



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

| | |
|-----------------------------|------------------------|
| dott.ssa Sonia Martelli | Presidente |
| dott.ssa Laura De Rentiis | Consigliere |
| dott.ssa Vittoria Cerasi | Consigliere |
| dott.ssa Maura Carta | Consigliere - relatore |
| dott.ssa Alessandra Cucuzza | I Referendario |
| dott. Giuseppe Vella | Referendario |
| dott.ssa Rita Gasparo | Referendario |
| dott. Francesco Liguori | Referendario |
| dott.ssa Valeria Fusano | Referendario |
| dott.ssa Adriana Caroselli | Referendario |
| dott. Francesco Testi | Referendario |
| dott.ssa Giulia Ruperto | Referendario |

nell' adunanza in camera di consiglio del **16 novembre 2022**, ha pronunciato la seguente

DELIBERAZIONE

sulla richiesta di parere del Comune di Fenegrò (Como)

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'art. 7, comma 8;

VISTA la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, n. 2/2003 e n. 1/2004;

VISTA la nota del 26 ottobre 2022 , prot. Cdc SC_Com- 0016057 con la quale il Sindaco del Comune di Fenegrò ha rivolto alla Sezione una richiesta di parere ai sensi dell' art. 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 odierna per deliberare sulla ridetta richiesta di parere;

UDITO il relatore, dott.ssa Maura Carta;

PREMESSO IN FATTO

Il Sindaco del Comune di Fenegrò ha chiesto un parere alla Sezione per conoscere se *“ sia possibile, ai fini dell'erogazione degli incentivi tecnici previsti dall'art.113 del d.lgs. 50/2016, adottare un'accezione estesa del requisito della procedura comparativa necessaria alla corresponsione di tali incentivi, tale da includere anche forme di affidamento più ridotte e semplificate, quali quelle riferibili allo svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare. Infatti, le modalità procedurali di cui all'art.36, comma2,lett.a), così come la disciplina derogatoria e temporanea introdotta dal DL n.76/2020, art.1,comma 2,lett.a) (affidamenti diretti),non precludono che l'affidamento del contratto possa essere preceduto dall'esperimento di procedure, sia pure semplificate, ma sostanzialmente di natura comparativa e, in ogni caso, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione di cui all'art.30 del codice dei contratti..”*.

La nota del Sindaco enuclea la normativa di riferimento e riporta molteplici richiami alla giurisprudenza contabile.

DIRITTO

1. *Sull' ammissibilità della richiesta.*

La funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo è inserita nel quadro delle competenze che la legge 6 giugno 2003, n. 131, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La richiesta di parere risulta ammissibile sotto il profilo **soggettivo** in quanto sottoscritta dal Sindaco del Comune di Fenegrò, organo legittimato ad esprimere la volontà dell'ente ai sensi dell'art. 50 del Tuel (*ex multis* SRC Lombardia delibere n. 171/2022/PAR, n. 154/2022/PAR).

Sotto il **profilo oggettivo**, accertato che il quesito risulta riconducibile ad un piano di generalità ed astrattezza e non interferisce, per quanto consta, con altre funzioni del giudice contabile ovvero di altri organi magistratuali, occorre verificare, altresì, che possa essere incluso nel perimetro della “materia di contabilità pubblica”, così come tracciato dalla giurisprudenza contabile ai fini dell’esercizio della funzione consultiva intestata alla Corte dei conti dall’art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003. Il vaglio del requisito in discorso viene compiuto facendo applicazione dei criteri di massima definiti dalla Sezione delle Autonomie che ha accolto una nozione di contabilità pubblica riferita al “*sistema di norme e principi che regolano l’attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti locali*” e che attiene alla disciplina dei bilanci, all’acquisizione delle entrate, all’organizzazione finanziaria-contabile, alla gestione della spesa, all’indebitamento e alla rendicontazione (cfr. Indirizzi e i criteri generali per l’esercizio dell’attività consultiva approvati nell’adunanza del 27 aprile 2004, deliberazioni n. 5/SEZAUT/2006; n. 3/SEZAUT/2014/QMIG).

