



## CORTE DEI CONTI

### **SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA PUGLIA**

La Sezione, composta dai magistrati:

Enrico Torri	Presidente f.f.
Carlo Picuno	Consigliere
Giovanni Natali	Referendario, <i>relatore</i>
Nunzio Mario Tritto	Referendario
Daniela Piacente	Referendario
Antonio Marsico	Referendario

ha adottato la seguente

#### **DELIBERAZIONE**

vista la richiesta di parere avanzata dal Sindaco del **Comune di Martano (Lecce)** con nota prot. n. 4369 dell'8.3.2021, trasmessa via pec e assunta in pari data al protocollo della Sezione n. 1269;

udito il relatore dott. Giovanni Natali nella camera di consiglio del 24.6.2021, convocata con ordinanza n. 47/2021, svolta in video conferenza mediante collegamenti da remoto a mezzo della piattaforma *Teams*, ai sensi dell'art. 85 del d.l. 17.3.2020, n. 18 (convertito, con modificazioni dalla l. 24.4.2020, n. 27) e s.m.i. e del decreto del Presidente della Corte dei conti n. 287 del 28.10.2020.

Ritenuto in

#### **FATTO**

Con la nota citata è stata formulata una richiesta di parere ex art. 7, comma 8 della l. 5.6.2003, n. 131 in materia di incentivi per funzioni tecniche. In particolare, premesso che:

- a seguito di gara pubblica, con contratto Rep. n. 3/2009 l'ATO LE/2 ha affidato il servizio di igiene urbana per 11 comuni (tra cui il Comune di Martano) con incarico di direttore dell'esecuzione del contratto a un unico soggetto esterno; il contratto è scaduto il 30.4.2018;
- nelle more dell'esecuzione della gara unica d'ambito (ARO LE5) l'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il Servizio di Gestione dei Rifiuti (AGER) ha evidenziato la necessità, per ogni singolo Comune interessato dal precedente contratto, di avviare una gara ponte al fine di affidare singolarmente i servizi di che trattasi;
- in linea con tale indicazione, il Comune di Martano ha bandito una nuova gara, conclusa con l'aggiudicazione del servizio; a seguito della definizione (in senso favorevole al Comune) del contenzioso amministrativo instaurato avverso il provvedimento di aggiudicazione, l'avvio del servizio è avvenuto il 7.9.2020;
- nel periodo intercorrente fra la scadenza del contratto Rep. n. 3/2009 (30.4.2018) e l'avvio del nuovo (7.9.2020) il Comune di Martano ha garantito l'esecuzione del servizio mediante n. 17 ordinanze sindacali, con affidamento diretto, ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000, nei confronti della ditta di cui al più volte citato contratto Rep. n. 3/2009; in particolare, con i citati provvedimenti è stato ordinato alla ditta di «eseguire temporaneamente il servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, assimilati e servizi complementari del territorio comunale di Martano [...] **agli stessi patti e condizioni di cui al Contratto Rep. n. 3 del 18.02.2009**»; quest'ultimo ha costituito il parametro per la definizione degli oneri connessi con l'esecuzione delle ordinanze;
- nel periodo 1.5.2018 – 6.9.2020 l'attività di responsabile del procedimento e di direttore dell'esecuzione del contratto è stata svolta dal Responsabile del Servizio tecnico comunale supportato dal gruppo di lavoro interno alla stazione appaltante;
- il Comune di Martano ha adottato il regolamento per la ripartizione degli incentivi di cui agli artt. 111 e 113 del d.lgs. n. 50/2016, con suddivisione del

complessivo 2% previsto dall'art. 113 citato (nelle due quote dell'80 e del 20%) per le diverse attività svolte dal personale interno; in dettaglio:

- **quota 80%**:

