



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Maria Riolo	Presidente
dott. Giampiero Gallo	Consigliere
dott. Luigi Burti	Consigliere (relatore)
dott. Giuseppe Vella	Referendario
Dott.ssa Rita Gasparo	Referendario
Dott. Francesco Liguori	Referendario
Dott.ssa Valeria Fusaro	Referendario

nella camera di consiglio da remoto del 17 dicembre 2020 ex art. 85, comma 3, lett. e), del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020 n. 27, come modificato dall'art. 26 ter del decreto-legge 14 agosto 2020 n. 104, inserito, in sede di conversione, con la legge 13 ottobre 2020, n. 126, ha pronunciato la seguente

DELIBERAZIONE

Sulla richiesta di parere del Comune di Milano

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

VISTA la legge 21 marzo 1953, n. 161;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

VISTA la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

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;

VISTA la nota del 30 novembre 2020 con cui il Sindaco del comune di Milano ha formulato richiesta di parere;

VISTA l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna Dato atto che il collegamento è avvenuto a mezzo della piattaforma "Microsoft teams" con la partecipazione dei magistrati componenti il Collegio;

UDITO il relatore dott. Luigi Burti;

PREMESSO IN FATTO

Con la nota sopra citata, il Sindaco del comune di Milano, dopo aver richiamato l'art. 113 del decreto legislativo 50/2016 in materia di incentivi tecnici, e dopo aver rappresentato l'orientamento della Sezione delle Autonomie, che esclude l'estensione degli incentivi previsti per i contratti di appalto alle concessioni, ha prospettato una lettura di detta norma nel senso dell'applicazione degli incentivi tecnici alle concessioni che prevedono un prezzo a favore del concessionario, comportando tale erogazione un apposito stanziamento di risorse nel bilancio dell'ente, e aggiungendo che il concedente deve nominare anche la commissione di collaudo (o il collaudatore) così come indicato in una determina dell'AVCP, la cui spesa è intestata anch'essa all'amministrazione che deve prevedere uno stanziamento nel bilancio.

L'impossibilità di applicare in via estensiva il combinato disposto dell'art 102 e 113 del codice dei contratti alle concessioni, integrerebbe, ad avviso del Comune, una disparità di trattamento per i dipendenti, laddove l'incentivo viene riconosciuto per gli appalti e negato per le concessioni, nonostante l'identità delle prestazioni richieste.

Il Sindaco ha, quindi, formulato il seguente quesito:

“ se, per i contratti di concessione di lavori pubblici e di servizi per i quali è previsto negli atti di gara il pagamento di un prezzo consistente in un contributo pubblico a carico dell'Amministrazione aggiudicatrice concedente, sia possibile applicare, esclusivamente per le attività nello stesso indicate, l'art.113 del Codice dei contratti pubblici, in ragione di quanto indicato dall'A.V.C.P. nella propria Determinazione nr. 2 del 11.3.2010, dell'assenza di una specifica disciplina per i collaudi e le verifiche di conformità delle concessione e infine della presenza nel bilancio dell'Ente, di uno specifico stanziamento, determinando così per tali contratti una condizione simile a quella dell'appalto, essendo prevista, per la parte soggetta a contributo, una spesa per la realizzazione dell'opera o per la gestione

del servizio in capo al concedente, diversamente da quanto accade per altre tipologie di contratti di concessioni che non prevedano prezzi o nei quali siano definiti canoni o altre misure in capo al concessionario che generino somme a titolo di entrate a favore del concedente;

la presenza, in analogia con i contratti di appalto, di un quadro economico complessivo a carico del concedente entro cui possano essere accantonate le somme "...a valere sugli stanziamenti" per lo svolgimento di quelle attività oggetto di incentivazione, recuperando quella condizione richiesta dalla Sezione Autonomie al punto 5) della deliberazione citata nr. 15/2019 "I compensi incentivanti, infatti, per chiara affermazione del legislatore costituiscono un "di cui" delle spese per contratti...";

la soluzione ad una lacuna normativa che altrimenti genererebbe una difficoltà nell'individuazione delle corrette disposizioni normative da applicare in talune fasi e attività durante l'esecuzione del contratto di concessione, oltre a eliminare una causa di prevedibile incremento della spesa per l'acquisizione di competenze professionali esterne all'ente e di disparità di trattamento fra dipendenti che svolgono le medesime attività nell'ambito di contratti di appalto e in quelli di concessione e/o l'insorgere di una disparità di trattamento fra dipendenti in funzione dello svolgimento delle medesime attività per differenti tipologie di contratti (appalti e quelle tipologie di concessioni sopra richiamate)."

