa richiamate) o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa (cfr. parere 09.06.2017 n. 190 della Sezione

regionale di controllo per la Lombardia).

In mancanza di una gara l'art. 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e successive modificazioni non prevede l'accantonamento delle risorse e, conseguentemente, la relativa distribuzione (cfr. parere 09.06.2017 n. 185 della Sezione regionale di controllo per la Lombardia).

Va quindi evidenziato 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, ancora 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 deliberazione 26.04.2018 n. 6).

VII. Ciò premesso, quanto al primo punto della richiesta del comune di Sarcedo, diretta a verificare se il parametro del 2% di cui all'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016, nell'ambito di una concessione di servizi con previsione di un canone in favore del Comune, debba essere calcolato sul *“valore della concessione”* o *“sull'importo del canone”*, occorre porre in risalto quanto segue, rinviando -in via preliminare- a quanto già espresso da questa Sezione con deliberazione n. 198/2018/PAR sull'applicabilità dell'articolo 113 del D.lgs. n. 50/2016 ai contratti di concessione.

In particolare, si è sottolineato, nella citata deliberazione, il fatto che, in tema di concessioni, viene favorita *“ (...) 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.”*

Per quanto di interesse in questa sede, occorre evidenziare, altresì, che la modalità di calcolo dell'importo posto a base di gara nelle concessioni, la giurisprudenza amministrativa si è costantemente espressa (anche in vigenza del D.lgs. 163/2006) nel senso che ai fini di una concessione di servizi, il valore da porre a base di gara dovesse essere parametrato al fatturato complessivo che si prevedeva potesse derivare dalla fornitura dei servizi a favore della massa

degli utenti. L'indicazione di una chiara quantificazione del fatturato generato dalla concessione costituisce, invero, un onere della Stazione appaltante la quale è tenuta a compiere attendibili previsioni di stima, secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione stessa.

In altri termini, non si è ritenuta legittima la determinazione del valore posto a base di gara che prendesse come riferimento il canone dovuto dal concessionario, il quale rappresentava, peraltro, un elemento eventuale del rapporto concessorio.

La predetta modalità, infatti, non era ritenuta coerente con la natura della concessione di servizi, il cui tratto essenziale era (ed è) la controprestazione a favore del concessionario, costituita principalmente dal provento della gestione del servizio (fatturato), che a sua volta rappresenta il nucleo centrale dell'istituto. (in questo senso vedasi Consiglio di Stato n. 4343/2016, 2411/2017; 748/2017; ANAC delibera 245/2017).

A tal proposito, la citata Autorità di Vigilanza ha affermato che nonostante la difficoltà per le stazioni appaltanti di stimare i proventi dei contratti di concessione di servizi, poiché provengono interamente dagli utenti e non da chi bandisce la gara, l'esatta determinazione del valore dell'affidamento assume rilievo sotto molteplici aspetti: è infatti essenziale per poter fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio, serve ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea ed è necessaria per determinare l'entità delle cauzioni e del contributo dovuto all'Autorità.

La difficoltà di individuazione dell'importo a base di gara non può essere qualificata, inoltre, quale impossibilità assoluta, bensì quale mera difficoltà operativa dell'amministrazione originata per lo più dai rapporti instaurati con il precedente gestore (in questo senso Consiglio Stato sez. V n. 748/2017).

Inoltre, il Consiglio di Stato con recente sent. n. 4343/2016, ha affermato che *“per le concessioni nella nozione di “importo totale pagabile” è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'“importo totale pagabile” di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione”*.



Il computo corretto del valore del contratto assume, invero, rilevanza anche per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, e garantisce una corretta informazione al mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara (AVCP del. 40 del 19/12/2013)

Ne discende, quale logica conseguenza, che il valore della concessione non possa essere computato con riferimento al cd “ristorno” che rappresenta un costo della concessione, ed è elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio. (cfr. Cons. Stato sez. V, n. 748/2017, id. sez. III n. 4343/2016)

Tale consolidato orientamento nella giurisprudenza amministrativa ha avuto, del resto, piena consacrazione nel diritto comunitario, il quale è stato recepito successivamente dall'ordinamento nazionale tramite l'art. 167 del nuovo codice degli appalti (D.lgs. 50/2016).

Il citato art. 167 del codice degli appalti, infatti, prevede espressamente che *“Il valore di una concessione, ai fini di cui all'articolo 35, è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.”*

I successivi commi, inoltre, stabiliscono che *“2. Il valore stimato è calcolato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto un bando, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione.*

*3. Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore di più del 20 per cento rispetto al valore stimato, la stima rilevante è costituita dal valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.*

*4. Il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione. Nel calcolo del valore stimato della concessione, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori tengono conto, se del caso, in particolare dei seguenti elementi: a) il valore di eventuali forme di opzione ovvero di altre forme comunque denominate di protrazione nel tempo dei relativi effetti; b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore; c) i pagamenti o qualsiasi*

vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsivoglia forma, dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento; d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione; e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione; f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi; g) ogni premio o pagamento o diverso vantaggio economico comunque denominato ai ((candidati o agli offerenti.)).

