

Del. n. 186/2017/PAR



Corte dei Conti

Sezione regionale di controllo per la Toscana

composta dai magistrati:

Roberto TABBITA

Presidente

Paolo PELUFFO

Consigliere, Relatore

Mauro NORI

Consigliere

Giancarlo Carmelo PEZZUTO

Consigliere

Fabio ALPINI

Referendario

nell'adunanza del 14 dicembre 2017;

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

VISTO il t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12.7.1934 n.1214, e successive modificazioni;

VISTA la l. 14.1.1994, n.20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, e successive modificazioni;

VISTO il regolamento (14/2000) per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, deliberato dalle Sezioni riunite della Corte dei conti in data 16.6.2000 e successive modifiche;

VISTA la l.r. n.22/1998, poi sostituita dalla l.r. n.36/2000, istitutiva del Consiglio delle Autonomie Locali (C.A.L.);

VISTA la l. 5.6.2003 n.131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. 18.10.2001 n.3;

VISTE le deliberazioni della Sezione Autonomie approvate nelle adunanze del 27.4.2004 e del 4.6.2009, aventi ad oggetto indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva da parte delle Sezioni regionali di controllo;

VISTA la convenzione del 16.6.2006 tra Sezione regionale, Consiglio delle autonomie locali e Giunta regionale Toscana in materia di "ulteriori forme di collaborazione" tra Corte ed autonomie, ai sensi dell'art.7 co. 8 della l. n.131/2003;

VISTA la richiesta di parere presentata dal Sindaco della Città Metropolitana, come di seguito meglio specificata;

VISTA l'ordinanza presidenziale di convocazione dell'odierna adunanza;

UDITO il relatore Cons. Paolo Peluffo;

RITENUTO IN FATTO

Il Sindaco della Città Metropolitana ha inoltrato alla Sezione regionale di controllo per la Toscana, tramite Consiglio delle Autonomie Locali, la nota acquisita al protocollo con n. 7053 del 23 agosto 2017, con la quale chiede un parere ex art. 7, comma 8 della l. n. 131/2003 in riferimento alla disciplina inerente la corresponsione degli incentivi per funzioni tecniche ai sensi dell'art. 113 del D. Lgs. n. 50/2016.

La richiesta di parere si articola in vari quesiti, e precisamente:

1. *“... se in presenza di un appalto di lavori, servizi e forniture possa essere riconosciuto l'incentivo per le funzioni tecniche effettivamente svolte: (a) indipendentemente dal fatto che vi sia stata o meno attività di programmazione, naturalmente escludendo la remunerazione per le fasi non svolte; (b) nel caso di aggiudicazione non affidata mediante lo svolgimento di una procedura comparativa (vedi ad esempio interventi realizzati in somma urgenza)”*;
2. *“... se le funzioni effettivamente svolte in relazione a lavori di manutenzione ordinaria, straordinaria ed i servizi manutentivi siano incentivabili o meno ai sensi del citato art 113”*;
3. *“... se a fronte di cause diverse di mancato riconoscimento dell'incentivazione nei confronti dei dipendenti dell'ente vi siano anche effetti diversi sul fondo, oppure se dalla legge derivi l'obbligo di riduzione del fondo, con conseguente riacquisizione nelle disponibilità di bilancio dell'ente, in tutti i casi previsti al comma 3 (...)”*;
4. *“... se le modalità di incentivazione debbano seguire la norma in vigore al momento dell'effettivo svolgimento dell'attività (Direzione Lavori, Collaudi ecc.) o piuttosto si debba applicare, anche in materia di incentivazione, la disposizione di cui all'art. 216 del D.Lgs. 50/2016, con la conseguenza che l'art. 113 si applichi esclusivamente a tutte le procedure il cui bando o avviso sia stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016”*.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Secondo consolidati orientamenti dell'A.G. contabile circa i pareri ex art.7, comma 8, l. n. 131/2003, la Sezione è preliminarmente chiamata a verificare se la richiesta di parere presenti i necessari requisiti di ammissibilità, sia sotto il profilo soggettivo (con riferimento alla legittimazione dell'organo richiedente), sia sotto il profilo oggettivo (attinenza alla materia della contabilità pubblica; generalità ed astrattezza del quesito; mancanza di interferenza con altre funzioni svolte dalla magistratura contabile o con giudizi pendenti presso la magistratura civile ed amministrativa).

2. Con riferimento al profilo soggettivo, la legittimazione a richiedere pareri è circoscritta ai soli enti nominativamente indicati nell'art. 7 comma 8 della legge n. 131 del 2003 (Regioni, Comuni, Province, Città Metropolitane). Invero, l'elencazione degli Enti che possono ricorrere alla funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti nella materia della contabilità pubblica deve qualificarsi come tassativa, in considerazione della natura speciale della funzione consultiva intestata alla Magistratura contabile.

La legittimazione a richiedere pareri, inoltre, deve essere riconosciuta all'organo legislativamente investito della rappresentanza legale dell'ente medesimo, in considerazione dei riflessi che ne possono scaturire sulla gestione finanziaria dell'ente richiedente; di regola, tale organo è individuabile nel Presidente della Giunta regionale, nel Presidente della Provincia, nel Sindaco.

