REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO

Roberto BENEDETTI	Presidente;
Alessandro FORLANI	Consigliere (relatore);
Carla SERBASSI	Consigliere;
Ottavio CALEO	Referendario;
Marinella COLUCCI	Referendario.

nella Camera di consiglio del 1° luglio 2020, svolta in modalità da remoto ex art. 85, comma 3, lett. e) del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), emergenza epidemiologica COVID-19,

ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

VISTI gli artt. 81, 97, 100 e 119 della Costituzione;

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

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

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, ed in particolare l'art. 7, comma 8;

VISTO il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti approvato dalle Sezioni riunite con deliberazione n. 14 del 16 giugno 2000, e successive modificazioni;

VISTI gli indirizzi ed i criteri per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie con atto interno del 27 aprile 2004 e successivamente

riaffermati, quanto all'ambito oggettivo al quale si riferisce la funzione consultiva, dalla medesima Sezione con deliberazioni n. 5/AUT/2006 e n.9/AUT/2009 e n. 3/AUT/2014/QMIG, nonché con pronunzia nomofilattica delle Sezioni Riunite n. 54/2010/CONTR;

VISTA la richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di Anticoli Corrado (Rm) per il tramite del CAL del Lazio, acquisita con protocollo della Sezione n. 3258 del 20 maggio 2020;

VISTA l'ordinanza n. 17/2020 con la quale il Presidente ha disposto la convocazione dell'odierna Camera di consiglio per deliberare mediante collegamento da remoto;

RITENUTA la legittimità delle Adunanze da remoto *ex* art. 85, comma 3, lett. e) del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), emergenza epidemiologica COVID-19 ai fini dello svolgimento dell'attività consultiva *ex* art. 7, comma 8 della legge n. 131/2003 di competenza delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti;

VISTO il decreto n. 139 del 3 aprile 2020 del Presidente della Corte dei conti, recante "*Regole tecniche ed operative in materia di coordinamento delle Sezioni regionali di controllo in attuazione del decreto legge n. 18/2020*";

VISTO il decreto n. 153 del 18 maggio 2020 del Presidente della Corte dei conti recante "*Regole tecniche e operative in materia di svolgimento delle Camere di consiglio e delle adunanze in videoconferenza e firma digitale dei provvedimenti dei magistrati nelle funzioni di controllo della Corte dei conti*";

UDITO, in Camera di consiglio, il relatore in persona del Cons. Alessandro Forlani;

PREMESSO IN FATTO

Con la nota suddetta, il Sindaco del Comune di Anticoli Corrado (Rm) ha posto alcuni quesiti in merito all'interpretazione dell'art. 113, commi 1 e 2 del d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), che reca la disciplina degli incentivi per funzioni tecniche, disponendo, ai commi 1 e 2, quanto segue:

1. *Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione*

dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti. [Comma così modificato dall'art. 76, comma 1, lett. a), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56].

2. *A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti. Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. [Comma così sostituito dall'art. 76, comma 1, lett. b), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56*].

Nello specifico il Comune, premessa la necessità che sia chiarito se l'espressione "*importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara*", utilizzata dalla norma, debba intendersi nel senso di "*prezzo dei lavori o della fornitura al netto dell'IVA*", chiede se sia possibile riconoscere legittimamente gli incentivi di cui all'art. 113, comma 2 anche nei casi di procedure *ex* art. 36, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 50/2016 (cioè per importi inferiori a 40.000 euro), che comportano la consultazione degli operatori previa richiesta di manifestazione di interesse oppure richiesta di uno o due preventivi ed

anche nel caso in cui tali procedure siano attivate a seguito di una ordinanza sindacale d'urgenza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Preliminarmente, va verificato se la richiesta di parere di cui trattasi 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 del quesito posto alla materia della contabilità pubblica.

Sul primo aspetto, trattasi di istanza che non presenta profili di inammissibilità soggettiva, in quanto avanzata nel rispetto delle ordinarie forme rituali, cioè per il tramite del CAL Lazio, e sottoscritta dal Sindaco del Comune interessato, nella qualità di rappresentante legale generale dell'ente stesso, sancita dall'art. 50 del d.lgs. 267/2000.

Sul piano dell'ammissibilità oggettiva, si osserva come la Corte dei conti, con diverse deliberazioni, sia della Sezione delle Autonomie (n. 5/AUT/2006; n. 3/SEZAUT/2014/QMIG) sia delle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 54/CONTR/2010, emanata ai sensi dell'art. 17, comma 31, del d.l. 1 luglio 2019, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102) ha indicato il perimetro della funzione consultiva sulla materia della "*contabilità pubblica*", precisando che la stessa coincide con il sistema di norme e principi che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici e che, pertanto, la funzione consultiva della Corte non può intendersi come consulenza generale. Ne deriva che la materia della contabilità pubblica riguarda i profili idonei ad avere impatto sulla sana gestione finanziaria degli enti e sui pertinenti equilibri di bilancio.

