Incentivi in sede di esecuzione di un contratto di servizi, lavori e forniture in assenza di programmazione e anche oltre alla presenza del direttore dell’esecuzione (nota a margine del parere della Corte Conti, sez. contr. Emilia – Romagna n. 11/2021)

*Avv. Maurizio LUCCA, Segretario Generale Amministrazioni Locali e Manager di Rete*

Il pronunciamento. 2. La deroga al principio generale. 3. La complessità da accertare. 4. I presupposti dell’incentivo. 5. I soggetti coinvolti. 6. Il ciclo di vita di un appalto. 7. Il principio di diritto. 8. La programmazione (una fase). 9. La mancata programmazione. 10. Nomina del direttore dell’esecuzione e la particolare complessità. 11. Prospettive.

**1. Il pronunciamento**

La sez. Controllo Emilia - Romagna della Corte dei Conti, con la deliberazione n. 11 della seduta del 3 febbraio 2021, relatore Scognamiglio, interviene (ancora una volta) per chiarire l’ambito operativo dell’incentivo, di cui all’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, sul presupposto ordinario e imprescindibile della «particolare complessità» della prestazione, che esige una capacità professionale di elevato profilo basata su un nesso intrinseco tra “opera” e “attività di tipo libero-professionale” («prestazioni professionali specialistiche offerte da soggetti qualificati»)[1].

In effetti, l’incentivo remunera una prestazione che va oltre le comuni attività, compensando un quid di operosità del personale dipendente ad accrescimento dell’efficienza dell’Amministrazione e di riduzione della spesa (esterna per incarichi), consentendo, allo stesso tempo, di derogare il principio di onnicomprensività del trattamento economico.

**2. La deroga al principio generale**

È noto che la regola dell’onnicomprensività della retribuzione dei pubblici dipendenti non va ricollegata soltanto a compiti riconducibili alla qualifica ed all’ufficio ricoperto, come pure talora affermato dai giudici amministrativi[2], bensì anche a quelli comunque connessi ai fini istituzionali, unitariamente considerati, dell’Amministrazione pubblica da cui l’impiegato dipende, in quanto al dipendente pubblico, in mancanza di una norma legittimante e di autorizzazione allo svolgimento di incarichi esulanti i doveri d’ufficio e comunque da svolgere al di fuori dell’orario di lavoro, nulla è dovuto al di fuori di quanto oggetto di contratto: l’attribuzione di compensi aggiuntivi ai dipendenti deve trovare una propria fonte di riferimento (nel caso di specie, regolamentare)[3].

**3. La complessità da accertare**

L’accertamento della complessità, così come dell’affidamento interno, richiede una manifestazione valutativa da parte del dirigente responsabile (colui che assume la funzione, a prescindere da ricoprire il ruolo dirigenziale), il quale dovrà assumersi la responsabilità di attestare che la prestazione è complessa e va, pertanto, remunerata[4]: un accertamento tecnico che “fa stato”, assimilabile nella sua essenzialità ad un “parere tecnico” di tipo istruttorio, il cui «contenuto specialistico particolare» è legato all’applicazione «di determinate scienze o tecniche» (rilevando la natura vincolante) necessario dell’atto finale, la cui acquisizione non può essere omessa[5].

La dichiarazione deve trovare riscontro nel testo redazionale di approvazione del quadro economico, e precede - per ragioni logiche - la stesura dello stesso, essendo una valutazione posta a monte della fase progettuale: un onere motivazionale (ex art. 3 della legge n. 241/1990) a sostegno della regolarità (alias legittimità) della previsione del compenso, con connessa responsabilità del contenuto (ovvero, il pagamento dell’incentivo).

**4. I presupposti dell’incentivo**

Accanto a questo accertamento istruttorio devono coesistere ulteriori presupposti:

· una “gara”, in mancanza della quale non può esservi l’accantonamento delle risorse nel fondo;

· un regolamento ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo, oltre a definire dettagliatamente le attività incentivabili e quelle escluse, ad es. le manutenzioni[6] o le prestazioni che non rientrano, con una valutazione ex ante (senza margini interpretativi) in quel carattere di “complessità” esigibile;

· le risorse finanziarie del fondo ripartite, per ciascuna opera, lavoro, servizio e fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale;

· l’impegno di spesa assunto a valere sulle risorse stanziate nel quadro economico dell’appalto, attraverso la costituzione di un apposito fondo vincolato non superiore al 2% dell’importo dei lavori posti a base di gara;

· l’incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo[7];

· che, negli appalti di servizi e forniture[8], sia stato nominato il direttore dell’esecuzione, inteso quale soggetto autonomo e diverso dal RUP[9].

