



CORTE DEI CONTI

SEZIONE DELLE AUTONOMIE

INCENTIVI AL PERSONALE DIPENDENTE

ART. 113 DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50

DELIBERAZIONE N. 15/SEZAUT/2019/QMIG



CORTE DEI CONTI



CORTE DEI CONTI

SEZIONE DELLE AUTONOMIE

N. 15/SEZAUT/2019/QMIG

Adunanza dell'11 giugno 2019

Presieduta dal Presidente della Corte dei conti

Angelo BUSCEMA

Composta dai magistrati:

Presidenti di sezione Maurizio GRAFFEO, Francesco PETRONIO, Josef Hermann RÖSSLER, Fulvio Maria LONGAVITA, Fabio VIOLA, Anna Maria Rita LENTINI, Antonio Marco CANU, Manuela ARRIGUCCI, Vincenzo LO PRESTI, Marco PIERONI, Maurizio STANCO, Andrea ZACCHIA;

Consiglieri Carmela IAMELE, Maria Paola MARCÌA, Alfredo GRASELLI, Rinieri FERONE, Adriana LA PORTA, Carmela MIRABELLA, Francesco UCCELLO, Adelisa CORSETTI, Elena BRANDOLINI, Nicola BENEDIZIONE, Dario PROVVIDERA, Mario GUARANY, Marcello DEGNI, Stefano GLINIANSKI, Valeria FRANCHI, Amedeo BIANCHI;

Referendari Fabio ALPINI.

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

Vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e le successive modificazioni ed integrazioni;

Visto l'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Visto l'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti,

approvato dalle Sezioni Riunite con la deliberazione n. 14 del 16 giugno 2000 e le successive modifiche ed integrazioni;

Visto l'art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213 e le successive modifiche ed integrazioni;

Vista la deliberazione n. 96/2019/QMIG, con la quale la Sezione regionale di controllo per la Lombardia, in riferimento alla richiesta di parere presentata dal Sindaco del Comune di Voghera, ha rimesso al Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, e dell'art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213, una questione di massima in merito alla riconoscibilità degli incentivi per funzioni tecniche, nel caso di concessione di servizi con procedura ad evidenza pubblica, nonché, in via subordinata, alle 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 alla possibilità di esclusione di detti incentivi 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;

Vista l'ordinanza del Presidente della Corte dei conti n. 10 del 2 maggio 2019, con la quale, valutati i presupposti per il deferimento dell'esame e della risoluzione della predetta questione di massima ai sensi del richiamato art. 6, comma 4, del d.l. n. 174/2012, è stata rimessa alla Sezione delle autonomie la pronuncia in ordine alla questione prospettata dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia;

Vista la nota del Presidente della Corte dei conti n. 333 del 5 giugno 2019 di convocazione della Sezione delle autonomie per l'odierna adunanza;

Udito il relatore, Consigliere Alfredo Grasselli;

PREMESSO

1. Il Comune di Voghera, in vista dell'affidamento in concessione, mediante procedura ad evidenza pubblica, della gestione della segnaletica direzionale, di impianti pubblicitari di servizio, di impianti pubblicitari e di cartellonistica stradale sul suolo pubblico, ha investito la Sezione regionale di controllo per la Lombardia dei seguenti quesiti:

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».

La Sezione remittente ha dichiarato inammissibile l'ultimo quesito (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), ritenendolo relativo ad una questione di ordine meramente gestionale e, come tale rimessa, alla discrezionalità e responsabilità dell'ente istante.

In via meramente collaborativa la Sezione ha comunque osservato che «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».

2. Per quanto riguarda il primo quesito posto dalla Sezione remittente («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») va subito precisato che, in realtà, esso deve essere scomposto in due parti: la prima relativa alla questione della riconoscibilità degli incentivi tecnici anche nel caso di contratti di "concessione" e non di "appalto"; la seconda, eventuale e solo in caso di risposta affermativa alla prima, relativa al parametro da utilizzare per la determinazione del compenso in questa specifica fattispecie.

Con riferimento alla riconoscibilità dell'incentivo in caso di contratti di concessione, sono richiamate, in proposito, due deliberazioni della Sezione regionale di controllo per il Veneto

(nn. 198/2018/PAR e 455/2018/PAR) secondo le quali gli incentivi sarebbero da riconoscere anche nel caso di contratti di concessione.

