



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO

nella Camera di Consiglio del 17 maggio 2018

composta dai seguenti magistrati:

Carlo Chiappinelli	Presidente;
Maria Luisa Romano	Consigliere;
Carmela Mirabella	Consigliere;
Rosalba Di Giulio	Consigliere relatore;
Angela Pria	Consigliere;
Elena Papa	Primo Referendario

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

VISTO il T.U. delle leggi sulla Corte dei Conti, approvato con il R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni e integrazioni;

VISTA la L. 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di controllo della Corte dei Conti;

VISTA la L. 5 giugno 2003, n. 131 e, in particolare, l'art. 7, comma 8;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti n.14/2000 del 16 giugno 2000, recante il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo, modificato con successive deliberazioni n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004, nonché, da ultimo, con deliberazione n. 229 del 19 giugno 2008;

VISTO il D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il T.U. delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali;

VISTA la L. 4 marzo 2009, n. 15;

VISTA la deliberazione della Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, del 3 luglio 2009, n. 9, recante "Modifiche ed integrazioni degli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva da parte delle Sezioni Regionali di Controllo";

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti n. 8 del 15 aprile 2010, recante "Pronuncia di orientamento generale sull'attività consultiva";

CONSIDERATA la richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di San Cesareo, con nota del 24 ottobre 2017, trasmessa tramite il CAL il 7 novembre 2017, prot. n. 25362.U.,

acquisita al protocollo della Sezione con il n. 5359 dell'8 novembre 2017 ed assegnata al relatore l'8 gennaio 2018;

SOSPESO, nella Camera di Consiglio del 9 febbraio 2018, l'esame della richiesta, in attesa della definizione, da parte della Sezione delle Autonomie, delle questioni di massima sollevate dalla Sezione regionale di controllo per la Puglia, con la deliberazione n. 9/2018/QMIG e dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con la deliberazione n. 40/2018/QMIG;

VISTA l'ordinanza presidenziale n.13 del 16 maggio 2018, con cui la Sezione Controllo per il Lazio, all'esito del deposito della delibera n.6/SEZAUT/2018/QMIG, è stata convocata in data odierna, per l'esame collegiale della predetta questione consultiva;

UDITO, nella Camera di consiglio del 17 maggio 2018, il relatore, Cons. Rosalba Di Giulio;

PREMESSO

che, con nota indicata in epigrafe, inoltrata a questa Sezione tramite il C.A.L., il Sindaco *pro tempore* del Comune di San Cesareo ha effettuato richiesta di parere, ai sensi dell'art.7, comma 8, della L. n.131 del 2003, con riferimento agli "incentivi per funzioni tecniche" riconosciuti, dall'art. 113 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n.50, ai pubblici dipendenti, formulando i seguenti quesiti:

1. "se tra le attività riportate al comma 2 dell'art.113 del D. Lgs. n.50/2016, per lo svolgimento delle quali è prevista la possibilità di riconoscere gli incentivi tecnici, rientrano anche le attività svolte dai dipendenti come commissari di gara";
2. "se, in mancanza di Regolamento comunale per la ripartizione degli incentivi tecnici ed in assenza della previsione, tra le risorse variabili del Fondo della contrattazione decentrata del Comune, delle somme necessarie a finanziare i medesimi incentivi, sia possibile riconoscere alla CUC la quota del 25% dell'incentivo di cui al comma 2 dell'art.113 del D. Lgs. n. 50/2016";
3. "se la quota del 25% che ciascun Comune versa alla CUC possa essere utilizzata per corrispondere gli incentivi tecnici solo al personale stabile della CUC (l'art. 113, comma 5, parla di compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza) o se, invece, è possibile riconoscere tali compensi anche ai commissari di gara formalmente incaricati dal RUP della CUC (tali dipendenti, anche in altri comuni aderenti alla CUC, sono considerati funzionalmente distaccati presso la Centrale) ed ai membri della Conferenza unificata tecnica della CUC (di cui fa parte anche il responsabile della CUC o un suo delegato o di cui possono far parte anche i segretari comunali)";
4. "se, dopo l'approvazione del Regolamento comunale, sia possibile riconoscere tali incentivi con effetto retroattivo, ovvero anche per le procedure di acquisizione di lavori,

servizi e forniture avviate e concluse prima dell'adozione dello stesso”;

5. “se sia possibile riconoscere tali incentivi dopo l'approvazione del Regolamento, pur in assenza della previsione di tali risorse nel fondo per la contrattazione integrativa dell'anno di riferimento”.

A tal fine, precisa di non aver ancora adottato lo specifico Regolamento comunale per disciplinare la ripartizione degli incentivi tecnici in questione tra il personale dipendente; di non aver stanziato – in sede di costituzione del Fondo della contrattazione decentrata – alcuna risorsa da destinare ad essi come vincolata; di aver aderito ad una Centrale Unica di Committenza (CUC) per l'espletamento delle procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture.

Riferisce, altresì, che il Regolamento della CUC prevede che ciascun Ente aderente ad essa debba riconoscerle il 25% dell'incentivo di cui al comma 2, secondo la propria modulazione, da ripartirsi tra il personale stabile della CUC, i Commissari di gara (nominati dal RUP della CUC tra i dipendenti degli Enti aderenti) ed i membri della Conferenza tecnica unificata (composta dal responsabile della CUC e dai responsabili comunali nominati dalle amministrazioni aderenti).

CONSIDERATO

che le Sezioni Regionali di controllo della Corte dei Conti sono investite, ex art. 7, comma 8, della L. n. 131/2003, del potere di rendere pareri, ma che l'esercizio di siffatta funzione consultiva è subordinato alla previa verifica, in concreto, della coesistenza di due requisiti di ammissibilità:

- 1) sotto il profilo soggettivo, deve sussistere la legittimazione dell'organo richiedente, costituito dal legale rappresentante *pro tempore* di uno degli Enti previsti dalla L. n.131 del 2003;
- 2) sotto il profilo oggettivo, il quesito ermeneutico prospettato deve, necessariamente, riguardare materie di contabilità pubblica.

Nel caso di specie, la richiesta di parere è **soggettivamente ammissibile**, in quanto presentata a firma del Sindaco *pro-tempore* del Comune di San Cesareo, titolare di generali poteri di rappresentanza politico-istituzionale e, dunque, legittimato ad esprimere la volontà dell'Ente e ad impegnarlo verso l'esterno (art. 50 TUEL).

La richiesta di parere è stata, inoltre, ritualmente inviata, dal Comune di San Cesareo a codesta Sezione di controllo della Corte dei Conti, per il tramite del Consiglio delle Autonomie Locali (C.A.L.), organo di consultazione tra la Regione e gli Enti locali previsto dall'art. 123, comma 4, Cost. ed istituito dall'art. 66 dello Statuto della Regione Lazio, nonché disciplinato,

nei suoi profili attuativi, dalla L.R. n.1/2007.

Sotto il profilo **oggettivo**, la richiesta di parere è del pari **ammissibile**, poiché la nozione di contabilità pubblica, di cui all'art. 7, comma 8, della L. n. 131 del 2003, rilevante in sede di esercizio della funzione consultiva, è stata oggetto di elaborazione autonoma (rispetto a quella – più ampia – riferibile ai giudizi di responsabilità e di conto) ed è stata intesa in chiave dinamica, nel senso che “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” (delib. n.3/SEZAUT/2014/QMIG, che riprende il criterio dell'ammissibilità di tutti 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 contenuti nelle leggi finanziarie, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio”, già enucleato dalle Sezioni Riunite in sede di controllo con la delib. n.54/2010).

Orbene, le varie questioni prospettate nella richiesta di parere in esame, con riferimento ai meccanismi applicativi degli incentivi tecnici, disciplinati dall'art. 113 del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con D. Lgs. n.50/2016 (d'ora innanzi: Codice), configurano quesiti di carattere generale ed astratto, aventi per oggetto l'interpretazione e l'applicazione di disposizioni in materia di appalti pubblici, che possono considerarsi rientranti nella materia della contabilità pubblica, in quanto prevedenti la corresponsione di compensi aggiuntivi, rispetto a quelli ordinariamente riconosciuti al personale dipendente, e, quindi, forieri di potenziali ricadute in materia di limiti alla spesa di personale e, comunque, afferenti a disposizioni che pongono vincoli finalizzati al contenimento della finanza pubblica, tant'è che sono stati già oggetto di plurime pronunce – sia delle Sezioni Riunite che della Sezione Autonomie – di questa Corte, delle quali si passa a dare puntuale contezza.

Considerazioni generali.