1. quota RUP
2. redazione progettazione (non dovuta per legge)
3. quota coordinamento sicurezza in fase di progettazione (non dovuta per legge)
4. quota verifica progettazione
5. quota Direzione Lavori o Direzione Esecuzione Contratto
6. quota coordinamento sicurezza in fase di esecuzione
7. quota collaudo, certificato regolare esecuzione e verifica conformità
8. quota collaudo statico
9. quota di supporto (collaboratori al R.U.P.)
10. quota supporto progettazione (non dovuta per legge)
11. quota supporto coord. sicurezza in fase di progettazione (non dovuta per legge)
12. quota supporto verifica progettazione
13. quota supporto D.L. o D.E.C.
14. quota collaboratori supporto al coordinamento sicurezza in fase di esecuzione
15. quota supporto coord. sicurezza in fase di esecuzione
16. quota supporto collaudo, certificato regolare esecuzione e verifica conformità
17. quota supporto collaudo statico

- **quota del 20%**: destinato al fondo per la funzione tecnica ed innovazione;  
- per il servizio di igiene urbana nel territorio comunale svolto tra l'1.5.2018 e il 6.9.2020 l'attività disimpegnata dal RUP/DEC e dal gruppo di lavoro, per la quale sarebbe riconoscibile l'incentivo, è la seguente:

- **quota 80%**:

1. quota Responsabile unico procedimento (R.U.P.)
5. quota Direzione Lavori (D.L.) o Direzione Esecuzione Contratto (D.E.C.).

6. quota coordinamento sicurezza in fase di esecuzione
7. quota collaudo o certificato regolare esecuzione (C.R.E.)
9. quota collaboratori al R.U.P.
13. quota collaboratori al D.E.C.
16. quota collaboratori supporto al coordinamento sicurezza

• **quota del 20%**: destinato al fondo per la funzione tecnica ed innovazione; tutto ciò premesso, l'Ente ha chiesto il parere della Sezione **«in merito al riconoscimento dell'incentivo tecnico al personale interessato, così come sopra specificato per il servizio di cui agli affidamenti diretti, giuste n. 17 Ordinanze Sindacali (periodo 30/4/2018 – 7/9/2020), sopra richiamate»**.

Considerato in

## **DIRITTO**

**1.** Nel quadro delle misure volte a realizzare l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. 18.10.2001, n. 3 («*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*»), l'art. 7, comma 8 della l. 5.6.2003, n. 131 ha previsto la possibilità per regioni, province, comuni e città metropolitane di richiedere alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti «*pareri in materia di contabilità pubblica*».

**2.** Di recente la Sezione delle autonomie (deliberazione n. 11/SEZAUT/2020/QMIG), nel perimetrare l'ambito entro il quale può legittimamente esercitarsi la funzione consultiva intestata al giudice contabile dalla disposizione in esame, ha richiamato le coordinate ermeneutiche espresse fin dall'atto di indirizzo approvato nell'adunanza del 27.4.2004 («*Indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva*») e dalla deliberazione n. 5/AUT/2006 – integrati dalle deliberazioni n. 13/SEZAUT/2007, n. 9/SEZAUT/2009, n. 3/SEZAUT/2014/QMIG, n. 4/SEZAUT/2014/QMIG e n. 24/SEZAUT/2019/QMIG – con cui sono stati esplicitati i requisiti di ammissibilità soggettiva (legittimazione dell'organo richiedente) e oggettiva (attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica, generalità ed astrattezza del quesito proposto, mancanza di interferenza con altre funzioni

svolte dalla magistratura contabile o con giudizi pendenti presso la magistratura civile, penale, amministrativa e contabile) indicanti i caratteri di specializzazione funzionale che caratterizzano la Corte dei conti in sede consultiva.

