



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA TOSCANA

composta dai magistrati:

Francesco	BELSANTI	Presidente f.f., relatore
Paolo	BERTOZZI	Consigliere
Rosaria	DI BLASI	Primo Referendario
Anna	PETA	Referendario
Matteo	LARICCIA	Referendario

Nell'adunanza del 18 gennaio 2024,

VISTO l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. n. 1214 del 12/07/1934, e successive modificazioni;

VISTA la l. n. 20 del 14/1/1994, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, e successive modificazioni;

VISTA la l. n. 131 del 5/6/2003, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. n. 3 del 18/10/2001;

VISTO il regolamento n. 14/2000 per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, deliberato dalle Sezioni riunite in data 16/06/2000, e successive modificazioni;

VISTE le deliberazioni della Sezione delle autonomie approvate nelle adunanze del 27/4/2004 e del 4/6/2009, aventi ad oggetto indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva da parte delle Sezioni regionali di controllo;

VISTA la deliberazione della Sezione delle autonomie n. 5/AUT/2006, che ha precisato i soggetti legittimati alla richiesta e l'ambito oggettivo della funzione consultiva intestata alle Sezioni territoriali;

VISTA la deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 54/CONTR/10;

VISTA la legge regionale n. 22/1998, poi sostituita dalla legge regionale n. 36/2000, istitutiva del Consiglio delle Autonomie locali;

VISTA la convenzione del 16/06/2006 tra Sezione regionale di controllo, Consiglio delle autonomie locali e Giunta regionale Toscana in materia di "*ulteriori forme di collaborazione*" tra Corte ed autonomie, ai sensi dell'art. 7, comma 8 della l. n. 131/2003;

VISTA la richiesta di parere presentata dall'ente, come di seguito meglio specificata;

VISTA l'ordinanza presidenziale con cui è stata convocata la Sezione per l'odierna camera di consiglio;

UDITO il relatore, Cons. Francesco Belsanti;

PREMESSO IN FATTO

Con nota trasmessa per il tramite del Consiglio delle Autonomie Locali ed acquisita al protocollo della Sezione in data 20 dicembre 2023, al n. 10396, il Sindaco del Comune di Livorno ha formulato richiesta di parere ex art. 7, comma 8, l. 5 giugno 2003, n. 131 in materia di incentivi tecnici.

Dalla lettura della richiesta, espressa in maniera non chiara, sono stati individuati i seguenti quesiti:

- 1) se sia incentivabile, ai sensi dell'ex art. 113, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 il personale che abbia svolto le attività soggette ad incentivazione con decorrenza a far data dal 19 aprile 2016 (per i motivi evidenziati in seguito: si veda decorrenza del regolamento comunale);
- 2) se, in caso di risposta positiva, tali incentivi siano esclusi dai vincoli riferibili al trattamento accessorio del fondo del personale del comparto;
- 3) se sia possibile incentivare il personale dipendente non appartenente alla famiglia professionale relativa ai profili professionali "tecnici" del Comune di Livorno, sia ai sensi dell'art. 113, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 che dell'articolo 45 del D.lgs. n. 36/2023 che ha disposto la nuova regolamentazione in materia di incentivi tecnici individuando le attività incentivabili con rinvio all'allegato I.10 (il citato Decreto ha approvato il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ed abrogato la previgente disciplina che comunque risulta sempre applicabile ai contratti affidati sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.);
- 4) se, in caso di risposta positiva, siano incentivabili specifiche attività quali quelle attinenti:

- 4.1) alla predisposizione dei documenti di gara, alla predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e del programma biennale (adesso triennale) degli acquisti di beni e servizi;
- 4.2) alla collaborazione di supporto ai RUP o ai DEC per i lavori pubblici, per gli acquisti di beni e servizi e, dal 1° luglio 2023 (data di efficacia delle disposizioni del nuovo codice dei contratti e dunque anche dell'art. 45 e del relativo allegato I.10 sopra citati), per gli affidamenti diretti, le concessioni, per i partenariati pubblico-privato, qualora fossero già state accantonate le risorse finalizzate all'incentivazione tecnica

L'Ente evidenzia la normativa di riferimento in materia di incentivi tecnici (art. 113 del d.lgs. 56/2016 e art. 45 del D.lgs. n. 36/2023) soffermandosi, poi, sugli aspetti ritenuti maggiormente rilevanti.