Tale interpretazione della norma di legge evocata è costante nella giurisprudenza della Corte (Sez. Autonomie n. 13/2007; Sez. Lombardia n. 444/2015 e 185/2017, Sez. Lazio n. 95/2016; Sez. Lombardia n. 128/2016) nonché di questa Sezione (pareri nn. 61/2014, 85/2017, 113/2013, 117/2015, 157/2016).

3. Con riferimento al profilo oggettivo, occorre verificare che il quesito posto sia riconducibile alla materia della "contabilità pubblica", il cui perimetro risulta attualmente tracciato da alcune pronunce di orientamento generale rese dalle Sezioni riunite e dalla Sezione delle Autonomie.

I predetti indirizzi hanno delineato una nozione di "contabilità pubblica" autonoma, rispetto a quella - più ampia - riferibile ai giudizi di conto e di responsabilità, e dinamica, in quanto *"materie estranee nel loro nucleo originario alla contabilità pubblica ... possono ritenersi ad essa riconducibili, per effetto della particolare*

considerazione riservata dal Legislatore, nell'ambito della funzione di coordinamento della finanza pubblica" (Sez. Autonomie n. 3/2014).

Nel caso della funzione consultiva intestata alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, "... il concetto di contabilità pubblica ... consiste nel sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici... . La funzione consultiva della Sezione regionale di controllo nei confronti degli Enti territoriali sarebbe, tuttavia, senz'altro incompleta se non avesse la possibilità di svolgersi nei confronti di quei quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica ..., in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio. Si vuole in tal modo evidenziare come talune materie (quali quella concernente il personale, l'attività di assunzione, cui è equiparata quella afferente le progressioni di carriera, la mobilità, gli incarichi di collaborazione con soggetti esterni, i consumi intermedi ecc.) – in considerazione della rilevanza dei pertinenti segmenti di spesa, che rappresentano una parte consistente di quella corrente degli Enti locali, idonea ad influire sulla rigidità strutturale dei relativi bilanci – vengono a costituire inevitabili riferimenti cui ricorrere, nell'ambito della funzione di coordinamento della finanza pubblica, per il conseguimento di obiettivi di riequilibrio finanziario, cui sono, altresì, preordinate misure di contenimento della complessiva spesa pubblica, nel quadro dei principi individuati dalla giurisprudenza costituzionale. Ne consegue la previsione legislativa di limiti e divieti idonei a riflettersi, come detto, sulla sana gestione finanziaria degli Enti e sui pertinenti equilibri di bilancio" (Sezioni riunite, n. 54/2010).

Il legittimo esercizio della funzione consultiva presuppone inoltre che la richiesta di parere contenga quesiti di carattere generale ed astratto, sì da escludere che la Sezione regionale di controllo possa ingerirsi nella concreta attività gestionale dell'ente ovvero esprimere valutazioni in merito a singoli procedimenti o comportamenti, così finendo per interferire con le attività di altri organi magistratuali (Procura della Corte dei Conti, magistratura ordinaria ed amministrativa).

4. Nel caso in esame, la richiesta di parere deve ritenersi ammissibile sotto il profilo soggettivo, in quanto il Comune rientra nel novero degli enti indicati dall'art. 7, comma 8 L. n. 131/2003 ed il Sindaco - soggetto richiedente il parere per il tramite

del Consiglio delle Autonomie Locali - è l'organo legalmente legittimato a rappresentare l'ente territoriale.

5. Parimenti, la richiesta deve ritenersi ammissibile sotto il profilo oggettivo in quanto i quesiti posti si caratterizzano per sufficiente generalità ed astrattezza ed attengono a questioni riconducibili tutti alla materia della "contabilità pubblica".

Con particolare riferimento a quest'ultimo punto, la Sezione richiama gli insegnamenti espressi dalle Sezioni riunite e dalla Sezione delle autonomie nelle pronunce di orientamento generale, a mente delle quali devono ritenersi ammissibili quesiti attinenti alla materia del personale laddove vengano in rilievo norme disciplinanti l'utilizzo delle risorse pubbliche con finalità di contenimento della spesa pubblica, ai fini degli equilibri di bilancio.

Ciò posto, la richiesta di parere formulata dalla Città Metropolitana di Firenze deve ritenersi ammissibile oggettivamente, in quanto la risoluzione delle problematiche ad essa sottese presuppone l'interpretazione di una norma di legge (art. 113 del D. Lgs. 50/2016) che individua criteri e condizioni per la corresponsione, a favore di particolari categorie di dipendenti pubblici, di un compenso aggiuntivo rispetto alla retribuzione ordinariamente spettante ed in quanto tale idoneo ad incidere su uno dei maggiori aggregati della spesa corrente (spese di personale), con evidenti riflessi sugli equilibri di bilancio e la sana gestione finanziaria dell'Ente.

La riconducibilità delle questioni sottoposte alla materia della "contabilità pubblica" – con conseguente ammissibilità oggettiva della richiesta di parere – è del resto confermata dalla copiosa giurisprudenza della Corte dei Conti in materia di compensi incentivanti nell'ambito dei contratti pubblici di appalto, dalla quale la Sezione non ha ragione per discostarsi.