CONSIDERATO IN DIRITTO

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", prevede che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possano richiedere pareri in materia di contabilità pubblica alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, che risultano quindi investite di una funzione consultiva che si affianca a quella del controllo sulla sana gestione finanziaria degli enti locali, prevista dal precedente comma 7, quale ulteriore esplicitazione delle "forme di collaborazione" tra la Corte dei conti e le autonomie territoriali al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica.

La Sezione delle Autonomie della stessa Corte dei conti, con atto del 27 aprile 2004, in seguito integrato con le deliberazioni n. 5/AUT/2006 e n. 9/SEZAUT/2009, ha fissato i principi e le modalità per l'esercizio della funzione consultiva sopra descritta, individuando, tra l'altro, i soggetti legittimati alla richiesta di parere e le singole materie riconducibili alla nozione di contabilità pubblica.

Questa Sezione regionale è quindi chiamata a verificare, in via preliminare, l'ammissibilità della richiesta in esame, sia sotto il profilo soggettivo (legittimazione dell'organo richiedente) sia sotto il profilo oggettivo (attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica).

I. Ammissibilità soggettiva. Sotto il profilo soggettivo, la legittimazione ad avvalersi della funzione consultiva è circoscritta ai soli enti esplicitamente indicati ex lege, attesa la natura speciale che tale funzione assume rispetto all'ordinaria sfera di competenze della Corte dei conti.

In particolare, ai sensi dell'art. 7, co. 8, della legge n. 131/2003, possono richiedere pareri in materia di contabilità pubblica oltre le Regioni, anche i Comuni, le Province e le Città metropolitane, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito.

La legittimazione alla richiesta di parere, inoltre, per i riflessi che ne possono scaturire sulla gestione finanziaria dell'ente, deve essere riconosciuta all'organo legislativamente investito della rappresentanza legale dell'ente medesimo ed individuabile, di regola, nel Presidente della Giunta regionale, nel Sindaco e nel Presidente della Provincia.

La richiesta di parere in esame proviene dal sindaco e pertanto è ammissibile.

II. Ammissibilità oggettiva.

La funzione consultiva riconosciuta alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti non ha quindi carattere generale, ma, coerentemente con le finalità di coordinamento della finanza pubblica perseguite dalla legge, si esplica esclusivamente su quesiti attinenti all'interpretazione di norme di contabilità e finanza pubblica, in modo da assicurarne una uniforme applicazione da parte delle autonomie territoriali.

Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, chiamate a pronunciarsi nell'esercizio delle funzioni di coordinamento ad esse assegnate dall'art. 17, comma 31, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, con la deliberazione n. 54/2010, hanno precisato che la funzione consultiva deve svolgersi anche in ordine a quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica, e in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'ente e sui pertinenti equilibri di bilancio.

Si ritiene, in ogni caso, che il parere possa essere fornito solo rispetto a questioni di carattere generale che si prestino ad essere considerate in astratto, escludendo ogni valutazione su atti o casi specifici che determinerebbe un'ingerenza della Corte nella concreta attività dell'ente e, in ultima analisi, una compartecipazione all'amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà ed indipendenza riconosciuta alla Corte dei conti dalla Costituzione repubblicana.

Le Sezioni regionali non possono pronunciarsi, inoltre, su quesiti che implicino valutazioni di comportamenti amministrativi suscettibili di interferire con altre funzioni intestate alla

stessa Corte dei conti, ad altri organi giurisdizionali o a soggetti pubblici investiti dalla legge di funzioni di controllo o consulenza in determinate materie.

Tutto ciò premesso, nel caso di specie, il quesito posto dall'istante è ammissibile in quanto rientra nel perimetro della contabilità pubblica, perché attiene all'interpretazione di norme di legge che disciplinano il trattamento accessorio del personale dipendente.