Quanto ai primi due quesiti si sofferma, in particolare, sul regolamento previsto dall'art. 113 cit. (necessario per la ripartizione e l'attribuzione delle somme incentivanti) e sul comma 5 bis dell'art. 113 cit. (introdotto dalla legge 205 del 2017).

Per il primo aspetto l'Ente ricorda:

- il D.L. 10/09/2021 n. 121, convertito con modificazioni dalla legge di conversione n. 156 del 09/11/2021, che all'art. 5, comma 10, dispone che *"Il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture le cui procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, anche se eseguiti prima dell'entrata in vigore del predetto regolamento. Gli oneri per la ripartizione delle risorse finanziarie di cui all'articolo 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 fanno carico agli stanziamenti già accantonati per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture di cui al primo periodo negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti"*);

- la delibera della Corte dei Conti - Sezione delle Autonomie n. 16/SEZAUT/2021/QMIG nella quale, sulla base del principio di elaborazione giurisprudenziale *"tempus regit actionem"*, viene *"enunciato il principio di diritto in base al quale "ove una amministrazione locale abbia omissis di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente ratione temporis (legge n. 109/1994; d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento funzionale alla distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, detto regolamento potrà essere adottato ex post, nel rispetto dei limiti e parametri che la norma del tempo imponeva, a condizione che le somme relative agli incentivi alla progettazione siano state accantonate ed afferiscano a lavori banditi in vigenza della suddetta normativa del tempo"*.

Con il combinato disposto dalla norma e dalla giurisprudenza appena citate, l'Ente sottolinea come venga espressamente coperto un vulnus normativo che si era creato con l'abrogazione del vecchio codice appalti di cui al D.Lgs. 163/2006, riguardante il pagamento delle funzioni tecniche dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici con riguardo al periodo transitorio tra l'abrogazione del vecchio

regolamento e l'entrata in vigore di quello previsto dall'articolo 113, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Pertanto, il predetto trova ora applicazione agli appalti di lavori, servizi e forniture, le cui procedure sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo n. 50, anche se eseguite prima della entrata in vigore dello stesso regolamento.

Con riferimento al comma 5 bis dell'art. 113 cit. l'Ente evidenzia come questo disponga che incentivi previsti dalla norma "*fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture*"; tale disposizione trova applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2018 e da essa la giurisprudenza, nota all'Ente, ha fatto discendere l'esclusione dei compensi incentivanti dai vincoli per il trattamento accessorio riferiti al fondo incentivante per il personale del comparto a decorrere dalla data di entrata in vigore (in tal senso le deliberazioni della Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti n. 7/2017 e n. 24/2017).

Pertanto, l'Ente, sulla scorta di quanto appena evidenziato, e tenendo in considerazione anche quanto osservato da questa Sezione con la delibera n. 83/2021/PAR, dopo apposito accordo con le organizzazioni sindacali del 7 marzo 2022, ha approvato il regolamento di cui all'art. 113 cit., con specifica efficacia retroattiva dal 1° gennaio 2018, stante la non esplicita esclusione dai vincoli del trattamento accessorio degli incentivi del periodo intercorrente dal 19 aprile 2016 al 31 dicembre 2017.

L'Ente rappresenta che, attualmente, stante la complessità della ricostruzione puntuale ex-post di tutti i progetti di lavoro e quelli relativi all'acquisto di beni e servizi che devono avere copertura finanziaria nel bilancio, del quadro normativo descritto e della giurisprudenza contabile (anche di questa Sezione) non ha provveduto ad erogare gli incentivi tecnici ai dipendenti destinatari degli stessi.

In riferimento al terzo e quarto quesito l'Ente da una parte enuclea il contenuto del regolamento approvato ai sensi del citato art. 113 evidenziando le attività e le figure professionali incentivabili; dall'altra riporta il contenuto dell'art. 45 e dell'allegato I.10 che contengono la nuova regolamentazione degli incentivi tecnici con indicazione delle attività incentivabili. L'Ente sottolinea che, anche con riferimento alla normativa vigente, pur in assenza di accordo in contrattazione decentrata integrativa sulle modalità ed i criteri di ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche (che adesso riguardano anche le concessioni ed i partenariati pubblico-privato) l'Amministrazione ha proceduto ad accantonare le risorse in bilancio al momento della predisposizione della determina a contrarre o atto di affidamento.