Occorre premettere, all'analisi specifica dei cinque quesiti ermeneutici prospettati, alcune considerazioni di carattere generale sull'istituto degli incentivi tecnici, quale disciplinato dall'art.113 del Codice, dapprima novellato dal D. Lgs. correttivo n.56 del 2017 e poi integrato, con l'aggiunta di un comma 5-*bis*, dalla L. n.205 del 2017 (Legge di Stabilità 2018). Trattasi di interventi normativi, che hanno progressivamente innovato - in modo significativo rispetto a quanto previsto dal Codice previgente (D. Lgs. n.163/2006) - l'apparato dei compensi incentivanti, i quali – da un canto – non possono più essere corrisposti per le attività di progettazione e – dall'altro – sono stati estesi alle funzioni tecniche svolte

dai dipendenti anche nei contratti pubblici di servizi e di forniture e non più soltanto di lavori pubblici.

1. Le origini storiche dell'istituto.

Quanto al primo profilo, giova ricordare che gli incentivi tecnici storicamente nascono come correlati proprio alle funzioni progettuali, stante il principio che alla predisposizione del progetto dovessero provvedere, di regola, gli Uffici tecnici interni alle Amministrazioni, costituendo l'affidamento esterno una mera eccezione: principio introdotto dall'art. 1 del R.D. 1923 n.422, reiterato dagli articoli 17 e 18 della abrogata L. n. 190 del 1994 (c.d. "Legge Merloni"), nonché confluito nell'art. 7, comma 6, del D. Lgs. n. 165 del 2001 e, al contempo, consolidatosi anche a livello giurisprudenziale.

In considerazione di tale conformazione dell'attività di progettazione, l'art. 18 della L. n. 190 del 1994 introdusse l'istituto degli incentivi c.d. "alla progettazione", poi ripreso – seppure con oscillazioni, nel tempo, delle relative percentuali – dall'art. 92 del D. Lgs. n.163/2006, che (come modificato dall'art.1, comma 10-*quater*, del D.L. n.162 del 2008, convertito dalla L. n.201 del 2008) pose un tetto massimo, in base al quale l'importo del compenso incentivante non poteva superare quello del complessivo trattamento annuo lordo del dipendente che lo percepiva.

Alla relativa corresponsione era destinato un Fondo interno, alimentato con una quota parametrata all'ammontare del costo preventivato per le opere e per i lavori, da distribuire e liquidare con le modalità stabilite dall'Amministrazione appaltante mediante Regolamento. Si trattava, dunque, di somme finalizzate, con vincolo di destinazione, ad incentivare i dipendenti interni svolgenti, oltre alla progettazione, anche una serie di altre attività tecniche, alcune analoghe a quelle dell'art. 113 in esame, per cui costituivano a tutti gli effetti, anche nel portato dell'interpretazione giurisprudenziale, oggetto di un diritto soggettivo retributivo del pubblico dipendente (*sub specie* di "salario accessorio").

Diritto che era considerato direttamente nascente da disposizioni normative e, dunque, sussistente ove pure la P.A. restasse inottemperante riguardo alla predisposizione del Regolamento (in tal senso Cass. sent. n. 2004 n.13384, in relazione alla formulazione dell'art.18, come modificato dall'art. 6, comma 13, della L. n.127/97, che peraltro non subordinava – come l'attuale 113 – l'emanazione del Regolamento alla previa stipula della contrattazione collettiva decentrata integrativa, a differenza di quanto è stato poi previsto sin dall'art. 13, comma 4, della L. n.144/99).

Con gli articoli 13 e 13-*bis* del D.L. n.90 del 2014 e la relativa L. di conversione n.114 del 2014, l'istituto fu, poi, profondamente innovato e la disciplina degli incentivi alla progettazione

interna di opere o lavori, con effetto dal 19/08/2014, non più allocata nell'abrogato comma 5 dell'art. 92 del D. Lgs. n. 163/2006, venne riproposta, con modifiche, all'interno del successivo art. 93, escludendosi:

- a) la categoria dirigenziale dall'erogazione dei compensi incentivanti, in quanto – ove pure essa fosse chiamata a svolgere funzioni tecniche, quali quelle elencate – doveva ritenerle retribuite dall'onnicomprendente trattamento economico percepito (comma 6-bis, aggiunto all'art. 92), con eccezione reiterata in modo espresso nell'ultimo inciso del terzo comma dell'art.113 del nuovo Codice;
- b) le attività di pianificazione urbanistica, nonché quelle di progettazione riguardante attività di manutenzione straordinaria e ordinaria, dal novero delle attività tecniche incentivabili.

2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n.50/2016).

In seguito al generale riordino della materia dei contratti pubblici, operato dal nuovo Codice, approvato in recepimento delle Direttive europee n.2014/23/UE, n.2014/24/UE n.2014/25/UE, oggi, per discrezionale scelta di politica legislativa (art. 113), gli incentivi non retribuiscono più l'espletamento di funzioni progettuali da parte dei dipendenti.

E ciò sebbene la regola resti, anche nel nuovo Codice, quella di affidare la progettazione a dipendenti interni, visto che l'art. 23, comma 2, dispone: “*Per la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee di cui agli articoli 152, 153, 154, 155 e 156. Per le altre tipologie di lavori, si applica quanto previsto dall'articolo 24*”. In base a quest'ultimo articolo, la progettazione, che per i lavori pubblici si articola in tre livelli (progetto di fattibilità, progetto definitivo e progetto esecutivo) è affidata, in prima battuta, agli uffici tecnici delle Stazioni appaltanti (lett. a del comma 1) o agli uffici consortili costituiti da Enti pubblici o ad altri organismi di altre PA e, in via soltanto residuale, ad operatori economici privati esterni (facendo la lett. d rinvio recettizio all'art. 46). Mentre “*La progettazione di servizi e forniture è articolata, di regola, in un unico livello ed è predisposta dalle stazioni appaltanti, di regola, mediante propri dipendenti in servizio*” (art. 23, comma 14, Codice).

L'esclusione, dall'ambito di operatività dei nuovi incentivi tecnici, dell'espletamento di funzioni progettuali è da ricondurre, già a monte, alla *ratio* della legge delega emanata per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 1, comma 1, lett. rr, L. n. 11/2016), secondo la quale detti compensi sono

finalizzati a incentivare specifiche attività – di natura eminentemente tecnica – svolte dai dipendenti pubblici, tra cui quelle di programmazione, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara, nonché di esecuzione del contratto, “*escludendo l’applicazione degli incentivi alla progettazione*”, in modo espresso ed inequivoco.

Gli oneri necessari, invece, per coprire le funzioni progettuali svolte da professionisti esterni della Stazione pubblica appaltante, direttamente “*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*” (art. 113, comma 1, Codice).

3. I nuovi incentivi “tecnici” (art. 113).

Gli incentivi tecnici sono, pertanto, oggi funzionalmente destinati a retribuire – in chiave premiale ed aggiuntiva rispetto al trattamento economico ordinario – soltanto le funzioni più prettamente gestionali, esecutive e di controllo e sono corrisposti attingendo al Fondo in cui sono vincolate risorse non superiori al 2% dell’importo complessivo posto a base di gara, con copertura “*a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1*” (art. 113, comma 2), costituenti il c.d. “quadro economico” dell’appalto.

Anche la Sezione Autonomie di questa Corte ha, del resto, esplicitamente dato atto della intervenuta abolizione degli incentivi alla progettazione previsti dal previgente Codice e della introduzione di nuove forme di incentivazione per funzioni tecniche, ad opera dell’art. 113 del nuovo Codice (delib. n. 18/SEZAUT/2016/QMIG, citata e confermata da delib. n.7/SEZAUT/2017/QMIG). Ed ha ribadito che, comunque:

- a) gli incentivi per la progettazione affidata a dipendenti interni, per quanto ancora spettanti in applicazione dell’art. 92 del D. Lgs. n.163/2006, sono contabilmente inquadrabili come spese di investimento, attinenti alla gestione in conto capitale, non soggiacenti alle riduzioni di cui all’art. 1, commi 557 e 562, della L. 2006 n.296 (delib. n. 16/SEZAUT/2009/QMIG);
- b) gli incentivi per la progettazione ancora spettanti in applicazione dall’art. 93, comma 7-ter, del D. Lgs. n.163/2006, al personale degli uffici tecnici incaricato della realizzazione di lavori pubblici, incentivi che sono stati i primi ad essere ritenuti non sottoposti al tetto del Fondo per la contrattazione decentrata e dal tetto della spesa del personale, continuano ad esserne esclusi (Sezione Autonomie, delib. n. 24/SEZAUT/2017/QMIG).