Sul punto si sono espresse, *ex plurimis*, Sezioni riunite (n. 51/2011), Sezione delle autonomie (18/2016, 10/2016 e 7/2017), Sezione Toscana n. 15/2013, Sezione Lombardia nn. 247/2014 – 185/2017 – 190/2017- 191/2017, Sezione Veneto n. 338/2017, Sezione Abruzzo n. 358/2015, Sezione Emilia-Romagna n. 118/2016, Sezione Sardegna n. 122/2016, Sezione Puglia n.5/2017, Sezione Piemonte n. 177/2017.

6. Accertata dunque in via preliminare la ammissibilità sia soggettiva che oggettiva della richiesta di parere, è ora possibile trattare il merito, svolgendo prima un breve *excursus* delle norme che nel corso del tempo si sono succedute in materia di compensi incentivanti nell'ambito dei contratti pubblici di appalto.

7. L'introduzione nell'ordinamento di detti incentivi risale alla L. n. 109 del 1994 (c.d. Legge Merloni), il cui art. 18 - intitolato "*Incentivi e spese per la progettazione*" - prevedeva la ripartizione tra determinati soggetti (responsabile unico del procedimento, incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo nonché loro collaboratori) di un incentivo "per la progettazione", che la norma quantificava in una "*somma non superiore all'1,5 per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro*"; detta somma era "... *ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità ed i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata ed assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione*", tenendo conto "... *delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. Le quote parti della predetta somma corrispondenti a prestazioni che non sono svolte dai predetti dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, costituiscono economie*".

Successivamente, con il D. Lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice degli appalti), la materia degli incentivi trova il proprio referente normativo nell'art. 92, commi 5 e 6, il cui contenuto sostanzialmente riprende quello previgente, salvo alcune innovazioni quali il tetto all'incentivo (fissato nel rispettivo trattamento complessivo annuo lordo) e la necessità, ai fini della concreta erogazione dell'incentivo, del previo positivo accertamento della attività svolta.

Nel 2014, il legislatore interviene nuovamente in materia di incentivi, stavolta ridisegnanandone in maniera incisiva la disciplina: con il D.L. n. 90/2014, vengono abrogati i commi 5 e 6 dell'art. 92 e vengono aggiunti una serie di commi all'art. 93, fra cui il comma 7-bis, istitutivo di un apposito fondo per la progettazione e innovazione, ed il comma 7-ter, nel quale tra l'altro il legislatore ha cura di precisare che nel riparto delle risorse si deve tener conto "... *delle responsabilità connesse alle specifiche prestazioni da svolgere, con particolare riferimento a quelle effettivamente assunte e non rientranti nella qualifica funzionale ricoperta, della complessità delle opere, escludendo le attività manutentive, e dell'effettivo rispetto, in fase di realizzazione dell'opera, dei tempi e dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo*".

Come affermato dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti nella deliberazione 18/SEZAUT/2017/QMIG: "... *sotto il profilo oggettivo, la novità rilevante della disciplina introdotta dal D.L. n. 90/2014 è rappresentata dal fatto che le risorse non sono più assegnate in riferimento alla singola opera, in quanto non vi è più lo stretto*

collegamento, prima esistente, fra opera e compenso, tale da determinare una corrispondenza diretta fra attività svolta e diritto alla percezione dell'incentivo, ma esse confluiscono in un fondo, denominato, ai sensi del comma 7 bis, per la progettazione e l'innovazione. In tal modo viene meno la sinallagmaticità della prestazione oggetto di incentivazione che caratterizza, invece, l'affidamento dell'incarico a professionisti esterni all'amministrazione, nei limiti ed alle condizioni dei cui al citato art. 90 comma 6 del citato dlgs 163/2006".

La Sezione delle Autonomie nella pronuncia citata non manca tuttavia di evidenziare anche gli aspetti di continuità rispetto all'impostazione originaria della Legge Merloni: *"... pur nell'evoluzione normativa divanzi analizzata, non sembra essere venuto meno il favor legislatoris per l'affidamento di tali attività alle professionalità interne alla stessa amministrazione, in un'ottica di valorizzazione delle figure professionali in servizio e, al contempo di risparmio. Tali obiettivi, tuttavia, vanno conseguiti evitando eventuali aggravii di spesa derivanti non solo dal mancato rispetto di tempi e costi preventivati, ma anche da un'esecuzione dell'opera non a regola d'arte o non in linea con gli standard qualitativi previsti nel progetto approvato".*