Criteri definitivi del limite di competenza della funzione consultiva che, in risposta alle dinamiche evolutive della contabilità pubblica, sono stati integrati con la delibera delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 54/CONTR/10, che ha esteso il perimetro della contabilità pubblica “*alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica – espressione della potestà legislativa concorrente di cui all’art. 117, comma 3, della Costituzione – contenuti nelle leggi finanziarie, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell’Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio*”. Sulla base di tali coordinate interpretative, richiamate e ulteriormente precisate dalla Sezione delle autonomie in più recenti deliberazioni di orientamento (deliberazione n. 17/SEZAUT/2020/QMIG e deliberazione n. 5/SEZAUT/2022), i quesiti relativi alla disciplina degli *incentivi per funzioni tecniche* sono stati oggetto di pronunce della Corte dei conti, sia nelle sue articolazioni territoriali sia a livello centrale, in quanto ritenuti riconducibili alla “materia della contabilità pubblica”. Nel solco di questo consolidato orientamento giurisprudenziale, pertanto, la Sezione valuta oggettivamente ammissibile la richiesta di parere formulata dal Comune di Fenegrò.

2. Merito

2.1. Sintetico inquadramento normativo.

Risulta funzionale all’esame del parere soffermarsi brevemente sul contenuto della norma di cui si richiede la corretta interpretazione rinviando, per un accurata

disamina della disciplina degli incentivi tecnici, al quadro ricostruito in diverse delibere delle Sezioni di controllo della Corte dei conti (cfr. deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 51/2011/CONTR e n. 10/SEZAUT/2021).

Con l'art. 113 del Codice dei contratti il legislatore ha dato attuazione all'art. 1, lett. rr) della legge di delega n. 11/2016 relativa al recepimento delle direttive comunitarie n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE.

La disciplina in tema di incentivi, volta principalmente a favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne ad ogni amministrazione è finalizzata, secondo quanto previsto dalla citata legge delega n. 11/2016, ad *"incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte"*, in funzione premiale e incentivante per il personale, con il mirato scopo di accrescere l'efficienza e l'efficacia nella realizzazione ed esecuzione degli appalti, evitando dilatazione dei tempi e ricorso a varianti (in tal senso anche Anac delibera n. 74 del 16/02/2022 con ampi richiami; Cass. Civ., Sez. Lavoro n. 10222 del 28/05/2020; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 862 del 14/04/2022).

La *ratio* sottesa alla misura è stata evidenziata in più occasioni anche dalla magistratura contabile che ha definito gli incentivi come un *"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, delibera n. 6/2018/QMIG).

Si tratta, in sintesi, di un surplus di retribuzione che, in chiave premiale - e derogatoria rispetto al principio della onnicomprensività della retribuzione ordinaria - viene riconosciuto a dipendenti specificamente individuati per lo svolgimento di prestazioni altamente qualificate che, ove fossero svolte invece da soggetti esterni, sarebbero da considerare prestazioni libero-professionali, con conseguente incremento dei costi in termini di incarichi e consulenze a valere sul bilancio dell'ente pubblico (cfr. SRC Lazio, delibera n. 60/2020/PAR; Sezione delle Autonomie, n. 10/2021/QMIG).

Il comma 1 dell'art. 113 citato stabilisce quali sono le specifiche voci di costo che gravano sul piano economico dell'intervento e, quindi, sul bilancio della stazione appaltante, mentre i commi successivi definiscono il perimetro delle attività con riferimento alle quali può essere riconosciuto l'incentivo economico e, soprattutto, principi, criteri e limiti quantitativi cui le amministrazioni devono attenersi nella modulazione e corresponsione dello stesso.

L' art. 113 al comma 2 prevede che le risorse finanziarie per gli incentivi siano destinate ad un apposito fondo in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi o forniture posti a base di gara, per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti 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 lavori ovvero direzione dell'esecuzione, di collaudo o verifica di conformità .

Il comma citato individua nell'importo posto a base di gara il parametro per il calcolo della percentuale da destinare al fondo incentivi, 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.

Al riguardo va rilevato che per i contratti sotto soglia l'art. 36 del Codice dei contratti pubblici dispone *procedure semplificate per l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture* e dispone:

a) per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, l' affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;

b) per gli affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, l' affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, la procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, la procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, il ricorso alle procedure aperte utilizzando il meccanismo dell' esclusione automatica delle offerte anomale.

