



REPUBBLICA ITALIANA

la

CORTE DEI CONTI

Sezione di controllo per la regione Friuli Venezia Giulia

IV Collegio

composto dai seguenti magistrati:

PRESIDENTE: Emanuela Pesel
CONSIGLIERE: Daniele Bertuzzi
REFERENDARIO: Tamara Lollis (relatore)

Deliberazione del 19 ottobre 2021

Motivato avviso da parte del Comune di Trieste in tema di incentivi per le funzioni tecniche

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

VISTA la legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 e successive modifiche ed integrazioni (Statuto speciale della Regione Friuli Venezia Giulia);

VISTA la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione";

VISTO il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934 n. 1214, e successive modificazioni ed integrazioni;

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

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3) e, in particolare, l'art. 7, comma 8;

VISTO l'art. 33, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1975, n. 902, così come modificato dall'art. 3 del decreto legislativo 15 maggio 2003, n. 125, secondo cui la Sezione di controllo della Corte dei conti della regione Friuli - Venezia Giulia, a richiesta dell'amministrazione controllata, può rendere motivati avvisi sulle materie di contabilità pubblica;

VISTA la deliberazione della Sezione n. 4/Sez.Pl./2004, come modificata dalla deliberazione n. 19/Sez.Pl./2004 e successivamente aggiornata dalla deliberazione n.

27/Sez.Pl./2007, che stabilisce le modalità, i limiti e i requisiti di ammissibilità per l'attività consultiva della Sezione;

VISTO l'atto d'indirizzo della Sezione delle autonomie della Corte dei conti del 27 aprile 2004, avente ad oggetto gli indirizzi e i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, come integrato e modificato dalla deliberazione della stessa Sezione del 4 giugno 2009, n. 9;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei conti n. 54/CONTR/10 del 17 novembre 2010, che ha tracciato le linee fondamentali della nozione di contabilità pubblica strumentale all'esercizio della funzione consultiva da parte delle Sezioni regionali della Corte dei conti;

VISTO il regolamento per l'organizzazione e il funzionamento della Sezione approvato con deliberazione n. FVG/232/2011/DORG del 25 ottobre 2011;

VISTA la richiesta di motivato avviso formulata dal Sindaco del Comune di Trieste con nota prot. n. 187151, del 22.9.2021, acquisita al n. 3139, del 22.9.2021 del protocollo della Sezione;

VISTA la deliberazione di questa Sezione, in adunanza plenaria, n. 1 del 12 febbraio 2021 avente per oggetto l'approvazione del programma delle attività di controllo per l'anno 2021;

VISTA l'Ordinanza presidenziale n. 4, del 4 marzo 2021, relativa alla competenza e alla composizione dei Collegi della Sezione;

VISTA l'Ordinanza presidenziale n. 23/2021 del 28.9.2021, con la quale, ai sensi dell'art. 12 del Regolamento per l'organizzazione e il funzionamento della Sezione, l'istruttoria sulla richiesta di motivato avviso è stata affidata al Referendario Tamara Lollis che ne riferirà in Collegio in qualità di relatore;

VISTA l'Ordinanza presidenziale n. 26 del 18.10.2021 con la quale è stato convocato il IV Collegio per il giorno 19.10.2021;

UDITO in camera di consiglio il Magistrato relatore Referendario Tamara Lollis;

Premesso in fatto

Con la nota in epigrafe il Sindaco del Comune di Trieste chiede, in assenza di indicazioni di carattere regolamentare, un parere in merito alla modalità di calcolo degli incentivi per funzioni tecniche a seguito di approvazione di una perizia di variante alla luce della deliberazione n. 162/2018/PAR della Sezione di Controllo della Puglia, la quale precisa che, in tal caso, l'incentivo andrà calcolato sul nuovo importo a base di gara.

Sul punto il Comune rappresenta in termini esemplificativi, che:

- l'importo a base di gara sia pari a euro 1.000.000,00 (con percentuale del 2% da destinare agli incentivi pari a 20.000 euro); gara poi aggiudicata con ribasso del 10% e quindi per un importo di euro 900.000,00;

successivamente si renda necessaria l'approvazione di una variante dai due possibili valori:

a) 80.000 euro (valore dell'opera 1.080.000,00) per cui tenuto conto del ribasso all'impresa sono corrisposti euro 972.000,00;

b) 150.000 euro (valore dell'opera 1.150.000,00) per cui tenuto conto del ribasso all'impresa sono corrisposti euro 1.035.000,00).

Ciò premesso l'ente si rivolge alla Sezione:

- per conoscere se la medesima ritenga corretto incrementare il fondo incentivante;

- affinché la stessa chiarisca rispetto alle esemplificazioni fornite in chiave numerica che cosa si debba intendere per "importo a base di gara" e "nuovo importo a base di gara", nonché indichi quale interpretazione tra quelle fornite (in sostanza se l'incentivo si applichi sull'importo dell'opera o sull'importo effettivamente corrisposto all'impresa) sia corretta ovvero, qualora nessuna sia esatta, di esplicitare in termini numerici l'interpretazione ritenuta valida.

