



sulla
Corte dei Conti

Analisi di pareri e pronunce su questioni
attinenti all'attività contrattuale
ed in genere all'azione amministrativa
delle Stazioni appaltanti.

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

Dicembre
2019

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Gli incentivi per funzioni tecniche sono dovuti anche in caso di concessione?

Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Piemonte, delibera n. 110/2019

Premessa

1. Il quesito
2. L'istruttoria
3. La distinzione
4. La risposta

3

Natura del servizio di trasporto scolastico e compartecipazione

Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazione n.99/2019

Premessa

1. Riscontro

7

Realizzazione manufatto su terreno pubblico a spese del privato, è ammissibile?

Sezione Corte dei Conti regione Emilia Romagna deliberazione n. 67/2019

Premessa

1. La risposta

9

L'utilizzo degli strumenti informativi fa venir meno i diritti di rogito

Corte dei Conti sezione regionale Emilia Romagna, deliberazione n. 68/2019

1. Il quesito
2. Riscontro

10

Gli incentivi per funzioni tecniche sono dovuti anche in caso di concessione?

Premessa

Un sindaco di un comune della regione Piemonte pone alla sezione la questione del rapporto incentivi per funzioni tecniche e la concessione di servizi. Come si vedrà, la sezione evidenzia l'impossibilità di ricondurre la configurazione della concessione allo schema classico dell'appalto e gli incentivi, per norma, sono previsti solo per l'appalto e non anche per altre fattispecie. Pertanto, la risposta dopo ampia argomentazione è negativa.

1. Il quesito

Nel quesito, il Sindaco istante dopo aver richiamato la disciplina relativa agli incentivi tecnici e l'evoluzione giurisprudenziale della Corte dei Conti (ed in particolare della sezione chiamata a rispondere) culminata nella pronuncia nomofilattica della Sezione delle Autonomie n. 15 del 2019, ha chiesto di esprimere la propria interpretazione in merito alla possibilità di prevedere la contabilizzazione degli **incentivi in tutti i casi in cui, in correlazione ad un contratto di concessione, sia stato istituito un capitolo di spesa, quale costo iscritto a bilancio e correlato alla gestione del contratto medesimo ai sensi dell'art. 167 comma 4 lett. C) del D.Lgs. 50 del 2016 e s.m.i.** Inoltre, in caso di risposta affermativa, al fine di introdurre a regime tale previsione nel vigente regolamento comunale, di chiarire se a tali fattispecie contrattuali debbano essere applicati i criteri ed i principi enucleati dall'ANAC nelle Linee guida n. 3 paragrafo 10.2, approvate con Deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e richiamati dalla stessa Deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 15 del 2019 dinanzi citata".

In sostanza il quesito tende ad ottenere un chiarimento se possa o meno ammettersi il riconoscimento del cd. incentivo tecnico, quale **trattamento salariale accessorio in favore di alcune categorie di dipendenti che svolgono le funzioni tecniche descritte dalla medesima norma, anche all'ipotesi particolare delle concessioni nel caso in cui l'ordinario schema negoziale che prevede la remunerazione del concessionario** esclusivamente a carico dell'utenza sia integrato dalla previsione di "pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsivoglia forma, dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento (cfr. art.167 comma 4 lettera c).

2. L'istruttoria

Il collegio rammenta che con la deliberazione n. 15/2019, la Sezione Autonomie ha chiarito che "(..) per ritenere applicabile anche ai contratti di concessione gli incentivi per lo svolgimento di funzioni tecniche si dovrebbe operare uno sforzo ermeneutico estensivo ed analogico tale da riscrivere, di fatto, il contenuto dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, che, come si è visto, è calibrato sui contratti di appalto (ai quali espressamente si riferisce) e non tiene conto di quelle sostanziali differenze che caratterizzano i contratti di concessione. Operazione, questa, che appare travalicare la competenza di chi è chiamato ad interpretare ed applicare le norme".

Questa operazione è tutt'altro che agevole visto che dal punto di vista sistematico, il vigente codice dei contratti pubblici, in armonia con il diritto comunitario, ha compiutamente disciplinato i contratti di concessione chiarendone le differenze rispetto a quelli di appalto.