4. Il regime transitorio.

Problematica di rilevante importanza è quella relativa al regime di diritto transitorio applicabile, in particolare, all’istituto degli incentivi tecnici, quale disciplinato dall’art.113,

considerato che il protrarsi nel tempo delle procedure di appalto le espone allo *ius superveniens*.

A decorrere dal 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del Codice (ex art. 220, dal giorno stesso della sua pubblicazione nella G. U.), il criterio di diritto transitorio enunciato dall'art. 216 del Codice, in difetto della previsione di espresse eccezioni, risulta generale e applicabile anche riguardo all'operatività della disciplina recata dall'art. 113. Secondo detto criterio, la questione di diritto intertemporale va risolta nel senso che le nuove disposizioni del Codice si applicano a tutte le procedure o ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi risultano pubblicati (o, quando si prescinde dal bando, gli inviti a presentare le offerte sono stati inviati) posteriormente all'entrata in vigore dello stesso.

Ai fini della applicabilità del regime normativo disciplinante, invece, i pregressi ed abrogati incentivi alla progettazione, si deve far riferimento – secondo il vincolante orientamento espresso dalle delibere della Sezione Autonomie – alla data di effettivo espletamento delle funzioni progettuali (delib. n.7/SEZAUT/2009/QMIG; n.11/SEZAUT/2015/QMIG e n.18/SEZAUT/2016/QMIG): per cui, ove il bando sia stato approvato dopo il 19 aprile 2016, continuerà ad applicarsi la previgente disciplina alle attività di progettazione incentivate espletate prima di tale data, che risulteranno liquidabili purché sia stato già emanato il Regolamento e purché siano stati effettuati gli accantonamenti nell'apposito Fondo.

La “necessità per gli enti locali di adeguare tempestivamente la disciplina regolamentare in materia, nella quale peraltro trova necessario presupposto l'erogazione dei predetti incentivi” è stata, peraltro, espressamente ribadita anche dalla Sezione delle Autonomie (delib. n. 10/SEZAUT/2016/QMIG).

Il criterio dell'effettivo espletamento non è stato tuttavia riproposto dalla medesima Sezione Autonomie, in funzione di orientamento generale, nella più recente deliberazione (cit. delib. n.6/SEZAUT/2018/QMIG), che si è proprio occupata dell'ermeneusi del comma 5-bis, senza effettuare, tuttavia, alcuna osservazione che possa vincolare le Sezioni regionali sotto il profilo del diritto transitorio: il che è condivisibile considerato che del resto non avrebbe potuto spingersi a favorire una interpretazione contraria alla chiara lettera dell'art. 216 del Codice.

Per cui è da ritenersi che l'art.113, sia applicabile a tutte le procedure ed ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi risultano pubblicati dopo l'entrata in vigore del Codice, ovvero, in difetto di essi, dopo tale data siano stati inviati gli inviti a presentare le offerte per le funzioni tecniche (in tal senso anche Sez. reg. controllo Piemonte, delib. n.177/2017/PAR).

5. L'ambito di operatività dell'istituto.

I nuovi e diversi incentivi per funzioni tecniche oggi erogabili, nell'ambito della contrattualistica pubblica, sono riferiti agli appalti sia di lavori, sia di servizi, sia di forniture. In tal senso si era già espressa, nell'interpretare l'art. 113 nella sua originaria formulazione, altra Sezione regionale di controllo di questa Corte, affermando che “la disposizione in esame si applica a tutte e tre le tipologie di contratti pubblici di appalti: lavori, servizi e forniture” (Sez. Reg. controllo E. Romagna, delib. n.118/2016/QMIG) e “senza che sia necessaria, per il riconoscimento dell'incentivo, la presenza di un appalto misto, ossia di un appalto di un servizio o fornitura collegato ad un lavoro pubblico” (Sez. reg. controllo Lombardia, delib. n. 333/2016/PAR), così anticipando quanto poi meglio esplicitato dal decreto correttivo n.56/2017.

Con l'emanazione di quest'ultimo decreto, tuttavia, l'applicabilità degli incentivi, nell'ambito dei contratti di affidamento di servizi e forniture, è risultata – al contempo – fortemente ridotta, in quanto contemplata soltanto “*nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione*” (parte finale del comma 2, come modificata, in senso limitativo, dall'art.76, comma 1, lett. b, del D. Lgs. n.56/2017), inteso quale soggetto autonomo e diverso dal RUP, altrimenti nessun dipendente svolgente le funzioni enumerate dal comma 2 dell'articolo 113 può percepire compensi incentivanti. E tale distinta nomina è richiesta soltanto negli appalti di forniture o servizi di importo superiore a 500.000 euro, ovvero di particolare complessità, con valutazione spettante ai dirigenti (secondo quanto specificato al punto 10 delle Linee guida n. 3/2017, emanate dall'Anac, in attuazione dell'art. 31, comma 5, Codice, con delib. n. 1096 del 26 ottobre 2016, per disciplinare in modo più dettagliato “*Nomina, ruolo e compiti del RUP, per l'affidamento di appalti e concessioni*”, ed aggiornate con la delib. n.1007 dell'11 ottobre 2017).

Tali incentivi non possono erogarsi neppure nell'ambito di contratti di appalto e concessione di servizi, che l'art. 17 del Codice fa oggetto di “*Esclusioni specifiche*”, stabilendo che ad essi le disposizioni del Codice non si applicano (ad es. servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri).

6. Il presupposto applicativo: la gara.

È pacifico che, essendo la presenza di una pubblica gara il presupposto indefettibile di operatività dell'istituto, le funzioni tecniche svolte da dipendenti in procedure di somma urgenza o svolte mediante affidamento diretto, non siano incentivabili mediante tale meccanismo indiretto, che presuppone la costituzione di un Fondo e la predisposizione di un Regolamento e non fa discendere la corresponsione del compenso incentivante – in via sinallagmatica e diretta – dal compimento della prestazione lavorativa, alla luce della

previsione legale, analogamente a quanto avviene per i professionisti esterni (in tal senso, Sez.reg.controllo Lombardia, delib.n.185/2017/PAR e delib. n.190/2017/PAR, Sez. reg. controllo Toscana, delib. n.186/2017/PAR e delib. n.19/2018/PAR).

7. La valenza giuridica del Regolamento ed il suo contenuto.

Il Regolamento comunale, stando alla lettera della interpretata disposizione, non è necessario per costituire il Fondo, che l'Ente è autorizzato dalla legge ad accantonare anche in un momento anteriore, purché nei limiti massimi previsti (2% di cui al comma 2), ma è condizione di legittimità per ripartirne, in recepimento dei criteri e modalità fissati in sede di contrattazione decentrata integrativa, le risorse tra gli aventi diritto, in modo funzionale alla assunzione dei relativi impegni e dei correlati pagamenti.

Esso costituisce, in sintesi, un elemento atto ad integrare la “fattispecie complessa” che conduce alla liquidazione del compenso incentivante (in tal senso Sez. reg. controllo Friuli Venezia Giulia, delib. n. 6/2018/PAR e Sez. reg. Toscana, delib. n.186/2017/PAR, che la definisce “*condicio sine qua non*” per attuare il riparto).

Al Regolamento è demandata dalla legge valenza esecutiva delle tassative previsioni legali, nella parte in cui gli si affida l'individuazione delle tipologie di dipendenti beneficiari.

Ma gli è anche demandato il compito di individuare sia la portata definitoria del termine “collaboratori” del RUP, che la legge lascia aperto, evitandone uno sproporzionato ampliamento, sia l'ammontare delle percentuali da corrispondere a ciascuna figura professionale interna, sempre in un'ottica di congruenza, logicità e ragionevolezza.

L'Ente locale, dunque, nelle more della approvazione del Regolamento e della stipula del contratto decentrato, può (ed anzi deve), in esecuzione dell'art. 113, accantonare, a copertura degli incentivi tecnici, risorse nel Fondo, entro i limiti massimi previsti dalla legge, ma non può liquidarli, ripartendoli tra i propri dipendenti, poiché a tale ripartizione è funzionale e necessaria proprio l'emanazione dell'atto regolamentare.

A meno che – a prescindere dalla costituzione del Fondo – non avesse già stipulato, prima della entrata in vigore della norma, “*contratti o convenzioni che prevedano modalità diverse per la retribuzione di funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti*”, ai sensi dell'ultima parte del comma 2 dell'art. 113 in esame.