Considerato in diritto

1. La funzione consultiva intestata alle Sezioni di controllo della Corte dei Conti s'iscrive nell'ambito delle funzioni attribuite ai sensi dell'art. 7, comma 8, della l. 131/2003 che ha previsto la possibilità per le Regioni e per Comuni, Province e Città metropolitane di formulare pareri in materia di contabilità pubblica. Con riferimento all'adita Sezione occorre ricordare che l'attività consultiva è disciplinata dall'art. 33 del d.p.r. n. 902/1975, nella versione novellata dal D.lgs n. 125/2003, recante l'adeguamento e l'integrazione delle norme di attuazione dello Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia, il quale prevede, al comma 4, che a richiesta dell'amministrazione controllata la Sezione può rendere motivati avvisi di contabilità pubblica.

1.1. Secondo ormai pacifici orientamenti della magistratura contabile la Sezione è chiamata, quindi, in via preliminare e pregiudiziale rispetto all'esame nel merito della questione sottoposta al suo vaglio, a verificare la concomitante sussistenza dei necessari requisiti di ammissibilità soggettiva, in relazione alla legittimazione dell'organo richiedente, ed oggettiva con riferimento all'attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica.

2. Sotto il profilo soggettivo la legittimazione a richiedere pareri è circoscritta agli enti

nominativamente indicati nel su richiamato art. 7, comma 8, della l. n. 131/2003 nonché a quelli individuati dalla presente Sezione nella deliberazione n. 19/Sez.Pl. dd. 12.10.2004, successivamente aggiornata con deliberazione n. 27/Sez.Pl. dd. 11.2.2007, con la quale si precisa che la funzione consultiva può essere esplicata nei confronti delle amministrazioni sulle quali la Sezione stessa esercita le funzioni di controllo, tra cui rientrano la Regione e i suoi enti strumentali, gli Enti locali territoriali e i suoi enti strumentali nonché le altre Istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nel territorio regionale. Inoltre, la legittimazione a formulare richieste di parere va riconosciuta all'organo di vertice legislativamente investito della rappresentanza legale dell'ente in considerazione dei possibili effetti derivanti dalla pronuncia del parere sulla gestione finanziaria dell'ente medesimo (cfr. Sez. controllo Toscana n. 186/2017/PAR; Sez. Controllo Lombardia n. 129/2020/PAR).

2.1. Nel caso di specie l'odierna richiesta di motivato avviso è pertanto soggettivamente ammissibile in quanto proveniente (e sottoscritta) dal Sindaco pro tempore del Comune di Trieste.

3. Per quanto concerne l'ammissibilità oggettiva occorre dapprima verificare se il quesito sia riconducibile alla materia della contabilità pubblica nell'ambito del perimetro tracciato dagli indirizzi di orientamento generale, fissati da alcune importanti pronunce della Sezione delle Autonomie e delle Sezioni Riunite in sede di controllo (del. 5/AUT/2006; n. 54/CONTR/2010 e n. 3/SEZAUT/2014/QMIG), i quali hanno delineato una nozione di contabilità pubblica incentrata sul sistema di principi e norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici e che ricomprende la disciplina dei bilanci ed i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la gestione della spesa, l'indebitamento e la rendicontazione.

3.1. Trattasi di una nozione di contabilità pubblica da intendersi in senso dinamico in quanto la funzione consultiva sarebbe incompleta se non avesse la possibilità di svolgersi nei confronti di materie che siano connesse alla modalità di utilizzo delle risorse nell'ambito della funzione di coordinamento della finanza pubblica, strumentali al conseguimento di obiettivi di contenimento della spesa e sana gestione finanziaria (SSRR. n. 54/CONTR/2010).

3.2. Il carattere dinamico della nozione di contabilità pubblica non può, comunque, estendersi fino a investire "qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa, con susseguente fase contabile attinente all'amministrazione della stessa ed alle altre connesse scritture di bilancio" (SSRR. n. 54/CONTR/2010). Non potranno, quindi, essere ammissibili quesiti in

cui “non si rinvencono quei caratteri – se non di esclusività – di specializzazione funzionale che caratterizzano la Corte in questa sede, e che giustificano la peculiare attribuzione da parte del legislatore” (Sez. Autonomie n. 3/2014). La funzione di consulenza riconosciuta alle Sezioni regionali di controllo si esplica, quindi, su quesiti attinenti all’interpretazione di principi e norme di contabilità e finanza pubblica finalizzati ad assicurare una uniforme applicazione da parte delle autonomie territoriali in coerenza alle esigenze di coordinamento e sana gestione finanziaria.

3.3. Il quesito all’odierno esame della Sezione riguarda gli incentivi per funzioni tecniche, contemplati all’art. 113 del D.lgs n. 50/2016, che compongono una voce salariale aggiuntiva a favore di una particolare categoria di dipendenti pubblici diretta a remunerare specifiche attività e funzioni di natura tecnica dagli stessi svolte. Gli oneri connessi al riconoscimento di tali compensi accessori incidono sulle dinamiche della spesa e, nella fattispecie, sull’aggregato delle spese correnti (e di personale) del Comune e attengono al corretto utilizzo delle risorse di bilancio (cfr. Sez. Controllo Toscana n. 186/2017/PAR e n. 80/2021/PAR; Sez. Controllo Emilia – Romagna n. 11/2021/PAR; Sez. Controllo Veneto n. 198/2018/PAR).