Una prima differenza, si legge in delibera, la si rinviene in punto di "oggetto" del contratto. Nelle definizioni di cui all'art. 3 del D. lgs 50/2016, infatti, gli appalti pubblici hanno ad oggetto lavori, servizi o forniture, mentre **le concessioni possono riguardare solo lavori o servizi. Un'ulteriore ed essenziale differenza risiede nell'allocazione del rischio di gestione.**

Mentre ai sensi dell'art. 3, lett. ii) del Codice è previsto che il corrispettivo sia a carico della pubblica amministrazione beneficiaria della prestazione dedotta nel contratto d'appalto, nel caso della concessione, definita all'art. 3, lett. uu) e vv), al contrario, il carattere dell'onerosità è soddisfatto dalla previsione del diritto del concessionario di gestire l'opera o il servizio oggetto del contratto. Di guisa che l'alea del contratto, rappresentata dal cd. rischio operativo, ossia il rischio legato alla gestione dei lavori e dei servizi sul lato della domanda o dell'offerta, incomba sul concessionario (cfr. art. 3, lett. zz) D .lgs. 50/2016).

Del resto, l'art. 165 del Codice è chiaro nell'affermare che nel caso della concessione "la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario".

L'incertezza per il concessionario di recuperare dall'utenza le spese e gli investimenti effettuati in esecuzione del contratto rappresenta, quindi, la causa giustificativa tipizzante della concessione pubblica da cui, conseguentemente, scaturiscono ulteriori elementi di differenziazione dall'appalto quali la natura ontologicamente plurisoggettiva e la struttura naturalmente trilaterale.

Questa condizione non può essere "omessa" o artatamente superata. Sempre in delibera si legge che la componente di "rischio cd. operativo" deve pertanto ricorrere sempre in concreto, ancorché, eventualmente, ridotta in ragione del riconoscimento in favore del concessionario di una forma di remunerazione, compensazione per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico, sovvenzione pubblica di investimento e qualsiasi altra forma di vantaggio finanziario conferito al concessionario dall'amministrazione aggiudicatrice o da altre amministrazioni pubbliche (cfr. art. 167 comma 2 lett. C). Tali forme di "sostegno", se proporzionali alla finalità per cui sono riconosciute, in ogni caso non trasferiscono il rischio operativo dal concessionario alla p.a. concedente sicché non valgono a trasformare il contratto di concessione in appalto.

3. La distinzione

In considerazione delle peculiari differenze delle due tipologie di contratto il codice distingue sotto molteplici aspetti le discipline a cominciare dalla collocazione in parti diverse. Da un punto di vista topografico, la seconda parte del codice è dedicata agli appalti e contiene, tra l'altro la norma principale di riferimento degli incentivi per funzioni tecniche, l'art. 113, nella parte terza, invece, è inserita la disciplina delle concessioni. *"Tale circostanza",* afferma la Sezione delle Autonomie nella richiamata deliberazione, *"non è priva di rilievo, in quanto quando il Legislatore ha voluto ha specificatamente richiamato insieme le due tipologie contrattuali (v., ad es., art. 5, 6, 7, 17, 23, 30, 31), oppure ha genericamente fatto riferimento all'espressione - contratti pubblici - come categoria omnicomprensiva (v., ad es. art. 4, principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi)".* Particolarmente significativa a tal proposito è la lettera dell'art. 164 che apre la parte terza del codice, dedicata alle concessioni, che al comma 2, individua le norme dettate in materia di appalto applicabili anche alle concessioni, ferma la previa verifica di compatibilità: *"2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione".* Tale disposizione, ad avviso della Sezione delle Autonomie, non può indurre a ritenere che anche l'art. 113 sia applicabile ai contratti di concessione posto il richiamo a specifici e ben determinati aspetti della disciplina dettata in tema di appalti.

Né a sostegno della possibilità di estendere tout court l'applicabilità degli incentivi tecnici alle concessioni può richiamarsi l'art. 31 che disciplina congiuntamente, sia per gli appalti che per le concessioni, la figura del Responsabile Unico del Procedimento.

