



Corte dei Conti

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'EMILIA-ROMAGNA

composta dai magistrati*:

dott. Marco Pieroni	presidente
dott. Massimo Romano	consigliere
dott. Tiziano Tessaro	consigliere
dott.ssa Gerarda Maria Pantalone	consigliere
dott. Marco Scognamiglio	referendario (relatore)
dott.ssa Khelena Nikifarava	referendario
dott.ssa Elisa Borelli	referendario
dott.ssa Ilaria Pais Greco	referendario

* riuniti mediante collegamento telematico

Adunanza del 7 aprile 2021

Richiesta di parere del Comune di Ferrara

Visto l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

Vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni;

Visti la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e il decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, recanti disposizioni in materia di giurisdizione e di controllo della Corte dei conti;

Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti di cui alla deliberazione delle Sezioni Riunite del 16 giugno 2000, n. 14, e successive modificazioni;

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;

Vista la legge della Regione Emilia-Romagna 9 ottobre 2009, n. 13, istitutiva del Consiglio delle autonomie locali;

Vista la deliberazione della Sezione delle autonomie del 4 giugno 2009 n. 9/SEZAUT/2009/INPR;

Vista la deliberazione della Sezione delle autonomie del 19 febbraio 2014 n. 3/SEZAUT/2014/QMIG;

Viste le deliberazioni delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 8 del 26 marzo 2010 e n. 54 del 17 novembre 2010;

Vista la richiesta di parere avanzata dal Sindaco del Comune di Comune di Ferrara in data 11 gennaio 2021;

Vista la nota di sintesi istruttoria del gruppo tecnico del Consiglio delle Autonomie locali sulla richiesta di parere formulata;

Vista l'ordinanza presidenziale n. 33 del 6 aprile 2021 con la quale la Sezione è stata convocata per l'odierna camera di consiglio;

Udito nella camera di consiglio il relatore, referendario Marco Scognamiglio;

Fatto

Il Sindaco del Comune di Ferrara rivolge a questa Sezione una richiesta di parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131 concernente l'interpretazione ed applicazione dell'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici, di seguito anche Codice) in materia di incentivi per funzioni tecniche. In particolare, chiede se sia legittimo procedere alla liquidazione degli incentivi in oggetto:

a) se, per le forniture di beni e servizi, non siano stati inizialmente previsti nel quadro economico iniziale dell'appalto ma vengano previsti solo attraverso provvedimento successivo;

b) per i contratti di rendimento energetico disciplinati di cui al legislativo 4 luglio 2014, n. 102.

Diritto

1. Ammissibilità

In via preliminare rispetto all'esame nel merito della questione, questa Sezione è tenuta a verificarne l'ammissibilità, ovvero la concomitante sussistenza dei presupposti (soggettivo e oggettivo) richiesti dalla legge. A tal riguardo deve richiamarsi innanzitutto l'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, secondo il quale *"le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma, tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni,*

Province e Città Metropolitane". In base a consolidata giurisprudenza di questa Corte, ai fini dell'ammissibilità della richiesta devono sussistere contestualmente le seguenti condizioni:

- la richiesta deve essere formulata dall'organo politico di vertice e rappresentante legale degli Enti legittimati alla richiesta (Regione, Provincia, Comune);

- il quesito deve rientrare esclusivamente nella materia della contabilità pubblica, che può assumere un ambito limitato alla normativa e ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli e non può ampliarsi a tal punto da ricomprendere qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa.

1.1 Ammissibilità soggettiva

La richiesta di parere risulta ammissibile sotto l'aspetto soggettivo in quanto sottoscritta dal Sindaco del Comune, organo legittimato a rappresentare l'ente.

1.2 Ammissibilità oggettiva

Anche sotto il profilo oggettivo la richiesta di parere, chiedendo di chiarire l'ambito oggettivo e soggettivo di applicabilità degli incentivi per funzioni tecniche, è ammissibile, in quanto la questione così posta all'esame di questa Corte attiene alla materia della contabilità pubblica, presenta il requisito della generalità e astrattezza e non interferisce con altre funzioni svolte dalla magistratura contabile o di diverso ordine giurisdizionale.

1.2.1 Attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica.

Quanto al primo aspetto occorre delineare i contorni della materia della contabilità pubblica, come fissati dalla giurisprudenza contabile, consistenti nel sistema di principi e norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici.

