

**CORTE DEI CONTI****SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA**

composta dai magistrati:

dott.ssa Maria Riolo	Presidente
dott. Mauro Bonaretti	Consigliere (Relatore)
dott.ssa Vittoria Cerasi	Consigliere
dott.ssa Maura Carta	Consigliere
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 Iole Genua	Referendario

nelle adunanze in camera di consiglio del 14 settembre e del 20 settembre 2023 ha assunto la seguente:

DELIBERAZIONE

Emessa sulla richiesta di parere formulata dal Comune di Varese

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'articolo 7, comma 8;

VISTA la richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di Varese, pervenuta a mezzo pec in data 18 Luglio 2023 ed acquisita al protocollo pareri di questa Sezione al n. 9788 in data 19 Luglio 2023

VISTA l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato l'odierna adunanza;
UDITO il Relatore, dott. Mauro Bonaretti;

PREMESSO IN FATTO

Il Sindaco del Comune di Varese chiede un parere su quesiti attinenti all'applicazione dell'articolo 45 del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il primo quesito concerne l'applicabilità o meno al partenariato pubblico-privato della disciplina in materia di “Incentivi alle funzioni tecniche”, contenuta nel suddetto articolo 45.

Per il caso in cui l'istituto fosse applicabile ai partenariati, il Comune pone l'ulteriore quesito “sulla corretta modalità di computazione delle risorse da destinare alle finalità sottese dall'istituto”. In particolare, l'Ente, partendo dal comma 2 dell'articolo 45, secondo cui la percentuale massima del 2 per cento si applica all’*“importo dei lavori, dei servizi e delle forniture posto a base delle procedure di affidamento”*, espone che “nel caso dei partenariati può accadere che l'importo posto a base delle procedure di affidamento non sia espressamente indicato, vista, da una parte, la particolare modalità di calcolo del loro valore, contenuta nell'articolo 179 del Codice e nell'articolo 8 della direttiva 23/2014/UE e, dall'altra, la natura composita delle attività demandate al concessionario il quale, nel caso di concessioni “calde”, non percepisce alcun corrispettivo da parte dell'amministrazione committente” e chiede “Su quale valore è corretto applicare l'aliquota percentuale indicata al comma 2 dell'articolo 45?”.

Il Comune, infine, si interroga sulla *“possibilità di liquidare gli importi previsti dal comma 3 dell’articolo 45 non al termine della vigenza del contratto e in conseguenza dell’approvazione degli atti di contabilità finale dei lavori, del servizio o dell’acquisto, ma con cadenza periodica, previa verifica della corretta esecuzione della prestazione incentivata nel periodo di riferimento e salva la ripetizione totale o parziale dell’importo erogato nel caso in cui si verificasse uno degli eventi cui la norma riconnette la riduzione dell’importo (incremento dei tempi o dei costi della commessa)”*. Al riguardo, il Sindaco del Comune di Varese sottolinea che *“la questione sorge a seguito delle valutazioni, apparse dubitative, sull’applicabilità di tale “rateizzazione”, espresse in vigenza dell’articolo 113 del Codice del 2016 dalla Sezione regionale per l’Emilia Romagna con deliberazione n. 43/2021 e dalla Sezione regionale per la Toscana con deliberazione n. 234/2022”*.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Ammissibilità.

La funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è prevista dall’art. 7, comma 8, della Legge n. 131 del 2003 che, innovando nel sistema delle tradizionali funzioni della Corte dei conti, dispone che le regioni, i comuni, le province e le città metropolitane possano chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica.

Preliminarmente occorre dunque valutare l’ammissibilità dell’istanza in oggetto alla luce dei consolidati orientamenti ermeneutici, con particolare riguardo all’atto del 27 aprile 2004, con il quale la Sezione delle Autonomie ha dettato gli indirizzi e i criteri generali per l’esercizio dell’attività consultiva, evidenziando i soggetti legittimati alla richiesta e l’ambito oggettivo della funzione.

Sotto il profilo soggettivo, la richiesta di parere è ammissibile in quanto proviene dal Sindaco del Comune istante che, rappresentando l’ente locale ai sensi dell’art. 50 T.U.E.L., è l’organo istituzionalmente legittimato a richiederlo.

Sotto il profilo oggettivo, rilevano due distinti aspetti: la formulazione del parere in termini generali ed astratti e la sussumibilità dello stesso nella materia della contabilità pubblica.

Occorre, quindi, valutare se il quesito sia formulato e possa essere reso in termini generali ed astratti. Tale preliminare valutazione risulta particolarmente rilevante sul piano sostanziale e dei rapporti di corretta collaborazione tra Corte dei conti ed enti locali.