L'art. 1 del D.L. n. 76 del 2020, conv. in L. n.120/2020 (cd. decreto semplificazioni bis) ha introdotto una disciplina emergenziale ¹, temporanea (in quanto applicabile agli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro il 31 luglio 2021, termine da ultimo poi prolungato fino al 30 giugno 2023, in forza dell'art. 51 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 conv. in L. 108/2021), prevedendo per appalti di modico valore forme procedurali semplificate e più "snelle" al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi.

Tale semplificazione ha quale presupposto che l'efficacia della spesa pubblica possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15/02/2022 n. 1108).

L'incentivo per funzioni tecniche risulta confermato nella bozza provvisoria del nuovo Codice dei Contratti predisposta dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato in attuazione dell'art. 1 della legge 21/06/2022 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici) trasmessa al Governo e diffusa agli organi di informazione il 28 ottobre 2022².

*

2.2. *La giurisprudenza contabile.*

Secondo il consolidato orientamento dei giudici contabili l'erogazione degli emolumenti accessori in favore del personale interno delle pubbliche amministrazioni previsto dall'art. 113 del d. lgs. 50/2016 avviene in presenza degli specifici presupposti espressamente indicati dal legislatore:

- 1) previa adozione di un regolamento interno
- 2) in presenza di un accordo di contrattazione decentrata
- 3) quando sia stata espletata una *procedura comparativa* per l'affidamento dei contratti di lavoro, servizio o fornitura (o concessione).

Presupposto per l'applicazione dell'art. 113 del Codice dei contratti pubblici è ritenuta *"in modo unanime e pacifico [...] l'esternalizzazione della produzione di beni e servizi o comunque il ricorso al mercato, a mezzo di pubblica gara, come si evince dal comma*

¹ affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, nel rispetto dei principi fondamentali dei contratti pubblici e in particolare, del principio di rotazione

² l'art. 45 (Incentivi per funzioni tecniche) prevede che l'importo del 2 per cento sia modulato sull'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture *"posto a base delle procedure di affidamento"*. Nell'attuale bozza risulta espunta la locuzione *"importi posti a base di gara"*: non può escludersi che la norma possa subire modifiche prima della pubblicazione del nuovo codice termine massimo fissato al 31 marzo 2022).

2, il quale individua nell'importo posto "a base di gara" il parametro per il calcolo della percentuale da destinare al fondo incentivi per funzioni tecniche" (cfr. SRC Campania, n. 14/2021/PAR).

Gli orientamenti interpretativi delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti sono concordi nel ritenere che l'erogazione degli incentivi tecnici è legittima se, a monte, vi sia stato l'espletamento di una "gara" ovvero nei casi di ricorso, da parte dell'ente territoriale, ad una "procedura comparativa" strutturata sul modello disciplinato dall'art. 36, comma, 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha introdotto il c.d. "affidamento diretto mediato" nonché nei casi di utilizzo dalle procedure negoziate senza bando prescritte dall'art. 1, comma 2, lett. b), del d.l. n. 76 del 2020 (cfr. *ex multis* SCR Sardegna n. 1/2022/PAR e n. 96/2022/PAR; SRC Liguria n. 59/2021/PAR).

Il previo esperimento di una procedura comparativa è stato ritenuto, infatti, alla luce del tenore letterale dell'art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che modula il 2 per cento del fondo incentivante all'importo "posto a base di gara"), un presupposto necessario per il riconoscimento degli incentivi tecnici, nella forma, quantomeno, dello svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare (cfr. SRC Emilia-Romagna, deliberazione n. 33/2020/PAR e SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).

Quale logica conseguenza è stato affermato che le procedure non comparative (come, per esempio, i lavori in amministrazione diretta), non sono idonee ai fini del riconoscimento degli incentivi tecnici (*ex multis*, SRC Campania, n. 14/2021/PAR; SRC Toscana, n. 186/2017/PAR; SRC Marche, n. 28/2018/PAR; SRC Lazio, deliberazione n. 60/2020/PAR; SRC Veneto n. 301/2019/PAR).

