



SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Simonetta Rosa	Presidente
dott. Marcello Degni	Consigliere
dott. Giampiero Gallo	Consigliere
dott. Mauro Bonaretti	Consigliere
dott. Luigi Burti	Consigliere
dott.ssa Rossana De Corato	I Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	I Referendario
dott.ssa Alessandra Cucuzza	Referendario
dott. Ottavio Caleo	Referendario (relatore)
dott.ssa Marinella Colucci	Referendario

nell'adunanza in camera di consiglio del 26 febbraio 2019 e del 13 marzo 2019 ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

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", in particolare l'articolo 7, comma 8;

Vista la nota acquisita al protocollo di questa Sezione n. 1799 in data 18 febbraio 2019 con la quale il Sindaco del Comune di Voghera (PV) ha chiesto un parere ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza del 26 febbraio 2019 per deliberare sulla richiesta del Sindaco del comune sopra citato;

Vista la decisione collegiale di rinviare a successiva camera di consiglio la deliberazione sul parere richiesto;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente della Sezione ha convocato in data odierna la Sezione stessa per deliberare sul parere richiesto;

Udito il relatore, dott. Ottavio Caleo;

PREMESSO

Il Sindaco del Comune di Voghera (PV) ha inviato la richiesta di parere sopra indicata vertente sulle modalità per il riconoscimento degli incentivi per funzioni tecniche nel caso di concessione di servizi.

In particolare, il Sindaco del Comune di Voghera, premessa l'intenzione di affidare in concessione, mediante procedura ad evidenza pubblica, la gestione della segnaletica direzionale, di impianti pubblicitari di servizio, di impianti pubblicitari e di cartellonistica stradale sul suolo pubblico, chiede:

1. *“se anche nel caso in cui il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nella esclusiva disponibilità dell'operatore economico aggiudicatario, l'incentivo per funzioni tecniche debba essere determinato sul valore posto a base di gara e quindi sul fatturato presunto”;*
2. *“in caso affermativo, considerato che il canone è versato in quote annuali nella misura di € 20.500 e che l'incentivo, pari a € 62.500, deve invece essere riconosciuto in correlazione all'esigibilità della prestazione effettivamente svolta, se è corretto che l'Ente anticipi, a valere sulle risorse correnti di bilancio, l'importo da erogare al personale dipendente”;*
3. *«considerato che l'art. 113, comma 5-bis, D.Lgs. 50/2016 prevede che “gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavoro, servizi e forniture” quale condizione per poter considerare detti importi esclusi dal limite di cui all'art. 23, comma 2, D.Lgs. 75/2017 (Corte Conti Sezione delle Autonomie n. 6/SEZAUT/2018/QMIG), e che in questo caso non vi è un capitolo di spesa in quanto non sono previsti nel bilancio comunale costi correlati alla gestione della concessione, in questo caso come occorre contabilizzare l'importo per incentivi per soddisfare la condizione necessaria all'esclusione dal limite previsto per il salario accessorio»;*
4. se *“stante il combinato disposto degli articoli 31, comma 5 e 113, comma 2, ult. Cpv. del D.Lgs. 50/2016 e viste le Linee guida ANAC n. 3, approvate con deliberazione n. 1007 dell'11/10/2017,*

con cui al punto 10.2 è stato definito l'importo massimo e la tipologia dei servizi e forniture per le quali il RUP può coincidere con il direttore dell'esecuzione del contratto, è legittimo, nel caso prospettato, riconoscere l'incentivo per funzioni tecniche nel caso in cui, con provvedimento dirigenziale, sia nominato direttore dell'esecuzione il RUP. In caso affermativo se è corretto corrispondere al medesimo dipendente l'incentivo sia per le funzioni di RUP che di direttore dell'esecuzione del contratto”.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Secondo ormai consolidati orientamenti assunti dalla Magistratura contabile in tema di pareri da esprimere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, occorre verificare, in via preliminare, se la richiesta di parere presenti i necessari requisiti di ammissibilità, sia sotto il profilo soggettivo, con riferimento alla legittimazione dell'organo richiedente, sia sotto il profilo oggettivo, concernente l'attinenza dei quesiti alla materia della “*contabilità pubblica*”.

Nel caso in esame la richiesta di parere deve essere dichiarata soggettivamente ammissibile, in quanto formulata dal Sindaco del Comune interessato, organo politico e di vertice, rappresentante legale del medesimo Ente.

Salvo quanto di seguito precisato in relazione al quesito n. 4, la stessa risulta parimenti ammissibile sotto il profilo oggettivo essendo le questioni interpretative proposte riconducibili alla materia della “*contabilità pubblica*” strumentale all'esercizio della funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, e sussistendo, altresì, i requisiti individuati nelle pronunce di orientamento generale, rispettivamente, delle Sezioni riunite in sede di controllo (v. deliberazione n. 54/CONTR/10) e della Sezione delle Autonomie (cfr., nello specifico, deliberazioni n. 5/AUT/2006, n. 9/AUT/2009 e n. 3/SEZAUT/2014/QMIG).