**5. I soggetti coinvolti**

Possiamo affermare già da questo primo quadro fattuale che l’incentivo rientra all’interno di un’attività complessa, ove operano più soggetti, sia sul versante tecnico che su quello finanziario, oltre alla fonte negoziale (il regolamento interno), dispensando attività in più fasi e tra più soggetti, con lo scopo di accelerare l’intero procedimento di individuazione del contraente sino al termine del ciclo di vita della prestazione (appalto) con la regolare esecuzione/collaudo, con una lettura orientata della norma sotto il profilo della sua finalizzazione: una natura eminentemente sostanziale, anche in assenza di una programmazione puntuale qualora effettivamente l’attività specialistica sia stata resa.

**6. Il ciclo di vita di un appalto**

Ed è qui la sintesi del tutto: l’incentivo va riconosciuto nel concreto dell’agere amministrativo e del facere provvedimentale: la realizzazione della prestazione all’interno delle fasi procedimentali, che, secondo l’approfondimento «area di rischio contratti» del PNA 2015 (ANAC, determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015), si distinguono nei seguenti momenti:

· programmazione;

· progettazione della gara;

· selezione del contraente;

· verifica dell’aggiudicazione;

· stipula del contratto;

· esecuzione del contratto;

· rendicontazione del contratto.

Questi momenti sono riassunti dalla Corte in cinque fasi: programmazione, progettazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo o verifica di conformità, onde valorizzare la prima fase, quella volta a dettagliare i bisogni della collettività, ad approntare le necessarie misure per soddisfarli ed a consentire la verifica della congruità, proporzionalità, dell’efficienza dei risultati raggiunti.

**7. Il principio di diritto**

Si comprende, allora, ancor più l’estensione contenutistica del parere formulato dalla Corte, ammettendo il principio di diritto secondo il quale gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti:

· al personale dipendente dell’Amministrazione che abbia svolto funzioni tecniche finalizzate alla conclusione di appalti di lavori, servizi e forniture non inclusi nei rispettivi programmi, purché ricorrano tutte le condizioni di ordine generale (quelle sopra descritte);

· a fronte di appalti di lavori e servizi di importi inferiori ad € 500.000 per tutte quelle funzioni tecniche svolte da soggetti diversi dal direttore dell’esecuzione necessariamente nominato, estendendo l’incentivo a tutti coloro che partecipano a vario titolo alla prestazione («qualora sia stato nominato, ricorrendone le necessarie circostanze, il direttore dell’esecuzione, saranno incentivabili anche le funzioni tecniche svolte da altri soggetti»).

**8. La programmazione (una fase)**

Si è giunti a tale pronunciamento seguendo una linea interpretativa che parte dalla centralità del «Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici»[10], in base al quale l’attività di realizzazione dei lavori di importo stimato pari o superiore a 100.000 euro e di acquisizione di beni e servizi di importo stimato pari o superiore a 40.000 euro, si svolgono, rispettivamente, sulla base di un programma triennale e di un programma biennale coerente con gli atti di programmazione e il bilancio.

La centralità della fase della programmazione consente:

· la identificazione e quantificazione dei bisogni;

· le priorità e la verifica della sostenibilità finanziaria dell’appalto;

· la presenza o meno del progetto e del quadro economico in caso di appalti di servizi e forniture[11];

· oltre, a esternare i bisogni pubblici, consentendo agli operatori economici una qualche possibilità di “agganciamento” dell’Amministrazione con la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, ovvero ad affidamenti più o meno diretti, in relazione alla dimensione del mercato.

**9. La mancata programmazione**

Se, quindi, la programmazione è espressione di un dictum del decisore pubblico, questo non esime il fatto che siano presenti nell’ordinamento ipotesi di appalti affidabili senza una “previa programmazione”, com’è nel caso, ad esempio, dei lavori pubblici di «somma urgenza» disciplinati dall’art. 191, comma 3, del d.lgs. n. 267/2000, dove per ovvie ragioni di (chiusura del) sistema è sempre possibile fronteggiare situazioni cagionate «dal verificarsi di un evento eccezionale o imprevedibile», affidando alla Giunta (organo esecutivo, con poteri residuali) il potere di disporre l’iter per il riconoscimento della spesa «prevedendo la relativa copertura finanziaria nei limiti delle accertate necessità per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità» (potere di “salvaguardia” similare a quello extra ordinem delle ordinanze sindacali, ex art. 50 e 54 del cit. TUEL)[12].