La Sezione delle Autonomie nella pronuncia n. 10/2016 mette in luce i profili di discontinuità rispetto alla normativa previgente: *"... appare evidente, altresì, come le disposizioni introdotte dal d.l. n. 90/2014 e dalla relativa legge di conversione, mirino non solo ad una finalità di contenimento della spesa ma anche ad una sua razionalizzazione. In quest'ultima prospettiva si collocano, infatti, la finalizzazione del fondo non più alla mera incentivazione, bensì alla progettazione ed all'innovazione, con destinazione della quota del 20% alle dotazioni infrastrutturali necessarie a raggiungere tale obiettivo. Alla medesima finalità appare diretta la previsione di una graduabilità dell'incentivo in relazione ad alcuni parametri collegati anche a tempi e costi previsti nel progetto esecutivo dell'opera, il cui mancato rispetto può dar luogo alla riduzione delle risorse destinate al fondo".* Con tale pronuncia, peraltro, la Sezione aveva altresì avuto modo di affermare che *"la corretta interpretazione dell'articolo 93, comma 7-ter, d.lgs. 163/2006, alla luce delle disposizioni recate dal d.l. n. 90/2014 e dei criteri individuati dalla legge delega n.11/2016, è nel senso dell'esclusione dall'incentivo alla progettazione interna di qualunque attività manutentiva, senza distinzione tra manutenzione ordinaria o straordinaria".*

Recentemente la Sezione Abruzzo (deliberazione n. 358/2015) ha invece messo

in evidenza un ulteriore profilo di rilievo, ossia il carattere eccezionale e derogatorio della norma in commento: *“In linea con i principi di efficienza ed economicità, il legislatore mostra un favor per l’affidamento a professionalità interne alle amministrazioni aggiudicatrici di incarichi consistenti in prestazioni d’opera professionale, consentendo il riconoscimento agli Uffici tecnici delle amministrazioni aggiudicatrici un compenso ulteriore e speciale, in deroga ai due principi cardine del pubblico impiego: di onnicomprensività della retribuzione e di definizione contrattuale delle componenti economiche, sanciti, rispettivamente, dall’art. 24, comma 3, e dal successivo art. 45, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (cfr. Sezione delle Autonomie deliberazione n. 7/2014)”*.

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.

La rimodulazione del meccanismo incentivante prevista dal D.L. n. 90/2014 era infatti destinato ad avere una portata ancor maggiore in prospettiva rispetto all’immediato, laddove si ponga mente alla circostanza che la costruzione normativa recata da detto decreto legge appare in effetti la logica premessa dell’evoluzione che il legislatore in effetti attua con la L. n. 11/2016 (legge delega) e con il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ovvero il D. Lgs. n. 50/2016.

La L. n. 11 del 2016 all’art. 1, comma 1 lettera rr prescrive: *“...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 per cento 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 profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione”.

L'art. 113 del D. Lgs. n. 50/2016 recepisce la legge delega, indicando quali funzioni tecniche sono incentivabili e mantenendo - rispetto alla previgente normativa - il meccanismo indiretto di costituzione di un fondo e la necessità dell'adozione di un apposito regolamento da parte dell'amministrazione ai fini del riparto delle somme.

Come evidenziato dalla Sezione Veneto (n. 338/2017): *“Le attività enumerate ... sono state selezionate dal legislatore per la loro specifica attitudine a produrre effetti performanti e di vigilanza sulla spesa. Il raffronto dell'attuale dettato normativo con quello previgente, pertanto, deve essere letto alla luce di una tendenza evolutiva della ratio degli incentivi in esame che ulteriormente ne definisce l'ambito con la finalità di valorizzare “esclusivamente” un (pertanto) tassativo elenco di attività rispetto ad altre funzioni necessarie nelle varie fasi di esecuzione di un contratto pubblico ...”.*

Tale aspetto è evidenziato altresì dalla Sezione delle Autonomie (deliberazione n. 7/2017): *“È infatti evidente l'intento del legislatore di ampliare il novero dei beneficiari degli incentivi in esame, individuati nei profili, tecnici e non, del personale pubblico coinvolto nelle diverse fasi del procedimento di spesa, dalla programmazione (che nel nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 21, è resa obbligatoria anche per l'acquisto di beni e servizi) all'esecuzione del contratto”.*

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia (deliberazione 185/2017) sottolinea altresì il carattere eccezionale della disposizione: *“...il suddetto emolumento, in virtù del principio di onnicomprensività del trattamento economico, può essere corrisposto solo in presenza di una espressa previsione legislativa”.*

8. Si può in conseguenza di quanto premesso far derivare per logica deduzione e in termini generali quanto segue, ossia: 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*

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. Al quesito n. 1 del sindaco della Città Metropolitana di Firenze, la risposta ai punti a) e b), ad avviso di questa Sezione, non può che essere negativa.

9. Nella sua richiesta di parere, il sindaco metropolitano di Firenze, richiede altresì al punto n. 2 se l'incentivazione per le funzioni tecniche di cui all'art. 113 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 si possa riferire anche ad appalti che abbiano ad oggetto "lavori di manutenzione, ordinaria, straordinaria e servizi manutentivi" ed afferma testualmente che "Numerose Sezioni regionali di controllo in sede consultiva... si sono espresse in maniera diversa in merito all'esclusione...". Cita in proposito, la deliberazione n. 51/2017 della Sezione di controllo per l'Umbria e la deliberazione n. 190/2017 della Sezione di controllo per la Lombardia.

Ebbene, prima di analizzare *funditus* la giurisprudenza in argomento, occorre tuttavia considerare storicamente talune premesse della normativa previgente.

Il D. Lgs. n. 163 del 2006 disciplinava gli incentivi - alla progettazione ed alle attività professionali connesse - all'art. 93 comma 7; tale articolo venne poi profondamente modificato con la L. n. 114 del 2014 (legge di conversione del D.L. n.