In particolare la disciplina degli incentivi per funzioni tecniche -oggetto di numerose pronunce da parte delle Sezioni regionali, nonché delle Sezioni Riunite e della Sezione delle Autonomie di questa Corte- risulta riconducibile alla “*materia della contabilità pubblica*” come intesa, in chiave evolutiva, nella giurisprudenza contabile, interessando, in via diretta, i vincoli che l'ente deve rispettare nel corretto utilizzo di risorse e, più in generale, nella gestione della propria dinamica di spesa nell'ottica del costante mantenimento degli equilibri di bilancio e di una sana gestione finanziaria.

In ossequio alla costante giurisprudenza delle Sezioni di controllo le questioni poste nella richiesta di parere in esame possono essere esaminate in chiave generale e astratta, non essendo scrutinabili nel merito istanze concernenti valutazioni su casi o atti gestionali specifici,

in una prospettiva, non conforme a legge, di apertura ad una consulenza generale della Corte dei conti, incompatibile con le funzioni alla stessa attribuite dal vigente ordinamento e con la sua fondamentale posizione di indipendenza e neutralità.

Conseguentemente il Collegio prenderà in esame i quesiti formulati dall'Amministrazione comunale offrendo una lettura interpretativa generale del quadro normativo di riferimento, non potendo costituire, di contro, oggetto di valutazione da parte della Sezione i profili inerenti alla legittimità delle singole corresponsioni dei predetti incentivi al personale del Comune.

Sotto questo profilo risulta inammissibile il quesito di cui al n. 4 con cui l'Ente chiede se sia legittimo riconoscere l'incentivo per funzioni tecniche al RUP nominato, con provvedimento dirigenziale, direttore dell'esecuzione del contratto e se sia possibile riconoscere al medesimo dipendente l'incentivo tanto per le funzioni di RUP che per quelle di direttore dell'esecuzione.

Si tratta, difatti, di specifica questione relativa alla corresponsione degli incentivi in parola di ordine meramente gestionale e, come tale rimessa, alla discrezionalità e responsabilità dell'ente istante.

Sul tema, tuttavia, la Sezione rileva, in ottica collaborativa, come, per effetto delle modifiche apportate all'art. 113 dall'art. 76, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 56 del 2017, i compensi incentivanti in parola siano erogabili, in caso di servizi o forniture, solo laddove sia stato nominato il direttore dell'esecuzione, nomina richiesta - come recentemente osservato dalla Sezione delle Autonomie nella precitata deliberazione n. 2/SEZAUT/2019/QMIG - *“secondo le Linee guida ANAC n. 3 – par. 10.2, soltanto negli appalti di forniture e servizi di importo superiore a 500.000 euro ovvero di particolare complessità”*.

L'art. 111, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. prevede che, di norma, il direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o di forniture coincida il responsabile unico del procedimento, ma la disciplina di attuazione contenuta nelle Linee guida A.N.AC. n. 3 – par. 10.2 sopra richiamate individua espressamente i casi in cui il direttore dell'esecuzione del contratto non può coincidere con il responsabile del procedimento (tra cui proprio quelli di prestazioni di importo superiore a 500.000 euro e interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico).

Dal disposto normativo sopra richiamato risulta, dunque, che, nei suddetti casi, anche ai fini dell'erogazione dei predetti compensi incentivanti nell'ambito di servizi e forniture, la figura del direttore dell'esecuzione del contratto deve essere diversa da quella del responsabile unico del procedimento: diversamente opinando, in siffatte ipotesi, *“nessun dipendente svolgente le funzioni enumerate dal comma 2 dell'articolo 113 può percepire compensi incentivanti”* (in questi termini cfr. Sezione regionale controllo Lazio, deliberazione n. 57/2018/PAR).

La risposta nel merito agli altri quesiti presuppone una sintetica disamina del quadro normativo di riferimento, tralasciando i profili di non immediato interesse nel caso in esame, salvo richiamare, in seguito, gli orientamenti della giurisprudenza contabile in materia funzionali a fornire il riscontro richiesto.

L'art. 113 del menzionato d.lgs. n. 50/2016 fissa la possibilità di erogare emolumenti economici accessori a favore del personale interno alle Amministrazioni pubbliche espletante attività tecniche e amministrative nelle procedure di programmazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo (o verifica di conformità) degli appalti di lavori, servizi o forniture.

Nello specifico la norma in discorso prevede che, a valere sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti, le amministrazioni aggiudicatrici possano destinare ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2% modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse ivi espressamente indicate (programmazione della spesa per investimenti, valutazione preventiva dei progetti, predisposizione e controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, funzioni di RUP, direzione dei lavori o direzione dell'esecuzione e 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). La costituzione del fondo non è prevista 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.