La forza derogatoria dei contratti e delle convenzioni, rispetto alla nuova disciplina che impone alle Amministrazioni aggiudicatrici la costituzione del Fondo, non opera, quindi, per l'avvenire, ma soltanto per il passato, trattandosi di previsione di diritto intertemporale che si limita a far salva l'efficacia delle pattuizioni già stipulate, non consentendo di effettuarne di nuove, in deroga all'art.113.

Mediante la fonte regolamentare e nell'esplicazione di una potestà normativa, è demandata alla prudente valutazione dell'Ente, la possibilità, in rapporto all'entità ed alla complessità dell'appalto da realizzare, di abbassare l'aliquota di stanziamento del Fondo, comprimendola in una misura inferiore al 2%.

E ciò anche dopo aver prudenzialmente accantonato un Fondo in misura massima legale, il che determina la conseguenza che la differenza accantonata in eccesso, va ad accrescere il risultato di amministrazione (delib. Sez. reg. controllo Veneto n.353/2016/PAR e Sez. Controllo Lombardia, delib. n.185/2017/PAR).

8. Il Fondo.

Mentre l'accantonamento – a monte – degli stanziamenti finalizzati a costituire ed impinguare il Fondo è frutto di una discrezionale ed unilaterale scelta dell'Ente, la ripartizione dei compensi incentivanti tra le diverse categorie di beneficiari è operata dal Regolamento, tenute in debito conto le responsabilità professionali connaturate alle specifiche prestazioni da svolgere, in relazione a ciascun ruolo, in recepimento ed in applicazione delle modalità e dei criteri concertati in sede di contrattazione decentrata. Tanto che si è condivisibilmente osservato che “la disciplina che quantifica l'incentivo da pagare ha – e conserva – natura sostanzialmente contrattuale e, pertanto, l'ammettere che la stessa possa regolare anche il riparto del Fondo per prestazioni rese prima della sua approvazione non lede il principio di irretroattività del Regolamento, inteso come fonte normativa” (Sez. reg. controllo Basilicata, delib. n.7/2017/PAR, che approfondisce i rapporti tra contrattazione e Regolamento).

9. Il rapporto tra Regolamento e contrattazione collettiva decentrata.

Ciò resta fermo pur dopo l'introduzione del comma 5-bis, ad opera della L. n.205 del 2017, e, pertanto, è bene chiarire, riguardo al rapporto tra Regolamento e contrattazione decentrata, che il primo può assumere, in via provvisoria, anche un ruolo sostitutivo della seconda, stante la perdurante vigenza della normativa del Testo Unico sul pubblico impiego (D. Lgs. n.165/2001) e, soltanto in tal caso resterà ferma la sua irretroattività, direttamente conseguente alla natura normativa.

In particolare, l'art.45, comma 1, del T.U. enuncia la regola generale secondo cui “*Il trattamento economico fondamentale ed accessorio, fatto salvo quanto previsto all'articolo 40, commi 3-ter ..., è definito dai contratti collettivi*”.

L'art. 2, comma 3, del T.U. stabilisce che “*L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi e salvo i casi previsti dai commi 3-ter... dell'articolo 40*”.

Quest'ultimo, al comma 3-ter, pone una clausola di salvaguardia di carattere eccezionale, prevedendo che *“Nel caso in cui non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, qualora il protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede fra le parti, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione e prosegue le trattative al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo. Agli atti adottati unilateralmente si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'articolo 40-bis.”*

In difetto di accordo raggiunto in sede di contrattazione integrativa decentrata, quindi, il Comune può provvedere unilateralmente alla ripartizione, fermo che *“Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore dal relativo rinnovo contrattuale”* (così prosegue il citato comma 3 dell'art. 2 del TU).

In quest'ultimo caso, il contenuto normativo del Regolamento non può certamente retroagire, ma deve limitarsi a disciplinare le sole fattispecie verificatesi dopo la sua entrata in vigore, mentre, ove esso si ponga come contenitore di mero recepimento delle pattuizioni contrattuali, occorre porre mente, a tutela dei diritti quesiti dai lavoratori, al fatto che i criteri e le modalità di ripartizione degli incentivi sono già stati fissati dalle parti in sede di tale contrattazione decentrata (e non in via unilaterale dall'Ente, che si limita, di regola e salvo le illustrate eccezioni, a renderle semplicemente operative con proprio atto regolamentare). Quindi, ai fini della maturazione del diritto alla liquidazione dell'incentivo, è maggiormente rilevante, sotto il profilo cronologico, il momento in cui è stata stipulata la contrattazione decentrata integrativa, che fissa i criteri di ripartizione degli incentivi.

10. La *ratio* dell'istituto degli incentivi tecnici.

Innegabile è la funzione premiale dell'istituto, volto a incentivare, con un *surplus* di retribuzione, lo svolgimento di prestazioni intellettive qualificate che, ove fossero svolte – invece che da dipendenti interni *ratione officii* – da esterni sarebbero da considerare prestazioni di lavoro autonomo professionali. La *ratio* dei nuovi incentivi è, infatti, anzitutto quella di stimolare e premiare l'ottimale utilizzo delle professionalità interne, rispetto al ricorso all'affidamento all'esterno di incarichi professionali, che sarebbero comunque forieri di oneri aggiuntivi per l'Ente, con aggravio della spesa complessiva.

Ed è direttamente la legge a prescrivere, in funzione di razionalizzazione e contenimento della spesa, che le quote relative agli incarichi conferiti a professionisti esterni vadano ad accrescere l'ammontare del Fondo da ripartire.

Il comma 3 dell'art. 113 attribuisce al Regolamento la fissazione dei criteri di riduzione del Fondo, nel caso in cui non siano rispettati i costi ed i tempi inizialmente previsti nel quadro economico del progetto esecutivo dell'appalto ed in proporzione a tali evenienze. Ciò al fine di stimolare, in sede di realizzazione delle opere o dei lavori pubblici, in capo ai pubblici dipendenti coinvolti, ogni sforzo utile al rispetto delle tempistiche e dei costi, penalizzando di conseguenza i ritardi o le lievitazioni di costi ingiustificati ai sensi del Codice, mediante una riduzione delle risorse finanziarie stanziata per il pagamento degli incentivi tecnici.

11. L'effettivo espletamento delle funzioni tecniche incentivate.

In ottemperanza al generale principio di effettività, sancito dall'art. 7, comma 5, del D. Lgs. n.165/2001 "*Le amministrazioni pubbliche non possono erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese*". Per cui gli incentivi devono essere correlati allo svolgimento delle prestazioni tecniche realmente svolte, in modo da remunerare il concreto carico di responsabilità e di lavoro assunto dai dipendenti (su questa linea, ha preso posizione la Sezione Autonomie, seppure in relazione al vecchio Codice, con delib. n. 18/SEZAUT/2016/QMIG), con accertamento da certificarsi a cura dei Dirigenti o dei Responsabili.

Ciò premesso sulla genesi e sulla conformazione giuridica dell'istituto, quale delineato nella formulazione dell'art. 113, poi modificata dal correttivo operato con D. Lgs. n. 56 del 2017, onde agevolare una più ampia comprensione del tema, si può passare alla disamina ed alla risoluzione dei singoli quesiti prospettati dall'Ente locale nella richiesta di parere.

I quesiti.

1) **Al primo quesito** deve darsi risposta senz'altro negativa, poiché non è possibile riconoscere gli incentivi tecnici per l'espletamento di attività svolte dai dipendenti della stazione appaltante come Commissari di gara, in quanto, come può agevolmente desumersi dall'univoco avverbio "*esclusivamente*", riportato nel comma 2, l'elencazione delle attività incentivabili con tali compensi è da reputarsi tassativa e, dunque, non suscettibile di interpretazione estensiva o, peggio, analogica.

Le funzioni incentivabili sono, invero, soltanto quelle "tecniche" specificamente enumerate dalla norma: funzioni di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e delle procedure di esecuzione dei contratti pubblici, funzioni di RUP, di direzione dei lavori ovvero di direzione dell'esecuzione, funzioni di collaudo tecnico-amministrativo o di verifica di conformità e funzioni di collaudatore statico.

Nel senso della tassatività delle attività incentivabili e del conseguente divieto di

ampliamento oltre la lettera della legge, si è anche espresso il prevalente orientamento di questa Corte, che ha costantemente considerato tale disciplina di stretta interpretazione, sulla scorta della considerazione che si pone come derogatoria al principio generale di onnicomprensività del trattamento economico (in tal senso: Sez. reg. controllo Puglia, delib. n. 204/2016/PAR, delib. n. 5/2017/PAR, delib. n.108/2017/PAR e delib.n.9/2018/QMIG; Sez. reg. controllo Marche delib. n.52/2017/PAR, Sez. reg. controllo Lombardia delib. n.185/2017/PAR).