Ancora, con la deliberazione n. 54/CONTR/2010 sopra richiamata, le Sezioni riunite in sede di controllo, nell'esprimere principi vincolanti per le Sezioni regionali di controllo relativamente al concetto di "*contabilità pubblica*", hanno fatto riferimento ad una visione dinamica di tale accezione, che sposta "*l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri*".

Si precisa, peraltro, che le Sezioni regionali di controllo non possono pronunciarsi su quesiti che implichino valutazioni sui comportamenti amministrativi o attinenti a casi concreti o ad atti gestionali già adottati o da adottare da parte dell'ente. In tale

prospettiva, si richiama il costante orientamento della Corte dei conti alla stregua del quale la funzione consultiva non può risolversi in una surrettizia modalità di co-amministrazione, dovendosi rimettere all'Ente ogni valutazione in ordine a scelte eminentemente discrezionali (cfr., *ex multis*, deliberazione della Sezione regionale di controllo per le Marche n. 21/2012/PAR).

Sulla scorta delle conclusioni raggiunte in sede consultiva, difatti, l'Ente non può mirare ad ottenere l'avallo, preventivo o successivo, della magistratura contabile in riferimento alla definizione di specifici atti gestionali, tenuto anche conto della posizione di terzietà e di indipendenza che caratterizza la Corte dei conti quale organo magistratuale.

Ciò posto, nel caso di specie, 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.

Conseguentemente, il Collegio prenderà in esame i quesiti formulati dall'Amministrazione comunale offrendo una lettura interpretativa generale del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, dovendo rilevare, da un lato, come non possano essere oggetto di valutazione i profili inerenti alla legittimità delle singole corresponsioni dei predetti incentivi al personale dell'Ente e, dall'altro, come la problematica preliminare posta dal Comune in ordine all'interpretazione dell'espressione "*importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara*", utilizzata nella norma in discorso, trovi agevole soluzione nella previsione dell'art. 35, comma 4 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 in forza del quale "*il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore*".

Ciò posto, la richiesta di parte in esame verte, sostanzialmente, sulla legittimità del riconoscimento degli incentivi di cui all'art. 113, comma 2 anche nei casi di procedure *ex* art. 36, comma 2, lett. a) d. lgs 50/2016 (cioè per importi inferiori a 40.000 euro).

Per rispondere al quesito occorre muovere dalla *ratio* della norma.

Gli incentivi tecnici sono funzionalmente destinati a retribuire – in chiave premiale ed aggiuntiva rispetto al trattamento economico ordinario – soltanto le funzioni gestionali, esecutive e di controllo e sono corrisposti attingendo al Fondo in cui sono vincolate risorse non superiori al 2% dell'importo complessivo posto a base di gara, con copertura "*a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1*" (art. 113, comma 2), costituenti il c.d. "quadro economico" dell'appalto.

Innegabile è la funzione premiale dell'istituto, volto a incentivare, con un *surplus* di retribuzione, lo svolgimento di prestazioni intellettive qualificate che - ove fossero svolte, invece che da dipendenti interni *ratione officii*, da esterni - sarebbero da considerare prestazioni di lavoro autonomo professionali. La *ratio* dei nuovi incentivi è, infatti, anzitutto quella di stimolare e premiare l'ottimale utilizzo delle professionalità interne in procedure complesse, 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. (così Sez. regionale di controllo per il Lazio, 57/2018/PAR).

Nell'ambito della contrattualistica pubblica l'articolo 76, comma 1 del d.lgs. 56/2017 ha esteso l'ambito di operatività di tali incentivi, entro precisi limiti, anche agli appalti di servizi e di forniture, oltre che agli appalti di lavori, già contemplati nel testo originario.

Con l'emanazione di quest'ultimo decreto, tuttavia, l'applicabilità degli incentivi, nell'ambito dei contratti di affidamento di servizi e forniture, è risultata – al contempo – fortemente ridotta, in quanto contemplata soltanto "*nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione*" (parte finale del comma 2, come modificata, in senso limitativo, dall'art. 76, comma 1, lett. b, del D. Lgs. n. 56/2017), inteso quale soggetto autonomo e diverso dal RUP.