Rispetto alla normativa previgente (art. 93, comma 7-bis e ss., del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) la disposizione in esame trova espressa applicazione non solo per gli appalti di lavori,

ma anche per quelli relativi a servizi o forniture nel caso in cui (secondo le integrazioni apportate all'art. 113 dall'art. 76, comma 1, lett. b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) sia stato nominato il direttore dell'esecuzione: il tenore letterale della norma, che fa espresso riferimento all'importo dei lavori, servizi e forniture "posti a base di gara", induce a ritenere incentivabili le sole funzioni tecniche svolte rispetto a contratti affidati mediante lo svolgimento di una procedura di gara (cfr., *ex multis*, la deliberazione di questa Sezione n. 190/2017/PAR; Sez. controllo Puglia n. 9/2018/QMIG; Sez. controllo Marche n. 28/2018/PAR).

Il ricorso al predetto meccanismo premiale è subordinato alla preventiva approvazione, da parte dell'Amministrazione, di un regolamento interno e alla conclusione di un accordo di contrattazione decentrata in cui vanno regolati i criteri di ripartizione fra i dipendenti interessati.

Nel succitato regolamento -la cui adozione è considerata, nella giurisprudenza contabile (cfr., *ex multis*, Sez. controllo Veneto n. 353/2016/PAR; Sez. controllo Regione autonoma Friuli Venezia Giulia n. 6/2018/PAR) condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo- vanno individuate le modalità ed i criteri della ripartizione dei compensi incentivanti, oltre alla percentuale, che, comunque, non può superare i limiti quantitativi posti dalla medesima norma. In particolare il comma 3 dell'art. 113 prevede che *"l'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2"* possa essere ripartito, per ciascun lavoro, servizio, fornitura, con le modalità sopra indicate, *"tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori"*. Il restante 20%, invece, va destinato secondo quanto prescritto dal successivo comma 4 (acquisto di strumentazioni e tecnologie funzionali all'uso di metodi elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture; attivazione di tirocini formativi e di orientamento; svolgimento di dottorati di ricerca etc.).

La norma fissa, inoltre, un limite individuale alla corresponsione degli incentivi in parola, stabilendo che, complessivamente, nel corso dell'anno, un singolo dipendente non possa percepire emolumenti di importo superiore al 50% del proprio trattamento economico annuo lordo. Il comma 3 precisa, inoltre, che gli importi indicati devono essere *"comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione"*.

L'art. 1, comma 526, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018) ha introdotto il comma 5-bis all'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 il quale prevede testualmente che

«Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture».

Il nuovo intervento normativo ha definitivamente chiarito che gli incentivi per le funzioni tecniche non fanno carico ai capitoli della spesa del personale, ma devono essere ricompresi nel quadro economico del singolo contratto: com'è noto, sulla base dello *ius superveniens*, la Sezione delle Autonomie (intervenendo nuovamente sulla questione alla luce del mutato contesto normativo di seguito alle deliberazioni n. 7/SEZAUT/2017/QMIG e n. 24/SEZAUT/2017/QMIG) ha affermato che “*Gli incentivi disciplinati dall’art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel testo modificato dall’art. 1, comma 526, della legge n. 205 del 2017, erogati su risorse finanziarie individuate ex lege facenti capo agli stessi capitoli sui quali gravano gli oneri per i singoli lavori, servizi e forniture, non sono soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall’art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017*” (Corte Conti, Sezione delle Autonomie n. 6/SEZAUT/2018/QMIG).

Con il primo quesito, preso atto dell’orientamento delle Sezioni regionali di controllo (cfr. Sez. controllo Veneto, deliberazioni n. 198/2018/PAR e n. 455/2018/PAR) che estende la possibilità di riconoscere l’incentivo per funzioni tecniche *ex art. 113 del d.lgs. n. 50/2016* anche con riferimento alle concessioni (e ai contratti di partenariato), si chiede se anche nell’ipotesi in cui il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nell’esclusiva disponibilità dell’operatore economico aggiudicatario, l’incentivo per funzioni tecniche debba essere determinato sul valore posto a base di gara e, quindi, sul fatturato presunto generato dalla fornitura del servizio alla massa degli utenti.

Al riguardo, preliminarmente, il Collegio ritiene di doversi soffermare sulla questione relativa all’applicabilità dell’incentivo per funzioni tecniche *ex art. 113 del d.lgs. n. 50/2016* anche con riferimento al settore delle concessioni.

Si tratta di una problematica venuta solo recentemente in emersione e affrontata *funditus* nelle delibere della Sezione di controllo per il Veneto sopra richiamate nelle quali si ammette che, attraverso il regolamento di cui all’art. 113, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, gli enti locali possano procedere all’estensione dell’istituto in esame anche alle procedure di aggiudicazione regolate dalla parte III del codice (concessione di lavori pubblici o di servizi) e dalla parte IV (partenariato pubblico o/e privato) nei limiti, naturalmente, delle specifiche e tassative attività prescelte dal legislatore come meritevoli di premialità.