5. Nel calcolo del valore stimato della concessione le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori tengono conto degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti.

6. La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato della concessione non può essere fatta con l'intenzione di escludere tale concessione dall'ambito di applicazione del presente codice. Una concessione non può essere frazionata al fine di escluderla dall'osservanza delle norme del presente codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino, valutate al momento della predisposizione del bando dalla amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

7. Quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti.

8. Quando il valore complessivo dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 il presente codice si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto.”.

La disposizione di cui sopra, in quanto norma di rango primario, è vincolante e costituisce, come sopra accennato, recepimento, nell'ordinamento italiano dell'art. 8 della direttiva n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; il citato art. 167 prescinde, inoltre -a differenza della direttiva comunitaria- da soglie minime di applicabilità o esenzioni per concessioni di minore valore economico (in questo senso TAR Napoli sezione VIII, n. 5596/2017).

La norma comunitaria ha stabilito che il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e

servizi.

Del resto, non si può non evidenziare che l'indicazione del valore della concessione all'interno del bando è essenziale ed obbligatoria per garantire ai soggetti concorrenti alla procedura di gara la possibilità di formulare la propria offerta nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere (T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, 14.02.2017, n. 239); l'eventuale omissione di questo dato, inoltre, non può essere superata dalla semplice indicazione del canone di concessione (in questo senso Consiglio di Stato sez. III n. 2926/2017).

Da quanto esposto appare chiaro, pertanto, che ai fini dell'incentivazione per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti, il 2% sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara, si debba calcolare sul fatturato totale che si prevede possa derivare dalla fornitura dei servizi a favore dall'insieme degli utenti e non sul canone di concessione, secondo il principio interpretativo *in claris non fit interpretatio*.

Tanto premesso, condividendo la tesi maggioritaria e consolidata dei giudici amministrativi da un lato, e dell'Autorità di vigilanza dall'altro, si ribadisce che il valore della concessione non possa essere determinato sulla scorta di un elemento del tutto eventuale e non indicativo degli effettivi valori economici originati dal rapporto concessorio.

La *ratio legis* perseguita dalla norma, infatti, consiste nel garantire che il valore della concessione sia correlato al complesso degli introiti che possono essere ricavati, sotto qualsiasi forma, dal concessionario (comprensivi quindi sia di quelli rinvenibili dal mercato che di quelli ricevuti direttamente dall'ente concedente o da altri soggetti, comunque in relazione all'oggetto della concessione, ovvero alla gestione del servizio). Nell'intenzione del legislatore la corretta determinazione del valore del contratto, del resto, è rilevante non solo ai fini della disciplina applicabile, ma altresì è atta a consentire agli operatori economici la possibilità di formulare un'offerta economica più consapevole (*ex multis*, ANAC delibera n. 245/2017, parere 104/2015).

In questa logica, non vi è spazio per parametrare tale valore al canone corrisposto dal concessionario, che evidentemente non rappresenta per quest'ultimo un introito quanto un esborso peraltro -lo si ribadisce- eventuale, cui lo stesso concessionario deve far fronte nell'ambito del rapporto concessorio.

Quanto al secondo punto della richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di Sarcedo, ovvero, “*se nel regolamento da adottarsi da ciascuna amministrazione per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche si possa prevedere autonomamente la*

*possibilità di considerare o il valore della concessione o l'importo del canone ai fini del calcolo dell'incentivo", questa Sezione non può che richiamare i principi fondamentali che reggono la disciplina delle fonti.*

Nella gerarchia delle fonti del diritto, i regolamenti rappresentano delle fonti secondarie e dunque, per tale ragione non possono derogare o contrastare con la Costituzione, né con i principi in essa contenuti, non possono derogare o contrastare con le leggi ordinarie, salvo che sia una legge ad attribuire loro il potere -in un determinato settore e per un determinato caso- di innovare anche nell'ordine legislativo (delegificando la materia); non possono regolamentare le materie riservate dalla Costituzione alla legge ordinaria o costituzionale (riserva assoluta di legge), né derogare al principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi).

Ne consegue evidentemente che il regolamento comunale non può prevedere una disciplina *contra legem* che determini la possibilità di prevedere quale base di calcolo per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del D.Lgs. 50/2016 l'importo del canone concessorio sostituendolo al valore del fatturato totale.

#### **P.Q.M.**

La Sezione regionale di controllo per il Veneto rende il parere nei termini sopra espressi.

Copia della presente delibera sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco del Comune di Sarcedo (VI).

Così deliberato in Sarcedo, nella Camera di consiglio del 18 ottobre 2018.

Il Magistrato relatore

Tiziano Tessaro

Il Presidente

Diana Calaciura Traina

Depositato in Segreteria il 27 novembre 2018

IL DIRETTORE DI SEGRETARIA

Dott.ssa Raffaella Brandolese