In tale circostanza, con riferimento alla legittimazione soggettiva è stato ribadito il carattere tassativo dell'elencazione degli enti titolati a formulare richieste di parere, individuati in regioni, province, comuni e città metropolitane, i quali esercitano tale possibilità attraverso i rispettivi legali rappresentanti *pro-tempore* ovvero tramite il consiglio delle autonomie locali (CAL), se istituito, in caso di richiesta di parere alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

Quanto alla verifica dell'ammissibilità oggettiva delle richieste di pareri, è stato rimarcato che *«anche le Sezioni riunite di questa Corte (deliberazione n. 54/CONTR/2010) hanno avuto modo di precisare che alle Sezioni regionali di controllo non è stata attribuita una funzione di consulenza di portata generale, bensì limitata unicamente alla "materia di contabilità pubblica". Dato che qualsiasi attività amministrativa può avere riflessi finanziari, è stato ritenuto che, ove non si adottasse una nozione strettamente tecnica di detta materia, si incorrerebbe in una dilatazione dell'ambito oggettivo della funzione consultiva tale da rendere le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti organi di consulenza generale dell'amministrazione pubblica.*

*Pertanto, la nozione di contabilità pubblica – come ampiamente evidenziato da questa Sezione nelle deliberazioni n. 5/SEZAUT/2006 e 3/SEZAUT/2014/QMIG - anche se da intendersi in continua evoluzione in relazione alle materie che incidono direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio, non può ampliarsi al punto da ricomprendere qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria e/o patrimoniale. Se è vero, infatti, che ad ogni provvedimento amministrativo può seguire una fase contabile, attinente all'amministrazione di entrate e spese ed alle connesse scritture di bilancio, è anche vero che la disciplina contabile si riferisce solo a tale fase discendente, distinta da quella sostanziale, antecedente, del procedimento amministrativo, non disciplinata dalla normativa contabile.*

*La richiesta di parere deve, poi, connotarsi per il carattere della generalità ed astrattezza e non deve implicare valutazioni inerenti i comportamenti amministrativi da porre in essere.*

*L'oggetto del parere, inoltre, non deve riguardare indagini in corso della Procura regionale od eventuali giudizi pendenti innanzi alla Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti, e, in ogni caso «la funzione consultiva di questa Corte non può 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). Diversamente opinando, detta funzione si tradurrebbe in una atipica (e non consentita) attività di consulenza preventiva sulla legittimità dell'operato amministrativo, che potrebbe essere ipoteticamente attivata al fine di preconstituire una causa giustificativa di esonero di responsabilità. In proposito, si ricorda che l'art. 69, comma 2, del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante il Codice di giustizia contabile, nel disciplinare le ipotesi di archiviazione del fascicolo istruttorio da parte del P.M. erariale, stabilisce espressamente l'assenza di colpa grave anche quando «l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi».*

**3.** Ciò posto, in linea con le indicazioni richiamate, deve concludersi per:

- *l'ammissibilità soggettiva*, provenendo la richiesta di parere da uno degli enti territoriali (comune) tassativamente legittimati all'attivazione della funzione consultiva in esame ed essendo stata la medesima formulata dal Sindaco, organo rappresentativo dell'ente (ex art. 50, comma 2, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267, TUEL);
- *l'ammissibilità oggettiva*, in quanto il quesito: *i)* concerne l'interpretazione di disposizioni regolanti una materia, quella degli incentivi per funzioni tecniche, certamente riconducibile alla contabilità pubblica (e, in particolare

alla gestione delle spese), sulla quale peraltro si è da tempo formata una copiosa giurisprudenza consultiva del giudice contabile; *ii*) non interferisce, per quanto consta, con le funzioni giurisdizionali del giudice contabile né con quelle di altre magistrature; *iii*) pur traendo spunto da una concreta vicenda gestionale, è suscettibile di essere ricondotto su un piano di generalità e astrattezza; come infatti ricordato, l'attività consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti prescinde dalla fattispecie a cui si riferisce la richiesta di parere e fornisce soluzioni in termini di stretto principio.

**4.** Nei limiti anzidetti e passando al merito, il quesito verte, nel suo nucleo essenziale, sulla possibilità di riconoscere incentivi per funzioni tecniche in un'ipotesi peculiare: quella in cui all'originario affidamento di un servizio, formalizzato da un contratto stipulato fra la P.A. e la ditta aggiudicataria all'esito di una gara pubblica e che abbia esaurito i propri effetti, abbiano fatto séguito ulteriori e distinti affidamenti diretti alla stessa ditta per effetto di plurime ordinanze sindacali contingibili e urgenti (finalizzate a garantire il servizio nelle more della definizione del contenzioso amministrativo promosso nei confronti dell'aggiudicazione della nuova gara).