La questione è solo lambita dalla deliberazione Sezione regionale controllo Lazio n. 57/2018/PAR dove si esclude che tali incentivi possano erogarsi nei casi che l'art. 17 del codice dei contratti pubblici fa oggetto di "Esclusioni specifiche" (ad es. servizi legali connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri), ma si tratta, a ben vedere, di casi di inoperatività delle disposizioni del codice dei contratti pubblici, valevoli tanto per i contratti di appalto che per le concessioni.

L'approccio ermeneutico seguito dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto (in particolare nella deliberazione n. 198/2018/PAR) muove dalle difficoltà legate ad un'interpretazione estensiva dell'istituto premiale in ragione, anzitutto, della *sedes materiae* (l'art. 113 è collocato nella parte II del codice, dedicata alla disciplina dei contratti di appalto per lavori, servizi e forniture); a ciò si unisce la difficoltà di interpretare la portata del rinvio alle disposizioni codicistiche in tema di appalto contenuto all'art. 164, comma 2, del medesimo codice relativamente alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi, con particolare riguardo al problema 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*».

Nondimeno, la tesi estensiva è suffragata da ampiezza di argomenti testuali e logico-sistematici da cui si evince che "quando il legislatore abbia inteso non incentivabili attività annoverabili tra le funzioni tecniche svolte nell'ambito di certi contratti pubblici lo ha fatto esplicitamente"; inoltre 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: è il caso dell'art. 31, comma 12, su ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni e dell'art. 102, comma 6, a mente del quale 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.

Così, secondo quanto affermato nella succitata deliberazione n. 198/2018/PAR, rileva, ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche, una nozione unitaria di contratti pubblici imposta dal diritto positivo (cfr. art. 3, comma 1, lett. dd) del Codice) e comprensiva sia dei contratti di appalto che di concessione, con la fondamentale differenza del c.d. rischio operativo insito nella concessione che giustifica la diversa forma di remunerazione accordata, in tale caso, all'operatore economico.

Tanto premesso, il Collegio non rinviene, in linea di principio, ragioni per discostarsi dall'orientamento assunto in merito dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto in materia di riconoscibilità dell'incentivo per le funzioni tecniche per le ipotesi di concessioni.

Ciò soprattutto alla luce della *ratio* sottesa al riconoscimento del meccanismo premiale in discorso, strumentale ad accrescere, nell'esecuzione delle commesse pubbliche, *“efficienza ed efficacia di attività tipiche dell'amministrazione, passibili di divenire economicamente rilevanti?”* (così Sezione regionale di controllo Toscana, deliberazione n. 63/2018).

Nella prospettiva del miglioramento della qualità spesa pubblica in un settore fondamentale per gli investimenti e la crescita economica, il riconoscimento di compensi incentivanti esprime, sotto questo profilo, esigenze comuni alla materia della contrattualistica pubblica relativa ad appalti e concessioni, salve le peculiarità disciplinari che connotano tradizionalmente quest'ultimo istituto.

Del resto, come recentemente osservato (cfr. Sezione regionale controllo Lazio, deliberazione n. 57/2018/PAR) *“la ratio dei nuovi incentivi è, infatti, anzitutto quella di stimolare e premiare l'ottimale utilizzo delle professionalità interne, rispetto al ricorso all'affidamento all'esterno di incarichi professionali, che sarebbero comunque forieri di oneri aggiuntivi per l'Ente, con aggravio della spesa complessiva”*.

Tale lettura appare anche in linea con la portata estensiva di alcune recenti pronunce che hanno caratterizzato la materia, emblematiche di un sempre più ampio *“approccio funzionale”* nell'ermeneusi delle regole relative ad una premialità, quale quella in esame, collegata all'accrescimento di efficienza ed efficacia di attività tipiche dell'amministrazione.

È il caso, tra l'altro, della recente deliberazione della Sezione di controllo per la Puglia n. 162/2018/PAR - in cui l'incentivo viene ammesso, a certe condizioni, anche in riferimento a varianti contrattuali di lavori, forniture e servizi di appalti comunque affidati mediante gara o procedure competitive – e della deliberazione n. 2/SEZAUT/2019/QMIG della Sezione delle Autonomie che ha riconosciuto, nei limiti previsti dalla norma, l'incentivabilità delle funzioni tecniche negli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria di particolare complessità.

Il Collegio, pur aderendo, sostanzialmente, all'approdo ermeneutico venutosi a delineare nella giurisprudenza contabile sopra richiamata, ritiene opportuno sollecitare, in assenza di un dato positivo univoco, una pronuncia di orientamento generale in ordine all'incentivabilità delle funzioni tecniche in materia di concessioni.

