

VISTA la delibera n. 54/CONTR/10 delle Sezioni Riunite in sede di controllo, depositata il 17 novembre 2010;

VISTA la richiesta formulata dal Presidente della Provincia di Potenza con nota protocollata il 28 febbraio 2017;

VISTA l'ordinanza del Presidente di questa Sezione regionale di controllo n. 8/2017 del 3 marzo 2017, con la quale è stata deferita la questione all'esame collegiale della Sezione per l'odierna seduta, nominando relatore il dott. Giuseppe Teti;

UDITO nella Camera di consiglio il relatore;

FATTO

Il Presidente della Provincia di Potenza premette che a seguito del D.Lgs. n. 50/2016, che ha approvato il nuovo "Codice degli appalti pubblici", è stata riformata la materia degli incentivi, ora previsti per le prestazioni tecniche (art. 113). Tuttavia, nel passato, la materia è stata più volte oggetto di interventi riformatori, la cui disciplina potrebbe non essersi ancora esaurita, con la conseguenza che diverse discipline, regolanti fattispecie pregresse, potrebbero coesistere.

Tanto premesso, pone i seguenti quesiti:

- a) se la disciplina regolante l'incentivo è quella vigente al momento in cui l'opera è stata inserita nei documenti di programmazione, indipendentemente dal momento in cui le prestazioni incentivate vengono in concreto poste in essere;
- b) se, in subordine, in caso di opere già approvate e in corso di realizzazione, debbano continuare ad essere applicate le disposizioni normative vigenti al momento dell'applicazione anche per le attività tecniche già avviate ma completate successivamente (responsabile del procedimento, direzione lavori, coordinamento in fase di esecuzione, collaudo in corso d'opera e finale).

Considerato in

DIRITTO

L'esercizio della funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, prevista dall'art. 7, comma 8, della Legge n. 131 del 2003, è sottoposto a due condizioni preliminari, una di natura soggettiva e l'altra di natura oggettiva.

1. Requisito soggettivo

Sotto il profilo soggettivo la richiesta di parere è senz'altro ammissibile in quanto proveniente direttamente dall'organo rappresentativo della Provincia, come precisato dal documento approvato dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004.

2. Requisito oggettivo:

Sotto il profilo oggettivo la richiesta è ugualmente ammissibile in quanto attinente alla materia della contabilità pubblica, dinamicamente intesa, secondo la perimetrazione del significato e della portata dell'espressione segnata, tra le altre: dalla deliberazione della Sezione Autonomie del 27 aprile 2004, così come integrata e modificata dalla deliberazione della medesima Sezione n. 9 del 4 giugno 2009, e dalle deliberazioni nn. 5/2006 e 3/2014; dalle deliberazioni delle SS.RR. in sede di controllo, n. 5472010 e n. 27/2011. Inoltre il parere è preventivo rispetto all'esecuzione da parte dell'Ente di atti e/o attività connessi alla/e questione/i oggetto di richiesta, risolvendosi l'istanza in un ausilio interpretativo e astratto della disciplina citata rifluente nella materia della contabilità pubblica, in quanto direttamente connessa alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche necessarie all'espletamento di funzioni istituzionali/fondamentali dell'Ente, in un'ottica di sana gestione finanziaria e tutela dei propri equilibri di bilancio.

Resta escluso, comunque, che l'attività consultiva sollecitata possa sostituirsi alle scelte gestionali che sono e restano di esclusiva competenza dell'Amministrazione istante.

Nel merito

3. Con il quesito posto l'Ente istante ha inteso esplicitamente richiamare l'approdo cui era giunta questa Sezione con il parere di cui alla delibera n. 3/2015, il cui contenuto si dà qui per riprodotto, salvo quanto si renderà necessario riportare.

In sostanza, in detta pronuncia si era ritenuto che la disciplina che regola l'incentivo (allora destinato alla "progettazione") fosse quella vigente al momento in cui l'opera era stata approvata. Ciò nel senso che l'obbligo di prestare l'attività richiesta e, per corrispettivo, l'obbligo di pagare l'incentivo, dovessero essere regolati secondo la disciplina vigente nel momento genetico in cui tali obblighi sono stati assunti. Tale momento, per le argomentazioni ivi sviluppate, si era ritenuto che dovesse identificarsi con l'approvazione

dell'opera o del lavoro sul cui stanziamento far valere l'aliquota del 2% da destinare al "fondo" per la progettazione e l'innovazione. Di conseguenza, in osservanza del principio di (tendenziale) irretroattività della norma, un mutamento della disciplina di settore non avrebbe avuto effetti sul diritto all'incentivo, così come regolato dalla disciplina vigente al momento dell'approvazione dell'opera o del lavoro, salvo la necessaria verifica del corretto adempimento.