Come sottolinea, infatti, la Sezione delle autonomie della Corte dei conti (deliberazione n. 17/SEZAUT/2020/QMIG) il pericolo è quello che la Corte, con una eccessiva estensione dei profili di ammissibilità oggettiva, sia di fatto immessa «nei processi decisionali degli enti, condizionando quell'attività amministrativa su cui è chiamata ad esercitare il controllo, che, per definizione, deve essere esterno e neutrale» (cfr. anche deliberazione n. 5/SEZAUT/2006, nonché Sezioni Riunite in sede di controllo, deliberazione n. 54/CONTR/2010, e n. 27/CONTR/2011; nei medesimi termini, in tempi più recenti, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 24/SEZAUT/2019/QMIG).

Ebbene, il parere richiesto dal Comune di Varese è formulato in termini generali ed estratti, implicando esclusivamente l'interpretazione dell'art. 45 più volte citato.

Il quesito, inoltre, rientra pacificamente nella materia della contabilità pubblica, come conferma la copiosa giurisprudenza della Corte dei conti in merito alla tematica degli "Incentivi per funzioni tecniche" di cui all'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 (tra le tante, cfr., di questa stessa Sezione regionale di controllo, deliberazione n. 15/2022/PAR e giurisprudenza in essa richiamata).

2 Merito

Nel merito, occorre, in primo luogo procedere ad un'analisi comparativa tra l'art. 113 del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che, come è noto, disciplinava la materia degli incentivi per funzioni tecniche, e l'art. 45 del nuovo codice dei contratti pubblici che disciplina ora la stessa materia.

L'art. 113 al comma 1 testualmente 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”*.

La formulazione introdotta con il comma 1 dell'art. 45 del D.lgs. 36/2023 è, invece, la seguente: *“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. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.10 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.”*

Gli elementi differenziali tra le due disposizioni sono fondamentalmente tre. In primo luogo, con la nuova formulazione non sono più elencate nel testo dell'articolo le attività incentivabili, ma esse vengono demandate in prima istanza all'allegato I.10 che si prevede sarà abrogato e sostituito nel tempo con l'entrata in vigore di un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

In secondo luogo, la previgente normativa prevedeva che gli oneri per incentivi *“fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture”*. Per consolidata giurisprudenza, tale formulazione restringeva il campo di applicazione degli incentivi alle sole procedure di gare di appalto. A questo proposito, giova ricordare la deliberazione n. 15/2019/QMIG, con la quale la Sezione delle autonomie, nell'escludere l'estendibilità dell'istituto alle concessioni,

ha osservato che *“i compensi incentivanti 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 comma 1 dell’art. 45 prevede, invece, che gli oneri “sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole **procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture”**, estendendo in tal modo l’ambito di applicazione a tutte le procedure di affidamento. Al riguardo, la **relazione illustrativa del Consiglio di Stato** al nuovo Codice dei contratti pubblici, con riferimento all’art. 45, testualmente 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”**.*

La terza novità introdotta con il comma 1 dell’articolo 45 riguarda i soggetti che attivano le procedure di affidamento. Sullo specifico punto, mentre il previgente art. 113 del D.lgs. 50/2016 si limitava ad individuare tali soggetti nelle sole *“**stazioni appaltanti**”*, l’art. 45 introduce a fianco di queste anche *“**gli enti concedenti**”*. La disposizione del comma 1 dell’art. 113 faceva, infatti, riferimento *“agli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti”*, mentre la formulazione del comma 1 dell’art. 45 del D.lgs. 36/2023 fa riferimento *“agli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti”*.

L’inserimento degli *“enti concedenti”* tra i soggetti che attivano le procedure di affidamento e che destinano le risorse per finanziare le funzioni tecniche, induce il Collegio a soffermarsi sul significato che lo stesso D.lgs n. 36/2023 ha inteso attribuire a detto termine. *Al riguardo all’allegato I.1 (“**Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti**”) del nuovo codice* dei contratti pubblici definisce così i due soggetti citati dall’art. 45: *“a) stazione appaltante», qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che*

è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice; b) **«ente concedente»**, **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;”**. Di nuovo lo stesso codice ritorna sulla definizione di ente concedente all’art. 174 comma 2 dove si afferma che *“Per ente concedente, ai sensi della lettera a) del comma 1, si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all’articolo 1 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014”* (*“Direttiva sull’aggiudicazione dei contratti di concessione”*).

Le definizioni introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici assumono particolare rilievo in quanto rendono esplicito il concetto di ente concedente come soggetto che affida contratti di concessione. **Da questi incontrovertibili elementi testuali, emerge con chiarezza la volontà del legislatore sull’applicabilità dell’art. 45 ai contratti di concessione. D’altra parte, l’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile, sulla “Interpretazione della legge”, stabilisce che “Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”**

Il Comune di Varese, tuttavia, **interroga questa Sezione sulla specifica applicabilità dell’art.45 al partenariato pubblico privato. A questo proposito è lo stesso codice a fornire una definizione del partenariato pubblico privato al comma 1 dell’art. 174:** *“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”.