La funzione di consulenza riconosciuta alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, coerentemente con le finalità di coordinamento della finanza

pubblica perseguite dalla legge attributiva, si esplica esclusivamente su quesiti attinenti all'interpretazione di norme di contabilità e finanza pubblica, in modo da assicurarne una uniforme applicazione da parte delle autonomie territoriali.

I quesiti all'odierno esame del Collegio rispettano tale requisito in quanto concernenti una materia, quella degli incentivi per funzioni tecniche, certamente riconducibile alla materia della contabilità pubblica, ed in particolare alla gestione delle spese, e sulla quale peraltro si è da tempo formata una copiosa giurisprudenza consultiva della Corte dei conti.

1.2.2 Generalità e astrattezza della questione posta all'esame della Corte.

Quanto al secondo aspetto nel quale si articola il profilo oggettivo di ammissibilità, il parere di questa Corte può essere fornito solo rispetto a questioni di carattere generale che si prestino ad essere considerate in astratto, escludendo pertanto ogni valutazione su atti o casi specifici che determinerebbe un'ingerenza della Corte nella concreta attività dell'ente e, in ultima analisi, una compartecipazione all'amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà ed indipendenza riconosciuta alla Corte dei conti dalla Costituzione.

Sotto questo aspetto il Collegio rileva che l'interpretazione delle disposizioni sulla remunerazione degli incentivi per funzioni tecniche rappresenta questione suscettibile di interessare gli enti in generale.

1.2.3 Non interferenza con altre funzioni intestate alla Corte o ad altre giurisdizioni.

Il Collegio ritiene altresì sussistente l'ulteriore requisito di ammissibilità oggettiva del quesito esplicantesi nella non interferenza della valutazione con altre funzioni intestate alla stessa Corte dei conti, ad altri organi giurisdizionali o a soggetti pubblici investiti dalla legge di funzioni di controllo o consulenza in determinate materie.

2. Primo quesito.

Con il primo quesito si chiede se, relativamente alle forniture ed ai servizi, gli incentivi per funzioni tecniche si possano riconoscere anche qualora non inizialmente previsti nel quadro economico iniziale dell'appalto, ma solo attraverso un provvedimento successivo allo stanziamento iniziale ed al provvedimento di affidamento.

2.1. Condizioni di ordine generale per l'incentivabilità delle funzioni tecniche.

La giurisprudenza consultiva di questa Corte dei conti ha da tempo chiarito le condizioni di carattere generale che, in base all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici, devono sussistere ai fini dell'incentivabilità di ogni singola funzione tecnica, le quali sono così enucleabili:

a) che l'Amministrazione sia dotata di apposito regolamento interno, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo e sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati;

b) che le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'art. 113, comma 2, del Codice siano ripartite, per ciascuna opera, lavoro, servizio e fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale;

c) che il relativo impegno di spesa sia assunto a valere sulle risorse stanziare nel quadro economico dell'appalto, attraverso la costituzione di un apposito fondo vincolato non superiore al 2% dell'importo dei lavori posti a base di gara;

d) che l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo;

e) che, negli appalti di servizi e forniture, sia stato nominato il direttore dell'esecuzione.

2.2. Incentivi per funzioni tecniche non inizialmente previsti nel quadro economico iniziale dell'appalto.

2.2.1. Per la riconoscibilità degli incentivi in esame è dunque necessaria, tra l'altro, la previa costituzione di un apposito fondo vincolato che finanzia le funzioni tecniche, il quale rappresenta al tempo stesso parametro sul quale determinare la retribuzione incentivante e copertura finanziaria della stessa. Tale fondo presuppone, a propria volta, che gli oneri inerenti alle attività elencate al comma 1 dell'art. 113 abbiano trovato adeguata copertura nel bilancio dell'ente attraverso appositi stanziamenti.

2.2.2. Nel senso della non riconoscibilità degli incentivi in caso di mancata individuazione della previa copertura, si era espressa la Sezione regionale di

controllo per la Puglia, con deliberazione n. 133/2014/PAR del 18 luglio 2014, resa dunque in vigore della previgente disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 130, affermando che non è consentito *“modificare i quadri economici al fine di aggiungere le spese per incentivi per la progettazione interna rilevato che secondo l’impostazione prescelta dal legislatore, le risorse destinate agli incentivi per la progettazione debbano trovare copertura, ai sensi dell’art. 93, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, nell’ambito dei fondi stanziati per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa”*.