La predetta Sezione, pur partendo dalle difficoltà ermeneutiche dovute alla *sedes materiae* (in quanto l'art. 113, che disciplina gli incentivi è collocato nel titolo II della seconda parte del codice, dedicata ai contratti di appalto), nonché alla individuazione della portata del rinvio alle disposizioni codicistiche in tema di appalto contenuto all'art. 164, comma 2 (in particolare 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*»), è giunta tale conclusione sulla base delle argomentazioni di seguito sinteticamente riportate.

a) La tesi estensiva sarebbe 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*».

b) L'incentivabilità delle funzioni tecniche sarebbe prevista in altre disposizioni del codice espressamente applicabili anche alle concessioni o indistintamente riferite a tutti i contratti pubblici: tali situazioni sono ritenute rinvenibili nell'art. 31, comma 12, in riferimento al ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni, nonché nell'art. 102, comma 6, il quale prevede che il compenso spettante per l'attività di collaudo sull'esecuzione dei contratti pubblici (senza alcuna distinzione) è ricompreso, per i dipendenti della stazione appaltante, nell'ambito dell'incentivo di cui all'art. 113.

c) Rileverebbe, 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.

d) L'ipotesi estensiva sarebbe confortata anche dalla *ratio* sottesa al riconoscimento del meccanismo premiale, che sarebbe «*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*» (SRC Lazio, n. 57/2018/PAR). La Sezione remittente richiama, in proposito, anche le deliberazioni della Sezione regionale di controllo Toscana, n. 63/2018; della Sezione Puglia n. 162/2018/PAR; della Sezione delle autonomie n. 2/SEZAUT/2019/QMIG. Si precisa che si tratta di pronunce, comunque, che non hanno affrontato casi di contratti di concessione.

Conclusivamente, la Sezione rimettente, pur ritenendo condivisibile la posizione assunta dalla Sezione Veneto, ha ritenuto di dover chiedere una pronuncia di orientamento generale

in ordine all'incentivabilità delle funzioni tecniche in materia di concessioni, in assenza di un dato positivo univoco, nonché in considerazione della specialità che contraddistingue la disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche rispetto al principio generale della omnicomprensività della retribuzione dei dipendenti pubblici.

La Sezione sottolinea, altresì, l'attenzione alla possibile ricaduta, in termini di programmazione e impatto sul bilancio degli enti locali, del riconoscimento di questi ulteriori incentivi, che dovrebbero coerentemente inserirsi nel programma biennale degli acquisti di beni e servizi, nonché alla programmazione dei lavori pubblici di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Sulla base di dette argomentazione viene formulata la prima parte del primo quesito posto alla Sezione delle autonomie e cioè *«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...»*.

3. Con la seconda parte del primo quesito si chiede *«se (...) 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»*.

Nei contratti di appalto, infatti, gli oneri finanziari per siffatti compensi 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 per detta finalità.

Come rilevato dal rappresentante dell'Ente istante, per il contratto di concessione che ha dato luogo alla richiesta di parere, non vi è un capitolo di spesa dedicato in quanto non sono previsti nel bilancio comunale costi correlati alla gestione del contratto.

La Sezione Lombardia, in adesione ad un precedente orientamento già espresso dalla Sezione Veneto (del. n. 455/2018/PAR, anche alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa), è dell'avviso che l'incentivo per funzioni tecniche in caso di concessioni, dovrebbe essere determinato non già con riferimento al canone dovuto dal concessionario, ma solo con riguardo al valore posto a base di gara.

Si ipotizza, inoltre, che nell'ambito della libertà contrattuale dell'Amministrazione potrebbe essere prevista, in sede di corrispettivo, una modalità di finanziamento degli oneri connessi, con soluzioni negoziali che pongano di fatto a carico del concessionario la quota di compenso incentivante da riconoscere al personale dell'Ente (SRC Veneto n. 198/2018/PAR).

Peraltro, la Sezione remittente rileva che per l'ente concedente potrebbero derivare oneri non sostenibili, soprattutto ove si tratti di concessioni relative a lavori o servizi con elevato volume d'affari e in fase di programmazione non sia stata adeguatamente ponderato e parametrato, anche a tali fini, il canone dovuto dal concessionario, quale unica entrata destinata al finanziamento della premialità.

4. Con il secondo quesito si chiede 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»*.

Ai sensi dell'art. 113, comma 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016, gli incentivi in discorso gravano sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture.