Sul punto, l'Ente dà conto di conoscere la giurisprudenza di questa Sezione che, con la deliberazione n. 196/2023/PAR, ha ritenuto che, tra le attività di programmazione incentivabili svolte dal personale dipendente, non rientrino quelle relative alla programmazione, al monitoraggio ed al controllo degli aspetti finanziari.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Secondo gli ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali in tema di pareri da esprimere ex art. 7, comma 8, l. n. 131/2003, occorre valutare in via preliminare i profili di ammissibilità, con riferimento sia alla legittimazione dell'organo richiedente (profilo soggettivo), sia all'attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica, così come nel tempo perimetrata dalle Sezioni riunite e dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti (profilo oggettivo). Il legittimo esercizio della funzione consultiva presuppone, inoltre, che la richiesta di parere contenga quesiti di carattere generale e astratto, sì da escludere che la Sezione regionale di controllo possa ingerirsi nella concreta attività gestionale dell'ente, ovvero esprimere valutazioni in merito a singoli procedimenti o comportamenti, così finendo per interferire con le attività di altri organi magistratuali.

Nel caso di specie, la richiesta di parere del Comune di Livorno deve ritenersi ammissibile sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo.

Sotto il profilo soggettivo, infatti, l'istanza di parere è stata formulata dal Sindaco, quale legale rappresentante dell'Ente, per il tramite del Consiglio delle autonomie locali.

Sotto il profilo oggettivo la richiesta è da considerarsi ammissibile in quanto riferibile alla materia della "contabilità pubblica", giacché essa riguarda la normativa e i relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria precedente/seguito la gestione della spesa per il personale, con particolare riguardo all'erogazione di incentivi tecnici di cui all'art. 113 del codice dei contratti pubblici, materia su cui la giurisprudenza contabile è copiosa e questa stessa Sezione si è già più volte pronunciata anche su richieste formulate dal Comune di Livorno.

2. Tanto premesso in punto di ammissibilità, si osserva quanto segue per il merito con riferimento a ciascun quesito.

2.1. Con il primo quesito l'Ente chiede se sia incentivabile, ai sensi dell'ex art. 113, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 il personale che abbia svolto le attività soggette ad incentivazione con decorrenza a far data dal 19 aprile 2016 (per i motivi evidenziati in seguito: si veda decorrenza del regolamento comunale);

Il Collegio ritiene di poter dare risposta positiva, in conformità con la giurisprudenza contabile e la normativa vigente, note al Comune di Livorno.

Infatti, l'art. 5, comma 10, del D.L. n. 121/2021, convertito con modificazioni dalla legge di conversione n. 156 del 09/11/2021, ha disposto che il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, trovi applicazione agli appalti di lavori, servizi e forniture le cui procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016 anche se eseguiti prima dell'entrata in vigore del predetto regolamento.

La Sezione delle Autonomie, aderendo al dato normativo, con la delibera n. 16/SEZAUT/2021/QMIG, ha previsto che, sulla base del principio di elaborazione giurisprudenziale "tempus regit actionem", "ove una amministrazione locale abbia omissis

di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente ratione temporis (legge n. 109/1994; d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento funzionale alla distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, detto regolamento potrà essere adottato ex post, nel rispetto dei limiti e parametri che la norma del tempo imponeva, a condizione che le somme relative agli incentivi alla progettazione siano state accantonate ed afferiscano a lavori banditi in vigenza della suddetta normativa del tempo”.

L’Ente, in aderenza a quanto affermato dal legislatore e dalla giurisprudenza contabile, ha emanato il regolamento nel corso del 2022 ma ha ritenuto di disporre l’efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2018 (probabilmente per la problematica che sottende al secondo quesito: si veda oltre). Nulla esclude, pertanto, che nell’esercizio della propria potestà regolamentare, possa estendere l’efficacia del proprio regolamento a decorrere dal 19 aprile 2016.