Stesso fuoco visuale impinge l’ipotesi ad es. dell’art. 63 del Codice dei contratti pubblici nel prevedere la possibilità di ricorrere in determinate circostanze (tipologia codificata con prevalente carattere assoluto e oggettivo)[13] di aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, confermando una soluzione del diritto positivo di effettuare appalti - a fronte di eventi oggettivamente non programmabili – al di fuori, cioè, dei documenti di planning, il tutto con lo scopo di garantire il primario e indefettibile interesse pubblico (ex art. 97 Cost.), meglio descritto in una motivazione rafforzata degli atti in grado di giustificarne l’adozione.

Acquisito il principio di diritto esso è estensibile anche agli appalti di servizi e forniture (si pensi, annota la Corte, soltanto al caso ipotetico di necessaria acquisizione in via d’urgenza di dispositivi medici per fronteggiare l’emergenza pandemica)[14] con la possibilità di incentivare le funzioni tecniche afferenti alle differenti fasi di realizzazione dell’appalto a prescindere dall’inserimento nel programma biennale, con conseguente «incentivabilità delle funzioni tecniche diverse dalla programmazione» (senza rilevare l’eventuale assenza di un quadro economico, rectius la determinazione dell’incentivo).

**10. Nomina del direttore dell’esecuzione e la particolare complessità**

Dopo questa apertura prospettica, la Corte si differenzia dalle indicazioni dell’ANAC sulla nomina del direttore dell’esecuzione, di cui al punto 10, delle Linee guida n. 3 dell’ANAC, «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni», che può essere nominato anche negli appalti di forniture e servizi di importo inferiore ad € 500.000 purché sia presente la «particolare complessità» (trattasi di ipotesi alternative) che giustifica il ricorso ad una professionalità specialistica altrimenti ritraibile all’esterno dell’ente, con possibili aggravi di costi per il bilancio dell’ente interessato.

**11. Prospettive**

A ben vedere sarebbe necessario una riscrittura della norma più coerente con la realtà e il dinamismo della P.A., in constante ricerca di produttività nell’abnorme ed instabile produzione legislativa, dove l’obiettivo finale sarebbe quello di rilanciare l’economia e lo sviluppo, semplificare il processo di aggiudicazione e tutti gli obblighi documentali, senza introdurre - ad ogni riforma – oneri, cartacei o digitali, di prevenzione della corruzione e della trasparenza, incapaci di anestetizzare eventuali condotte illecite sull’altare della legalità (formale), connessi (i cit. oneri) a responsabilità afflittive in bianco.

Tutta questa enorme stratificazione di “pandette” altera il processo decisionale, allunga i tempi di realizzo del negozio, mortifica il progresso di una Nazione e le sue componenti vitali, obiettivizzando il contrario di quanto voluto (ed è triste!).

Le coordinate esegetiche del pronunciamento esplicitano ed estendono la ratio dell’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 a tutte quelle ipotesi che si presentano nel concreto, quasi ispirandosi ad un richiamo di “giustizia sociale”, ex art. 3 Cost., dove - a volte - nell’oscurità delle disposizioni[15] si presentano spazi vuoti che devono essere riempiti dalla “bocca della legge” (c.d. diritto vivente), nella sua espressione più pragmatica e sostanziale dovuta all’incertezza del diritto[16]: un’attività consultiva di “ausilio” alle Autonomie[17] nel rispetto dello spirito illuminante, ormai spirato, delle leggi[18].

[1] Corte Conti, sez. Riunite, delibera 4 ottobre 2011, n. 51.

[2] Cons. Stato, sez. V, sentenze n. 341/1986 e n. 95/1997.

[3] Corte Conti, sez. giur. Puglia, 13 novembre 2019, n. 677.

[4] Corte Conti, sez. contr. Emilia - Romagna, deliberazione 12 ottobre 2020, n. 87.

[5] Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale per il pubblico impiego, del 5 novembre 2001, n. prot. Terza Sez.: 1424/2000, n. prot. Comm. Spec.: 480/2000.

[6] L’incentivo può essere riconosciuto, nei limiti previsti dalla norma, anche in relazione agli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria purché particolare complessità, Corte Conti, sez. Autonomie, deliberazione 9 gennaio 2019, n. 2.

[7] Gli incentivi maturati nel periodo temporale che decorre dalla data di entrata in vigore del Codice fino al giorno anteriore all’entrata in vigore del comma 5 bis dell’art. 113 (1° gennaio 2018) sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori, di cui all’articolo 1, comma 236, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, successivamente modificato dall’articolo 23 del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, Corte Conti, sez. contr. Emilia – Romagna, deliberazione 12 dicembre 2020, n. 120, per un commento, Incentivi in sede di esecuzione di un contratto di servizi (lavori) in adesione ad una convenzione quadro, nell’efficacia intertemporale del bando, dirittodeiservizipubblici.it, 4 gennaio 2021.