**5.** La risposta al quesito postula una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento e degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza contabile in materia.

**5.1** Introdotto nell'ordinamento dalla l. 11.2.1994, n. 109 («*Legge quadro in materia di lavori pubblici*») e poi oggetto delle previsioni del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 («*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*»), novellate dal d.l. 24.6.2014, n. 90 («*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*»), convertito con modificazioni dalla l. 11.8.2014, n. 114), l'istituto degli **incentivi per funzioni tecniche** trova oggi la sua disciplina nell'ambito del **d.lgs. 18.4.2016, n. 50** («*Codice dei contratti pubblici*»); in dettaglio, l'**art. 113**, come modificato dal d.lgs. 19.4.2017, n. 56 («*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*»), prevede 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 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. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore stabilisce i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi*

*dei tempi o 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. Gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo. Le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, incrementano la quota del fondo di cui al comma 2. Il presente comma non si applica al personale con qualifica dirigenziale.*

*4. Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2 ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli. Una parte delle risorse può essere utilizzato per l'attivazione presso le amministrazioni aggiudicatrici di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 o per lo svolgimento di dottorati di ricerca di alta qualificazione nel settore dei contratti pubblici previa sottoscrizione di apposite convenzioni con le Università e gli istituti scolastici superiori.*

*5. Per i compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza nell'espletamento di procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture per conto di altri enti, può essere riconosciuta, su richiesta della centrale unica di committenza, una quota parte, non superiore ad un quarto, dell'incentivo previsto dal comma 2.*

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

In sostanza, l'art. 113 fissa la possibilità di erogare emolumenti economici accessori a favore del personale interno alle amministrazioni pubbliche espletante specifiche attività all'interno delle procedure di programmazione,

aggiudicazione, esecuzione e collaudo (o verifica di conformità) degli appalti di lavori, servizi o forniture.

**5.2** Nel ricostruire l'evoluzione della disciplina in materia e la relativa funzione, è stato segnalato che *«Dall'analisi delle norme che si sono succedute emerge chiaramente come si sia modificata nel tempo la posizione del legislatore rispetto alla materia degli incentivi nell'ambito degli appalti pubblici. L'originaria ratio – rappresentata dalla volontà di spostare all'interno degli uffici attività di progettazione e capacità professionali di elevato profilo e basata su un nesso intrinseco tra opera e attività creativa di progettazione, di tipo libero-professionale ("prestazioni professionali specialistiche offerte da soggetti qualificati" come diceva la pronuncia 51/2011 delle Sezioni riunite della Corte dei conti) - è stata gradualmente affiancata e poi sostituita con quella invece rappresentata dalla volontà di accrescere efficienza ed efficacia di attività tipiche dell'amministrazione, passibili di divenire economicamente rilevanti nella misura in cui producono risparmi in termini di rispetto dei tempi e di riduzione di varianti in corso d'opera»* (Sez. reg. contr. Toscana, deliberazione n. 186/2017/PAR).

Più di recente è stato sottolineato che la funzione degli incentivi per il personale delle pubbliche amministrazioni risiede nella *«necessità di incrementare e di valorizzare le professionalità intranee all'apparato amministrativo, in funzione anche del risparmio di spesa conseguito dalla pubblica amministrazione rispetto alla scelta del conferimento esterno dell'incarico professionale da remunerare per la resa delle medesime prestazioni professionali. Quindi gli incentivi previsti dalle disposizioni vigenti in materia hanno una funzione premiante di competenze e responsabilità legate inscindibilmente allo svolgimento di peculiari funzioni tecniche, nell'ambito di iter predeterminati e per risultati conseguiti (cfr., Corte conti, Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, deliberazione n. 178/2019/PAR)»* (Sez. reg. contr. Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).