2.2. Con il secondo quesito, l’Ente chiede se, in caso di risposta positiva al primo quesito, gli incentivi siano esclusi dai vincoli riferibili al trattamento accessorio del fondo del personale del comparto.

Sul punto la risposta del Collegio è negativa. Come sa bene l’Ente, avendo richiamato, già nella richiesta, le delibere della Sezione delle Autonomie n. 7/2017 e n. 24/2017, gli incentivi tecnici previsti dal comma 2 dell’art. 113 cit., sino alla modifica apportata dalla legge n.205/2017, che ha introdotto il citato comma 5 bis all’art. 113, erano da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all’articolo 1, comma 236, l. n. 208/2015.

Successivamente alla modifica legislativa la Sezione delle autonomie, con deliberazione n. 6/2018 ha enunciato il principio di diritto secondo il quale *“Gli incentivi disciplinati dall’art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel testo modificato dall’art. 1, comma 526, della legge n. 205 del 2017, erogati su risorse finanziarie individuate ex lege facenti capo agli stessi capitoli sui quali gravano gli oneri per i singoli lavori, servizi e forniture, non sono soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall’art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017”*, evidenziando come *“ ..la contabilizzazione prescritta ora dal legislatore sembra consentire di desumere l’esclusione di tali risorse dalla spesa del personale e dalla spesa per il trattamento accessorio”* (per una lettura completa delle motivazioni si rinvia alla predetta delibera).

Già in tale delibera la Sezione affermava, comunque, che l’intervento normativo, introduttivo dell’art. 5 bis cit., mancava delle caratteristiche proprie delle norme di interpretazione autentica (tra cui la retroattività), ponendo il problema se gli incentivi maturati nel periodo intertemporale (anni 2016-2017) rientrassero nei limiti di spesa del trattamento accessorio del personale.

Sul punto si erano formati due diversi orientamenti: il primo, valorizzando la valenza innovativa e non interpretativa dell’art. 5-bis, riteneva, in base al principio *“tempus regit actum”*, che, fino all’entrata in vigore della novella normativa, detti incentivi fossero da includere nel tetto dei trattamenti accessori.

Un secondo orientamento considerava innovativi gli effetti prodotti dall'articolo 5-bis che, pertanto, non potevano non ripercuotersi sugli stanziamenti di bilancio già effettuati per la realizzazione dell'opera pubblica (tra i quali rientrano gli incentivi tecnici) i quali – essendo già stanziati sui relativi capitoli dell'appalto prima dell'avvento della novella introdotta dal citato articolo - cessavano di concorrere al tetto retributivo dei trattamenti accessori.

La Sezione delle Autonomie, con la delibera n. 26/2019, ha risolto la disputa affermando il seguente principio di diritto: *“Gli incentivi tecnici previsti dall'articolo 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016, così come integrato dal comma 5-bis dello stesso articolo, maturati nel periodo temporale che decorre dalla data di entrata in vigore dello stesso, fino al giorno anteriore all'entrata in vigore del citato comma 5-bis (1° gennaio 2018), sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all'articolo 1, comma 236, della legge n. 208/2015, successivamente modificato dall'articolo 23 del d.lgs. n. 75/2017, pur se la provvista dei predetti incentivi sia già stata predeterminata nei quadri economici dei singoli appalti, servizi e forniture”* (per la lettura delle motivazioni si rinvia alla predetta delibera).

Pertanto, il Comune di Livorno potrà attribuire gli incentivi tecnici al personale dell'Ente con riferimento agli appalti effettuati nel predetto periodo temporale, ma gli stessi saranno computati nei vincoli di spesa riferiti al trattamento accessorio.

2.3. Con il terzo quesito l'Ente chiede se sia possibile incentivare il personale dipendente non appartenente alla famiglia professionale relativa ai profili professionali “tecnici” del Comune di Livorno, sia ai sensi dell'art. 113, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 che dell'articolo 45 del D.lgs. n. 36/2023 che ha disposto la nuova regolamentazione in materia di incentivi tecnici individuando le attività incentivabili con rinvio all'allegato I.10 (il citato Decreto ha approvato il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ed abrogato la previgente disciplina che comunque risulta sempre applicabile ai contratti affidati sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.).