Tale soluzione appare imposta dalla specialità che contraddistingue la disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche rispetto al principio generale della onnicomprensività della retribuzione dei dipendenti pubblici in forza del quale, ad esempio, l'espressa possibilità di applicare detta normativa ai casi di appalti relativi a servizi o forniture è stata sancita, come detto, solo da un'apposita modifica normativa.

Sotto altro profilo un intervento nomofilattico su una questione ancora non consolidata appare indispensabile per prevenire incertezze applicative in una materia contrassegnata, nel tempo, da notevoli oscillazioni e contrasti interpretativi, determinati da una normativa sovente carente e ondivaga, causa del frequente ricorso all'intervento pretorio.

Non può essere trascurata, poi, la possibile ricaduta, in termini di programmazione e impatto sul bilancio degli enti locali, legata al riconoscimento dell'incentivo per le funzioni tecniche in ipotesi di concessioni.

Anzitutto, a monte, appare necessario che il ricorso alla prestazione incentivante risulti coerente con gli strumenti di programmazione economico-finanziaria dell'ente, con particolare riguardo al programma biennale degli acquisti di beni e servizi e alla programmazione dei lavori pubblici di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Inoltre, se pure la corresponsione dell'incentivo è assoggettata, anche in questo caso, ai suddetti limiti normativi, non può non cogliersi un'importante differenza -palesata dalla richiesta di parere in esame- rispetto al caso dei contratti di appalto.

In tali ipotesi gli incentivi di che trattasi gravano sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture: pertanto, già nell'ambito delle risorse destinate al contratto pubblico, una parte viene accantonata, a monte, per la specifica finalità dell'erogazione del compenso incentivante quale premialità per la realizzazione della procedura competitiva e la corretta esecuzione del contratto.

Discorso diverso è quello in cui non vi sia un capitolo di spesa dedicato in quanto non sono previsti nel bilancio comunale costi correlati alla gestione del contratto, come avviene per le concessioni: in siffatta ipotesi l'ente è chiamato necessariamente ad impiegare, ai suddetti fini, risorse proprie paramtrate sulle entrate derivanti dal canone concessorio che potrebbero, tuttavia, risultare non calibrate alla misura che può concretamente assumere l'incentivo.

Tale evenienza emerge, in modo emblematico, dalla disamina del primo quesito posto dal Comune in ordine al quale il Collegio ritiene, in linea con quanto ulteriormente osservato dalla Sez. controllo Veneto nella deliberazione n. 455/2018/PAR (anche alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa) che l'incentivo per funzioni tecniche in caso di concessioni, una volta che se ne ammetta l'assentibilità, risulti determinabile non già con riferimento al canone dovuto dal concessionario, ma solo con riguardo al valore posto a base di gara.

Tale lettura appare necessitata dal combinato disposto dell'art. 113 -nella misura in cui fissa l'ammontare del Fondo in misura non superiore al 2% dell'importo dei lavori, servizi e forniture "posti a base di gara"- e dell'art. 167 dello stesso codice dei contratti pubblici che ricollega indefettibilmente il valore di una concessione al fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto nei termini ivi specificati.

Sotto questo profilo appare irrilevante, ai suddetti fini, che il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nell'esclusiva disponibilità dell'operatore economico aggiudicatario se solo si ha riguardo alla particolare forma di remunerazione che connota tale tipologia contrattuale in cui il trasferimento della gestione del servizio all'operatore economico (con diritto ai relativi proventi) è bilanciato dall'assunzione, in capo allo stesso, del c.d. "rischio operativo" legato alla gestione dello stesso servizio.

In questo senso, per l'Amministrazione che intenda prevedere compensi incentivanti ex art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 in caso di concessione, risulta, anche a tali fini, fondamentale un'attendibile previsione del fatturato generato del contratto, secondo quanto più volte rimarcato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343) e in linea con il metodo di calcolo oggi fissato dal suddetto art. 167 del d.lgs. n. 50/2016: ciò, soprattutto laddove, nella decisione dell'Ente, la corresponsione degli incentivi in questione sia stata correlata alle previsioni di entrata derivante dal canone previsto a carico del concessionario.

Uno spunto in questo senso è già ricavabile dalla ridetta pronuncia della Sezione di controllo per il Veneto n. 198/2018/PAR ove si lascia impregiudicata la libertà contrattuale dell'Amministrazione di ipotizzare, in sede di corrispettivo, una modalità di finanziamento degli oneri connessi, così avvalorando, implicitamente, soluzioni negoziali che pongano di fatto a

carico del concessionario la quota di compenso incentivante da riconoscere al personale dell'Ente.