Questa Sezione ritiene condivisibile il principio così affermato anche nel quadro della normativa in vigore, nella misura in cui la mancata inclusione nel quadro economico implichi che la successiva previsione degli incentivi non troverebbe copertura in bilancio.

2.2.3. Non può tuttavia escludersi, in astratto, che, sebbene non inizialmente previsti nel quadro economico, gli incentivi trovino nel bilancio dell’ente una copertura garantita dalle descritte operazioni contabili di costituzione dei relativi fondi. Non potrà, in tal caso, escludersi aprioristicamente la loro successiva inclusione nel quadro economico e, per l’effetto, la loro riconoscibilità al personale che abbia svolto funzioni tecniche. Purché, ovviamente, ricorrano tutte le ricordate condizioni di ordine generale e, secondo un principio più volte affermato da questa Sezione regionale di controllo, tali attività siano caratterizzate, in concreto, da quella particolare complessità che le deve caratterizzare, la quale ultima rappresenta il presupposto che consente di derogare, in via eccezionale, al principio di onnicomprensività della retribuzione già in godimento; ciò coerentemente con la *ratio* della norma, che è quella di accrescere l’efficienza della spesa attraverso il risparmio che deriva dal ricorso a professionalità interne per lo svolgimento di attività funzionali alla realizzazione di appalti, in circostanze che altrimenti richiederebbero il ricorso a professionisti esterni, con possibili aggravii di costi per il bilancio dell’ente interessato.

2.2.4. Occorre tuttavia rilevare l’anomalia di una iscrizione solo successiva della voce di costo legata agli incentivi nel quadro economico, la quale, se non giustificata da fatti sopravvenuti e non prevedibili utilizzando l’ordinaria diligenza, potrebbe essere sintomatica di un difetto di programmazione. A tal fine, il Collegio ritiene opportuno richiamare, condividendole, le considerazioni contenute dalla deliberazione della Sezione regionale di controllo per il Piemonte n. 25/2019/PAR del 19 marzo 2019, sulla centralità del momento programmatico, volto “a

definire i bisogni della collettività, ad approntare le necessarie misure per soddisfarli ed a consentire la verifica della congruità, proporzionalità, dell'efficienza dei risultati raggiunti".

2.2.5. Pertanto, l'eventuale, successiva inclusione nel quadro economico degli oneri derivanti dalla previsione dello svolgimento di funzioni incentivabili, ai sensi del citato art. 113 del Codice, dovrà essere sostenuta da un obbligo di motivazione rafforzata dei relativi provvedimenti, che dia conto della finalizzazione all'interesse pubblico, la quale garantisce il rispetto del principio costituzionale del buon andamento, secondo un principio già espresso da questa Sezione in relazione all'incentivabilità di funzioni tecniche svolte per la realizzazione di appalti non inseriti nella programmazione, al ricorrere di circostanze eccezionali ed imprevedibili (deliberazione n. 11/2021/PAR del 10 febbraio 2021).

3. Secondo quesito.

Con il secondo quesito, si chiede se sia corretto riconoscere gli incentivi per un procedimento di gara inerente ad un contratto di rendimento energetico ai sensi del decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102.

3.1. Il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica.

3.1.1. Il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica (o *Energy Performance Contract*, da ora in avanti anche EPC), delle funzioni tecniche finalizzate alla realizzazione del quale si chiede l'incentivabilità, è definito dall'art. 2, comma 2, lett. n), del d.lgs. 102/2014, come *"accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti(lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari"*.

3.1.2. Il contratto di rendimento energetico è, quindi, quel contratto con il quale un soggetto fornitore, tipicamente una società di servizi energetici (*Energy*

Service Company – ESCo), si obbliga al compimento di una serie di interventi e di servizi volti alla riqualificazione e al miglioramento dell'efficienza di un impianto o di un edificio, di proprietà di un altro soggetto beneficiario, verso un corrispettivo correlato all'entità dei risparmi energetici o al livello di miglioramento dell'efficienza energetica ottenuti in esito all'efficientamento dell'impianto o dell'edificio. In altri termini, l'EPC affida alla ESCo l'onere degli investimenti (lavori, servizi, forniture) necessari per la riqualificazione, che saranno recuperati dal livello di risparmio energetico stabilito contrattualmente, con il vantaggio per il beneficiario di non avere alcuna spesa di investimento iniziale e di ripagare la riqualificazione alla ESCo con i risparmi contrattualmente negoziati.