Il Collegio, sia alla luce di precedenti giurisprudenziali che del tenore letterale delle norme in esame, ritiene che ai fini dell'attribuzione dell'incentivo tecnico non rilevi il profilo professionale “tecnico” (anche se di regola presente) bensì la concreta esplicazione di attività tecniche legate alla procedura contrattuale (anche se esplicata da collaboratori amministrativi).

Già questa Sezione, con la pronuncia n. 196/2023 ha evidenziato come *“Il tenore letterale delle disposizioni (art. 113 vecchio codice e art. 45 nuovo codice) chiarisce la portata applicativa degli incentivi in questione. In entrambe le disposizioni indicate, infatti, il riferimento è sempre ed esclusivamente alle **funzioni tecniche**, con esclusione, quindi, di tutte quelle attività che non riguardano direttamente le procedure di affidamento ed esecuzione [...] Senza contare che le disposizioni in parola prevedono che la corresponsione dell'incentivo venga effettuata a seguito dell'accertamento delle **specifiche attività**, o delle **specifiche funzioni tecniche** svolte dai dipendenti.*

Entrambe le disposizioni, inoltre, prevedono espressamente la possibilità di ripartire gli incentivi tecnici anche tra i “collaboratori” del RUP o dei soggetti che

svolgono funzioni tecniche, senza specificarne il **profilo tecnico o amministrativo**. In tal senso, con riferimento all'art. 113 la Sezione Lombarda ha evidenziato come *“il tenore letterale del comma 3 (oltre alla novità di permettere l'erogazione dell'incentivo anche per gli appalti di fornitura di beni e di servizi), palesa, in aderenza al precedente comma 2, la legittima erogabilità dell'incentivo a favore del responsabile unico del procedimento (anche se, negli appalti di forniture e servizi, non possiede necessariamente il profilo di “tecnico”), dei “soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2” , nonché “tra i loro collaboratori” (senza distinguere, come nell'elencazione delle attività incentivabili di cui al precedente comma 2, fra profili tecnici e amministrativi) (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 40/2018/QMIG).*

Ed ancora: *“È infatti evidente l'intento del legislatore di ampliare il novero dei beneficiari degli incentivi in esame, individuati nei profili, tecnici e non, del personale pubblico coinvolto nelle diverse fasi del procedimento di spesa, dalla programmazione (che nel nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 21, è resa obbligatoria anche per l'acquisto di beni e servizi) all'esecuzione del contratto” (Sezione delle autonomie, deliberazione n. 7/SEZAUT/2017/QMIG); “In particolare, la Sezione delle Autonomie ha fondato il proprio mutato convincimento sia sulla distinzione tra il compenso incentivante previsto dal comma 2 dell'art. 113 e l'abrogato incentivo per la progettazione di cui all'articolo 93, comma 7-ter del d.lgs.163/2006, sia sulle peculiarità della nuova disciplina normativa, caratterizzata dall'estensione di detti incentivi anche agli appalti di servizi e forniture e dall'ampliamento del novero dei beneficiari (individuati nei profili, tecnici e amministrativi, del personale pubblico coinvolto nelle diverse fasi del procedimento di spesa)” (Sezione regionale di controllo per la Liguria, deliberazione n. 1/2022/PAR).*

Pertanto, la risposta di questo Collegio al quesito posto dal Comune di Livorno, in termini generali, è positiva nel senso che l'incentivo è erogabile al personale dipendente che svolge funzioni tecniche, anche in termini di collaborazione, indipendentemente dal profilo amministrativo o tecnico degli stessi.

2.4. Con il quarto quesito (articolato in più punti) l'Ente chiede se, in caso di risposta positiva al terzo quesito, siano incentivabili alcune specifiche attività di seguito evidenziate nell'ambito delle procedure previste dall'art. 113 cit. e dall'art. 45 cit.

2.4.1 Quanto alla predisposizione dei documenti di gara, alla predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e del programma biennale (adesso triennale) degli acquisti di beni e servizi, il Collegio ritiene incentivabili solo quelle riferite alla prima fattispecie in quanto esplicitamente prevista dalla normativa in esame,

Di contro, considerando che l'elencazione delle attività incentivabili è da considerarsi tassativa e caratterizzata da una propria specificità (tecnica), il Collegio ritiene che tra le stesse non possono essere ricomprese *“tutte quelle attività che non riguardano direttamente le procedure di affidamento ed esecuzione, come le attività finanziarie le quali, seppur necessarie al fine del buon esito della procedura, e comunque connotate da una*

certa tecnicità, hanno natura diversa” (sempre Sezione di controllo Toscana deliberazione n. 196/2023/PAR).