3.4. Alla luce di quanto precede la disciplina degli incentivi per funzioni tecniche rappresenta una materia sicuramente rientrante nell’accezione di contabilità pubblica sopra declinata e, quindi, astrattamente ammissibile sotto il profilo oggettivo, anche in considerazione della copiosa giurisprudenza che si è formata in materia e su cui si è pronunciata anche la presente Sezione (ex multis n. 6/2018/PAR).

3.5. Tuttavia, con riferimento alla verifica dell’ammissibilità oggettiva va evidenziato che secondo consolidato orientamento giurisprudenziale le disposizioni attributive della funzione consultiva alla Corte dei Conti non assegnano all’organo magistratuale compiti di consulenza a carattere generale con la conseguenza che “possono essere oggetto della funzione consultiva le sole richieste di parere volte ad ottenere pareri su temi di carattere generale e su fattispecie astratte inerenti alle disposizioni normative che disciplinano in generale l’attività finanziaria che precede o che segue i singoli interventi di settore di attività.” (Sez. Controllo per la Regione Siciliana n. 54/2019/PAR). Il parere, dunque, può essere fornito solo rispetto a questioni che si prestino ad essere considerate in astratto, escludendo ogni valutazione su atti o casi specifici che implicherebbe 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 dell’organo magistratuale.

3.6. Il limite della funzione consultiva così delineato esclude, dunque, che il parere

fornisca indicazioni idonee a conformare in concreto l'attività gestionale dell'ente e/o a validare le relative determinazioni da assumere o già assunte nonché "soluzioni alle scelte operative discrezionali dell'ente, ovvero, determinare una sorta di inammissibile sindacato di merito ad un'attività amministrativa in fieri ma deve individuare o chiarire regole di contabilità pubblica" (Sez. Controllo del Veneto n. 400/2018/PAR). In tale prospettiva, l'attività consultiva, pur potendo originare dall'esigenza dell'Amministrazione di gestire una situazione determinata, deve essere finalizzata ad ottenere indicazioni sulla corretta interpretazione di principi, norme e istituti riguardanti la contabilità pubblica, non potendo l'esercizio della funzione consultiva "espletarsi in riferimento a quesiti che riguardino comportamenti amministrativi suscettibili di valutazione della Procura della stessa Corte dei conti o di altri organi giudiziari, al fine di evitare che i pareri prefigurino soluzioni non conciliabili con successive pronunce dei competenti organi della giurisdizione (ordinaria, amministrativa, contabile o tributaria). La funzione consultiva della Corte dei conti, infatti, non può in alcun modo interferire e, meno che mai, sovrapporsi a quella degli organi giudiziari»" (deliberazione n. 24/SEZAUT/2019/QMIG e n. 11/2020/QMIG).

3.7. Si richiama sul punto anche la deliberazione n. 27/Sez. Pl. dd. 5.10.2007 con la quale questa Sezione, nel fissare i requisiti di ammissibilità delle richieste di motivato avviso, ha precisato che "le materie di contabilità pubblica sulle quali può esplicarsi l'attività consultiva della Sezione sono quelle tematiche in relazione alle quali essa ritiene di poter utilmente svolgere quella funzione di affermazione di principi attinenti la regolarità contabile e la corretta e sana gestione finanziaria che costituiscono l'essenza del suo controllo". La stessa deliberazione ha individuato, quali altri requisiti di ammissibilità, l'inerenza della richiesta a questioni:

- non astratte e/o di interesse generale;
- relative a scelte amministrative future e non ancora operate;
- per le quali non è pendente un procedimento presso la Procura regionale della Corte dei Conti;
- per le quali non è pendente un giudizio avanti organi giurisdizionali di qualsiasi ordine;
- per le quali non è pendente una richiesta di parere ad altre autorità od organismi pubblici;
- di cui sia stata data notizia all'organo di revisione economica e finanziaria o, se esistenti, agli uffici di controllo interno.

4. Ciò premesso, l'istanza di motivato avviso pervenuta dal Sindaco del Comune di

Trieste, per come formulata, si discosterebbe dalle coordinate interpretative sopra descritte in quanto appare rivolta, più che a risolvere un dubbio interpretativo di natura generale a chiedere un parere sulle modalità concrete di calcolo dell'importo del fondo per gli incentivi tecnici in presenza di varianti senza indicazione delle norme che necessiterebbero del chiarimento consultivo.