**5.3** Esclusa la possibilità di incentivare funzioni o attività diverse da quelle considerate dall'art. 113, comma 2 (cfr. Sezione delle autonomie, deliberazione n. 18/2016/QMIG), la giurisprudenza consultiva della Corte dei conti ha da tempo chiarito anche le condizioni di carattere generale che devono sussistere ai fini dell'incentivabilità di ogni singola funzione tecnica; in dettaglio, è necessario che:

a) 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 le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati; b) le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'art. 113, comma 2, 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) 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) l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il *tetto annuo lordo* del 50% del trattamento economico complessivo; e) negli appalti di servizi e forniture, sia stato nominato il *direttore dell'esecuzione* (*ex multis*, di recente, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 11/2021/PAR).

In relazione al punto *sub c)* è stato di recente affermato che «*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 del 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*»; non senza precisare che, stante l'anomalia di un'iscrizione successiva della voce di costo legata agli incentivi nel quadro economico, tale eventualità 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)» (Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 56/2021/PAR).*

**5.4** Se dunque può riconoscersi la possibilità di una previsione «postuma» degli incentivi di che trattasi all'interno del quadro economico, è per contro indefettibile la necessità del previo svolgimento di una gara pubblica.

Il riferimento all' «*importo dei lavori, servizi e forniture, **posti a base di gara***» (art. 113, comma 2), quale parametro rispetto al quale modulare le risorse finanziarie destinate agli incentivi in menzione, rende infatti manifesta la necessità del previo espletamento di una procedura comparativa per l'affidamento del contratto di lavoro, servizio o fornitura: «*Il tenore letterale della norma, che fa espresso riferimento all'importo dei lavori, servizi e forniture "posti a base di gara", induce a ritenere incentivabili le sole funzioni tecniche svolte rispetto a contratti affidati mediante lo svolgimento di una procedura comparativa (cfr., ex multis, la deliberazione di questa Sezione n. 190/2017/PAR; Sez. controllo Puglia n. 9/2018/QMIG e n. 52/2019/PAR; Sez. controllo Marche n. 28/2018/PAR; Sez. controllo Liguria n. 136/2018/PAR; Sez. controllo Piemonte n. 177/2017/SRCPIE/PAR)*» (Sez. reg. contr. Lombardia, deliberazione n. 310/2019/PAR).

Nello stesso senso è stato chiarito che «*[...] l'impossibilità di determinare l'importo da mettere a base di gara si configura come un concreto ostacolo alla remunerabilità delle funzioni tecniche anche in considerazione della necessità di circoscrivere l'incentivo de quo "esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge (comprese le direttive ANAC dalla stessa richiamate) o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa" ( in termini Sezione Autonomie deliberazione N. 2/SEZAUT/2019/QMIG e Sezione regionale di controllo per Piemonte Deliberazione n. 177/2017/SRCPIE/PAR )*» (Sez. reg. contr. Piemonte, deliberazione n. 25/2019/PAR).

In linea con gli orientamenti interpretativi delle Sezioni regionali della Corte dei conti, il presupposto della gara, a cui fa riferimento il citato art. 113, comma 2, può dirsi sussistente «*anche nell'ipotesi del ricorso, da parte dell'ente*

*territoriale, alla procedura comparativa di cui all'art. 36, comma, 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016» (Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 33/2020/PAR).*