Pertanto, appare da escludere l’incentivazione di attività riferibili alla predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e del programma biennale (adesso triennale) degli acquisti di beni e servizi in considerazione della mancanza di una diretta connessione con la singola procedura contrattuale.

2.4.2. Quanto all’attività di collaborazione di supporto ai RUP o ai DEC per i lavori pubblici, per gli acquisti di beni e servizi e, dal 1° luglio 2023 (data di efficacia delle disposizioni del nuovo codice dei contratti e dunque anche dell’art. 45 e del relativo allegato I.10 sopra citati), per gli affidamenti diretti, le concessioni, i partenariati pubblico-privato, qualora fossero già state accantonate le risorse finalizzate all’incentivazione tecnica, il Collegio deve distinguere le singole fattispecie:

Nessun dubbio circa la possibilità di incentivare i collaboratori amministrativi di supporto ai RUP o ai DEC, in quanto espressamente previsto dalle norme (nel momento in cui svolgono attività tecniche).

Circa le procedure in cui tali incentivi possono essere riconosciuti, appare utile riportare la normativa di riferimento.

L’art. 113 al comma 1 recitava: *“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”*.

Il comma 1 dell’art. 45 del D.lgs. 36/2023, invece, prevede che *“Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell’allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole **procedure di affidamento** di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e **degli enti concedenti**.....”*.

Dal confronto delle due norme emergono due differenze sostanziali:

- la prima è riferibile alle procedure che portano alla conclusione del contratto che nell’art. 113 cit. erano individuate nelle gare di appalto (in tali termini la giurisprudenza contabile) mentre il vigente art. 45 parla di procedure di affidamento;
- la seconda concerne i soggetti che affidano i lavori, forniture e servizi individuati non solo nelle stazioni appaltanti ma anche negli enti concedenti.

Pertanto, appare evidente la volontà del legislatore di estendere la possibilità di erogare incentivi tecnici a tutte le procedure che conducono all’affidamento di lavori, forniture e servizi, anche ampliando il novero dei soggetti che possono affidare contratti sottoposti alla disciplina di cui all’art. 45 cit.

In tal senso la relazione illustrativa del Consiglio di Stato al nuovo Codice dei contratti pubblici, che, con riferimento all’art. 45, afferma: *“Il comma 1 stabilisce che le*

risorse per remunerare le attività tecniche gravano sugli stanziamenti relativi alle procedure di affidamento, estendendo la previsione alle attività tecniche relative a tutte le procedure e non solo all'appalto. Si superano, in tal modo, le difficoltà discendenti dalla vigente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti".

Per quanto premesso, il Collegio, in ordine alle fattispecie richiamate con il quarto quesito, ritiene necessario distinguere:

a) relativamente alla possibilità di attribuire gli incentivi tecnici negli affidamenti diretti, può ritenersi superato l'orientamento negativo, fatto proprio anche da questa Sezione in vigore dell'art. 113 cit. con la deliberazione n. 234/2022/PAR nella quale ha affermato che *"...questa Sezione concorda con i pareri citati, confermando l'esclusione dalla disciplina degli incentivi tecnici dell'affidamento diretto (si pensi all'affidamento per somma urgenza di cui all'art. 163 del Codice dei contratti pubblici) ad eccezione dei casi in cui, "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"* (per una analisi della motivazione si rinvia alla predetta deliberazione); è pur vero che la specificità della procedura di affidamento, anche in termini di maggiore semplicità e snellimento della stessa, richiederà una verifica accurata circa le attività incentivanti che dovranno necessariamente essere quelle individuate nell'allegato I.10 cit.;