90/2014), il cui art. 13 bis - introducendo il comma 7 ter – poneva un divieto espresso di considerare le attività di manutenzione come incentivabili. La norma introduceva altresì l’obbligo di approvare un regolamento ai fini del riparto tra gli aventi diritto del fondo per la progettazione e l’innovazione: “... *il regolamento definisce i criteri di riparto delle risorse del fondo, tenendo conto delle responsabilità connesse alle specifiche prestazioni da svolgere, con particolare riferimento a quelle effettivamente assunte e non rientranti nella qualifica funzionale ricoperta, della complessità delle opere, escludendo le attività manutentive, e dell’effettivo rispetto, in fase della realizzazione dell’opera, dei tempi e dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo*”.

L’espressa esclusione delle attività di manutenzione, ordinarie e straordinarie, dall’attivazione degli incentivi andava a porre un freno alla interpretazione estensiva della norma patrocinata dalle amministrazioni e volta ad ampliare le fattispecie incentivabili a beneficio dei propri dipendenti. La Sezione delle Autonomie della Corte dei conti faceva stato di tale proibizione nella sua deliberazione n. 10 del 2016, assunta in data 23 marzo 2016 e, quindi, dopo la promulgazione della legge delega n. 11 del 2016, ma prima della emanazione del D. Lgs. n. 50/2016 del 18 aprile 2016, esprimendosi nel senso “... *dell’esclusione dall’incentivo alla progettazione interna di qualunque attività manutentiva, senza distinzione tra manutenzione ordinaria o straordinaria*”. La Sezione delle Autonomie si riferiva all’art. 93 comma 7 ter del D. Lgs. n. 163/2006, interpretandolo alla luce delle disposizioni recate dal D.L. n. 90/2014 e dai criteri individuati dalla legge delega n. 11/2016. Essa interpretava la volontà del legislatore nel senso di restringere, soggettivamente e oggettivamente, il riconoscimento dell’incentivazione, in primo luogo “*confinandolo alle figure professionali espressamente individuate dalla norma*”; in secondo luogo, la Sezione delle Autonomie osservava come la precedente introduzione di un tetto individuale (per evitare che l’incentivo portasse a un aumento della retribuzione annua del singolo dipendente superiore al 100%) veniva ulteriormente ristretta, stabilendo un tetto di incentivo riconoscibile massimo individuale pari al 50% della retribuzione lorda annua. La Sezione delle Autonomie proseguiva valutando il combinato disposto tra D. Lgs. n. 163/2006, D.L. n. 90/2014 e legge delega n. 11/2016 e osservava come le ultime disposizioni normative mirassero “*non solo ad una finalità di contenimento della spesa, ma anche a una sua razionalizzazione. In quest’ultima prospettiva si collocano, infatti, la finalizzazione del fondo non più alla mera incentivazione, bensì alla*

progettazione ed all'innovazione, con destinazione della quota del 20% alle dotazioni infrastrutturali necessarie a raggiungere tale obiettivo. Alle medesime finalità appare diretta la previsione di una graduabilità dell'incentivo in relazione ad alcuni parametri collegati anche ai tempi e costi previsti nel progetto esecutivo dell'opera, il cui mancato rispetto può dar luogo alla riduzione delle risorse destinate al fondo... La disposizione vigente, con espressione inequivoca, esclude dagli incentivi alla progettazione l'attività di manutenzione, da intendersi ai sensi dell'art. 3 del DPR n. 207 del 5 ottobre 2010, come combinazione di tutte le azioni tecniche, specialistiche ed amministrative volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal progetto. Tale esclusione prescinde da eventuali differenziazioni fra manutenzione ordinaria e straordinaria”.

Con l'emanazione il 18 aprile 2016 del D. Lgs. n. 50/2016, l'espressa esclusione della attività manutentive introdotta dalla L. 114/2014 nel D. Lgs. n. 163/2006 all'art. 93 comma 7 *ter*, non veniva riprodotta nel nuovo articolo sugli incentivi. Da ciò, l'amministrazione richiedente sembra desumere, nel silenzio della legge, la possibilità di una ammissibilità delle attività manutentive all'incentivo.

La Sezione regionale di controllo per la Sardegna, con deliberazione n. 122/2016, il 14 ottobre 2016 si pronunciava nel senso di confermare l'esclusione delle manutenzioni dalle attività incentivabili, ritenendo i principi affermati dalla Sezione autonomie nella deliberazione n. 10 del 23 marzo 2016 tuttora validi: *“Alla luce del quadro normativo vigente e dei principi recentemente affermati dalla Sezione delle Autonomie, la Sezione ritiene, pertanto, che tra le attività escluse dalla ripartizione delle risorse del fondo per la progettazione e l'innovazione rientrino tutti i lavori di manutenzione sia ordinaria che straordinari”*. Analizzando il nuovo impianto normativo del D. Lgs. n. 50/2016, la Sezione Sardegna derivava l'esclusione dall'incentivo delle manutenzioni anche dal venir meno del riferimento alla “progettazione” e dal passaggio alla “programmazione”: *“Dalla lettura della norma emerge chiaramente che, nel nuovo quadro normativo introdotto dal D. Lgs. n. 50/2016, il 2% dell'importo posto a base di gara non è più destinato alla remunerazione della fase della progettazione, bensì a beneficio delle fasi della programmazione della spesa per investimenti, della predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, della direzione dei lavori e dei collaudi, allo scopo di incentivare la realizzazione dell'opera a regola d'arte, nei tempi e con costi previsti dal progetto”*.