Merito

Il quesito posto dal comune di Milano riguarda l'ambito di applicazione dell'art.113 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (codice dei contratti pubblici), relativamente al riconoscimento degli incentivi tecnici nell'ambito di un contratto di concessione nel quale sia prevista oltre alla naturale remunerazione proveniente dalla gestione dell'opera o del servizio, anche la dazione di un "prezzo" consistente in un contributo pubblico a favore del concessionario.

Il quesito si riferisce cioè alla fattispecie di cui all'art 165, comma 2, del codice dei contratti che prevede siffatta possibilità laddove statuisce: *"L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. L'art 167 dello stesso codice stabilisce che 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, tra l'altro, dei "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" (art. 167, comma 4).*

Ciò premesso, la problematica sottoposta all'attenzione di questa Sezione, consistente nella possibilità di estendere gli incentivi tecnici alle concessioni, è stata ampiamente trattata ed

approfondita dalla Sezione delle Autonomie con la deliberazione 15/2019/QMIG, che ha enunciato il seguente principio 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»*.

L'orientamento della Sezione delle Autonomie si fonda su una motivazione ampiamente articolata di cui si riportano i punti salienti.

Sotto il profilo sistematico, come è noto, il decreto legislativo 50/2016 ha disciplinato i contratti di concessione nella parte III e i contratti di appalto nella parte II dove è inserito l'art 113 che disciplina gli incentivi tecnici e, come evidenziato dalla Sezione delle Autonomie nella deliberazione in argomento tale " *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)*.

L'art. 164, comma 2, del codice dei contratti, in materia di concessione stabilisce ***"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"***.

Al riguardo la Sezione delle Autonomia ha sottolineato come ***"Una piana lettura di quest'ultima disposizione -art 164-non può indurre invero a ritenere che anche l'art. 113 sia applicabile ai contratti di concessione"*** e in ordine poi alla circostanza che l'art. 31 disciplini congiuntamente sia per gli appalti che per le concessioni, la figura del Responsabile Unico del Procedimento la stessa Sezione ha ritenuto che *"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»

La Sezione ha puntualmente chiarito che l'art. 113 " è calibrato inequivocabilmente sulla tipologia dei contratti di appalto.

- 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 "

Il comune di Milano, pur dando atto di conoscere la giurisprudenza della Sezione delle Autonomie, nella formulazione del quesito tende, tuttavia, a legittimare un'interpretazione che consentirebbe l'estensione della disciplina prevista dall'art 113 del codice dei contratti anche alle concessioni per quanto riguarda il riconoscimento degli incentivi tecnici ai dipendenti, valorizzando, a tal fine, la circostanza rappresentata dal pagamento di un "prezzo" da parte del concedente, il cui

stanziamento previsto nel bilancio integrerebbe, a suo dire, il requisito contenuto nel comma 5 bis dell'art 113 laddove dispone che *“Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture”*

Secondo la prospettazione dell'istante cioè la costituzione di un fondo nel bilancio finalizzato a corrispondere un contributo pubblico per la concessione dell'opera o del servizio *“determinerebbe così per tali contratti una condizione simile a quella dell'appalto, essendo prevista, per la parte soggetta a contributo, una spesa per la realizzazione dell'opera o per la gestione del servizio in capo al concedente”*

Ebbene, fermo restando tutto quanto già evidenziato dalla Sezione delle Autonomie, va sottolineata, in proposito, la mancanza del requisito della *“identità”* del capitolo, non essendovi, per il caso di concessione, la presenza di costi di gestione a carico della stazione appaltante sicché non sarebbe integrata la fattispecie normativa, di cui al citato comma 5 bis dell'art.113, a mente del quale *“gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture”*.

In fattispecie analoga e in tal senso cfr. Sezione regionale di controllo per il Piemonte deliberazione n. 110/2019/PAR

Nel caso del contributo per le concessioni il *“di cui”* al quale fa espresso riferimento il Comune richiedente (ossia il valore degli incentivi) non potrebbe costituire voce del quadro economico dello stanziamento previsto nella declinazione della spesa per l'appalto del lavoro o servizio, ma rappresenterebbe, invece, una voce inserita nello stanziamento di risorse finalizzate all'erogazione di un prezzo consistente in un contributo pubblico, che non ha comunque natura di corrispettivo a differenza del *“prezzo”* del contratto di appalto.