4.1. In particolare, il Comune istante chiede che la Sezione espliciti in termini numerici quale sia il corretto calcolo dell'importo a base di gara sulla scorta delle esemplificazioni numeriche prodotte e chiarisca, sempre in chiave numerica, quale sia l'interpretazione (rectius opzione di calcolo) valida. Sul punto va altresì osservato che, ai sensi dell'art. 113 del D.lgs n. 50/2016, le modalità della remunerazione dei compensi incentivanti esita all'adozione di apposito regolamento interno nonché a connessa contrattazione integrativa decentrata di guisa che la questione, per come prospettata, appare suscettibile di una non consentita ingerenza rispetto ad ambiti negoziali riservati alle parti contrattuali comportando il rischio che il riscontro alla richiesta di parere possa tradursi in un'eventuale integrazione eteronoma tanto del regolamento quanto del contenuto negoziale.

4.2. In questi termini il quesito del Comune di Trieste non appare riconducibile nel solco dei parametri di ammissibilità oggettiva anche avuto riguardo al costante orientamento giurisprudenziale per il quale ricade nell'esclusivo onere nonché competenza dell'Amministrazione ogni successiva applicazione dei principi enunciati e delle norme al caso di specie, rientrando nella sfera di operatività e discrezionalità delle singole amministrazioni la scelta delle modalità concrete con le quali dare attuazione alla disciplina normativa in materia (cfr. Sez. Controllo Veneto n. 301/2019/PAR; n. 198/2018/PAR).

4.3. Nondimeno, volendo tenere conto della copiosa giurisprudenza contabile formata negli anni in relazione all'evoluzione normativa dell'istituto in parola, caratterizzata da ripetute integrazioni di norme succedutesi nel tempo in modo non sempre organico, sicuramente sintomatica della rilevanza della materia nell'ottica della sana gestione finanziaria, nonché della sua complessità interpretativa ed applicativa, la questione prospettata dal Comune di Trieste potrà essere esaminata dalla Sezione nella misura in cui sia depurata dai riferimenti specifici e limitata ai profili generali del quadro normativo di settore.

4.4. La Sezione ritiene, quindi, in un'ottica collaborativa, di poter prendere in esame il motivato avviso offrendo una lettura del contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento in modo da fornire degli orientamenti che si prestino ad essere di utilità in termini generali e astratti a favore anche di altri enti e non in funzione delle contingenti aspettative del Comune istante nonché senza riferimenti di sorta alle fattispecie concrete dallo stesso

poste (cfr. Sez. Controllo Lazio n. 60/2020/PAR; Sez. Controllo Umbria n. 26/2021/PAR).

5. Passando al merito, nel ricordare che l'odierno motivato avviso verte, nel suo nucleo essenziale, sulla peculiare ipotesi della gestione del fondo per le incentivazioni tecniche a fronte di perizie di varianti, si osserva che la questione si presenta complessa in quanto si intersecano diversi livelli di lettura delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, da un lato la disciplina degli incentivi, dall'altro quella delle varianti che ricadono sostanzialmente nell'ambito dell'esecuzione del contratto.

5.1. Per una compiuta disamina occorre partire da una sintetica ricostruzione del vigente quadro normativo di riferimento e della finalità dell'istituto delle incentivazioni per funzioni tecniche, pur nella consapevolezza che la storia di tali incentivazioni ha più lontana origine e che nel tempo ha avuto diverso sviluppo ed evoluzione (art. 18 della l. n. 109/1994 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), art. 92, c. 5 e 6, del precedente D.lgs n. 163/2006, poi confluito dell'art. 93, comma 7bis a seguito del DL n. 90/2014).

5.2. L'incentivo per funzioni tecniche trova la sua attuale collocazione nell'art. 113 del D.lgs n. 50/2016 il quale dispone, per quanto qui d'interesse:

- "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 esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle

funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti. Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione.”;

- “3. L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori. (...) L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore stabilisce i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie (...) a fronte di eventuali incrementi dei tempi e dei costi non conformi alle norme del presente decreto. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti. (...).”;

- “5-bis. Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture”.

5.3. Per completezza, va detto che l'art. 113 è stato oggetto di modifiche a seguito del DL n. 32/2019 che ha ripristinato per un breve lasso di tempo, nella previsione del comma 2, l'utilizzo del fondo per la remunerazione “delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, di verifica preventiva della progettazione, di RUP, di direzione dei lavori ovvero di direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo (...)”, contemplate precedentemente dalla cd. legge Merloni. In sede di conversione del decreto-legge, infatti, il comma 2 è tornato nella versione originaria, espungendo le prestazioni professionali ascrivibili alla progettazione e confermando l'istituto nella conformazione sopra riportata.

5.4. Parimenti non modificate rimangono le finalità dell'istituto alla luce delle coordinate ermeneutiche offerte dalla giurisprudenza contabile che ha evidenziato quali siano gli aspetti costitutivi dell'istituto in parola nonché le condizioni che devono sussistere ai fini del riconoscimento dell'incentivo. In sintesi, tali presupposti sono ravvisabili nei seguenti elementi:

- “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;

- che le risorse finanziarie del fondo - desumibile da previsione di bilancio - 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;

- 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;

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

- che, negli appalti di servizi e forniture, sia stato nominato il direttore dell'esecuzione ai sensi dell'art. 76, comma 1, lettera a), del D.lgs n. 56/2017" (Sez. Controllo Emilia - Romagna n. 11/2021/PAR).