3.1.3. La norma individua quindi un meccanismo contrattuale incentrato sul miglioramento della *performance* energetica, senza però provvedere ad una tipizzazione rigorosa. L'EPC, dunque, è nel nostro ordinamento un contratto nominato e tuttavia atipico, poiché privo di una compiuta disciplina legislativa.

3.2. Il rilievo della qualificazione giuridica del contratto ai fini dell'incentivabilità delle funzioni tecniche svolte in relazione ad esso; la natura del contratto di EPC.

3.2.1. L'art. 113 del codice riconosce espressamente l'incentivabilità di funzioni tecniche inerenti a contratti di appalto. La Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, chiamata ad esprimersi sulla questione di massima relativa all'incentivabilità delle funzioni tecniche svolte in relazione ai contratti di concessione, con la deliberazione n. 15/2019/QMIG del 25 giugno 2019, ha affermato il principio di diritto per cui *"gli incentivi ivi disciplinati sono destinabili al personale dipendente dell'ente esclusivamente nei casi di contratti di appalto e non anche nei casi di contratti di concessione"*.

Appare pertanto rilevante, per dare risposta al quesito all'odierno esame, l'inquadramento della fattispecie contrattuale, dalla quale la giurisprudenza contabile fa discendere la legittimità del riconoscimento degli incentivi.

3.2.2. Il contratto di EPC presenta molti tratti in comune con il contratto di appalto, senza tuttavia dar vita ad un rapporto ad esso pienamente assimilabile, in quanto all'attività di costruzione di opere o fornitura di servizi si affianca la gestione dell'impianto da parte della ESCO, per un certo arco

temporale, durante il quale la ESCO incamera il risparmio di spesa conseguito dal sistema energetico, presentando dunque il rapporto - sotto questo profilo - punti di contatto con la concessione. Tuttavia, non sembrano rinvenirsi gli elementi classici della concessione, che sarebbero rappresentati da un'utenza terza rispetto alla Pubblica Amministrazione e dalla riscossione diretta sull'utenza.

3.2.3. Il criterio di distinzione tra appalto e concessione, per giurisprudenza consolidata, va individuato nella differenza strutturale del corrispettivo, nel senso che un appalto pubblico di servizi comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, mentre si è in presenza di una concessione allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, 04.05.2020 n. 2810, in relazione a concessioni di servizi). La traslazione del rischio appare elemento centrale anche per l'individuazione di fattispecie riconducibili al modello di Partenariato pubblico privato (di seguito: PPP), vale a dire, in base alla definizione del Codice (art. 3, comma 1, lett. eee) quel *"contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore"*.

3.2.4. L'EPC per la riqualificazione energetica sembra quindi in concreto attuabile sia sotto forma di appalto di servizi che di concessione: se il rapporto contrattuale non è configurato in modo tale da trasferire il rischio dell'operazione di efficientamento sulla ESCO il contratto sarà qualificabile come appalto di servizi; al contrario, nel caso in cui le caratteristiche delle prestazioni dedotte nel contratto producano questa traslazione, all'EPC sarà applicabile il regime concessorio.

3.2.5. Per una più precisa delimitazione del *thema decidendum*, appare a

questo punto necessaria una pur sintetica ricostruzione delle motivazioni che hanno contraddistinto la giurisprudenza della Corte dei conti in materia di funzioni tecniche per concessioni e contratti di partenariato pubblico privato.

3.3. La non incentivabilità delle funzioni tecniche svolte in relazione a contratti di concessione.

3.3.1. Con la citata deliberazione n. 15/2019/QMIG, la Sezione delle Autonomie, nel negare l'incentivabilità delle funzioni tecniche svolte in relazione ai contratti di concessione, ha espressamente valorizzato i seguenti profili:

a) la circostanza che appalti e concessioni sono trattate in parti diverse dell'apparato normativo, sicché la lettura della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 164 *"non può indurre invero a ritenere che anche l'art. 113 sia applicabile ai contratti di concessione"*;

b) la mancanza, nel caso di concessioni, di *"uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture"*;

c) il fatto che gli incentivi sono stati individuati espressamente ed in forma tipica dal legislatore, non potendosi diversamente interpretare il tenore del comma 5-bis dell'art. 113, che, riferendosi ai capitoli di spesa per contratti di appalto, ha escluso l'assoggettabilità degli incentivi ai vincoli di spesa in materia di personale;