Di lì a poco, con delibera n. 11/2015, la Sezione delle Autonomie, esaminando una questione interpretativa riferita a norme succedutesi nel tempo e diversamente regolanti la materia degli incentivi, concludeva nel senso che le questioni di diritto intertemporale che insorgessero per il mutare, nel tempo, della disciplina, dovessero essere risolte secondo il principio della irretroattività della legge, e cioè che la legge successiva non potesse andare a modificare o a incidere su posizioni giuridiche sorte in precedenza.

Correttamente, quindi, la citata delibera della Sezione delle Autonomie collocava anche questa Sezione tra quanti sostenevano la tesi della irretroattività della legge e, dunque, la sua non applicazione alle fattispecie regolate dalla norma precedente.

4. Fermo restando questo fondamentale punto di convergenza, tuttavia, una diversità di opinioni, peraltro rilevata dalla stessa Sezione delle Autonomie, ha riguardato il momento in cui, in virtù del principio di irretroattività, fosse precluso alla norma successiva di regolare vicende già sorte o in corso di svolgimento. Questa Sezione aveva ritenuto che tale momento andasse individuato con l'approvazione dell'opera o del lavoro; la Sezione delle Autonomie aveva ritenuto che tale momento coincidesse con la esecuzione della prestazione, secondo il principio "*tempus regit actum*".

5. La soluzione adottata dalla Sezione delle Autonomie giungeva, in concreto, a rendere applicabile il limite massimo di incentivo anche alle attività tecnico-professionali espletate dai dipendenti successivamente all'entrata in vigore del D.L. 24 giugno 2014, n.90, ancorché riferibili a progetti approvati in precedenza. A seguito di tale ultimo D.L., infatti, il limite dell'incentivo pagabile annualmente per ciascun percettore, che la norma precedentemente vigente aveva fissato nella misura del 100% del trattamento economico annuo lordo, veniva ulteriormente ridotto alla misura

massima del 50%. Si trattava, quindi, di spiegare l'applicazione di detto limite, più restrittivo rispetto a quello vigente in precedenza, anche a quelle prestazioni poste in essere successivamente all'entrata in vigore del decreto legge, seppure in adempimento di obblighi sorti quando il limite non sussisteva. A questo scopo la Sezione delle Autonomie si era richiamata al principio "*tempus regit actum*" per mantenere, da un lato, ferma l'irretroattività della nuova norma e, dall'altro, applicare la nuova regola alle prestazioni ricadenti nel tempo successivo alla sua entrata in vigore, senza che rilevasse la disciplina vigente nel momento in cui l'obbligazione era sorta.

6. A parere di questa Sezione, tuttavia, non vi è un contrasto tra le due tesi sul punto, atteso che alla stessa conclusione cui è pervenuta la Sezione delle Autonomie si sarebbe potuti pervenire anche secondo la tesi seguita da questa Sezione.

In verità, l'applicazione del limite massimo individuale del 50% anche per le prestazioni rese successivamente all'entrata in vigore del D.L. n. 90/2014, convertito dalla L. n. 114/2014, che tale limite ha introdotto, può giustificarsi senza dover, necessariamente, fare ricorso alla tesi della irretroattività della norma, e senza dover richiamare il principio "*tempus regit actum*", che impone, poi, di collocare il confine temporale tra le due norme nel momento della esecuzione della prestazione piuttosto che in quello genetico del rapporto.

A ben vedere, infatti, quello che viene in evidenza è che il limite legislativo di cui si discute interviene a modificare una disciplina sostanzialmente di natura pattizia, il cui oggetto (i criteri e la misura del riparto dell'incentivo), è cioè devoluto alla contrattazione integrativa decentrata (art. 93, comma 7-ter, D.Lgs n. 163/2006) da recepirsi con regolamento dell'Ente (vds., di questa Sezione, parere n. 7/2017).