5.5. Dalla lettura dell'articolato normativo si rileva che gli incentivi tecnici assumono natura retributiva in funzione premiale - e derogatoria rispetto al principio della omnicomprensività della retribuzione ordinaria - a favore di una circoscritta fascia di personale in diretta correlazione allo svolgimento, da parte del medesimo, delle specifiche e tassative attività previste dall'art. 113. Trattasi, quindi, di un emolumento aggiuntivo per lo svolgimento di prestazioni professionali qualificate le quali, se svolte all'esterno dell'amministrazione, configurerebbero prestazioni libero professionali di lavoro autonomo (cfr. Sez. Controllo Lazio n. 60/2020/PAR; Sez della Autonomie n. 6/QMIG/2018). Come si legge nel recente intervento delle Sezioni delle Autonomie n. 10/QMIG/2021 la "ratio della norma, come già evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti con deliberazione n. 51/2011/CONTR (valutazione ancora attuale) va ricercata nell'esigenza di destinare una quota di risorse pubbliche a favore del personale dipendente, in servizio presso l'Amministrazione pubblica, che svolge prestazioni professionali specialistiche in virtù della particolare qualificazione dello stesso."

5.6. Giova peraltro rilevare che, pur mantenendo l'originaria impostazione volta alla valorizzazione delle professionalità interne all'apparato amministrativo rispetto alla scelta del conferimento esterno di incarichi professionali in funzione di contenimento della spesa, la finalità dell'istituto si è evoluta nel tempo spostando l'attenzione verso l'esigenza di una migliore razionalizzazione della spesa (cfr. Sezione Autonomie n. 18/2017/QMIG; 10/2016/QMIG). La ratio oggi preminente va, invero, ricercata nella volontà del legislatore di accrescere efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa nella misura in cui si

producano risparmi in termini di rispetto dei tempi e di riduzione di varianti in corso d'opera (Sez. Controllo Toscana n. 186/2017/PAR). In altri termini, l'aver spostato il requisito dell'incentivo dalla previgente progettazione all'attuale programmazione (art. 113, comma 2) integra l'obiettivo premiale con quello di razionalizzazione della spesa evitando eventuale aggravio di oneri per tempi e costi non preventivati e/o per l'esecuzione non conforme a standard qualitativi previsti.

5.7. Avvalora le suesposte considerazioni quanto previsto dal legislatore in sede di legge delega n. 11/2016 al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, laddove all'art. 1, comma 1, lettera rr), dispone che "al fine di incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera, è destinata una somma non superiore al 2% dell'importo posto a base di gara per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alla programmazione della spesa per investimenti, alla predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione".

6. Poste tali premesse sulla ratio caratterizzante l'istituto è ora possibile proseguire la disamina con riferimento alla costituzione del fondo incentivante. Ferma restando l'impossibilità di incentivare funzioni e/o attività non ricomprese nell'elenco chiuso dell'art. 113, comma 2, del D.lgs n. 50/2016 il fondo è alimentato nella misura del 2% dell'importo posto a base di gara a valere sugli stanziamenti destinati a finanziare la realizzazione dei relativi lavori, forniture e/o servizi. Secondo l'ormai pacifico approdo della giurisprudenza contabile e giusta il comma 5 bis dell'art. 113, trattasi di stanziamenti non afferenti ai capitoli di spesa del personale ma ricompresi nel costo complessivo dell'opera (ex multis Sez. Controllo Friuli - Venezia Giulia n. 6/2018/PAR).

6.1. Per quanto concerne la fase di costituzione del fondo la norma dispone, quindi, che le stazioni appaltanti destinino risorse, in misura non inferiore al 2%, a valere sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti nei bilanci delle amministrazioni; stanziamenti che sono rappresentati da tutte le risorse a disposizione per la realizzazione dell'appalto (Sez. Controllo Toscana n. 80/2021/PAR). In sostanza, come chiarito dalle Sezioni Autonomie

“l’allocazione in bilancio degli incentivi tecnici (...) ha l’effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale dell’opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici” (Sez. Autonomie n. 6/2018/QMIG; n. 15/2019/QMIG).

6.2. Ne consegue che le remunerazioni per gli incentivi tecnici partecipano della stessa natura dei contratti cui accedono e la quota di risorse destinata diventa parte integrante del quadro economico complessivo dei lavori/servizi/forniture trovando la sua copertura degli stanziamenti a ciò previsti e che andranno a costituire l’importo immesso sul mercato attraverso la definizione della base di gara. Invero, “per la riconoscibilità degli incentivi è (...) necessaria, tra l’altro, la previa costituzione di un 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 (...) abbiano trovata adeguata copertura nel bilancio dell’ente attraverso appositi stanziamenti” (Sez. Controllo Emilia - Romagna n. 56/2021).