Da ultimo la Sezione Autonomie, in funzione di orientamento generale, ha confermato che “si tratta, quindi, di una platea ben circoscritta di possibili destinatari, accomunati dall’essere incaricati dello svolgimento di funzioni rilevanti nell’ambito di attività espressamente e tassativamente previste dalla legge” (delib. n. 8/SEZAUT/2018/QMIG).

Tra le attività menzionate dall’art. 113, comma 2, non rientra, pertanto, né può essere fatta rientrare a livello interpretativo, l’attività svolta dai Commissari di gara, poiché non può essere qualificata come tecnico-esecutiva, ma resta eminentemente valutativa, seppure condotta in applicazione delle regole e dei criteri enunciati nel bando di gara.

L’art. dell’art. 77, comma 10, infatti recita: “*Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico dell’intervento tra le somme a disposizione della stazione appaltante*”. Ma, poiché l’ultima parte del citato comma 10, dispone che: “*I dipendenti pubblici sono gratuitamente iscritti all’Albo e ad essi non spetta alcun compenso, se appartenenti alla stazione appaltante*”, ne consegue che i Commissari di gara possono essere retribuiti – e con onere gravante sul quadro economico dell’appalto – soltanto ove siano nominati tra professionisti esterni alla Stazione appaltante.

È bene ricordare che la prassi di scegliere i Commissari di gara tra i dipendenti interni alla Stazione appaltante, in modo discrezionale, continuava a fondarsi sul comma 12 dell’art. 77, che disponeva “*Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all’Albo di cui all’articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall’organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante*”.

Ma tale disposizione è stata abrogata, con effetto dal 20 maggio 2017, ad opera dell’art. 46, comma 1, lett. f), D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, comportante, di riflesso, l’esaurimento degli effetti anche della analoga disciplina transitoria recata dall’art. 216, comma 12, del Codice. La possibilità, per la Stazione appaltante, di nominare Commissari di gara (ma non Presidente della Commissione) “*alcuni componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione*” permane oggi soltanto nelle residuali ipotesi di “*affidamento di*

contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità”, in quanto implicanti “procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58” (art. 77, comma 3).

La nuova disciplina contenuta negli articoli 77 e 78 del D. Lgs. n.50/2016, contempla la creazione, presso l'Anac, di un Albo nazionale obbligatorio, dal quale dovranno essere attinti i nominativi da sorteggiare per effettuare le nomine dei componenti delle Commissioni giudicatrici degli appalti pubblici, in modo che la Autorità possa accentrare in sé non soltanto il controllo sui requisiti di moralità e di professionalità dei medesimi, ma anche sulle eventuali ipotesi di conflitto di interessi.

Albo che resterà, comunque, aperto anche all'iscrizione dei dipendenti interni e che sarà comunque unico per i soggetti esterni ed interni alle Stazioni appaltanti, non avendo Anac accolto l'indicazione del Consiglio di Stato nella parte in cui riteneva preferibile l'istituzione di Albi separati ed avendo precisato che, in ogni caso, nell'Albo dovrà essere evidenziato quale sia l'Ente di appartenenza dell'esperto, in modo da rendere evidente se si tratti o meno di un dipendente interno alla Stazione appaltante.

In materia sono state emanate, in funzione integrativa del Codice dei contratti pubblici, dapprima le Linee Guida Anac n.5, approvate con determinazione n. 1190 del 16 novembre 2016, a cui il Consiglio di Stato nell'apposito parere preventivo ha riconosciuto natura vincolante (CdS delib. n.1919 del 14 settembre 2016), con le quali sono stati fissati i “*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*”.

A seguito del correttivo del Codice sui contratti pubblici (adottato con D. Lgs. n.56/2017), si è reso necessario un aggiornamento delle predette Linee Guida Anac n.5, che è stato effettuato con determinazione n. 4 del 10 gennaio 2018, previo parere del Consiglio di Stato n.2163 del 19 ottobre 2017. Tale articolata disciplina, avente nel suo complesso carattere normativo e vincolante, non è tuttavia ancora entrata a pieno regime, in quanto non può essere applicata finché l'Anac non abbia dichiarato operativo l'Albo, previa disciplina delle procedure informatiche da adottare per garantire la casualità del sorteggio dei Commissari e le modalità di rotazione tra i medesimi, adempimento a cui è pure subordinata l'entrata in vigore dell'art. 1 del Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 12 febbraio 2018, che è stato pubblicato in attuazione dell'art. 77, comma 10, del Codice, per stabilire le tariffe di iscrizione all'Albo ed i parametri di calcolo dei compensi dei Commissari.

L'art. 2 del citato DM, al comma 2, che ribadisce che: “2. *Ai dipendenti pubblici che svolgono*

la funzione di componente della commissione in favore della stazione appaltante di appartenenza non spetta alcun compenso” è, invece, entrato in vigore il 2 maggio 2018.

Per cui, seppure sia possibile continuare a nominare i Commissari tra i dipendenti della Amministrazione aggiudicatrice, trattasi di incarico considerato ricompreso nella normale retribuzione di servizio, che non può determinare il percepimento di incentivi tecnici ex art. 113 del Codice.

Sull’assunto consolidato, che correla la corresponsione dell’incentivo tecnico ad una funzione esclusivamente tecnico-amministrativa, non può incidere la assai discussa questione se possa essere o meno nominato Commissario di gara il RUP, che è – di regola – un dipendente interno della Stazione appaltante.

Significativo elemento discretivo tra le due funzioni è che il dipendente della stazione appaltante può rifiutare la nomina a Commissario di gara (gratuita), ma non quella di RUP, che è ufficio obbligatorio, ai sensi di quanto prescritto dall’art. 31, comma 1, ultima parte, del D. Lgs. n.50/2016, e per lo svolgimento del quale, secondo l’art.113, può percepire incentivi tecnici.

Il Consiglio di Stato, pronunciandosi sull’abrogato art. 10 comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006, che attribuiva in via residuale al RUP, nell’ambito delle procedure di affidamento, lo svolgimento di tutti i compiti non specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti, aveva effettuato una rilevante distinzione, asserendo che *“competenza esclusiva della commissione è l’attività valutativa, mentre ben possono essere svolte dal responsabile unico del procedimento quelle attività che non implicano l’esercizio di poteri valutativi”*, in quanto il RUP ed i suoi collaboratori sono chiamati a svolgere, sovente, attività istruttoria e di supporto ai compiti della Commissione e della Stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760).

Il nuovo Codice, come modificato dal decreto correttivo n.56/2017, distingue le funzioni svolte dai Commissari di gara e le funzioni tecniche, prevedendo, all’art.77, comma 4, che *“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”* e, dunque, eleva a regola generale la nomina dei Commissari di gara tra soggetti esterni all’Amministrazione aggiudicatrice, che nel previgente Codice era una eccezione e lo fa con riferimento non soltanto al ruolo di Presidente ma anche a quello di Componente della Commissione di gara. La netta distinzione di compiti, stabilita dal citato art. 77, comma 4, tra il ruolo di Commissario di gara e le funzioni tecnico-amministrative svolte in relazione al contratto di appalto dal RUP, è stata tuttavia temperata dall’inciso, introdotto dal D.Lgs. "correttivo" n. 56 del 2017, che

“La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”.

Ciò conferisce alla Stazione appaltante un certo margine di manovra, nel senso che, ferma l'incompatibilità tra il ruolo di Commissario e lo svolgimento di altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativi al contratto da affidare, la possibilità di nominare Commissario di gara il RUP può essere valutata dalla Stazione appaltante con riferimento *“alle attività effettivamente svolte dal RUP nell'ambito della specifica procedura di gara”* (come esplicitato dalla relazione di accompagnamento all'aggiornamento delle sopra già citate Linee guida Anac n. 3). Tanto che il Consiglio di Stato, nel pronunciarsi sullo schema delle medesime Linee, ha evidenziato come sia stata riconosciuta la *"possibilità che il RUP sia altresì membro della Commissione giudicatrice"* (Cons. Stato, parere n. 2040/2017). Del resto, la drastica incompatibilità pregressa tra tali tipologie di funzioni prevista dal nuovo Codice, nella sua formulazione antecedente al correttivo, si poneva in evidente antinomia normativa, rispetto all'art. 107, D.Lgs. n. 267 del 2000, che attribuiva e continua ad attribuire ai Dirigenti degli Enti locali *"tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente [...] la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso [...]"*. Antinomia non sanabile col ricorso al principio dell'abrogazione tacita ad opera della fonte di pari grado successiva, considerata la natura *“rafforzata”* del D.Lgs. n. 267 del 2000, visto che il suo art. 1, comma 4, dispone che *"ai sensi dell'art. 128 Cost. le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni”*. Resta inteso che, ove pure il RUP sia chiamato a svolgere, secondo la prudente valutazione della Stazione appaltante, la funzione di Commissario di gara, il medesimo potrà percepire gli incentivi tecnici di cui all'art. 113, comma 2, soltanto in stretta correlazione alle sue funzioni tecnico-amministrative di RUP (o al limite per la mera attività istruttoria di supporto tecnico ai compiti valutativi riservati alla Commissione), in quanto si ribadisce che tali incentivi non sono erogabili per lo svolgimento delle funzioni di Commissari di gara e correlate attività, ancorché svolte dai pubblici dipendenti, interni alla Amministrazione aggiudicatrice (o, come di seguito si esplicherà, da questa distaccati presso la CUC).