L'Ente chiede se sia corretto che anticipi, a valere sulle risorse correnti di bilancio, l'importo da erogare al personale dipendente per le prestazioni incentivate sopra richiamate. In proposito la Sezione richiama in primo luogo 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, richieda l'effettivo svolgimento di una delle attività elencate dalla norma di riferimento.

Inoltre, osserva che, in caso di concessione (ove se ne ammettesse la praticabilità), per la previsione di apposito stanziamento destinato ad alimentare il fondo di cui all'art. 113, comma 2, appare necessaria un'attenta valutazione in ordine alle risorse a tale scopo devolvibili e in merito all'opportunità di adottare specifiche misure prudenziali rispetto al rischio di mancata riscossione del canone da parte del concessionario.

5. Con il terzo quesito si chiede *«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»*.

La remittente richiama quanto affermato dalla Sezione delle autonomie (del. n. 6/SEZAUT/2018/QMIG), in ordine al fatto che con l'inserimento del predetto comma 5 bis all'interno dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, il legislatore ha inteso compiere *«un intervento volto a tipizzare espressamente l'allocazione in bilancio degli incentivi per le funzioni tecniche»* e che *«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»*.

I profili problematici individuati dalla Sezione remittente sono dati dalla circostanza che:

- a) gli oneri in questione devono trovare copertura negli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o, comunque, *“nei bilanci delle stazioni appaltanti”*;

b) come chiarito dalla Sezione delle autonomie (cfr. del. 6/SEZAUT/2018/QMIG e del. n. 2/SEZAUT/2019/QMIG) gli emolumenti sono erogabili, con carattere di generalità, anche per gli appalti di servizi e forniture, e ciò «*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 va assunto, a seconda della natura (corrente o in c/capitale), nel Titolo I o nel Titolo II dello stato di previsione del bilancio.

La Sezione remittente, infatti, ritiene necessario chiarire in via nomofilattica 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, atteso che per quanto riguarda i contratti di concessione si dovrebbe far riferimento ad uno stanziamento *ad hoc*, al di fuori di quanto espressamente previsto per i contratti di lavori servizi e forniture.

CONSIDERATO

1. Per la soluzione delle questioni sottoposte all'esame della Sezione delle autonomie, come sopra riepilogate, appare imprescindibile risolvere la prima parte del primo quesito posto dalla Sezione istante, e cioè "*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*". La risposta a questo quesito, evidentemente, condiziona i successivi. Anche se, come si riferirà, in definitiva l'esame delle richieste subordinate contribuisce a far chiarezza sulla principale.

2. Ritiene innanzi tutto il Collegio che l'interpretazione estensiva propugnata dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto, dalla quale prende le mosse la Sezione lombarda, suscita perplessità.

La stessa Sezione remittente, peraltro, pur affermando una sostanziale adesione all'orientamento citato non può esimersi dal rilevare una serie di criticità interpretative ed applicative, sulla scorta delle quali ha ritenuto, infatti, di portare la problematica all'attenzione della sede nomofilattica.

Le perplessità involgono sia il profilo sistematico, sia quello testuale, e, non da ultimo, gli aspetti relativi alle concrete modalità attuative, nell'ipotesi in cui si addivenisse ad una soluzione affermativa.

3. Sotto il profilo sistematico, si rileva che il codice dei contratti ha compiutamente disciplinato i contratti di concessioni chiarendone le differenze con quelli di appalto. Tant'è che le due tipologie sono trattate in parti diverse dell'apparato normativo: nella seconda i contratti di appalto, in cui sono disciplinati anche gli incentivi per funzioni tecniche, nella terza le concessioni.

4. E la circostanza non è irrilevante, in quanto il legislatore, quando ha voluto, ha specificatamente richiamato insieme le due tipologie (v., ad es., art. 5, 6, 7, 17, 23, 30, 31), oppure ha genericamente fatto riferimento a “contratti pubblici”, come categoria omnicomprensiva (v., ad es. art. 4, principi relativi all’affidamento di contratti pubblici esclusi).

In questo senso conforta anche l’art. 3 (definizioni) del codice dei contratti, che al comma 1, lett. dd), definisce «“contratti” o “contratti pubblici”, i contratti di appalto o 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». Viene precisato, quindi, cosa si intenda quando nell’articolato si usano i termini “contratti” e “contratti pubblici”, nelle occasioni in cui si tratta del più ampio *genus* comprendente sia i contratti di appalto, sia i contratti di concessione, ma non imponendo una lettura sempre e comunque unitaria, di talché si possa usare indifferentemente una tipologia specifica piuttosto che l’altra.