6.2. Quanto alla definizione dell’importo di alimentazione del fondo (a base di gara) la deliberazione della Sez. Controllo Lazio n. 60/2020/PAR richiama la previsione dell’art. 35 del D.lgs n. 50/2016 in forza del quale il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull’importo totale pagabile al netto dell’IVA, valutato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore; lo stesso tiene conto dell’importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. La scelta di riferire la determinazione del fondo al momento di avvio della gara e non al suo esito ha lo scopo di ancorare tale operazione ad elementi non connotati dall’incertezza dell’esito ed è stato anche uno dei motivi dell’esclusione delle concessioni dal novero degli incentivi per la difficoltà di parametrare il fondo ai canoni di concessione, dal flusso finanziario soggetti a margini di aleatorietà (Sez. Autonomie n. 15/2019/QMIG; e per i contratti di PPP n. 10/2021/QMIG).

6.3. Da quanto precede discendono alcuni corollari. In primo luogo, è ormai pacifico nella giurisprudenza contabile che non solo vi sia l’ontologica necessità che a monte sia predisposta una gara o quantomeno una procedura competitiva, ma che, conseguentemente, esista anche un quadro economico dell’intervento. Nello stesso senso questa Sezione ha affermato che occorre “procedere ad una preventiva individuazione a bilancio delle risorse, ad una successiva costituzione del fondo ed infine all’individuazione delle modalità di ripartizione del fondo mediante contratto decentrato, in maniera tale da rispettare il principio

di preventiva assegnazione degli obiettivi e di successiva verifica del loro raggiungimento” (n. 6/2018/PAR cit.). L’essenzialità della procedura di gara e/o competitiva sta a significare, infatti, che la medesima risulta strettamente funzionale a consentire la determinazione di un quadro economico e, quindi, il parametro su cui modulare le risorse destinate all’erogazione del beneficio e ciò in coerenza con la ratio della norma che mira ad accrescere efficienza ed efficacia nel perseguimento degli obiettivi e, in definitiva, della spesa nell’ottica della soddisfazione dei bisogni della collettività. Come evidenziato dalla Sezione Controllo Piemonte n. 25/2019/PAR “l’assenza di un progetto, come pure di una relazione tecnico – illustrativa, o di ogni altro strumento ad esso assimilabile, rende di fatto impraticabile la funzione di controllo e verifica (...) e possibilità di remunerare le funzioni tecniche tassativamente previste (...)”.

6.4. In secondo luogo, nel mettere in luce la centralità del momento programmatico la giurisprudenza contabile più recente ha affermato come non possa escludersi, in astratto e a priori, che degli incentivi non inizialmente previsti nel quadro economico (e quindi in fase di indizione del bando con relativa definizione dell’importo a base di gara) trovino copertura in bilancio e, quindi, parimenti la loro successiva inclusione nel nuovo quadro economico (Sez. Controllo Puglia n. 103/2021/PAR; Emilia-Romagna n. 56/2021/PAR). Nondimeno, con riferimento a tali possibili fattispecie la giurisprudenza contabile tiene a sottolineare che un’iscrizione successiva, quando non giustificata da fatti sopravvenuti e non prevedibili utilizzando la dovuta diligenza, appare sintomatica di un difetto di programmazione (n. 56/2021/PAR cit.). La riconoscibilità a posteriori degli incentivi potrà eccezionalmente aversi, pertanto, solo ove “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” (n. 103/2021/PAR cit.). Una tale eventualità dovrà comunque 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 (Sez. Controllo Emilia-Romagna n. 11/2021/PAR).

6.5. Il riferimento al compendio motivazionale ben si comprende avuto riguardo al fatto che l’incentivazione rappresenta un compenso accessorio la cui definizione di dettaglio

è lasciata alle singole amministrazioni sulla base di una dinamica regolatoria, in parte esogena (la legge), in parte endogena (regolamento e contrattazione); regolamento e contratto concorrono, quindi, insieme all'individuazione delle concrete misure attuative finalizzate all'attribuzione dei diritti economico - patrimoniali nel solco del principio della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego.

6.6. Va poi osservato che, in coerenza con la ratio dell'istituto votata all'efficienza, ai fini della liquidazione degli incentivi è richiesta un'attività, intestata all'amministrazione, di verifica e controllo dell'effettività delle funzioni svolte dai dipendenti finalizzata al riscontro, non meramente formale, del raggiungimento degli obiettivi pianificati. Di qui la previsione, sancita dall'art. 113, comma 2, di riduzioni proporzionali delle risorse erogabili in relazione alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi alle norme del D.lgs n. 50/2016, ovvero in caso di accertamento negativo delle attività svolte. Il meccanismo decurtativo è direttamente demandato al regolamento e, dunque, ricade nella sfera di apprezzamento - riferita a fattispecie e tipologie concrete - riservata alle amministrazioni (e alle parti negoziali).

7. Ciò posto è ora possibile passare ad esaminare la disciplina delle varianti fornendo un breve excursus della materia. Nella genericità della richiesta di parere, dalla quale non emerge una problematica particolare rispetto al variegato ventaglio di situazioni e fattispecie riferite alle varianti e modificazioni contrattuali previste dalla normativa di settore, la trattazione si limiterà ad un esame dei punti che possono rappresentare un orientamento generale. Ciò nella considerazione che le vicende che possono intervenire in sede esecutiva sono molteplici, oltre che complesse, e vanno apprezzate in concreto esulando, quindi, dal perimetro della funzione consultiva.