In ogni caso, l'art. 113 è calibrato inequivocabilmente sulla tipologia dei contratti di appalto. Ed invero, come ricostruito dalla Sezione delle Autonomie:

- “nel comma 1 si stabilisce che gli oneri per gli incentivi in questione “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”; - nel comma 2 si istituisce un fondo “a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1”, e le risorse finanziarie che lo alimentano (nella misura non superiore al 2%) sono “modulate sull’importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara”;
- nei commi 3 e 5 si fa riferimento all’acquisizione di lavori servizi e forniture;
- il comma 5-bis, infine, sancisce che “Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture (aggiunta dall’art. 1, comma 526, l. 27 dicembre 2017, n. 205, a decorrere dal 1° gennaio 2018)”.

Come precisato dalla Sezione delle Autonomie con riferimento al sopra riportato comma 5 bis “i compensi incentivanti per chiara affermazione del legislatore costituiscono un ‘di cui’ delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell’articolo in esame anche alle concessioni, non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture”.

4. La risposta

In considerazione di quanto su esposto questa Sezione regionale ritiene che il principio di diritto enunciato dalla Sezione delle Autonomie trovi piena applicazione anche nell’ipotesi di un contratto di concessione in cui vi sia una sorta di “mitigazione” del rischio cd. operativo ma tale da non determinare un’alterazione del sinallagma e una sostanziale “conversione” del contratto di concessione in appalto.

Natura del servizio di trasporto scolastico e compartecipazione

Premessa

La sezione Puglia è stata investita di un quesito diretto a conoscere del corretto inquadramento del servizio di trasporto scolastico alla luce delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 63/2017 ed al corrispondente regime finanziario, in relazione alle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte dei conti.

1. Il riscontro

In delibera si rammenta come la questione si stia già oggetto di decisione da parte della Sezione Autonomie della Corte dei conti che, affrontando le perplessità sollevate dall'ANCI ex art. 7, comma 8, della l. n. 131/2003 e succ. mod., in ordine al quesito se «la quota di partecipazione diretta dovuta dalle famiglie per l'accesso ai servizi di trasporto degli alunni **può essere inferiore** ai costi sostenuti dall'ente locale per l'erogazione del servizio, o anche nulla, nel rispetto degli equilibri di bilancio di cui all'articolo 1, commi da 819 a 826, della legge 30 dicembre 2018, n. 145», ha avuto modo di esprimere il principio di diritto secondo cui «Gli Enti locali, nell'ambito della propria autonomia finanziaria, nel rispetto degli equilibri di bilancio, quali declinati dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019) e della clausola d'invarianza finanziaria, possono dare copertura finanziaria al servizio di trasporto scolastico anche con risorse proprie, con corrispondente minor aggravio a carico all'utenza. Fermo restando i principi di cui sopra, laddove l'Ente ne ravvisi la necessità motivata dalla sussistenza di un rilevante e preminente interesse pubblico oppure il servizio

debba essere erogato nei confronti di categorie di utenti particolarmente deboli e/o disagiati, la quota di partecipazione diretta dovuta dai soggetti beneficiari per la fruizione del servizio può anche essere inferiore ai costi sostenuti dall'Ente per l'erogazione dello stesso, o nulla o di modica entità, purchè individuata attraverso meccanismi, previamente definiti, di gradazione della contribuzione degli utenti in conseguenza delle diverse situazioni economiche in cui gli stessi versano» (del. n. 25/SEZAUT/2019/QMIG del 18/10/2019).

Pertanto, alla luce dell'intervenuta disciplina e ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.l. n. 174/2012, convertito in l. n. 213/2012, che pone in capo alle Sezioni regionali di controllo un obbligo di conformazione alle delibere di orientamento emanate dalla Sezione delle Autonomie, il Collegio fornisce risposta al quesito nei termini sopra richiamati con la possibilità che la quota – per quello che alla fine può essere equiparato ad un servizio - possa essere inferiore rispetto ai costi sostenuti sempre avendo riguardo ai principi di bilancio.

Realizzazione manufatto su terreno pubblico a spese del privato, è ammissibile?

Premessa

Nell'istanza presentata dal sindaco di un comune Emiliano viene posta alla sezione sia o meno possibile consentire ad un'associazione privata - affidataria, con apposita convenzione, della gestione di un edificio pubblico, adibito a centro sociale - di realizzare un gazebo, presso la struttura gestita dall'associazione, a proprie spese, sul presupposto di quanto indicato dall'art. 1, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 50/20161, oppure se l'ente sia comunque tenuto a richiedere al privato di versare l'importo dell'opera nelle casse comunali e realizzare l'opera facendo integrale applicazione del codice degli appalti.