Già il comma 5 dell'art. 92 del D.Lgs. n. 163/2006 aveva stabilito, da un lato, che le modalità e i criteri con cui ripartire gli incentivi fossero previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione; dall'altro, aveva posto un limite di legge alla misura dell'incentivo erogabile (allora pari al trattamento economico complessivo annuo). Limite che, dunque, non avrebbe potuto essere derogato dalle parti contraenti in quanto norma imperativa di legge finalizzata a contenere la spesa e il trattamento economico complessivo del personale, che deve

trovare applicazione anche sui contratti già stipulati in sede integrativa decentrata, ai sensi dell'art. 40, comma 3-*quinquies* del TUIP, quinto periodo, a tenore del quale *"Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole (dei contratti integrativi in sede decentrata) sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile"* (sul punto vds. anche l'art. 40-*bis* del TUIP). Pertanto, il limite del 50%, introdotto con D.L. n. 90/2014, sarebbe andato a sostituire, comunque, il precedente limite massimo di spesa pagabile annualmente, modificando di conseguenza anche l'accordo decentrato (analogamente, il D.L. n. 66/2014 ha inciso sui contratti in corso, inserendo automaticamente, alle precedenti convenzioni, il nuovo tetto massimo quale limite alla retribuzione di alcune categorie di amministratori pubblici o di società pubbliche).

In definitiva, il ritenuto contrasto con la Sezione delle Autonomie è solo apparente non trattandosi di questione di diritto intertemporale.

7. Tanto chiarito, occorre ora tornare al tema principale sollevato con il quesito in esame, per la cui soluzione le sopra esposte considerazioni non sono prive di rilievo.

I quesiti

8. L'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016 ("Codice dei contratti pubblici") ha modificato, principalmente, l'oggetto delle prestazioni incentivabili e i soggetti coinvolti, rispetto a quanto precedentemente regolato dall'art. 93, D.Lgs. n. 163/2006. In altre parole, talune attività e talune qualifiche professionali, che prima erano incentivabili, ora non lo sono più e, al contrario, sono oggi divenute incentivabili altre prestazioni e altre professionalità, se presenti all'interno dell'ente.

Sicché, in questo caso, un vero problema di diritto intertemporale si potrebbe porre – e l'Ente istante in effetti lo pone, come meglio si dirà - nel momento in cui si dubitasse che le prestazioni di "progettazione", già convenute e non ancora adempiute, ove poste in essere successivamente alla novella legislativa, diano ancora diritto al pagamento dell'incentivo per il quale erano state accantonate le risorse nell'apposito "fondo".

Giova precisare che il quesito in esame si limita a scrutinare la sorte dell'incentivo per le prestazioni previste dall'art. 93, D.Lgs. n. 163/2006,

relative ai soli lavori e per le quali erano state appostate le risorse nell'apposito "fondo progettazione", se rese successivamente all'entrata in vigore della novella legislativa introdotta dal D.Lgs. n. 50/2016. Resta esclusa dal perimetro del parere ogni altra questione relativa alle attività non più incentivabili, che potranno comunque essere affidate agli uffici interni della stazione appaltante per lavori, servizi e forniture successivamente alla novella stessa (ex art. 24).

Ciò chiarito, va detto che, anche in questo caso, non sembra che la questione sia riconducibile al tema dell'applicazione retroattiva della norma nuova rispetto a situazioni pregresse, trattandosi, semmai, di un problema di ultrattività della norma precedente e della sua idoneità a continuare a regolare un rapporto già in essere.

9. Nel precedente parere (n. 3/2015), questa Sezione aveva espresso il convincimento che, qualora si succedano nel tempo disposizioni che diversamente prevedono e regolano l'incentivazione di talune attività (ora di progettazione ora tecniche), il discrimine tra le due discipline non è dato dal momento in cui viene compiuto ogni singolo atto in cui si realizza il rapporto obbligatorio tra il dipendente e l'Ente datore di lavoro, consistente nel compimento delle attività di "progettazione" dedotte in obbligazione, e neppure dal momento in cui deve pagarsi l'incentivo, trattandosi di un mero adempimento, ma dal momento in cui l'opera o il lavoro sono approvati e inseriti nei documenti di programmazione vigenti nell'esercizio in cui sono stati adottati o, in prospettiva, nel Documento Unico di Programmazione che la Giunta è tenuta a predisporre e presentare al Consiglio per le conseguenti deliberazioni (art. 170 TUEL). È in questo momento, infatti, che, con il lavoro: i) si decide anche di affidare all'interno dell'ente le attività, (allora) di progettazione (ora) tecniche, necessarie affinché possa realizzarsi l'opera programmata; ii) si indicano gli stanziamenti disponibili e da inserire nel bilancio di previsione, sulla base dei quali stabilire il valore complessivo dell'appalto da porre a base d'asta; iii) si quantificano le risorse da destinare al "fondo" incentivazione.