L’art. 164, che apre la parte terza del codice, dedicata alle concessioni, al comma 2 (Oggetto e ambito di applicazione), indica puntualmente (e con il limite della compatibilità) gli ambiti per i quali si deve fare rinvio alle disposizioni contenute nelle parti prima e seconda: «2. 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».

Una piana lettura di quest’ultima disposizione non può indurre invero a ritenere che anche l’art. 113 sia applicabile ai contratti di concessione.

Il fatto che l’art. 31 disciplini congiuntamente, sia per gli appalti che per le concessioni, la figura del Responsabile Unico del Procedimento non è di per sé dirimente circa l’ammissibilità del compenso per entrambe le situazioni. Né appare decisivo il richiamo all’art. 102, il quale al secondo periodo del comma 6 prevede che «Il compenso spettante per l’attività di collaudo è contenuto, per i dipendenti della stazione appaltante, nell’ambito dell’incentivo di cui all’articolo 113, (...)». L’art. 102 in discorso, infatti, pur riferendosi ai contratti pubblici in generale, pone attenzione a profili che caratterizzano i contratti per lavori e per forniture di beni e servizi e il rinvio all’art. 113 va letto in questa prospettiva.

5. D’altro canto, il citato art. 113 è calibrato inequivocabilmente sulla tipologia dei contratti di appalto. Ed invero:

- nel comma 1 si stabilisce che gli oneri per gli incentivi in questione “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”;
- nel comma 2 si istituisce un fondo “a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1”, e le

risorse finanziarie che lo alimentano (nella misura non superiore al 2%) sono *“modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara”*;

- nei commi 3 e 5 si fa riferimento all'acquisizione di lavori servizi e forniture;
- il comma 5-bis, infine, sancisce che *“Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture”*.

Quest'ultima disposizione (aggiunta dall'art. 1, comma 526, l. 27 dicembre 2017, n. 205, a decorrere dal 1° gennaio 2018) appare inequivocabilmente dirimente della questione sollevata. I compensi incentivanti, infatti, per chiara affermazione del legislatore costituiscono un *“di cui”* delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo in esame anche alle concessioni, non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture.

6. Giova esaminare, ai fini della fondatezza della prospettiva indicata, l'ultimo quesito posto, relativo all'esclusione o meno dei compensi di cui si tratta 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.

Si rammenta che l'orientamento della Corte, a partire dal 2009 (cfr. del. 16/SEZAUT/2009/QMIG; SSRR del. n. 51/2011) era stato nei sensi di escludere gli incentivi tecnici (in origine limitati alla progettazione) dal computo della dinamica retributiva assoggettata a vincoli di finanza pubblica. Tanto sulla base della considerazione, in buona sostanza, che si trattasse di una spesa ancorata agli investimenti, non riconducibile, quindi, alla spesa corrente di cui il personale costituisce una cospicua parte.

Con l'adozione del nuovo codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) poiché l'art. 113, nella sua formulazione originaria, prevedeva l'erogazione dei compensi per funzioni tecniche sia nel caso di opere pubbliche, sia nel caso di acquisto di beni e servizi, la *“confusione”* delle due ipotesi aveva fatto ritenere che detta spesa fosse da riferirsi a quella corrente e quindi concorresse alla determinazione del trattamento retributivo massimo previsto dalla legislazione vincolistica in materia (cfr. del. n. 7/SEZAUT/2017/QMIG, confermata da del. n. 24/SEZAUT/2017/QMIG).

Con l'introduzione nell'art. 113 del sopra richiamato comma 5-bis, la Sezione è nuovamente tornata sul tema, pronunciandosi, questa volta, per l'esclusione delle forme incentivanti dal tetto retributivo.

In sostanza si è ritenuto che il legislatore con l'integrazione della norma abbia inteso mutare la natura di questa specifica voce di spesa, attribuendola, a seconda della tipologia dei contratti, ai lavori o a beni e servizi. Con la del. n. 6/2018 la Sezione delle autonomie ha infatti chiarito che *«l'allocazione in bilancio degli incentivi tecnici stabilita dal legislatore ha l'effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale*

dell'opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici».