In tale direzione, la giurisprudenza della Corte dei conti proseguiva con la deliberazione n. 118/2016 della Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna (7 dicembre 2016) la quale affermava l'orientamento secondo il quale, anche se le attività di manutenzione non sono espressamente escluse dalla nuova disposizione, tuttavia il carattere tassativo delle attività incentivabili implica che il predetto emolumento non può essere utilizzato per la remunerazione delle predette attività (manutenzioni): *“si evidenzia che l'avverbio “esclusivamente” utilizzato dal legislatore nel comma 2 dell'articolo in esame per individuare le attività per lo svolgimento delle quali può essere previsto un compenso specifico e aggiuntivo deve essere interpretato nel senso della tassatività delle attività incentivabili. Pertanto non essendo stata espressamente ricompresa l'attività di manutenzione, ne discende che non può essere prevista per la stessa nessuna remunerazione ai sensi dell'articolo 113 d.lgs. 50/2016”*.

Nello stesso modo si esprimevano la Sezione regionale di controllo per la Puglia (deliberazione n. 204/2016/PAR; e deliberazione n. 5/2017/PAR), e successivamente la Sezione regionale di controllo per il Veneto che con la deliberazione 338/2017 del 12 aprile 2017 ne trae la seguente conclusione: *“Se con l'art. 93, comma 7-ter, D. Lgs. n. 163/2006, il legislatore ha sentito la necessità, rispetto alla prassi pretoria affermatasi, di chiarire che l'incentivo non fosse riconoscibile per nessuna attività di manutenzione, con l'attuale art. 113, d.lgs. 50/2016, ha ritenuto di dover circoscrivere la finalità “premiante” degli incentivi alle (sole) funzioni tecniche tassativamente elencate, a cui occorre aggiungere, a segnare il superamento del precedente sistema, l'esplicita esclusione delle attività di progettazione contenuta nelle legge di delega. Ammettere una tacita e contemporanea riespansione dell'ambito operativo degli incentivi in esame in favore di attività, quali quelle manutentive, già espressamente escluse dal legislatore del 2014, pertanto, contrasterebbe con lo spirito, ulteriormente selettivo rispetto al passato, della riforma del 2016”*. Il 26 aprile 2017 anche la Sezione regionale di controllo per l'Umbria deliberava in questo senso (del. 51/2017) affermando che *“da nessuno degli elencati commi dell'art. 113, del d.lgs. 50/2016, emerge uno spiraglio interpretativo per inserire tra le “funzioni tecniche” da incentivare l'attività manutentiva”*.

Anche la Sezione regionale di controllo per la Lombardia, che pure conclude non escludendo l'ammissione dei lavori manutentivi, nella deliberazione n. 185/2017/PAR del 10 maggio 2017 prende le mosse dal principio secondo il quale *“la disciplina degli incentivi, derogatoria rispetto al principio di onnicomprensività della*

retribuzione, è da considerarsi di stretta interpretazione e non suscettibile di estensione analogica”. La Sezione Lombardia fonda il suo orientamento favorevole all’estensione, espresso nei tre pareri resi con deliberazioni nn. 185, 190 e 191 del 2017, sul fatto che il compenso incentivante previsto dall’art. 113 del d.lgs. 50/2016 “*riguarda non soltanto lavori, ma anche servizi e forniture*”. Nella deliberazione 190 del 10 maggio 2017, la stessa Sezione afferma la suggestiva interpretazione che se da una parte l’avverbio “esclusivamente” utilizzato dal legislatore deve ritenersi tassativo e non suscettibile di interpretazione analogia, tuttavia tale esclusività non si estenderebbe all’oggetto della procedura incentivata: “*la disposizione in esame non sembra, invece, delimitare in senso escludente l’incentivabilità di dette funzioni in ragione dell’oggetto del contratto a cui è finalizzato il procedimento nell’ambito del quale si svolgono le medesime. L’art. 113, infatti, utilizza a più riprese espressioni riferibili alle procedure di affidamento dei contratti aventi ad oggetto servizi e forniture quali i richiami alle “verifiche di conformità”.* Più oltre la Sezione Lombardia trova un ulteriore spunto a favore della estendibilità nell’art. 3 del D. Lgs. n. 50/2016: “*Né può farsi discendere dalla formulazione dell’art. 3 del d.lgs. 50/2016 in collegato disposto con l’allegato I (al quale fa rinvio l’art. 3, comma 2, lettera ll, n. 1 per definire la nozione di “lavori”) l’espromissione dei contratti di manutenzione ordinaria e straordinaria dall’ambito di applicabilità del Codice dei contratti pubblici. Da un lato, l’art. 3 comma 2, lettera nn) ricomprende espressamente fra i “lavori” di cui all’allegato I l’attività di manutenzione di opere in quanto tale. Lo stesso allegato I è organizzato per specifiche attività che a seconda del complessivo lavoro affidato, possono assurgere a tipiche attività manutentive o meno. Si pensi all’attività di tinteggiatura di cui al punto 45.44 dell’Allegato I”.*