d) le diverse caratteristiche strutturali delle due tipologie di contratti, in quanto, essenzialmente, quelli di appalto comportano spese e quelli di concessioni entrate; il che porta a dubitare se, in ipotesi, il parametro per la determinazione del fondo per i compensi incentivanti sia da individuarsi nell'importo a base di gara o con riferimento al canone dovuto dal concessionario, concludendosi che *"in realtà, si dovrebbe far ricorso ad uno stanziamento di spesa specifico, che, come si è detto, non è previsto per legge e che appare, quindi, di dubbia legittimità. Senza contare che la copertura, essendo legata alla riscossione dei canoni concessori, resta gravata da un margine di aleatorietà"*.

3.3.2. La Sezione delle Autonomie ha quindi collocato la fattispecie in un quadro generale che tiene conto delle criticità che potrebbero emergere sotto il profilo finanziario, evidenziando inoltre - in relazione alla possibile soluzione (prospettata dalla Sezione rimettente) che individui il parametro di riferimento per la quantificazione del fondo nell'importo posto a base di gara - l'implicazione critica consistente nel fatto che, soprattutto nel caso di operazioni di notevole

entità, prevedere di pagare incentivi a fronte di flussi di entrata che potrebbero essere incerti potrebbe esporre l'ente al rischio di insostenibilità.

3.3.3. A seguito di tale pronunciamento, si sono registrati orientamenti parzialmente differenti in sede consultiva, per quanto attiene alla incentivabilità delle funzioni tecniche svolte in relazione a contratti di partenariato pubblico privato.

3.4. La giurisprudenza della Corte sull'incentivabilità delle funzioni tecniche svolte in relazione a contratti di partenariato pubblico privato.

3.4.1. La Sezione regionale di controllo per la Lombardia ha avuto modo di affermare che il principio enunciato dalla Sezione delle Autonomie, che esclude l'applicazione degli incentivi alle concessioni, "*trovi completa e totale applicazione non solo nell'ipotesi di concessione, ma anche nel caso in cui la questione attenga ad altre forme contrattuali come, per l'appunto, nel caso di forme di "Partenariato Pubblico Privato"* (deliberazioni n. 211/2019/PAR del 18 luglio 2019 e n. 429/2019/PAR del 21 novembre 2019, n. 110/2020/PAR del 10 settembre 2020).

3.4.2. Un differente approccio è stato seguito dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto che, con deliberazione n. 20/2020/PAR del 22 gennaio 2020, pur escludendo l'incentivabilità delle funzioni nella fattispecie ivi in esame (relativa ad un contratto di locazione finanziaria che prevedesse il trasferimento al Comune da parte del soggetto finanziatore delle somme che avrebbero finanziato i compensi incentivanti), non esclude *a priori* che fattispecie rientranti della nozione di partenariato pubblico privato, se diverse dalle concessioni, potrebbero risultare in astratto incentivabili, qualora non ricorrano le condizioni che tale incentivabilità escludono in relazione alle concessioni (qui ricordate al punto 3.3.1); nello specifico, la condizione dirimente è stata individuata dalla Sezione veneta nella mancanza nel bilancio dell'Amministrazione dello specifico stanziamento di spesa cui parametrare la misura del fondo incentivante, che determina oneri non aleatori e su cui pertanto sono fondate, secondo l'insegnamento della Sezione delle Autonomie, tanto la mancata assoggettabilità alla normativa vincolistica di spesa per il personale quanto la legittima erogazione degli incentivi per funzioni tecniche.

3.4.3. A ben vedere, dunque, neppure qualificare un contratto come di appalto appare di per sé dirimente ai fini di applicabilità della normativa sugli incentivi per funzioni tecniche: emblematico è il caso, oggetto delle pronunce citate ai precedenti precedente, del *leasing in costruendo*, che in base alla definizione di cui all'art. 187 del Codice "*costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo*" e del quale, tuttavia, come si è visto, la giurisprudenza di questa Corte ha finora escluso l'incentivabilità delle funzioni tecniche.