Tali considerazioni sostanziali, ad avviso di questa Sezione, debbono trovare accoglimento in una lettura dell'art. 113 del Codice dei contratti pubblici, norma in nessun modo incisa dall'art. 1 del D.L. n. 76/2020, che, pur non consentendo una sua interpretazione analogica, dato il tenore letterale della disposizione che riconnette esplicitamente l'istituto all'espletamento di una gara, può coniugare le esigenze di tutela della concorrenza con quelle della efficienza della pubblica amministrazione e del miglior utilizzo delle risorse.

In tale direzione si è orientata la giurisprudenza sopra richiamata nel cui solco si inserisce l'esito del parere reso da questa Sezione.

Infatti, pur confermando l'esperimento di una procedura comparativa come presupposto necessario per il riconoscimento degli incentivi tecnici, se ne accoglie una *accezione estesa anche a forme più ridotte e semplificate*, riferibili quantomeno *"allo svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare"* (SRC Liguria, deliberazione n. 59/2021/PAR e SRC Sardegna n. 96/2022/PAR).

Le modalità procedurali di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), così come la disciplina derogatoria e temporanea introdotta dal DL n. 76/2020, art. 1, comma 2, lett. a) (affidamenti diretti), non precludono, infatti, che l'affidamento del contratto possa essere preceduto dall'esperimento di procedure, sia pure semplificate, ma sostanzialmente di natura comparativa e, in ogni caso, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione di cui all'art. 30 del codice dei contratti, richiamati anche dalla disciplina emergenziale di cui al DL n. 76/2020 (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).

Come evidenziato nella citata delibera Sardegna n. 96/2022/PAR *" il mantenimento di un presidio di confronto concorrenziale è raccomandato anche dall'Autorità Anti Corruzione nel documento "Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76....." dell'agosto 2020, laddove, richiamando gli elementi qualificatori dell'atto che dispone l'affidamento indicati all'art. 32, comma 2 del D.lgs. 50/2016 (l'indicazione dell'oggetto dell'affidamento, dell'importo, del fornitore e delle ragioni della sua scelta, e del possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale nonché di quelli di carattere speciale, ove richiesti), afferma che trattasi "di una estrema semplificazione procedurale, che sembra esaurirsi nell'obbligo di motivare la scelta dell'affidatario individuato discrezionalmente; una semplificazione che va temperata tuttavia alla luce dei principi fondamentali dell'attività contrattuale della p.a. e che rappresentano una best practice: il principio di rotazione degli affidamenti, l'acquisizione di informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici"*.

La soluzione interpretativa già tracciata dalla magistratura contabile, dalla quale questa Sezione non ha motivo di discostarsi, conferma dunque l'*esclusione* dalla disciplina degli incentivi tecnici *dell'affidamento diretto*, tra cui anche l'affidamento per somma urgenza di cui all'art. 163 del Codice dei contratti pubblici "*salve le ipotesi nelle quali per la complessità della fattispecie contrattuale l'amministrazione, nonostante la forma semplificata dell'affidamento diretto, proceda allo svolgimento di una procedura sostanzialmente comparativa, la quale dovrà comunque emergere nella motivazione della determinazione a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria*" (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).

Un approdo ermeneutico che rappresenta un punto di equilibrio tra tenore letterale delle disposizioni e le esigenze di carattere sostanziale precedentemente illustrate (così SRC Sardegna n. 96 cit.).

P.Q.M.

La Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia si pronuncia come segue sulla richiesta di parere del Comune di Fenegrò

"relativamente agli incentivi tecnici previsti dall'art.113 d. Lgs. 50/2016 nel testo vigente è consentito adottare un'accezione estesa del requisito della procedura comparativa necessaria alla corresponsione degli stessi, tale da includere anche forme di affidamento più ridotte e semplificate, quali quelle riferibili allo svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare".

DISPONE

che, a cura della Segreteria, copia della presente deliberazione sia trasmessa al Comune di Fenegrò.

Così deliberato nella Camera di Consiglio del 16 novembre 2022.

Il Relatore
(Maura Carta)

Il Presidente
(Sonia Martelli)

Depositata in Segreteria il
18 novembre 2022
Il funzionario preposto
(Susanna De Bernardis)