b) quanto alla possibilità di erogare gli incentivi tecnici nei contratti mediante concessione, vale quanto appena osservato per gli affidamenti diretti; inoltre, è la stessa norma a prevedere, come sopra ricordato, che tra i soggetti affidatari di contratti di lavori, servizi e forniture, a differenze nella normativa previgente, siano ricompresi gli enti concedenti confermando la volontà del legislatore di ampliare il perimetro dei soggetti ai quali erogare gli incentivi, non limitandolo ai soli appalti di lavori, servizi e forniture (Enti concedenti individuati nell'allegato I.1 in *"qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice"*; per una ricostruzione esauriente relativa alla concessione si veda la deliberazione n. 138/2023 della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Lombardia alla quale si rinvia; conforme a tale orientamento anche la Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, deliberazione n. 332/2023/PAR; cfr. altresì ANAC - Parere di funzione consultiva 54/2023 del 25 ottobre 2023);

c) infine, circa la possibilità di erogare incentivi tecnici in caso partenariato pubblico-privato, occorre evidenziare che il nuovo codice dei contratti, al comma 1 dell'art. 174, dà una definizione di tale fattispecie giuridica: *"Il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:*

a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;

c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato"; dalla lettura della predetta norma il Collegio ritiene di condividere l'orientamento che ammette la possibilità di estendere anche alla fattispecie giuridica in esame la possibilità di erogare incentivi di cui all'art. 45 cit. al personale che svolge funzioni "tecniche" (esaustiva, in tal senso la ricostruzione operata dalla Sezione di controllo Lombardia che per comodità espositiva si riporta di seguito: "Una volta introdotta al comma 1 la definizione di partenariato pubblico privato, il nuovo codice si preoccupa di stabilire al comma 3 il rapporto tra genus a species tra il partenariato pubblico privato e le diverse forme contrattuali: "Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III, IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178, 179".

Sul comma 3 dell'art. 174, utili elementi emergono dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato dove si legge quanto segue: "Al comma 3 si chiarisce, in via preliminare, il rapporto tra genus a species esistente tra il partenariato pubblico-privato, le concessioni e le altre tipologie contrattuali, quali la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità. Come già evidenziato nella parte generale, il partenariato pubblico-privato è stato concepito come istituto di carattere generale di cui le concessioni, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità costituiscono altrettante specie. Inoltre, viene introdotto un ampio rinvio alla capacità generale di diritto privato, e ciò al fine di consentire alle amministrazioni di ricorrere a figure contrattuali atipiche, e non solo ai contratti nominati già previsti nel codice, dando così attuazione alla legge delega che prevede l'estensione delle forme di partenariato pubblico-privato. Tuttavia, per evitare forme di abuso, si è precisato che i contratti debbono avere i contenuti di cui al comma 1 e che debbono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. Sempre nel comma 3, nell'ottica della massima semplificazione e razionalizzazione della disciplina e per evitare inutili duplicazioni, è stato introdotto un rinvio generale alla disciplina relativa alle concessioni, sia per quanto riguarda le procedure di affidamento e l'esecuzione, sia per quanto riguarda l'allocazione del rischio operativo, la durata del contratto, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato".

Infine, al comma 5 si prevede che "I contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63", ossia solo i soggetti

qualificati come stazioni appaltanti e centrali di committenza possono stipulare contratti di partenariato pubblico-privato.

In siffatto contesto normativo e alla luce degli elementi tratti dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato, è possibile affermare che il partenariato -pubblico privato, definito secondo i criteri previsti dal comma 1 dell'art. 174 del D.lgs. 36/2023 e realizzato tra un ente concedente, come definito dal comma 2, con i requisiti previsti dal comma 5 dello stesso art. 174, è un'operazione economica nella quale può essere prevista l'applicazione degli incentivi per le funzioni tecniche, sempre che le attività svolte siano quelle previste dall'all. I.10 del D.lgs. 36/2023 e gli incentivi siano "a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti", come prescritto dal comma 1 dell'art. 45").

P.Q.M.

Nelle suesposte considerazioni è il deliberato della Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per la Toscana - in relazione alla richiesta formulata dal Comune di Livorno, con la nota in epigrafe indicata.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa a cura della Segreteria al Presidente del Consiglio delle autonomie locali della Regione Toscana e, per conoscenza, al Sindaco dell'ente richiedente.

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del 18 gennaio 2024.

Il Presidente f.f. relatore
Francesco Belsanti
(firmato digitalmente)

Depositata in Segreteria il 29 gennaio 2024

Il funzionario preposto al Servizio di supporto
Cristina Baldini
(firmato digitalmente)