Da quanto precede si può dedurre che:

- le remunerazioni per funzioni tecniche sono escluse dal tetto di spesa per le retribuzioni previsto dai vincoli di finanza pubblica, in quanto partecipano della stessa natura dei contratti cui accedono;
- gli incentivi sono stati individuati espressamente e in forma tipica dal legislatore. Non può essere diversamente interpretato il tenore del comma 5-bis, in quanto si riferisce ai capitoli di spesa per contratti di appalto. Conseguentemente, non può essere ipotizzata un'altra forma di incentivazione ex art. 113 che sia riconoscibile ma assoggettabile al regime vincolistico.

Pertanto, al Collegio non appare condivisibile l'affermazione secondo la quale *“quando il legislatore abbia inteso non incentivabili attività annoverabili tra le funzioni tecniche svolte nell'ambito di certi contratti pubblici lo ha fatto esplicitamente”*. La specialità della fattispecie, in realtà, ha richiesto una disciplina espressa e compiuta, che è declinata nell'art. 113, con indicazione degli ambiti, delle modalità di finanziamento e delle relative procedure di quantificazione e individuazione delle destinazioni, nonché della natura degli emolumenti accessori (e per quest'ultimo profilo è stato necessario un ulteriore intervento legislativo). Non sembra praticabile, quindi, un'interpretazione estensiva ed analogica.

7. La Sezione remittente, pur dichiarando un'adesione, in linea generale, all'indirizzo delineato dalla Sezione controllo Veneto, opportunamente individua una serie di criticità, assorbite dalla riposta negativa alla questione principale, ma la cui emersione, in verità, supporta la correttezza della soluzione sopra proposta.

Un primo problema nasce dal fatto che le diverse caratteristiche strutturali delle due tipologie di contratti, in quanto essenzialmente, quelli di appalto comportano spese e quelli di concessioni entrate, ha portato a dubitare se, in ipotesi, il parametro per la determinazione del fondo per i compensi incentivanti sia da individuarsi nell'importo a base di gara o con riferimento al canone dovuto dal concessionario. La soluzione proposta dell'importo a base di gara non sarebbe scontata, in quanto i flussi finanziari derivanti da questa tipologia sono ben diversi da quelli di appalto. Inoltre, l'opzione non è scevra di implicazioni critiche. Infatti, ben rappresenta la Sezione istante che, soprattutto nel caso di operazioni di notevole entità, prevedere di pagare incentivi a fronte di flussi di entrata che potrebbero essere incerti esporrebbe l'ente al rischio di insostenibilità. Né si può far affidamento su clausole contrattuali, non obbligatorie e del tutto eventuali in quanto non previste per legge, che prevedano la remunerazione dell'incentivo in capo al concessionario.

In realtà, si dovrebbe far ricorso ad uno stanziamento di spesa specifico, che, come si è detto, non è previsto per legge e che appare, quindi, di dubbia legittimità. Senza contare che la copertura, essendo legata alla riscossione dei canoni concessori, resta gravata da un margine di aleatorietà.

8. In conclusione, per ritenere applicabile anche ai contratti di concessione gli incentivi per lo svolgimento di funzioni tecniche si dovrebbe operare uno sforzo ermeneutico estensivo ed analogico tale da riscrivere, di fatto, il contenuto dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, che, come si è visto, è calibrato sui contratti di appalto (ai quali espressamente si riferisce) e non tiene conto di quelle sostanziali differenze che caratterizzano i contratti di concessione. Operazione, questa, che appare travalicare la competenza di chi è chiamato ad interpretare ed applicare le norme.

P.Q.M.

La Sezione delle autonomie della Corte dei conti, pronunciandosi sulla questione di massima posta dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia con la deliberazione n. 96/2019/QMIG, enuncia i seguenti principi di diritto:

«Alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 113 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, gli incentivi ivi disciplinati sono destinabili al personale dipendente dell'ente esclusivamente nei casi di contratti di appalto e non anche nei casi di contratti di concessione».

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, alla quale la presente deliberazione sarà trasmessa, a cura della Segreteria, per gli adempimenti di competenza, si atterrà al principio di diritto enunciato nel presente atto di orientamento. Allo stesso principio si conformeranno tutte le Sezioni regionali di controllo ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213

Così deliberato in Roma nell'adunanza dell'11 giugno 2019.

Il Relatore

F.to Alfredo GRASSELLI

Il Presidente

F.to Angelo BUSCEMA

Depositata in segreteria il 25 giugno 2019

Il Dirigente

F.to Renato PROZZO