In altre parole, aveva ritenuto questa Sezione che la disciplina regolante il rapporto tra Ente e il suo dipendente – trattandosi di rapporto obbligatorio di natura privatistica - fosse quella fissata nel momento genetico da cui scaturisce l'obbligo di rendere la specifica prestazione [di "progettazione",

ovvero di programmazione, di direzione lavori, di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici (ex art. 24, D.Lgs. n. 50/2016)], e che tale momento sia, appunto, quello come sopra indicato.

10. Ovviamente, trattandosi di prestazioni che, soprattutto se riferite all'esecuzione di lavori, possono essere rese in un arco di tempo ampio, è del tutto plausibile che la disciplina del rapporto possa essere incisa con modifiche apportate da successive fonti normative e/o contrattuali. Anche da questa considerazione possono trarre fondamento i dubbi espressi dal Comune istante.

Non è dubbio, infatti, che il contenuto della prestazione obbligatoria debba conformarsi alle regole vigenti al momento in cui essa viene resa: ad esempio, quando la norma sopravvenuta richieda l'adeguamento a certi standard tecnici o giuridici o di qualità, o il rispetto di talune prescrizioni in materia di certificazioni, di tracciabilità, e così oltre. Si tratta, a ben vedere, di disposizioni che incidono non già sulla fonte dell'obbligo, o sulla obbligatorietà della prestazione, ma solo sul suo contenuto, ovvero sui requisiti che la prestazione deve avere per essere considerata correttamente adempiuta.

In questo contesto può anche accadere che la prestazione, lecita al momento in cui è sorta, diventi illecita e, quindi, vietata, prima di essere adempiuta.

C'è da chiedersi se questa sia la situazione venutasi a determinare per il pagamento dell'incentivo per la progettazione (ex art. 93, D.Lgs. n. 163/2006) riferito ad attività che, seppure in precedenza previste, siano state adempiute solo successivamente alla novella (art. 113 D.Lgs. n. 50/2016).

11. A parere di questa Sezione così non è.

In via preliminare si rileva che sulla questione qui in discussione non si rinvencono precedenti pronunciamenti della Sezione delle Autonomie, dal momento che la delibera n. 18/2016 ha espresso principi di diritto su tutt'altri quesiti. In quella sede, passandosi in rassegna le disposizioni normative regolanti l'incentivo, ci si è limitati a menzionare la novità introdotta dall'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016, segnalando che la nuova normativa, sostitutiva della precedente, abolisce il previgente regime di incentivo alla progettazione (art. 93, D.Lgs. n. 163/2006), sostituendolo con nuove forme di "incentivazione per funzioni tecniche", sulla base di nuove disposizioni che, ai

sensi della disciplina transitoria (articoli 216 e 217), troveranno applicazione per le sole attività poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore, ossia il 19 aprile 2016. Tale affermazione, oltre ad essere senz'altro condivisibile, nei termini di cui si dirà, non prende posizione *ex professo* sulla questione qui in esame.

A questo punto mette conto esaminare criticamente quanto, invece, affermato dall'ANAC nella Delibera n. 973 del 14 settembre 2016 - Linee Guida n. 1, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", ove, al capito III, paragrafo 1.3, si legge: *"Nel caso di ricorso alla progettazione interna non potrà essere applicato l'incentivazione del 2%, espressamente vietata dalla legge delega 11/2016 (art. 1, comma 1, lettera oo), principio recepito dall'art. 113, comma 2 del decreto legislativo n. 50/2016"*.

L'affermazione secondo cui la legge delega n. 11/2016 abbia espressamente "vietato" l'applicazione dell'incentivazione precedentemente prevista, merita un approfondimento.