Tuttavia, da tutto quanto precede risulta che, in particolar modo nei casi di concessioni relative a lavori o servizi con elevato volume d'affari, un incentivo per funzioni tecniche rapportato al valore posto a base di gara, pur modulato dall'Amministrazione nei limiti consentiti dalla norma sopra richiamata, potrebbe rivelarsi non sostenibile, soprattutto ove l'Ente interessato, in sede di programmazione, non abbia adeguatamente ponderato e parametrato, anche a tali fini, il canone dovuto dal concessionario, quale unica entrata destinata al finanziamento della premialità.

Le inevitabili ricadute sotto il profilo disciplinare della questione in esame involgono l'interesse non solo del Comune istante, ma di tutte le "amministrazioni aggiudicatrici" (ministeri, enti pubblici non economici, università, aziende sanitarie etc.) soggette all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Conseguentemente la scrivente Sezione regionale di controllo ritiene opportuno deferire al Presidente della Corte dei conti la seguente questione interpretativa di massima di carattere generale: *"se l'incentivo per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016 possa essere riconosciuto, per via regolamentare, anche in caso di concessioni e se, in siffatta ipotesi, il compenso premiale, anche laddove il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nella esclusiva disponibilità dell'operatore economico aggiudicatario, debba essere determinato sul valore posto a base di gara e non con riguardo all'ammontare del canone concessorio"*.

Nell'ipotesi in cui la questione di massima sopra illustrata venga definita nel senso dell'ammissibilità degli incentivi per funzioni tecniche in ipotesi di concessioni, la Sezione ritiene che le problematiche poste dal Comune, in particolare con il terzo e il quarto quesito, possano dare luogo ad ulteriori questioni di massima, dirimenti ai fini della necessità di orientare in termini generali l'autonomia regolamentare dei soggetti interessati.

In particolare, con il terzo quesito, stante il disposto dell'art.113, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 50/2016 in forza del quale gli incentivi in parola gravano sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture, con conseguente esclusione dal vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici dall'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 75/2017 secondo quanto statuito dalla Sezione delle Autonomie nella deliberazione n. 6/SEZAUT/2018/QMIG, l'ente chiede come occorre contabilizzare l'importo per incentivi

per soddisfare la condizione necessaria all'esclusione dal limite previsto per il salario accessorio nel caso in cui non vi sia un capitolo di spesa in quanto non sono previsti nel bilancio comunale costi correlati alla gestione della concessione.

La questione è connessa a quella posta con il secondo quesito con cui si chiede se è corretto che l'Ente anticipi, a valere sulle risorse correnti di bilancio, l'importo da erogare al personale dipendente per le prestazioni incentivate sopra richiamate.

Al riguardo, come già osservato in altra circostanza (cfr. deliberazione n. 312/2017/PAR) si fa notare che risulta precluso a questa Corte fornire dettagliate indicazioni operative finalizzate a supportare specifici comportamenti amministrativi e gestionali dell'Ente istante, spettando a quest'ultimo individuare le concrete modalità di specifica quantificazione e liquidazione del predetto Fondo incentivante.

Ai suddetti fini l'Ente dovrà procedere nell'osservanza dei limiti normativi posti dall'art. 113 e dei principi contabili, con particolare riguardo al principio di competenza finanziaria potenziata e alle regole che presiedono alla costituzione del fondo pluriennale vincolato in presenza di risorse accertate che, in quanto destinate al finanziamento di obbligazioni passive dell'ente già impegnate, ma esigibili in esercizi successivi, richiedono un periodo di tempo pluriennale per il loro effettivo impiego e utilizzo per le finalità programmate.

Sul punto è d'uopo rilevare, inoltre, il costante orientamento della giurisprudenza contabile (cfr. Sezione regionale di controllo Toscana, deliberazione n. 63/2018; Sezione regionale di controllo Liguria, deliberazione n. 136/2018/PAR) che rimarca come l'articolo 113 del d.lgs. n. 50/2016, allo scopo di erogare l'incentivo, richiede l'effettivo svolgimento di una delle attività elencate dalla norma di riferimento.

Difatti (cfr. Sezione regionale di controllo Lazio, deliberazione n. 57/2018/PAR) gli incentivi devono essere correlati allo svolgimento delle prestazioni tecniche realmente svolte, in modo da remunerare il concreto carico di responsabilità e di lavoro assunto dai dipendenti; sotto questo profilo la norma, al comma 3, prevede che la corresponsione dell'incentivo sia disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento delle specifiche attività svolte dai dipendenti.

Inoltre, seppure, in via generale, l'accantonamento –a monte– degli stanziamenti finalizzati a costituire ed impinguare il Fondo è frutto di una discrezionale ed unilaterale scelta dell'Ente (così Sezione regionale di controllo Lazio, deliberazione n. 57/2018/PAR) per

l'Amministrazione che intenda prevedere compensi incentivanti *ex art.* 113 del d.lgs. n. 50/2016 in caso di concessione (ove se ne ammetta la praticabilità per tutto quanto sopra evidenziato) appare necessaria un'attenta valutazione in ordine alle risorse all'uopo devolvibili e in merito all'opportunità di adottare specifiche misure prudenziali rispetto al rischio di mancata riscossione del canone da parte del concessionario.