2) Il secondo quesito *“se, in mancanza di Regolamento comunale per la ripartizione degli incentivi tecnici ed in assenza della previsione, tra le risorse variabili del fondo della contrattazione decentrata del Comune, delle somme necessarie a finanziare i medesimi incentivi, sia possibile riconoscere alla CUC la quota del 25% dell'incentivo di cui al comma*

2 dell'art.113 del D. Lgs. n.50/2016” risulta in parte superato dalla novella recata dalla legge di bilancio 2018, che ha introdotto una nuova forma di copertura mediante il comma 5-*bis*, per la interpretazione del quale si rinvia, *infra*, alla risposta al quinto quesito, diversa da quella prima prevista tramite le risorse variabili del Fondo di contrattazione decentrata.

È comunque ovvio che nulla possa essere ripartito con Regolamento, in carenza di adeguato Fondo di copertura.

Quanto al quesito residuo se sia possibile riconoscere la quota del 25% dell'incentivo di cui al comma 2 dell'art.113 del D. Lgs. n.50/2016, in caso di mancata emanazione di Regolamento comunale, occorre rammentare che quest'ultimo è richiesto dalla legge come condizione di legittimità per ripartire le risorse tra gli aventi diritto agli incentivi soltanto nel caso in cui sia l'Ente locale a dover devolvere l'80% del Fondo, in quanto non si avvale di una CUC, ma gestisce direttamente l'appalto.

In tal caso, l'impossibilità di liquidare legittimamente gli incentivi a prescindere da una apposita normazione regolamentare della loro ripartizione è del resto assunto pacifico, che viene dato per scontato anche dall'Organo richiedente il parere, il quale richiede, invece, un chiarimento ermeneutico in relazione ad un aspetto ulteriore, e certamente più problematico. Il Sindaco chiede, in sostanza, di sapere se, pur in carenza di Regolamento comunale, la quota del 25%, prevista come massima dal comma 5 dell'art. 113, possa essere devoluta dal Comune alla CUC (o meglio ai relativi dipendenti). Orbene, il Regolamento comunale è richiesto dal comma 3 soltanto per poter liquidare l'80% degli incentivi tecnici ai propri dipendenti, mentre la previsione del comma 2 (secondo la quale tutto o parte del Fondo può essere dal Comune destinato ai dipendenti della Centrale Unica di Committenza che il medesimo ha costituito o di cui si avvale), non richiede a tal fine un Regolamento comunale, né fa riferimento alla contrattazione collettiva decentrata. Spetterà, ovviamente, poi alla CUC ripartire tali risorse con un proprio Regolamento.

3) Più delicato è il **terzo quesito** “se la quota del 25%, che ciascun Comune versa alla CUC possa essere utilizzata per corrispondere gli incentivi tecnici solo al personale stabile della CUC (l'art. 113, comma 5, parla di compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza) o se, invece, sia possibile riconoscere tali compensi anche ai Commissari di gara formalmente incaricati dal RUP della CUC (tali dipendenti, anche in altri Comuni aderenti alla CUC, sono considerati funzionalmente distaccati presso la Centrale) ed ai membri della Conferenza unificata tecnica della CUC (di cui fa parte anche il responsabile della CUC o un suo delegato o di cui possono far parte anche i segretari comunali)”. La risposta a tale quesito richiede delle debite distinzioni.

Le ipotesi che possono verificarsi sono, perciò, in linea di massima tre:

A) o l'Ente locale è abilitato a conferire, gestire ed eseguire da solo l'appalto, poiché questo è contenuto entro le soglie indicate dall'art. 37 (forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e lavori di importo inferiore a 150.000 euro) o perché possiede i requisiti di qualificazione richiesti dall'art. 38 e, dunque, deve stanziare il Fondo, per ripartirlo poi all'80%, tra i suoi dipendenti interni chiamati a svolgere le relative funzioni tecniche come indicato dal comma 3 (con Regolamento comunale) ed al 20%, come indicato dal comma 4;

B) oppure l'Ente è tenuto ad avvalersi di una Centrale Unica di committenza ed in tal caso, può decidere di destinare tutto o parte del Fondo, di cui al comma 2, ai dipendenti della CUC, la quale poi lo ripartirà in base ai criteri fissati in un proprio atto regolamentare;

C) o infine, l'Ente è tenuto ad avvalersi di una CUC ed a questa al contempo invia – mediante comando o distacco – suoi dipendenti, chiamati ad operare nella CUC ma anche “*per conto di altri enti*”, ossia anche di Comuni diversi da quello di loro provenienza, purché aderenti alla CUC. In tal caso, a tali dipendenti può essere corrisposto dal loro Ente di provenienza (se la CUC è d'accordo e lo richiede espressamente) un compenso incentivante nei limiti massimi del 25%, ossia di un quarto dell'indennità prevista dal comma 2.

Quindi il Comune potrà riconoscere incentivi tecnici ai suoi dipendenti al massimo entro l'80% di cui al comma 2, se lo fa direttamente, ripartendolo con proprio Regolamento tra i medesimi, oppure entro i limiti del 25%, di cui al comma 5, se glieli attribuisce previo consenso della CUC presso di cui li ha distaccati, per lo svolgimento di funzioni tecniche a vantaggio di Comuni diversi da quello di appartenenza.

In relazione quest'ultimo profilo, infatti, è bene ricordare, anzitutto, che i compensi incentivanti non sono riconoscibili a Commissari di gara chiamati ad aggiudicare l'appalto, previa adozione delle relative valutazioni in applicazione dei criteri del bando, ma sono limitati a compensare soltanto l'esercizio di funzioni tecniche. Per cui, non può aggirarsi tale chiaro divieto normativo mediante un mero distacco – presso la CUC – dei dipendenti comunali chiamati a svolgere le funzioni di Commissari di gara, in quanto nominati dal RUP. Ne discende che non pare ammissibile attribuire incentivi tecnici ai Commissari di gara che siano nominati tra i dipendenti comunali distaccati presso la CUC, neppure entro i limiti del 25% dell'incentivo previsto dal comma 2.

Per quel che concerne, invece, i membri della Conferenza Unificata tecnica della CUC, di cui fa parte anche il Responsabile della CUC e della quale, trattandosi di organo di regola permanente, che è istituito ai sensi della L. 241/90 e s.m.i. per garantire il coordinamento tecnico amministrativo e giuridico tra la CUC ed i Comuni aderenti ad essa, possono essere

chiamati a far parte anche i Segretari comunali, non pare sussistano ragioni ostative all'attribuzione degli incentivi tecnici ai suoi componenti (tra cui anche i Responsabili comunali), purché non svolgano funzioni valutative in relazione alla gara d'appalto. Di recente, è stato, infatti, ribadito che il Fondo in questione “può essere finalizzato a premiare esclusivamente le funzioni, amministrative e tecniche, svolte dai dipendenti interni”, quali quelle specificamente elencate dalla norma, in funzione propulsiva della corretta e tempestiva attuazione dell'appalto (Sezione Autonomie, delib. n.8/SEZAUT/2018/QMIG).

4) Negativa è la risposta al **quarto quesito**, che chiede “se, dopo l'approvazione del Regolamento comunale, sia possibile riconoscere tali incentivi con effetto retroattivo, ovvero anche per le procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture avviate e concluse prima dell'adozione dello stesso”, poiché, in difetto di una specifica ed espressa disposizione legislativa in tal senso, deve escludersi la natura retroattiva del Regolamento comunale, attuativo del terzo comma dell'art. 113.