Pur riconoscendo la suggestività delle ipotesi interpretative sopraesposte, la scrivente Sezione ritiene che l’impianto complessivo della norma di riforma, la palese intenzione restrittiva del legislatore, appaiono chiare nel loro orientarsi verso principi di tassatività ed esclusività delle attività incentivabili, da non poter ammettere una estensione in via interpretativa in assenza di una espressa previsione di legge. In primo luogo si può osservare che il comma 2 dell’art. 113 fa espresso riferimento al fatto che il fondo viene costituito “*ove necessario per consentire l’esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti*”. Tale necessità sembra presente solo per le attività caratterizzate da una certa complessità, complessità che risulta assente nelle attività di manutenzione, attività per lo più

semplici, che non necessitano di uno sforzo supplementare affinché l'esecuzione del contratto rispetti i documenti a base di gara, il progetto, i tempi e i costi. Di conseguenza, non sussistendo tale necessità, la previsione dell'incentivo per tali attività sarebbe illegittima.

Si segnala, in via meramente collaterale, che se in effetti all'art. 3 comma 2 lettera nn i "lavori" vengono così definiti: "*attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, manutenzione di opere*". Il legislatore avrebbe potuto ripetere il riferimento anche all'art. 113, ove avesse inteso estendere le fattispecie incentivabili. In più, laddove si scorra l'elenco di specifiche attività di cui all'allegato I, è pur vero che al punto 45.44 si citano le "tinteggiature" ma lo si fa solo in abbinamento con "la posa in opera di vetrate", quasi a citare attività conclusive di una edificazione o completamento di complessa opera, tanto è vero che al numero seguente 45.45 si legge la denominazione "*altri lavori di completamento degli edifici*", chiarendo che si tratta non tanto di manutenzioni, quando di attività di chiusura di un cantiere di rilievo.

La Sezione ritiene dunque, in assenza di una norma esplicita, di allinearsi al prevalente orientamento restrittivo in tutti gli aspetti interpretativi della norma, escludendo dall'incentivo qualsiasi fattispecie non espressamente indicata dall'art. 113 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016. In tale senso si è pronunciata anche la Sezione regionale di controllo per la Regione siciliana, con deliberazione n. 171/2017/PAR.

10. Al punto 3 della lettera 17 agosto 2017, trasmessa Dal Consiglio degli enti locali a questa Sezione con trasmissione del 22 agosto, il sindaco metropolitano di Firenze chiede dilucidazioni di carattere generale sul comma 3 dell'articolo 113 D. Lgs. n. 50/2016, in merito all'articolato meccanismo di riduzioni da apportare al fondo di cui al comma 2 nel caso di intervento nelle attività ammissibili all'incentivazione di personale espressamente escluso, in caso di ritardi nei tempi o aumenti dei costi dell'opera, servizio o fornitura, in caso di superamento del tetto individuale del 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo, in caso di attività affidate a personale esterno, oppure non svolte.

In termini generali va rammentato che la normativa riproposta all'art 113, comma 3 in termini di riduzione proporzionale in caso di ritardi o aumento di costi, risale al D.L. n. 90/2014, che all'art. 13 *bis* introduceva, come già ricordato, il comma 7-ter all'articolo 93 del D. Lgs. n. 163/2006, nel quale si prevedeva il meccanismo di

riparto del fondo “per la progettazione e l’innovazione” affidandolo in parte a norme primarie in parte a un regolamento previsto dal comma 7-bis.

In generale, va osservato che l’adozione del regolamento da parte della singola amministrazione è “*conditio sine qua non*” per attuare il riparto tra gli aventi diritto, individuati sulla base del combinato disposto di norme primarie e regolamentari, e quindi per l’effettiva erogazione dell’incentivo. Tale impianto viene confermato nel successivo D. Lgs. n. 50/2016. Le Sezioni regionali di controllo per il Veneto, Piemonte e Lombardia, chiariscono che l’adozione del regolamento è atto preliminare e necessario per corrispondere e calcolare l’incentivo, ma che l’amministrazione potrebbe accantonare le somme previste dalla legge senza tuttavia ripartirle o erogarle.

Considerando quale elemento necessitante l’adozione del regolamento, sono altresì prescrizioni di legge il riparto del fondo costituito con art.113 comma 1 del d.lgs. 50/2016 dell’80% a favore degli incentivi per funzioni tecniche e del 20% a favore di accrescimento di dotazione tecnologica, banche dati e tirocini di alta formazione; il meccanismo di corresponsione dell’incentivo sulla base del regolamento da parte del dirigente o responsabile del servizio che accerti le specifiche attività svolte dai singoli dipendenti; il tetto individuale per ciascun dipendente che non può in ogni caso ricevere incentivi per un importo superiore al 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo. E’ altresì prescrizione di legge il fatto che il regolamento debba prevedere un meccanismo di riduzione proporzionale del montante dell’incentivo in caso di accertati ritardo o aumenti di costi dell’opera, ma il merito del meccanismo decurtativo è demandato al regolamento. La decurtazione è prevista dalla norma anche in caso di accertamento negativo al momento di verificare le attività svolte. In questo caso l’art. 113 comma 3 del d.lgs. 50/2016 prevede che le quote parti dell’incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte – o perché affidate a personale esterno, o perché prive di accertamento dirigenziale – vanno ad accrescere il montante del fondo da ripartire. In questo senso, la nuova normativa è più favorevole di quella precedente del dl.90/2014, che infatti prevedeva il passaggio ad economia di queste somme. La norma conclude escludendo la sua applicazione al personale con qualifica dirigenziale.

La Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, commentando il meccanismo del fondo previsto dalla precedente normativa ai sensi del dl 90/2014 con l’adozione di

apposito regolamento per il successivo riparto, così interpretava l'intenzione del legislatore (del. 18/SEZAUT/2016/QMIG): *“Dalla sintetica ricostruzione normativa proposta, appare chiaro come le disposizioni, introdotte dal dl 90/2014 e dalla relativa legge di conversione, mirassero fra l'altro ad un obiettivo di razionalizzazione e di contenimento della spesa, anche attraverso la subordinazione dell'erogazione dell'incentivo al rispetto di alcuni parametri collegati ai tempi ed ai costi previsti inizialmente nel quadro economico del progetto esecutivo dell'opera, il cui mancato rispetto, ai sensi della predetta disciplina, può dar luogo anche alla riduzione delle risorse destinate al fondo per la progettazione e l'innovazione”*. L'interpretazione appare ancora valida anche per il nuovo codice degli appalti e perciò l'ente deve previamente provvedere alla redazione del previsto regolamento.

11. L'amministrazione della Città metropolitana di Firenze richiede infine interpretazione in merito alla decorrenza delle norme previste dall'art.113 del D. Lgs. n. 50/2016, e in particolare a funzioni tecniche svolte successivamente all'entrata in vigore dello stesso, ma relative a contratti banditi in vigore del D. Lgs. n. 163/2006.

In questo senso, soccorre la pronuncia della Sez. reg. contr. Lombardia nel più volte citato parere di cui alla deliberazione n. 191/2017 che parte dalla considerazione dell'art. 216 del Codice¹ citato dalla stessa amministrazione richiedente: *“Il legislatore del 2016 si è fatto carico delle questioni di diritto transitorio e le ha risolte scegliendo l'opzione dell'ultrattività, consentendo, così, che il regime previgente continui ad operare in relazione “alle procedure e ai contratti per i quali i bandi e gli avvisi siano stati pubblicati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016. Ai sensi dell'art. 216, comma 1, infatti le disposizioni introdotte dal d.lgs. 50/2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo Codice, fatto salve le disposizioni speciali e testuali di diverso tenore... A fronte di una espressa regola intertemporale contenuta nell'art.216 e in difetto di univoci indici che rivelino una chiara volontà di escludere dall'operatività del principio di ultrattività le norme contenute nell'art.113, ogni opzione ermeneutica che giunga alla conclusione di applicare a queste ultime il principio della retroattività, o comunque, la regola del tempus regit actum si rivela priva di fondamento positivo e pertanto foriera di incertezze interpretative e di confusione applicativa. Ne deriva che l'istituto*

¹ Art. 216 comma 1 del d.lgs. 50/2016 sotto il titolo *“Disposizione transitorie, di coordinamento e abrogazioni”*: *“Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente Codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente Codice non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”*.

previsto dall'art. 113 non è applicabile alle procedure bandite prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice". A ulteriore sostegno e rafforzativo di tale indirizzo interpretativo, la Sezione regionale controllo per il Piemonte nel suo già citato parere di cui alla deliberazione n. 177/2017 considera regolate dalla normativa previgente (art. 93 D. Lgs. n. 163/2006 come modificato dalla L. n. 144/2014) perfino attività tecniche svolte prima della entrata in vigore della nuova normativa ma il cui relativo bando di gara sia stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016.

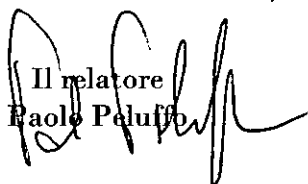
* * *

Nelle sopra esposte considerazioni è il deliberato della Corte dei conti – Sezione regionale di controllo per la Toscana - in relazione alla richiesta presentata dal Sindaco della Città Metropolitana, tramite il Consiglio delle autonomie locali ed acquisita al protocollo della Sezione al n. 7053/2017.

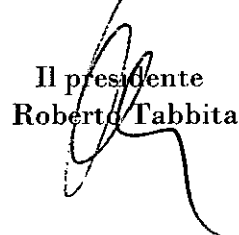
Copia della presente deliberazione è trasmessa Presidente del Consiglio delle autonomie locali della Toscana e, per conoscenza, al Sindaco.

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del 14 dicembre 2017.

Il relatore
Paolo Paluffo



Il presidente
Roberto Tabbita



Depositata in Segreteria il 14 dicembre 2017
Il funzionario preposto al Servizio di supporto

Claudio Felli