1. La risposta

Il riscontro è positivo in quanto – secondo la sezione - la realizzazione di un'opera pubblica con risorse di terzi determina, comunque, un incremento patrimoniale per l'ente, con ciò integrandosi il requisito oggettivo di ammissibilità della riconducibilità del quesito nella materia della contabilità pubblica. Quanto al merito, anche alla luce dell'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, il quesito va risolto in senso positivo, potendosi assentire la realizzazione di un'opera pubblica a spese del soggetto privato. Il Comune, successivamente, procederà a contabilizzare il manufatto nel proprio conto patrimoniale, dato che, sotto tale profilo, l'acquisizione a titolo gratuito dell'opera determina i medesimi effetti della realizzazione dell'opera medesima a spese del Comune medesimo.

L'utilizzo degli strumenti informativi fa venir meno i diritti di rogito

1. Il quesito

Sempre la sezione emiliana si è dovuta confrontare con una richiesta di parere in materia di disapplicazione dal pagamento dei diritti di segreteria per i contratti relativi agli acquisti di beni e servizi effettuati attraverso strumenti informatici di acquisto, ex art. 40 della legge n. 604 del 1962.

2. Il riscontro

Il collegio, in premessa, ritiene opportuno chiarire che la disciplina generale sulla forma dei contratti pubblici è quella contenuta nella legge di contabilità generale dello Stato (art. 16, 17 e 18 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) tuttora vigente in quanto tali disposizioni non sono state cassate all'entrata in vigore del Codice, né possono ritenersi tacitamente o implicitamente abrogate. Le disposizioni – come più volte ribadito dalla Cassazione – prescrivono il requisito della forma scritta ad substantiam per tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, anche quando essa agisca *iure privatorum*; forma scritta declinata, in primis, mediante i canoni della forma pubblica amministrativa (art. 16 r.d. 18 novembre 1923, n.2440), salve le ipotesi derogatorie poi tipizzate, e riguardanti la sola tipologia della trattativa privata descritte all'art. 17 del R.D. citato secondo cui – ribadita anche in questo caso la possibilità di ricorrere alla forma pubblica amministrativa – solo in subordine è consentita l'adozione della scrittura privata e la conclusione a distanza a mezzo di corrispondenza.

Il rapporto fra le due disposizioni, prosegue la deliberazione, ovvero quelle della contabilità generale e quelle segnalate dall'autorità richiedente, è regolato dal principio di specialità, atteso che la più vasta disciplina in tema di contabilità di Stato è applicabile ad ogni tipo contrattuale stipulato dalla pubblica Amministrazione (ad es. contratti di compravendita o locazione immobiliare) mentre la disciplina introdotta dal più specifico, richiamato art. 32 è applicabile solo alla materia regolata dal Codice degli appalti (in tal senso, vedi anche Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 71/2013/PAR).

In altri termini, il combinato disposto delle due diverse disposizioni determina un regime differenziato ben preciso, che non permette di applicare estensivamente alle procedure aperte, come rappresentato nel quesito, la disciplina in punto di forma del contratto quale scrittura privata - invece vigente per la sola fattispecie della trattativa privata - senza che la neutra elencazione contenuta dal richiamato art. 32 possa assumere vis espansiva nel senso ipotizzato. Anzi, a tale mera elencazione potrebbe conseguire una maggiore rilevanza al combinato disposto degli art/li 16 e 17 citati, considerato che tali generali disposizioni, invece, stabiliscono in modo esplicito una gerarchia fra le diverse forme di stipula.

In conclusione, la Corte ritiene che il portato innovativo dell'art. 13 del D.L. n.52 /2012, pur se non di rilevante portata, ha legittimato ex lege, in presenza dei requisiti ivi previsti - cioè di un procedimento di gara interamente svolto su piattaforme informatiche ed attraverso strumenti di acquisto informatici - **la non esigibilità dei diritti, diversamente obbligatori, e precedentemente elidibili solo attraverso la responsabile e motivata scelta delle parti di non avvalersi della forma pubblica amministrativa, pur considerate le particolari caratteristiche di affidabilità di tale categoria di atti.**