In particolare, è stato precisato che *«solo in presenza di una procedura di gara o in generale una procedura competitiva si può accantonare il fondo che viene successivamente ripartito sulla base di un regolamento adottato dalla singola amministrazione. Come ha sintetizzato la Sezione di controllo della Corte dei conti per la Lombardia (Lombardia 185/2017/PAR): "Peraltro, al riguardo, non sfugga nemmeno come la disposizione presupponga esplicitamente – laddove richiede l'accantonamento in un apposito fondo di "risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate 10 sull'importo dei lavori posti a base di gara" – che vi sia una "gara", sia pure semplificata; in mancanza di tale requisito, l'art. 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 non prevede l'accantonamento delle risorse e, conseguentemente, la relativa distribuzione". E anche la Sezione Lombardia (190/2017) osserva: "La lettera della legge che, nel dettare i criteri per la determinazione del fondo destinato a finanziare gli incentivi, fa espresso riferimento all'"importo dei lavori (servizi e forniture) posti a base di gara", induce a ritenere incentivabili le sole funzioni tecniche svolte rispetto a contratti affidati mediante lo svolgimento di una gara. Si deve pertanto concludere che gli incentivi in questione possano essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge (comprese le direttive ANAC dalla stessa richiamate) o il regolamento dell'ente, siano state affidate previo espletamento di una procedura comparativa". Ne consegue che sono escluse ai fini di accantonamento del fondo in questione importi di lavori ed altri investimenti attuati con procedure di somma urgenza o ad affidamento diretto. Tale esclusione appare proprio funzionale alla finalità della norma, che mira a spingere verso l'utilizzo sempre più esteso di procedure competitive, ordinarie e programmate. Le procedure eccezionali e non competitive non sono escluse, ma sottratte all'incentivazione» (Sez. reg. contr. Toscana, deliberazione n. 186/2017/PAR, cit.).*

Tali conclusioni sono state ribadite di recente, evidenziandosi che:

- *«Le procedure eccezionali e non competitive sono sottratte all'incentivazione (cfr. deliberazione n. 186/2017/PAR della Sezione regionale di controllo per la Toscana)*

*ed anche gli affidamenti diretti come evidenziato dalla Sezione di controllo regionale per il Veneto che ha precisato che "è incontrovertibile che gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge, comprese le direttive ANAC...omissis... o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa e, relativamente agli appalti relativi a servizi e forniture, la disciplina sui predetti incentivi si applica solo "nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione .... omissis... In mancanza di una procedura di gara l'art. 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 non prevede l'accantonamento delle risorse e, conseguentemente, la relativa distribuzione...omissis... Le predette circostanze, all'evidenza, non ricorrono per i casi in cui il codice prevede la possibilità di affidamento diretto" (cfr. Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 301/2019/PAR)»; «la gara e/o la procedura comparativa che nell'art. 113 cit. costituisce il presupposto necessario, invalicabile ed inderogabile per il riconoscimento degli incentivi tecnici, evoca ontologicamente lo svolgimento preliminare delle indagini di mercato per la predisposizione dello schema di contratto e la comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali le quali vincolano il soggetto committente alla valutazione comparativa tra le diverse offerte da confrontare secondo i canoni della economicità, dell'efficacia, dell'efficienza contrattuale, recepiti in parametri trasposti preventivamente in un capitolato tecnico, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia ed il diverso oggetto del contratto da affidare» (sez. reg. contr. Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR, cit.);*

- *«L'esperimento di una procedura comparativa è stato ritenuto, infatti, alla luce del tenore letterale dell'art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che riferisce il fondo all'importo "posto a base di gara"), un presupposto necessario per il riconoscimento degli incentivi tecnici, nella forma, quantomeno, dello svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare (cfr. Sezione regionale di controllo per l'Emilia-*

*Romagna, deliberazione n. 33/2020/PAR; in termini, SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR). Invece, le procedure non comparative (come, per esempio, i lavori in amministrazione diretta), non sono state ritenute idonee ai fini del riconoscimento degli incentivi tecnici (ex multis, SRC Campania, deliberazione n. 14/2021/PAR; SRC Toscana, deliberazione n. 186/2017/PAR; SRC Marche, deliberazione n. 28/2018/PAR; SRC Lazio, deliberazione n. 60/2020/PAR). Per gli affidamenti diretti, per esempio, la Sezione di controllo regionale per il Veneto (deliberazione n. 301/2019/PAR) ha ribadito, per quanto interessa in questa sede, che gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti affidati previo espletamento di una procedura comparativa» (Sez. reg. contr. Liguria, deliberazione n. 59/2021/PAR).*