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.

Definito l'ambito di applicabilità dell'art. 45 del D.lgs. 36/2023, **la Sezione deve ora pronunciarsi sul quesito riguardante la "corretta modalità di computazione delle risorse da destinare alle finalità sottese dall'istituto"**. In particolare, l'Ente, partendo dal comma 2 dell'articolo 45, secondo cui la percentuale massima del 2 per cento si applica all'*"importo dei lavori, dei servizi e delle forniture posto a base delle procedure di affidamento"*, espone che *"nel caso dei partenariati può accadere che l'importo posto a base delle procedure di affidamento non sia espressamente indicato, vista, da una parte, la particolare modalità di calcolo del loro valore, contenuta nell'articolo 179 del Codice e nell'articolo 8 della direttiva 23/2014/UE e, dall'altra, la natura composita delle attività demandate al concessionario il quale, nel caso di concessioni "calde", non percepisce alcun corrispettivo da parte dell'amministrazione committente"* e chiede *"Su quale valore è corretto applicare l'aliquota percentuale indicata al comma 2 dell'articolo 45?"*

A questo proposito è utile riprendere l'art. 45, comma 2, del D.lgs. 36/2023: *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento.”* Mentre la nozione di *“importo posto a base delle procedure di affidamento”* per il caso del contratto di appalto è pacifica, secondo il Comune di Varese, si porrebbero dubbi interpretativi nel caso di contratto di concessione nell'ambito di PPP. In realtà l'art. 179 del D.lgs. 36/2023 sembra chiarire, il profilo in argomento, riprendendo quanto previsto dall'art. 8 della Direttiva 2014/23/UE. L'articolo 179, ai commi 1 e 2, stabilisce: *“1. Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. 2. Il valore è stimato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente avvia la procedura di aggiudicazione della concessione. Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore al valore stimato di oltre il 20 per cento, si considera il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.”* Ai successivi commi, la norma specifica poi la metodologia di calcolo e i vincoli da rispettare per evitare l'esclusione elusiva delle concessioni dalle procedure previste dal codice.

Secondo le predette disposizioni, dunque, il valore della concessione (tipologia di contratto definito dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato come figura contrattuale *“di default”* del partenariato pubblico-privato) deve essere presente e stimato al momento dell'invio del bando di gara o, laddove siano previste altre procedure di affidamento, al momento in cui l'ente avvia la procedura di aggiudicazione.

L'ultimo quesito posto dal Comune di Varese, concerne, invece, la possibilità o meno *“di liquidare gli importi previsti dal comma 3 dell'articolo 45 non al termine della vigenza del contratto e in conseguenza dell'approvazione degli atti di contabilità finale dei lavori, del*

servizio o dell'acquisto, ma con cadenza periodica, previa verifica della corretta esecuzione della prestazione incentivata nel periodo di riferimento e salva la ripetizione totale o parziale dell'importo erogato nel caso in cui si verificasse uno degli eventi cui la norma riconnette la riduzione dell'importo (incremento dei tempi o dei costi della commessa)".

In primo luogo occorre evidenziare che **il nuovo codice non prevede una esplicita disciplina al riguardo**, sebbene oggettivamente l'estensione dell'applicabilità degli incentivi per funzioni tecniche a nuove procedure di affidamento e a nuove forme contrattuali possa generare la necessità di specifiche riflessioni in materia. In proposito, in ogni caso, è determinante l'indicazione proveniente dall'art. 4 del D.lgs. n. 36/2023 laddove stabilisce che **"Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"**, e l'art. 1 sul "Principio del risultato" al comma 4 statuisce che **"Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva"**.

Giova, infine, ricordare che l'art. 45 del D.lgs. n. 36/2023, sebbene non faccia più esplicita menzione al "regolamento" che era, invece, espressamente previsto dall'art. 113 del D.lgs. 50/2016, al comma 3, con riferimento alle modalità applicative per il riconoscimento degli incentivi, statuisce che i criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, "sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice". Anche il nuovo codice, quindi, sembra lasciare spazi che possono essere colmati dall'esercizio della potestà regolamentare delle pubbliche amministrazioni.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia esprime il parere nei termini di cui in motivazione.

Copia del parere sarà trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, al Sindaco del Comune di Varese.

Così deliberato in Milano nelle camere di consiglio del 14 settembre 2023 e del 20 settembre 2023.

Il Relatore
(dott. Mauro Bonaretti)

Il Presidente
dott.ssa Maria Riolo)

Depositata in Segreteria il
21 settembre 2023
Il Funzionario preposto
al servizio di supporto
(Susanna De Bernardis)