7.1. La questione delle varianti si pone essenzialmente in fase di esecuzione del contratto che si caratterizza per la posizione di tendenziale parità tra le parti, agendo la PA sostanzialmente nella sua autonomia negoziale. A mente dell'art. 30 del D.lgs n. 50/2016 i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza vanno seguiti sia in sede di aggiudicazione che nella fase successiva. In particolare, nella fase esecutiva acquistano maggior rilievo i principi di trasparenza e libera concorrenza a presidio dei quali è previsto il generale divieto di modifiche sostanziali del contratto, dapprima elaborato dalla giurisprudenza e poi recepito in sede normativa (art. 106 D.lgs n. 50/2016); divieto che riguarda in sintesi quelle modificazioni degli elementi contrattuali che apportano caratteristiche sostanzialmente differenti rispetto al contratto originario e che sottendono una volontà diretta a rinegoziare i termini essenziali dell'appalto (vedasi art. 106, comma 4, D.lgs n. 50/2016).

7.2. Fermo restando il divieto di modifiche sostanziali, la disciplina codicistica dello ius variandi è frutto di un bilanciamento fra tutela della concorrenza (che richiede la corrispondenza tra appalto messo a gara e quello eseguito) e tutela dell'interesse pubblico alla base dell'appalto che, in certe circostanze, potrebbe vedere compromessa la sua proficua realizzazione in carenza di una certa flessibilità in particolare nel lungo periodo.

7.3. Come si è anticipato l'art. 106 del D.lgs n. 50/2016 rubricato "Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia" racchiude in un unico articolo tutte le diverse tipologie di modifiche, siano esse riferite alla prestazione, alla durata o ai soggetti. Tralasciando le modifiche soggettive e quelle temporali, che non appaiono pertinenti al caso prospettato in sede di motivato avviso, ci si soffermerà sulle modifiche oggettive. In estrema sintesi, in tale ambito trovano collocazione (e disciplina) sia le varianti in senso stretto (o in corso d'opera), sia una serie di altre diverse tipologie di modifiche le cui ipotesi sono tassativamente fissate ex lege con riferimento a condizioni e requisiti e, precisamente:

- modifiche previste dall'originario bando/invito con clausole chiare, precise e inequivocabili (anche di revisione dei prezzi) che ne fissino le condizioni senza alterare la natura generale del contratto ai sensi dell'art. 106, comma 1, lettera a);

- modifiche per lavori, servizi o forniture, supplementari non inclusi ma resisi necessari ai sensi delle previsioni di cui all'art. 106, comma 1, lettera b);

- modifiche quantitative che non alterino la natura del contratto e siano contenute entro i valori soglia previsti (in tale caso sono consentite anche per modifiche dovute ad errori od omissioni in sede progettuale ferma restando la responsabilità) ai sensi dell'art. 106, commi 2, 9 e 10;

7.4. Non appaiono parimenti attinenti al quesito posto dal Comune di Trieste le varianti che comportano un nuovo bando di gara, né quelle che sono previste nei documenti di gara in quanto dovrebbero già avere adeguata previsione all'interno del quadro economico dell'intervento, mentre si ritengono maggiormente aderenti al contenuto del quesito le ipotesi delle varianti in senso stretto di cui all'art. 106, comma 1, lettera c), ovvero quelle che dipendono da "circostanze imprevedute e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti". Trattasi di modifiche contrattuali ammissibili in presenza delle citate circostanze da intendersi in senso strettamente oggettivo in relazione ad una condotta da valutarsi ai sensi della diligenza professionale di cui all'art.

1176, comma 2, c.c.; con ciò escludendo le modificazioni dipendenti da errori, omissioni, carenza e/o insufficienza di indagini preliminari e, in generale, inadeguata valutazione.

8. Con riferimento alla questione oggetto del motivato avviso nella giurisprudenza contabile si è delineata la questione se e come sia possibile armonizzare i principi e le finalità dell'istituto incentivante rispetto alla disciplina dello ius variandi. Operando una lettura sistematica della disciplina delle varianti nel quadro delle disposizioni dell'art. 113 la giurisprudenza contabile si è più volte espressa, anche in relazione al previgente codice dei contratti del 2006, nel senso della non incompatibilità a priori e in senso assoluto tra varianti e incentivazione e, quindi, dei relativi riflessi sul fondo, anche in aumento (Sez. Controllo Puglia n. 162/2018/PAR; Sez. Controllo Piemonte n. 8/2014/PAR e n. 97/2014/PAR).

8.1. A riscontro del quesito se sia corretto incrementare il fondo incentivante occorre operare una sintesi tra tutti gli aspetti sopra indagati, ovvero tra la finalità dell'art. 113, che mira ad accrescere efficienza/efficacia dell'attività della PA, la natura premiale dell'incentivo che va a remunerare prestazioni tipiche di soggetti individuati e individuabili correlati all'adempimento di specifici compiti di particolare complessità, nonché lo spazio di flessibilità contrattuale. Al riguardo emergono alcune considerazioni.