Inoltre, l'auspicata assimilazione tra appalto e concessione, prospettata dal comune richiedente, va esclusa anche in ragione del disposto del comma 2 dell'art 113, dove si statuisce che le risorse finanziarie che alimentano l'apposito fondo nella misura non superiore al 2% sono *“modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara”* Tutto ciò sta a dimostrare che non sarebbe possibile modulare gli incentivi sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara dal momento che nel bilancio dell'ente, in caso di concessioni, non è previsto l'importo dei lavoro o del

servizio a base di gara (la spesa per realizzare l'intervento è, infatti, a carico del concessionario). In caso di concessione le risorse stanziare in bilancio non coprono tutta la spesa e non rappresentano l'importo del lavoro o del servizio posto a base di gara e le risorse eventualmente stanziare per quei contratti di concessione che godono di un prezzo (contributo pubblico) attribuito dal concedente sono finalizzate a garantire l'equilibrio finanziario del contratto concessorio. In conclusione, una voce di spesa per incentivi tecnici non potrebbe essere legittimata ai sensi del predetto comma 2. per mancanza, nella concessione, del presupposto costituito dallo stanziamento che deve comprendere tutte le risorse necessarie per il lavoro o servizio posto a base di gara.

In tale contesto, la previsione di incentivi tecnici in caso di concessione con contributo a carico dell'ente concedente presupporrebbe, inoltre, l'inammissibile "creazione", da parte dell'interprete, di una regola volta ad individuare il valore al quale fare riferimento per la determinazione del compenso incentivante.

Appare chiaro, quindi, che l'art 165 del codice, che prevede il pagamento di un prezzo al concessionario, ha come fine quello di garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario dell'investimento, condizione, questa, necessaria per procedere all'affidamento della concessione, e che l'art 167 del codice *"ha il preciso e precipuo scopo di assicurare che nella determinazione dell'importo da mettere a base di gara la stazione appaltante tenga conto, anche, delle forme di "vantaggio economico" comunque intese che si intende riconoscere all'aggiudicatario, al fine di assicurare effettività al principio della libera concorrenza ed ai corollari della non discriminazione e trasparenza nelle procedure di gara."* (Piemonte delib. 110/2019/PAR)

I contratti di appalto si differenziano dai contratti di concessione in quanto mentre i primi comportano il pagamento di un corrispettivo a carico dell'Ente, (art 3 del codice dei contratti) i secondi trovano la propria remunerazione nella gestione dell'opera o del servizio. Per i contratti di appalto il "prezzo" costituisce il corrispettivo erogato dall'amministrazione, mentre il "prezzo" eventualmente riconosciuto nel contratto di concessione ai sensi dell'art 165, ha il fine di garantire l'equilibrio economico. Nei contratti concessori il rischio di gestione rimane in capo al concessionario anche

quando vi è l'erogazione di un prezzo da parte del concedente, mentre nel contratto di appalto il rischio è intestato all'amministrazione.

Ritiene il Collegio che anche in presenza del pagamento di un "prezzo" da parte dell'amministrazione giudicatrice, il contesto normativo di riferimento non consenta l'assimilazione della concessione al contratto di appalto ai fini dell'estensione degli incentivi tecnici.

Per tutte le argomentazioni esposte, aderendo alla costante giurisprudenza della Corte dei conti, la Sezione ritiene che il principio espresso dalla Sezione delle Autonomie con la deliberazione 15/2019/QMIG, in base al quale gli incentivi di cui all'art. 113 non sono riconoscibili ai contratti di concessione, sia da applicare anche quando l'amministrazione riconosca ai sensi delle disposizioni richiamate un prezzo (contributo pubblico) al concessionario .

P.Q.M.

gli incentivi di cui all'art. 113 del decreto legislativo n. 50/2016, previsti per i contratti di appalto, non si possono estendere ai contratti di concessione anche se l'amministrazione riconosca un "prezzo" (contributo pubblico) al concessionario.

Il Relatore
(dott. Luigi Burti)

Il Presidente
(dott.ssa Maria Riolo)

Depositata in Segreteria

18 dicembre 2020

Il Funzionario preposto al servizio di supporto
(Susanna De Bernardis)