La giurisprudenza contabile, nel sottolineare la natura derogatoria dell'istituto degli emolumenti premiali, rispetto al principio dell'onnicomprensività della retribuzione,

ne ha circoscritto l'applicazione alle attività tassativamente previste, in quanto "*si tratta nel complesso di compensi volti a remunerare prestazioni tipiche di soggetti individuati e individuabili, direttamente correlati all'adempimento dello specifico compito affidato ai potenziali beneficiari dell'incentivo*" (Sezione delle Autonomie, 6/QMIG/2018**)**. Tuttavia, gli incentivi medesimi possono essere riconosciuti, nei limiti previsti dalla norma, anche in relazione agli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria di particolare complessità (Sezione delle Autonomie 2/QMIG/2019).

La norma di cui al comma 2, dell'art 113, del codice dei contratti pubblici, già richiamata, individua nell'importo posto a base di gara il parametro per il calcolo della percentuale da destinare al fondo incentivi per funzioni tecniche, limitando, di conseguenza, l'ambito applicativo della previsione alle fattispecie in cui la scelta del contraente avvenga mediante valutazione comparativa formalizzata tra più operatori economici.

<u>È pacifico, quindi, che il presupposto indefettibile di operatività dell'istituto sia l'espletamento di una pubblica gara</u> (in tal senso, Sez. reg. controllo Lazio, 57/2018/PAR; Sez. reg. controllo Lombardia, 190/2017/PAR; Sez. reg. controllo Toscana, 19/2018/PAR; Sez. reg. controllo Puglia 162/2018/PAR; Sez. reg. controllo Liguria, 136/2018/PAR; Sez. reg. controllo Veneto, 72/2019/PAR)

Difatti, le funzioni tecniche svolte da dipendenti in procedure di somma urgenza o svolte mediante affidamento diretto, come nel caso dell'art. 36, comma 2, lett. a) del codice, non sono incentivabili mediante gli emolumenti premiali di cui al comma 2 dell'art. 113 del codice stesso che presuppone la costituzione di un Fondo e non fa discendere la corresponsione del compenso incentivante – in via sinallagmatica e diretta – dal compimento della prestazione lavorativa, alla luce della previsione legale, analogamente a quanto avviene per i professionisti esterni.

Di qui la pacifica convinzione, maturata nella giurisprudenza di questa Corte e da cui il Collegio non trova motivo per discostarsi, per cui "*Le procedure eccezionali e non competitive sono sottratte all'incentivazione*" (cfr. deliberazione n. 28/2018/PAR Sezione regionale di controllo per le Marche che richiama la deliberazione n. 186/2017/PAR della Sezione regionale di controllo per la Toscana).

Va, peraltro, rammentato che la giurisprudenza di questa Corte, relativamente agli appalti di servizi e forniture, ha ulteriormente precisato come il compenso premiante possa essere riconosciuto nel solo caso in cui risulti obbligatoria la nomina del direttore dell'esecuzione e, quindi, nel solo caso di servizi di importo superiore a 500.000.

Nella circostanza (cfr. Sez. reg. controllo Lombardia, delibere n. 96/2019/QMIG e n. 310/2019/PAR) è stato osservato 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 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. n. 50/2016 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)*» (negli stessi termini si veda pure Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 107/2019/PAR).

Resta, infine, da osservare come, per l'erogabilità dell'incentivo in discorso, la sussistenza di una procedura di selezione comparativa degli offerenti è condizione necessaria, ma non sufficiente, dovendo ricorrere, tra l'altro, una delle attività contemplate dal citato art. 113, comma 2, con una elencazione tassativa e, quindi, insuscettibile di interpretazione analogica. La richiamata Sezione delle autonomie di questa Corte, in funzione di orientamento generale, ha confermato che "*si tratta, quindi, di una platea ben circoscritta di possibili destinatari, accomunati dall'essere incaricati dello svolgimento di funzioni rilevanti nell'ambito di attività espressamente e tassativamente previste dalla legge*" (cfr. deliberazione Sezione delle autonomie n. 6/QMIG/2018).

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo per il Lazio rende il parere nei termini e limiti di cui in motivazione.

DISPONE

Che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura del funzionario preposto all'attività di supporto, all'Ente Amministrazione istante, nonché al CAL del Lazio per debita conoscenza.

Così deliberato nella Camera di consiglio da remoto del 1° luglio 2020.

Il Magistrato estensore	Il Presidente
f.to Alessandro Forlani	*f.to Roberto Benedetti*

Depositato in Segreteria il 9 settembre 2020

Il Funzionario preposto al Servizio di Supporto

f.to Aurelio Cristallo