Ciò in quanto esso è, nelle sole parti in cui detta regole normative, un atto di diritto pubblico, unilateralmente emanato dall'Autorità comunale, che introduce nell'ordinamento, a livello locale, norme generali ed astratte di rango secondario, in funzione di attuazione e di integrazione delle norme di principio recate dal Decreto legislativo approvativo del nuovo Codice, in relazione ad una serie di aspetti già evidenziati nelle premesse generali.

In applicazione del generale principio di irretroattività degli atti amministrativi a contenuto normativo, promanante dal combinato disposto degli articoli 3, 4 e 11 delle preleggi al cod. civ., il Regolamento comunale ha, di regola, efficacia *ex nunc* (Sez. regionale di controllo Lombardia, delib. n.185/2017/PAR), ossia limitata alle procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture che non risultino ancora concluse al momento dell'emanazione dello stesso. Considerata la sua natura normativa quando è adottato in transitoria sostituzione della contrattazione collettiva, è da escludere che il Regolamento possa ripartire tali incentivi con effetto retroattivo (pur in presenza di un accantonamento di risorse in bilancio già tempestivamente effettuato dall'Ente, in via prudenziale, nei limiti di legge), a coloro che, dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, abbiano espletato attività tecniche nelle procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture non soltanto già avviate, ma anche già concluse, prima dell'adozione dell'atto regolamentare.

È chiaro che, ove nelle more dell'adozione del Regolamento siano stati comunque già fissati, in sede di contrattazione integrativa, i criteri di riparto delle risorse accantonate, che lo stesso è chiamato soltanto a recepire, la mera carenza dell'atto regolamentare o la sua tardiva emanazione non possono ledere il diritto al compenso incentivante spettante al dipendente

che ha eseguito la funzione incentivata, e la questione è suscettibile di tutela a livello giurisdizionale, su eventuale iniziativa del singolo. Ciò in quanto “le amministrazioni interessate sono tenute, per il principio di correttezza e buona fede, a procedere speditamente all’emanazione e, a seguito di modifica della normativa legislativa, all’aggiornamento dei regolamenti attuativi (in tal senso Corte di Cassazione, Sez. VI civile, ordinanza 09.03.2012 n.3779 ha riconosciuto al dipendente il diritto al risarcimento del danno discendente dalla mancata possibilità di percepire l’incentivo previsto dalla normativa)” (così, testualmente Sez. reg. controllo Piemonte, delib. n. 177/2017/PAR).

Il riconoscimento della applicabilità del Regolamento, nella parte in cui recepisce i criteri di ripartizione già adottati in sede di contrattazione integrativa, non viola in realtà il principio di irretroattività degli atti normativi, poiché *in parte qua* esso deve essere considerato un elemento che concorre al formarsi della fattispecie complessa che dà luogo alla determinazione e liquidazione dell’incentivo stesso e “l’applicazione del regolamento di cui al richiamato art. 113 agli incentivi degli incarichi espletati prima della sua adozione (ma pur sempre dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n.50/2016) non pone un problema di efficacia <<retroattiva>> del regolamento stesso, ma di concreto perfezionamento della fattispecie produttiva del diritto all’incentivo” (in tal senso Sez. Reg. controllo Umbria n.41/2018/PAR).

Con particolare riferimento agli incentivi da corrispondersi dopo la entrata in vigore del D.L. n. 90/2014, di modifica al D.Lgs. n. 163/2006, con riferimento alle funzioni espletate tra l’estate del 2014 e la data in cui è entrato in vigore il nuovo Codice, ferma l’applicazione del Regolamento attuativo già per esse, al tempo, adottato, non pare più ammissibile l’adozione – dopo il 19 aprile 2016 – di un Regolamento concernente i criteri di ripartizione dei pregressi incentivi per le funzioni come modificate nel 2014, trattandosi di normative abrogate (seppure possa essere tutelata, sotto il profilo risarcitorio, in presenza di correlata contrattazione collettiva decentrata, la posizione di coloro che avrebbero avuto diritto a percepirli, per aver svolto le attività indicate dalla norma).

Questo è un aspetto che, pertanto, l’Ente locale è tenuto prudenzialmente a valutare con rigore, onde evitare possibili contenziosi con i dipendenti aventi diritto ad una tempestiva ripartizione dei compensi incentivanti, in quanto, se i criteri e le modalità di riparto siano stati già concertati in sede di contrattazione integrativa decentrata, la carenza di Regolamento preclude, di fatto, l’adempimento del rapporto contrattuale.

È ovvio che l’adozione del Regolamento presuppone a monte il tempestivo accantonamento del Fondo, sulla base delle cui risorse gli incentivi devono essere ripartiti ed in difetto del

quale nulla può essere corrisposto, in virtù dei generali principi di bilancio, anche in presenza di un Regolamento emanato prima della conclusione della procedura di appalto.

5) Al **quinto quesito** “se sia possibile riconoscere tali incentivi dopo l’approvazione del Regolamento, pur in assenza della previsione di tali risorse nel fondo per la contrattazione integrativa dell’anno di riferimento” può essere data, invece, risposta positiva, seppure con ulteriori precisazioni, considerato il mutamento normativo introdotto dall’art. 1, comma 526, della L. 27 dicembre 2017, n. 205 (“Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020”), che ha aggiunto all’art. 113 un comma 5-bis, prevedente che tali incentivi “*fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture*” e considerato, altresì, il nuovo orientamento assunto dalla Corte dei conti in materia.

Il citato comma riconduce, in sostanza, anche la copertura degli incentivi per le funzioni tecniche – seppure per il tramite del Fondo – alla regola generale già contenuta nel comma 1 dello stesso articolo, prevedente che “*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*”, menzionando molte delle funzioni pertinenti, secondo il comma 2, ai beneficiari degli incentivi tecnici e, in effetti, senza fare alcuna espressa distinzione in ragione del fatto che tali funzioni fossero attribuite a professionisti privati soggetti esterni, oppure a dipendenti della P.A..

La Sezione delle Autonomie, pronunciandosi sulle questioni di massima poste dalla Sezione regionale di controllo per la Puglia (con la deliberazione n. 9/2018/QMIG) e dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia (con la deliberazione n. 40/2018/QMIG), ha enunciato il seguente principio di diritto: “*Gli incentivi disciplinati dall’art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel testo modificato dall’art. 1, comma 526, della legge n. 205 del 2017, erogati su risorse finanziarie individuate ex lege facenti capo agli stessi capitoli sui quali gravano gli oneri per i singoli lavori, servizi e forniture, non sono soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall’art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017*”.

Dopo la novella, quindi, tutte le figure destinatarie della incentivazione delle funzioni

tecniche, compreso il RUP e coloro che sono impegnati nella programmazione della spesa per gli investimenti, nella predisposizione e nel controllo delle procedure di gara e loro collaboratori, sono incentivate con oneri gravanti sugli stanziamenti destinati al finanziamento del singolo appalto e che vanno imputati allo stesso capitolo che sovvenziona l'opera o l'acquisto di beni o servizi.

Tra tali Collaboratori è possibile includere anche quei dipendenti della Stazione appaltante che non svolgono un ruolo prettamente tecnico, ma attività amministrative e contabili, purché strettamente collegate ai lavori (occupandosi, ad esempio, degli adempimenti relativi alla procedura di esproprio prodromica alla realizzazione dell'opera pubblica), a condizione che siano dotati della necessaria competenza professionale. In tal senso, seppure nel vigore della precedente normativa, si erano già pronunciate altre Sezioni (Sez. reg. controllo Marche, delib. n.141/2014/PAR), il cui orientamento sul punto è stato confermato – con valenza generale – dalla Sezione Autonomie (delib. n. 18/SEZAUT/2016/QMIG e poi delib. n. 7/SEZAUT/2017/QMIG, che rimarca l'intento legislativo del nuovo Codice 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”).

La corretta perimetrazione della nozione di “Collaboratori” è demandata all'esercizio della potestà regolamentare dell'Ente, tenuto comunque ad esercitarla in modo da evitare ingiustificati ampliamenti della platea dei destinatari (in tal senso: Sezione autonomie, nella delib. n. 18/SEZAUT/2016/QMIG).

La erogazione di tali incentivi, dunque, prescinde da un accantonamento vincolato di risorse – a tal fine specificamente destinate – nel Fondo per la contrattazione integrativa dell'anno di riferimento, ma non può prescindere, ovviamente, dallo stanziamento di un apposito Fondo, che deve essere costituito a valere sulle risorse che finanziano l'appalto, come del resto già avrebbe potuto desumersi da una corretta interpretazione dell'inciso iniziale del comma 2 dell'art. 113 “*A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo*”. Resta fermo che, pur dopo la approvazione del relativo Regolamento, resta preclusa all'Ente la possibilità di liquidare incentivi tecnici se non è stato stanziato come vincolato un Fondo nei quadri economici dei singoli appalti, per evidente difetto di copertura (Sez. reg. controllo Toscana delib. n.19/2018/PAR).