La legge di delega, all'art. 1, comma 1, let. rr (per errore indicata come oo nella citata delibera), è del seguente letterale tenore: *"(principi e criteri direttivi specifici ai quali il Governo dovrà attenersi) revisione e semplificazione della disciplina vigente per il sistema della validazione dei progetti, stabilendo la soglia di importo al di sotto della quale la validazione è competenza del responsabile unico del procedimento nonché il divieto (sottolineatura aggiunta), al fine di evitare conflitti di interesse, dello svolgimento contemporaneo dell'attività di validazione con quella di progettazione; al fine di incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera, è destinata una somma non superiore al 2 per cento dell'importo posto a base di gara per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alla programmazione della spesa per investimenti, alla predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione"*.

A ben vedere, l'unico "divieto" che la disposizione prescrive riguarda *"lo svolgimento contemporaneo dell'attività di validazione con quella di progettazione"*, e ciò per evitare conflitti di interesse.

Nulla del genere, invece, per quanto attiene la disciplina dell'incentivo; la delega si limita, infatti, a prevedere che siano incentivate attività diverse da quelle precedentemente indicate, "escludendo" l'applicazione degli incentivi alla progettazione.

Conformemente alla delega, l'art. 113 ha indicato le attività oggetto di nuova incentivazione. Tale (nuova) disciplina *"si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte"* (art. 216, comma 1); di conseguenza è stato abrogato l'art. 93 del D.Lgs. n. 163/2006 (unitamente all'abrogazione dell'intero articolato, ex art. 217).

12. In altre parole la vicenda che ha riguardato l'incentivo alla progettazione è da inquadrarsi in un normale avvicendamento di discipline diverse, con applicazione delle nuove disposizioni alle future fattispecie e ciò in ossequio al principio della irretroattività della legge.

La circostanza che l'ordinamento non si sia espresso sulla non meritevolezza o sulla sopravvenuta illiceità del pagamento dell'incentivo per le prestazioni precedentemente affidate e ancora da eseguire, impedisce di pervenire alla conclusione che la nuova disciplina sia di impedimento alla conclusione del programma obbligatorio generatosi sotto la vigenza dell'abrogato art. 93. Nel caso in questione, infatti, si discute di un rapporto obbligatorio, lecitamente instauratosi tra ente (datore di lavoro) e lavoratore, avente ad oggetto diritti patrimoniali da eseguirsi con il pagamento dell'incentivo al verificarsi dell'adempimento della controparte, alle condizioni che ne impongono la liquidazione così come disciplinate dall'art. 93 citato.

13. Conclusivamente, in ordine ai quesiti posti, si conferma l'orientamento espresso da questa Sezione nel richiamato parere n. 3/2015, nel senso che la disciplina regolante l'incentivo alla progettazione resta quella vigente al momento in cui l'opera è stata inserita nei documenti di

programmazione, indipendentemente dal momento in cui le prestazioni incentivate vengono in concreto poste in essere.

Quanto alle opere già approvate e in corso di realizzazione alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, l'adempimento della obbligazione pecuniaria (il pagamento), seppure oggetto di uno speciale "procedimento" amministrativo e contabile, non è impedito dal principio "*tempus regit actum*" per la ragione che: i) trattasi di rapporto obbligatorio di natura privatistica; ii) l'esclusione dell'incentivo alla progettazione è espressamente riferita alle procedure di gara non ancora attivate al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa; iii) il pagamento non trova un chiaro e univoco divieto in alcuna disposizione di legge posta in rassegna da questa Sezione, né è precluso da altre disposizioni che impediscano il compimento di tale atto, al tempo in cui deve essere posto in essere.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Basilicata, rende nelle sopra esposte considerazioni il proprio parere sulla richiesta formulata dal Presidente della Provincia di Potenza con la nota in epigrafe citata.

DISPONE

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della segreteria della Sezione, all'Amministrazione richiedente.

Così deciso nella Camera di consiglio del 6 marzo 2017.

IL MAGISTRATO RELATORE

F.to Giuseppe Teti

IL PRESIDENTE

F.to Rosario SCALIA

Depositata in Segreteria il 20 aprile 2017

IL FUNZIONARIO PREPOSTO AL
SERVIZIO DI SUPPORTO

F.to Dott. Giovanni CAPPIELLO