8.2. In primo luogo, data la su richiamata natura premiale, l'incentivo e connesso differenziale retributivo remunera un più elevato carico di lavoro e responsabilità in capo ai dipendenti che abbiano positivamente svolto le attività tassativamente previste dalla norma. In secondo luogo, va ricordato che l'erogazione dell'incentivazione è soggetta a riduzioni proporzionali delle risorse in caso di mancato rispetto dei parametri e degli obiettivi che la PA si è inizialmente posta nell'avviare l'appalto. L'aver collegato il riconoscimento del beneficio al risultato in termini di completamento dell'opera, di esecuzione della fornitura o del servizio in conformità a costi e tempi prestabiliti finisce per riverberarsi, sulla valutazione circa la (piena) corresponsione dell'incentivo in caso di variazioni e modificazioni in fase esecutiva. In tale valutazione acquista un ruolo rilevante la definizione della disciplina delle riduzioni proporzionali di cui all'art. 106, comma 2.

8.3. In terzo luogo, non va trascurato di considerare che un momento importante del ciclo di gestione del contratto è la fase propedeutica della predisposizione e costruzione del procedimento e relativo bando/avviso nella quale, nell'ottica di efficienza indicata dalla legge delega, andranno esaminate le possibili situazioni incidenti sul percorso anche sotto il profilo tecnico e finanziario.

8.4. La giurisprudenza contabile nell'affermare la non incompatibilità in senso assoluto tra varianti e incentivi ha voluto sottolineare che i due aspetti possono trovare adeguata

conciliazione nella misura in cui l'incentivo segua comunque una logica di efficienza, efficacia e razionalizzazione lasciando fuori, quindi, le modificazioni contrattuali che derivano da condotte che si discostano dal parametro della diligenza. Diversamente, potrà ammettersi lo ius variandi in caso di circostanze impreviste ed imprevedibili, qualora le varianti (o le prestazioni supplementari) abbiano il carattere della necessità e vadano a remunerare un quid pluris di attività e adempimenti di natura tecnica nella considerazione che non costituisce oggetto di incentivazione qualsiasi generica partecipazione del personale assegnato alla stazione appaltante, bensì lo svolgimento di specifiche funzioni tecniche da parte del medesimo (Sez. Controllo Lombardia n. 29/2021).

8.5. Ad ogni modo dalla lettura attenta della giurisprudenza in materia di incentivi per funzioni tecniche e, in particolare, quella che si è espressa sulle varianti emerge che, avuto riguardo alla struttura bifasica degli incentivi in questione tra regolamento e contrattazione, la verifica della legittimità delle erogazioni, la parametrizzazione delle eventuali riduzioni nonché in generale la loro disciplina rientrano nello spazio riservato alle amministrazioni. Un tanto vale anche per la modulazione (e rimodulazione) degli importi e delle risorse destinate all'appalto, entro la cornice prestabilita dalla norma, in ragione della variabilità delle circostanze, delle tipologie di appalto nonché delle varianti che implica valutazioni in fatto secondo canoni di logicità, congruenza e ragionevolezza da riferirsi a fattispecie concrete cui la Corte è estranea. Per tali motivi i giudici contabili si sono limitati a rilevare che i ricalcoli vanno correlati all'importo della perizia di variante (Sez. Piemonte n. 8/2014 e 97/2014 cit.) o, con formulazione in parte diversa ma di simile contenuto, al nuovo importo a base di gara (Sez. Puglia n. 162/2018 cit.), dunque in relazione alle maggiori risorse stanziare per l'appalto.

8.6. In conclusione, alla luce di quanto esposto in fatto e diritto è rimessa all'Ente locale la definizione della remunerazione dell'incentivo in presenza di varianti in esito alla rigorosa valutazione dell'effettiva situazione e relativa legittimazione alla corresponsione nonché ogni conseguente determinazione riservata alla propria competenza.

8.7. Spetterà quindi al Comune di Trieste sulla base della normativa esposta e dei principi espressi valutare la fattispecie concreta affinché l'incentivazione per funzioni tecniche e la relativa remunerazione in presenza di varianti sia correlata a logiche di efficienza, efficacia e razionalità della spesa e poggi su ragioni giustificative conformi alla ratio dell'istituto come rappresentata.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per il Friuli Venezia Giulia rende il parere nei termini sopra espressi

ORDINA

- di trasmettere copia della presente deliberazione al Comune di Trieste;
- di pubblicare la presente deliberazione sul sito web della Sezione e di curare gli adempimenti necessari per la pubblicazione sul sito web istituzionale della Corte dei conti.

Così deciso, in Trieste, nella Camera di Consiglio del 19 ottobre 2021

il relatore

F.to Tamara Lollis

il Presidente

F.to Emanuela Pesel Rigo

Depositata in segreteria in data 21 ottobre 2021

Il preposto al Servizio di supporto

F.to Leddi Pasian