Quanto alle modalità di contabilizzazione, gli importi per pagare gli incentivi tecnici devono trovare allocazione contabile nel medesimo capitolo di spesa (di investimento), destinato a coprire il costo complessivo dei lavori, servizi e forniture e non possono più confluire nel capitolo di spesa del personale relativo al trattamento accessorio, né sono sottoponibili ai

relativi vincoli e limiti di spesa.

Il riconoscimento degli incentivi tecnici, infatti, non soggiace più, a decorrere dal 1° gennaio 2018, né al tetto massimo di spesa del personale, né ai vincoli imposti al trattamento retributivo accessorio del personale da ultimo dall'art. 23, comma 2, del D. Lgs. n. 75 del 2017, che ha abrogato con effetto dal 1° gennaio 2017, il limite posto dall'art.1, comma 236, della L. n.208/2015 (Legge di Stabilità 2016). Tale limite reiterava l'originario tetto posto dall'art. 9, comma 2-bis, del D.L. n.78/2010 (delib. n.34/SEZAUT/2016/QMIG) e comportava anche la automatica riduzione del Fondo medesimo in misura proporzionale alla fisiologica riduzione del personale in servizio, tenuto conto, altresì, dei vincoli normativi all'assunzione di nuovo personale.

Ne discende che la spesa relativa alla corresponsione degli incentivi tecnici, a decorrere dalla entrata in vigore al 1° gennaio 2018, della L. Stabilità 2018, non si configura più quale spesa di funzionamento (*sub specie* di spesa corrente e di personale), come a suo tempo ritenuto dall'orientamento della Sezione Autonomie, superato in quanto formatosi in relazione alla previgente normativa (delib. n.7/SEZAUT/2017/QMIG, che classificava l'erogazione di tali incentivi nell'ambito delle “spese di funzionamento e dunque come spese correnti” e di personale”). Essa si connota, oggi, come spesa di investimento, attinente alla gestione in conto capitale, che dunque, a differenza della prima tipologia di spesa, può essere finanziata con ricorso all'indebitamento, non ostandovi il divieto di cui all'art. 119 Cost.

La spesa per gli incentivi tecnici è, quindi, spesa di investimento, al pari di quanto già riconosciuto dagli orientamenti di questa Corte in relazione al diverso istituto degli incentivi alla progettazione di cui all'abrogato art. 93, comma 7-ter, D. Lgs. n.163/2006 (delib. n.16/SEZAUT/2009/QMIG, ripresa da delib. SSRR n.51/2011, che facevano discendere la esclusione dal tetto di spesa stabilito per il salario accessorio dal fatto che si trattava di “compensi per prestazioni professionali specialistiche offerte da soggetti qualificati”).

E, come tale, è spesa da contabilizzare nel Titolo II della spesa, ove si tratti di opere pubbliche, e nel Titolo I, ove si tratti di servizi e forniture, “ma con qualificazione coerente con quella del tipo di appalto di riferimento” (Sez. Autonomie delib. n.6/SEZAUT/2018/QMIG). Ciò nonostante, la liquidazione – e, prima, la ripartizione – degli incentivi tecnici richiedono pur sempre, oggi, l'adozione di uno specifico atto regolamentare da parte del Comune, previa fissazione – in sede di contrattazione integrativa decentrata del personale – dei criteri e delle modalità di ripartizione dei medesimi tra gli aventi diritto, poiché la novella non ha cancellato il riferimento agli istituti di contrattazione decentrata, contenuto nel comma 3.

La lettera dell'art.113, del resto, come si è sopra evidenziato, pone già dei limiti massimi alla spesa per la corresponsione degli incentivi tecnici, parametrando – in linea generale – al singolo appalto (non potendo il Fondo superare il 2% del quadro economico posto a base di asta) e – in linea particolare – al singolo dipendente (non potendo quest'ultimo percepire, neppure da diverse PP.AA., incentivi su scala annuale complessivamente superanti il 50% del suo trattamento economico annuo lordo).

E, inoltre, si assicura, con apposita prescrizione, che gli incentivi non siano devoluti “a pioggia”, ma corrisposti dal dirigente competente in importo proporzionato al previo accertamento delle attività effettivamente espletate dal dipendente ed in applicazione delle modalità e dei criteri “*previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale*” (cfr. in tal senso l'interpretazione del comma 3 dell'art. 113 fornita da Sez. reg. controllo Umbria, con la delib. n.14/2018/PAR, che richiama le argomentazioni di Sez. reg. controllo Liguria n.58/2017/QMIG, già favorevole all'esclusione degli incentivi tecnici dai vincoli e dai limiti massimi previsti in materia del personale, secondo una prospettazione confermata – dopo la modifica operata dalla L. n. 205/2017 – anche dalla pronuncia di orientamento adottata dalla Sezione Autonomie con delib. n.8/SEZAUT/2018/QMIG).

Quanto alla applicabilità cronologica del nuovo comma 5-bis dell'art. 113, ai fini della individuazione della linea di demarcazione fra la vecchia e la nuova regolamentazione della materia incentivante, essa decorre dal 1° gennaio 2018, trattandosi di disposizione introdotta dal comma 526 dell'art. 1 della legge di stabilità 2018 e non avente natura di interpretazione autentica, per cui non può considerarsi retroattivamente operativa (in tal senso Sez. reg. controllo Puglia, delib.n.9/2018/PAR, che coglie l'occasione per richiamare l'attenzione sulla discrasia sussistente tra il riferimento operato dal comma 5-bis del 113 al “*medesimo capitolo di spesa*” e la nuova disciplina in materia di armonizzazione contabile recata dall'art. 13 del D. Lgs. n.118/2011, che fa riferimento a missioni e programmi, con terminologia mutuata dall'art. 191 TUEL).

La novella legislativa che modifica la fonte di copertura del Fondo, richiama, in effetti, l'attenzione su un momento antecedente alla pubblicazione del bando, fornendo un argomento motivazionale a favore della operatività, con portata limitata a tale specifico caso, del criterio di diritto intertemporale già individuato, in via generale, in modo ben articolato e ragionato, dalla Sezione Basilicata di questa Corte (Sez. reg. controllo Basilicata, delib. n. n.7/2017/PAR, che richiama la delibera n.3/2015/PAR e n.22/2017/PAR). Per cui risulta logico ritenere che la fonte di copertura inizi a variare per tutte le procedure la cui programmazione della spesa è approvata dopo il 1° gennaio 2018, stante la intima

compenetrazione sussistente tra tale programmazione ed i relativi stanziamenti con accantonamento di risorse nel Fondo costituito ai fini della successiva ripartizione e liquidazione dei compensi incentivanti. Per cui la nuova forma di copertura del Fondo introdotta dal comma 5-bis inizierà ad applicarsi ai contratti pubblici il cui progetto dell'opera o del lavoro sono stati approvati ed inseriti nei documenti di programmazione dopo il 1° gennaio 2018 o, per le altre tipologie di appalti, in cui l'affidamento del contratto è stato deliberato dopo tale data.

In conclusione, a salvaguardia tanto dell'autonomia del Comune richiedente, quanto della posizione di terzietà ed indipendenza connotante questo organo magistratuale nell'esercizio della funzione consultiva, resta escluso che quanto esplicito per chiarire i dubbi ermeneutici correlati alla normativa oggetto di richiesta di parere (e che deve risolversi in un ausilio interpretativo astratto della disciplina esaminata), possa condizionare le scelte gestionali concrete le quali, pur se da adottarsi in un'ottica di sana gestione finanziaria e di prudente tutela degli equilibri di bilancio, restano rimesse alla esclusiva competenza dell'Ente locale.

P.Q.M.

La Sezione Regionale di Controllo della Corte dei Conti per il Lazio

rende il parere nei termini sopra indicati

DISPONE

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura del Dirigente del Servizio di Supporto, al Comune di San Cesareo.

Così deliberato in Roma, nella Camera di Consiglio del 17 maggio 2018.

Il Consigliere Relatore

f.to Rosalba Di Giulio

Il Presidente

f.to Carlo Chiappinelli

Depositata in Segreteria il 6 luglio 2018.

Il Responsabile del Servizio di Supporto

f.to Aurelio Cristallo