3.5. Thema decidendum e prospettazione della Sezione

3.5.1. Alla luce di quanto precede, ritiene il Collegio di aderire alla prospettazione secondo la quale l'applicabilità dell'art. 113 vada verificata caso per caso, in relazione alle singole fattispecie contrattuali, non rinvenendosi nell'orientamento reso in sede nomofilattica elementi che portino ad escludere una volta per tutte l'incentivabilità di ogni contratto di partenariato pubblico privato e/o di contratti disciplinati al di fuori del Codice, come anche il contratto di EPC qui in esame.

3.5.2. Invero, il Collegio ritiene che i principi enunciati dalla Sezione delle Autonomie, in relazione alle concessioni, consentano di individuare quale profilo dirimente quello dello stanziamento in bilancio delle complessive risorse a copertura degli oneri sottesi (anche) al pagamento dell'incentivazione del personale interno, come pare doversi evincere dalle motivazioni del pronunciamento; si fa in particolare riferimento all'argomento, contenuto nella citata deliberazione della Sezione delle Autonomie, in base al quale, mancando "*uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture*", che consenta di escludere la spesa per funzioni tecniche dal computo della spesa di personale, per l'incentivabilità delle funzioni tecniche "*si dovrebbe far ricorso ad uno stanziamento di spesa specifico, che, come si è detto, non è previsto per legge e che appare, quindi, di dubbia legittimità. Senza contare che la copertura, essendo legata alla riscossione dei canoni concessori, resta gravata da un margine di aleatorietà*".

3.5.3. In altri termini, le circostanze che appaiono dirimenti nella ricostruzione dell'Organo nomofilattico sembrano riguardare la previa iscrizione

nel bilancio previsionale dell'ente di un apposito stanziamento che consenta, per sua quota parte, di dare copertura alla spesa per incentivi. Qualora invece nel bilancio dell'ente non vi fossero risorse assegnate, anche laddove queste, in ipotesi, fossero previste a carico della controparte contrattuale, ciò comporterebbe quell'aleatorietà della entrata che finanzia gli incentivi che non assicurerebbe la tenuta del bilancio¹.

Questa sembra la conclusione cui perviene la Sezione Autonomie; non quella di escludere in radice la possibilità di incentivare prestazioni professionali tecniche sottese a contratti diversi dall'appalto.

3.5.4. Ritiene pertanto la Sezione che, ferma restando la previsione in bilancio dell'ente di una posta a copertura degli oneri finalizzati a finanziare lo svolgimento di funzioni tecniche (art. 113, co. 1), possa essere individuato, in coerenza con le motivazioni che hanno condotto la Sezione delle Autonomie a negare l'incentivabilità di funzioni tecniche svolte in relazione a contratti di concessione, l'ulteriore presupposto per l'incentivabilità: qualora il contratto da realizzarsi preveda costi per l'Amministrazione, a valere su specifici stanziamenti di bilancio le amministrazioni aggiudicatrici potranno destinare l'apposito fondo che finanzia le funzioni tecniche (art. 113 co. 2).

3.6. Ulteriori considerazioni.

3.6.1. Per un esaustivo inquadramento della questione, il Collegio ritiene pertinenti le osservazioni recentemente rese dall'ANAC con atto di segnalazione n. 1 del 9 marzo 2020, laddove auspica l'opportunità di integrare la disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche di cui al fine di estenderne l'applicazione con riferimento ai contratti di concessioni e partenariato pubblico privato.

3.6.2. Anche secondo l'Authority, le attività oggetto di incentivazione ai

¹ Dispone infatti l'articolo 113 del Codice, ai primi due commi, che: "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.* 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 [...]*".

sensi dell'articolo 113, comma 2, del Codice interessano, dunque, anche i contratti di concessione e di partenariato pubblico privato; sicché, anche per tali tipologie di contratti l'amministrazione aggiudicatrice è chiamata a svolgere le attività di programmazione della spesa, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione del contratto, di RUP, di direzione dei lavori e/o di direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo e statico e/o di verifica di conformità, e tali attività possono essere svolte dai dipendenti della stazione appaltante.

Sulla base di detto orientamento dell'ANAC, non sembra, dunque, in via di principio, giustificabile l'orientamento inteso a riconoscere l'incentivo per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti interni dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento ai soli contratti di appalto escludendo, in radice, sia i contratti di concessione che quelli di partenariato pubblico privato; tanto più che i contratti di cui alla Parte III e alla Parte IV del Codice per la loro particolare natura possono richiedere un impegno tecnico-professionale dei dipendenti delle stazioni appaltanti non inferiore a quello richiesto per i contratti di appalto; non solo nella fase di programmazione della procedura e di aggiudicazione della stessa ma anche nella fase di esecuzione del contratto, anche per la durata generalmente lunga della fase di gestione dei servizi.