In ordine al terzo quesito sopra richiamato va osservato come la stessa pronuncia nomofilattica ivi menzionata abbia rilevato come, con l'inserimento del predetto comma 5 *bis* all'interno dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, il legislatore abbia inteso compiere *“un intervento volto a tipizzare espressamente l'allocazione in bilancio degli incentivi per le funzioni tecniche”* all'esito del quale permane, tuttavia, *“l'esigenza di chiarire le specifiche modalità operative di contabilizzazione”*.

Sempre subordinatamente alla risoluzione della questione principale sopra descritta, la predetta pronuncia reca dei principi di fondo che sembrano utilizzabili per una corretta impostazione della problematica in termini generali anche in ordine alla contabilizzazione di compensi incentivanti da riconoscere in caso di concessioni.

Anzitutto, in forza del predetto orientamento, gli incentivi in parola, anche alla luce del precipuo regime vincolistico cui sono assoggettati, devono necessariamente gravare su risorse autonome e predeterminate del bilancio dell'Ente interessato, con un chiaro riferimento sinallagmatico tra le fasi di programmazione ed esecuzione della commessa pubblica e l'appostamento delle risorse destinate alla corresponsione degli incentivi.

In questo senso, *“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”* (cfr. sempre deliberazione n. 6/SEZAUT/2018/QMIG).

Va, tuttavia, ricordato come il comma 1 dello stesso articolo preveda che gli oneri in questione facciano carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa *o*, comunque, *“nei bilanci delle stazioni appaltanti”*.

Tale previsione normativa sembra, così, consentire sempre alle Amministrazioni l'allocazione, nel proprio bilancio, di specifiche risorse destinate alla corresponsione dei suddetti compensi: anche in siffatte ipotesi gli incentivi risultano erogabili nel rispetto dei suddetti limiti normativi posti dall'art. 113 più volte citato e in presenza di una sicura copertura, come più volte ribadito dalla giurisprudenza contabile (cfr. la deliberazione di questa Sezione

n. 304/2018/PAR; Sez. Liguria 58/2017/QMIG e Sezione Toscana, deliberazioni n. 186/2017/PAR e n. 19/2018/PAR).

Del resto -come rimarcato sempre dalla Sez. controllo Veneto nella deliberazione n. 198/2018/PAR- 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.

Anche sul piano dell'assunzione degli impegni di spesa finalizzati all'erogazione dei compensi in parola la Sezione non può che conformarsi alla giurisprudenza di questa Corte e, in particolare, alla pronuncia nomofilattica della Sezione delle Autonomie (deliberazione n. 6/SEZAUT/2018/QMIG, ampiamente richiamata, da ultimo, dalla summenzionata deliberazione n. 2/SEZAUT/2019/QMIG) ove si osserva che *“il fatto, poi, che tali emolumenti siano erogabili, con carattere di generalità, anche per gli appalti di servizi e forniture, comporta che gli stessi si configurino, non più solo come spesa finalizzata ad investimenti, ma anche come spesa di funzionamento e, dunque, come spesa corrente”*, con la conseguenza che l'impegno di spesa vada assunto, a seconda della natura (corrente o in c/capitale), nel Titolo I o nel Titolo II dello stato di previsione del bilancio.

Posto quanto sopra, anche su questo aspetto si ravvisa l'esigenza di un chiarimento nomofilattico non solo con riguardo al fatto che gli incentivi erogati in caso di concessione possano essere contabilizzati nei termini sopra richiamati, ma anche sulla circostanza che gli stessi possano reputarsi esclusi dal limite previsto per il salario accessorio; ciò anche laddove non vadano, giocoforza, a gravare sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture, ma su altro stanziamento appositamente previsto nel bilancio comunale quale costo inerente alla gestione della concessione.

In altri termini risulta necessario chiarire se l'inclusione dell'incentivo nel medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture si ponga sempre come *condicio sine qua non* ai fini dell'esclusione dal limite normativo previsto per il salario accessorio dall'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 75/2017.

La questione risente, inevitabilmente, della difficoltà di coordinamento di norme diverse, stratificate nel tempo quali quelle contenute oggi al comma 1 e al comma 5 *bis* del più volte citato art. 113.

Tale chiarimento sembra motivato anche da un'analisi della recente legislazione in materia di compensi incentivanti in cui l'esclusione dal suddetto tetto risulta il frutto di un'espressa scelta in tal senso da parte del legislatore.

È il caso dei compensi incentivanti previsti ai fini del potenziamento della riscossione delle entrate locali dall'art. 1, comma 1091, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019).