[8] Sulla distinzione tra “lavori” e “servizi” in merito alle manutenzioni, si rinvia al parere ANAC, precontenzioso n. 576 del 13 giugno 2018, che aveva chiarito che «la manutenzione del verde pubblico rientra nell’ambito dei servizi e non in quello dei lavori, tutte le volte in cui l’attività non comporti una modificazione della realtà fisica con l’utilizzazione, la manipolazione e l’installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (c.d. quid novi): così ad esempio, la mondatura, rasatura, irrigazione, concimazione, posatura, pulizia, trattamenti vari, sfalcio, decespugliamento delle scarpate ecc… non configurano “lavori” ma “servizi”», aggiungendo che sono appalti di lavori gli «interventi di esecuzione del verde urbano, realizzati al fine di consentire un miglior uso della città come recinzioni, sistemazioni paesaggistiche, verde attrezzato, campi sportivi e terreni da gioco».

[9] Corte Conti, sez. contr. Veneto, deliberazione 11 ottobre 2019, n. 301.

[10] Cfr. Corte Conti, sez. contr. Lombardia, deliberazione 18 luglio 2019, n. 310 e Corte Conti, sez. contr. Basilicata, deliberazione 12 febbraio 2015, n. 3, tuttavia, in vigenza della previgente disciplina contenuta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

[11] Corte Conti, sez. contr. Piemonte, deliberazione 19 marzo 2019, n. 25.

[12] In effetti, si può anche giustificare un affidamento diretto in ipotesi strettamente necessarie laddove per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall’Amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 2 aprile 2020, n. 1312.

[13] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2020, n. 7239.

[14] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2020, n. 11581, ove si sono ammessi affidamenti in mancanza di apposita programmazione e gara, «in ragione della peculiarità della situazione affrontata, la distribuzione di buoni spesa, rientrante tra le misure di solidarietà alimentare verso quella parte della popolazione che la pandemia ha messo nell’impossibilità e /o nell’estrema difficoltà di fare fronte al quotidiano sostentamento, deve essere ascritta alla categoria degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall’evento» di aiuto alle esigenze basilari di vita.

[15] Vedi, ITALIA, L’ombra e la luce nelle leggi, Milano, 2020, pag. 27, dove si analizzano le difficoltà interpretative di individuare la norma vigente, «e cioè la regola che deve essere applicata… e l’ombra o le ombre delle leggi si diffondono sempre di più, incrementando il contrasto nelle regole del diritto ed impedendo la funzionalità del diritto stesso».

[16] Una dichiarazione “manifesto” inserita tra le priorità delle “Riforme” dal nuovo Presidente del Consiglio, MARIO DRAGHI, nel discorso reso al Senato della Repubblica sulle linee programmatiche del Governo (17 febbraio 2021): «Alcune riguardano problemi aperti da decenni ma che non per questo vanno dimenticati. Fra questi la certezza delle norme».

[17] Un’attività di collaborazione a richiesta degli Enti Locali che non si potrà trasformare in un’attività «di consulenza aperta e indifferenziata, prevendendo situazioni nella quali la marginalità e/o la residualità della rilevanza dei profili di contabilità pubblica introduca il rischio di profili d’ingerenza in scelte discrezionali riservate» ai primi, Corte Conti, sez. contr. Veneto, deliberazione 19 gennaio 2021, n. 21, Approvazione del programma di controllo per l’anno 2021.

[18] Non manca un richiamo “illuministico” (l’âge des lumières) sulle tecniche da osservare nella composizione delle leggi, «lo stile deve essere conciso. Le leggi delle Dodici Tavole sono un modello di precisione: i fanciulli le imparavano a memoria… lo stile delle leggi deve essere semplice; l’esposizione diretta s’intende sempre meglio dell’espressione riflessa», MONTESQUIEU, Lo spirito delle leggi, Libro XXIX, capitolo XVI, 1748. A distanza di qualche secolo nulla è cambiato, sulla «pessima fattura delle leggi, derivante a sua volta dalla loro eccessiva moltiplicazione, dalla difettosa redazione governativa e parlamentare e infine dalla assenza di testi unici, di semplificazioni normative, di riordinamenti, di radicali pulizie della lingua vetusta e incomprensibile del legislatore di ieri e (ahimè) di oggi», MELIS, Riformare l’amministrazione italiana, rivistailmulino.it,