3.6.3. Sebbene la segnalazione dell'ANAC, relativa ad una auspicata modifica normativa, possa essere interpretata come implicitamente confermativa del fatto che il quadro normativo attuale non consente un'indiscriminata applicazione in via analogica della norma incentivante, ritiene il Collegio che, per le motivazioni esposte dall'Autorità - che si ritengono condivisibili, in particolar modo nel momento attuale, contraddistinto da scelte legislative volte ad incentivare una più efficiente e tempestiva realizzazione di opere pubbliche e infrastrutture - non sembrano potersi escludere opzioni interpretative, ispirate al principio di ragionevolezza, che consentano cioè, anche a legislazione vigente, di riconoscere gli incentivi di specie in tutte quelle situazioni in cui ciò appaia funzionale ad un razionale impiego delle risorse pubbliche senza pregiudizio dei principi propri della contabilità pubblica.

3.7. In ragione della rilevanza della questione trattata, del rappresentato contrasto tra le soluzioni finora prospettate (segnatamente dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia e quella per il Veneto), dell'interesse

concreto alla pronuncia del criterio orientativo della Corte esistente in capo alle Amministrazioni, questa Sezione ritiene opportuno che la questione stessa sia sottoposta all'esame del Presidente della Corte dei conti affinché valuti l'eventuale deferimento alla Sezione delle Autonomie ai sensi dell'art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213 (modificato dall'art. 33, comma 2, lett. b), del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116) o alle Sezioni Riunite in sede di controllo, ai sensi dell'art. 17, comma 31, decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per l'Emilia-Romagna:

- in relazione al primo quesito, esprime il seguente principio di diritto: "sono incentivabili, ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, le funzioni tecniche i cui oneri non siano stati inizialmente previsti nel quadro economico, purché: a) sussista la copertura nel bilancio dell'ente, b) ricorrano tutte le condizioni di ordine generale, c) l'operazione di successiva inclusione nel quadro economico sia assistita da una motivazione rafforzata che dia conto dei fatti sopravvenuti e non prevedibili che comportano la necessaria previsione dello svolgimento di funzioni tecniche e della sua finalizzazione all'interesse pubblico";
- in relazione al secondo quesito, alla luce delle considerazioni riportate nella parte motivazionale e della rilevanza sistematica della questione, delibera di sottoporre al Presidente della Corte dei conti la valutazione dell'opportunità di deferire alla Sezione delle Autonomie, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, o alle Sezioni Riunite in sede di controllo, ai sensi dell'art. 17, comma 31, decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, la seguente questione di massima avente carattere di interesse generale: "se il contratto di rendimento energetico, disciplinato dal legislativo 4 luglio 2014, n. 102, ai fini di applicabilità della disciplina di cui all'art. 113 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sia qualificabile quale appalto, concessione o partenariato pubblico privato e se tale qualificazione implichi l'incentivabilità o meno delle funzioni tecniche ivi disciplinate, ovvero, qualora tale qualificazione risulti non determinante, se, ed a quali condizioni, sia legittimo prevedere l'incentivabilità di funzioni tecniche per i contratti di rendimento energetico".

DISPONE

- che la presente deliberazione sia trasmessa, mediante posta elettronica certificata, all'Ufficio di Presidenza della Corte dei conti e all'Amministrazione richiedente, nonché al Presidente del Consiglio delle autonomie locali della Regione Emilia-Romagna;
- che l'originale resti depositato presso la segreteria di questa Sezione regionale di controllo.

Invita il Comune alla pubblicazione della presente deliberazione sul sito istituzionale ai sensi dell'articolo 1, comma 9, lett. f) della legge 6 novembre 2012, n. 190, che consente di individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge, e nel rispetto del principio generale della trasparenza, intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, anche al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Così deliberato nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del 7 aprile 2021.

Il presidente

Marco Pieroni

(firmato digitalmente)

Il relatore

Marco Scognamiglio

(firmato digitalmente)

Depositata in segreteria nella data di apposizione della firma del funzionario preposto.

Il funzionario preposto

Roberto Iovinelli

(firmato digitalmente)