**6.** Nel contemplare il potere di **ordinanza sindacale**, l'**art. 50 Tuel**, nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. 20.2.2017, n. 14 («*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*» convertito, con modificazioni, dalla l. 18.4.2017, n. 48), dispone che:

- oltre a esercitare le funzioni attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e a sovrintendere all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune, il sindaco esercita «*le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge*» (comma 4);
- «*In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di riferimento o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della*

*dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali» (comma 5);*

- *«In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del precedente comma» (comma 6).*

La consolidata giurisprudenza amministrativa ha stabilito che il potere sindacale di emanare ordinanze contingibili e urgenti, ai sensi degli artt. 50 e 54 Tuel (quest'ultimo relativo alle attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale), richiede la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo di danno grave e imminente per l'incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, debitamente motivata a seguito di approfondita istruttoria: *«l'utilizzo dell'istituto dell'ordinanza contingibile e urgente è possibile solo in presenza di un pericolo, che imponga di provvedere d'urgenza, con strumenti extra ordinem, per fronteggiare emergenze sanitarie o porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile lesive per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non altrimenti fronteggiabili, con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento (T.A.R. Campania, sez. V, 5 giugno 2019 n. 3041; T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 luglio 2018 n. 903; T.A.R. Lombardia, sez. III, 16 maggio 2018 n. 1284; Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2017 n. 774)» (TAR Puglia, Sez. II, sentenza 4.3.2020, n. 352).*

In altri termini, presupposto per l'adozione dell'ordinanza *extra ordinem* è il pericolo per l'incolumità pubblica dotato del carattere di eccezionalità tale da rendere indispensabile interventi immediati e indilazionabili, consistenti nell'imposizione di obblighi di fare o di non fare a carico del privato, cui si aggiunge la necessità che il provvedimento non stabilisca effetti continuativi e stabili.

Ne consegue che, in ipotesi di affidamento diretto di un servizio mediante ordinanze sindacali contingibili e urgenti, queste ultime si pongono per il soggetto privato affidatario come fatto generatore di obblighi ai sensi della clausola residuale ex art. 1173 c.c. (che annovera tra le fonti delle obbligazioni – oltre al contratto e al fatto illecito – *«ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico»*), alternativo alla sequenza della gara pubblica disegnata dal d.lgs. n. 50/2016 (art. 32).

In siffatta ipotesi, non appaiono dirimenti, ai fini della possibilità di riconoscere l'incentivo di che trattasi, l'identità del soggetto affidatario diretto rispetto a quello risultato aggiudicatario del precedente appalto e il connesso rinvio delle ordinanze ai patti e condizioni del contratto stipulato all'esito dell'aggiudicazione della precedente gara; ciò per l'ovvia considerazione che il segmento pubblicitario della gara e il complesso di atti che lo articolano (dalla determinazione a contrarre fino all'aggiudicazione) non può essere surrogato dal contratto che apre la fase privatistica conseguente all'aggiudicazione.

**7. Alla luce di quanto sin qui rappresentato è possibile fornire risposta al quesito nel senso che l'affidamento diretto di un servizio, mediante ordinanze sindacali contingibili e urgenti ex art. 50 Tuel, a un operatore economico già parte di un precedente (e ormai privo di effetti) contratto, stipulato a seguito di gara pubblica per l'affidamento del medesimo servizio, osta al riconoscimento di incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, difettando il presupposto ex lege del previo svolgimento di una gara pubblica.**

**P.Q.M.**

nelle esposte considerazioni è il parere della Sezione.

La presente deliberazione sarà trasmessa, a cura della Segreteria, all'Amministrazione interessata.

Così deliberato nella camera di consiglio del 24.6.2021.

Il Magistrato relatore  
F.to dott. Giovanni NATALI

Il Presidente f.f.  
F.to dott. Enrico TORRI

Depositata in Segreteria il 24 giugno 2021

Il Direttore della Segreteria  
F.to dott. Salvatore SABATO