La norma in parola consente ai comuni che hanno approvato il bilancio di previsione ed il rendiconto entro i termini stabiliti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, di prevedere, con proprio regolamento, che il maggiore gettito accertato e riscosso, relativo agli accertamenti dell'imposta municipale propria e della TARI, nell'esercizio fiscale precedente a quello di riferimento risultante dal conto consuntivo approvato, nella misura massima del 5 per cento, sia destinato, limitatamente all'anno di riferimento, al potenziamento delle risorse strumentali degli uffici comunali preposti alla gestione delle entrate e al trattamento accessorio del personale dipendente, anche di qualifica dirigenziale.

In siffatta ipotesi la norma prevede espressamente l'erogazione dell'emolumento in deroga al limite di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75.

Ciò posto, il Collegio ritiene che, una volta ammessa l'operatività del compenso premiale in parola anche in caso di concessioni, permangano le ragioni sostanziali analiticamente descritte nella deliberazione di questa Sezione n. 40/2018/QMIG, fondate sulla natura dell'emolumento e sul peculiare statuto disciplinare vincolistico che lo governa, per ritenere i compensi in parola esclusi dal limite complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017.

Tale ricostruzione pare avvalorata dalla previsione normativa sopra richiamata che consente sempre alle Amministrazioni aggiudicatrici l'allocatione, nel proprio bilancio, di specifiche risorse destinate alla corresponsione dei suddetti compensi diverse dalle risorse ordinariamente rivolte all'erogazione di emolumenti accessori al personale.

Del resto, diversamente opinando, potrebbe addivenirsi al paradosso di considerare alcuni incentivi, previsti pur sempre nell'ambito di procedure competitive finalizzate all'aggiudicazione di contratti pubblici e remunerativi delle medesime attività, irrilevanti ai fini del rispetto del vincolo di finanza pubblica ove erogati a valle di un contratto di appalto e rilevanti, invece, in caso di concessione.

Sulla base delle considerazioni esposte, la scrivente Sezione regionale di controllo intende, pertanto, sottoporre, in subordine alla prima, le seguenti ulteriori questioni di massima:

“quali siano le corrette modalità di contabilizzazione degli incentivi per funzioni tecniche in caso di erogazione in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un contratto di concessione”;

“se gli incentivi disciplinati dall'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016, aventi fonte in una disposizione di legge speciale, che individua le autonome risorse finanziarie a cui devono essere imputati, nonché gli specifici tetti, complessivi e individuali, che devono essere osservati nell'erogazione possano essere esclusi dal vincolo generale di finanza pubblica, posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017 anche laddove alimentati non già dalle risorse facenti capo al singolo lavoro, servizio o fornitura di cui all'art. 113, comma 5-bis, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. ma, come in caso di concessione, da uno specifico stanziamento previsto nel bilancio dell'Amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 1 dello stesso art. 113”.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Lombardia dichiara il quesito in parte inammissibile e, per la restante parte, alla luce degli approdi ermeneutici evidenziati, attesa la rilevanza sistematica della questione nell'ambito della materia dei contratti pubblici, sospende la pronuncia e delibera di sottoporre al Presidente della Corte dei conti la valutazione dell'opportunità di deferire alla Sezione delle autonomie, ai sensi dell'art. 6, co. 4, del d.l. 174/2012, o alle Sezioni Riunite in sede di controllo, ai sensi dell'art. 17, comma 31, del d.l. 78/2009, le seguenti questioni di massima aventi carattere di interesse generale:

“se l'incentivo per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016 possa essere riconosciuto, per via regolamentare, anche in caso di concessioni e se, in siffatta ipotesi, il compenso premiale, anche laddove il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nella esclusiva disponibilità dell'operatore economico

aggiudicatario, debba essere determinato sul valore posto a base di gara e non con riguardo all'ammontare del canone concessorio”;

e, in via subordinata:

“quali siano le corrette modalità di contabilizzazione degli incentivi per funzioni tecniche in caso di erogazione in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un contratto di concessione”;

e, sempre in via subordinata:

“se gli incentivi disciplinati dall'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016, aventi fonte in una disposizione di legge speciale, che individua le autonome risorse finanziarie a cui devono essere imputati, nonché gli specifici tetti, complessivi e individuali, che devono essere osservati nell'erogazione possano essere esclusi dal vincolo generale di finanza pubblica, posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017 anche laddove alimentati non già dalle risorse facenti capo al singolo lavoro, servizio o fornitura di cui all'art. 113, comma 5-bis del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. ma, come in caso di concessione, da uno specifico stanziamento previsto nel bilancio dell'Amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 1 dello stesso art. 113”.

Così deliberato nella Camera di consiglio del 13 marzo 2019.

Il Relatore
(dott. Ottavio Caleo)

Il Presidente
(dott.ssa Simonetta Rosa)

Depositata in Segreteria il 14.03.2019

Il Funzionario preposto
al servizio di supporto
(Aldo Rosso)