



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

*Nell'adunanza del 25 luglio 2018
composta dai magistrati:*

Diana CALACIURA	Presidente
Giampiero PIZZICONI	Consigliere
Amedeo BIANCHI	Consigliere
Francesca DIMITA	Primo Referendario relatore

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;
VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;
VISTA la Legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;
VISTO il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti modificato da ultimo con deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 229 del 19 giugno 2008 con il quale è stata istituita in ogni Regione ad autonomia ordinaria la Sezione regionale di controllo, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000;
VISTA la Legge 5 giugno 2003, n. 131 recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3", ed in particolare, l'art. 7, comma 8°;
VISTI gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004, come modificati e integrati dalla delibera n. 9/SEZAUT/2009/INPR del 3 luglio 2009 e, da ultimo dalla deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 54/CONTR del 17 novembre 2010;
VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Fossalta di Portogruaro prot. n. 4163 del 17/05/2018, acquisita al prot. C.d.c. n. 0005388-21/05/2018-SC_VEN-T97-A;
VISTA l'ordinanza del Presidente n. 40/2018 di convocazione della Sezione per l'odierna seduta;
UDITO il relatore, Primo Referendario Francesca Dimita,

FATTO

Il Sindaco del Comune di Fossalta di Portogruaro, tenuto conto degli ultimi approdi giurisprudenziali in materia di incentivi per funzioni tecniche (deliberazione n. 6/2018/SEZAUT/QMIG), sulla base delle modifiche normative introdotte dalla L. n. 205/2017, riguardanti la contabilizzazione delle risorse ad essi destinate nei bilanci delle amministrazioni pubbliche, chiede se le conclusioni alle quali era giunta questa Sezione regionale di controllo (deliberazione n. 353/2016/PAR) e le considerazioni espresse dalla Sezione Regionale di controllo per la Basilicata (deliberazione n.

7/2017/PAR) siano ancora attuali, avuto riguardo alla possibilità di liquidare (a far data dal 2014) le somme accantonate prima della adozione, da parte delle amministrazioni medesime, del regolamento previsto dal Codice degli appalti (vecchio e nuovo) e di fare riferimento, a tal fine, ai “patti sindacali” ossia al contenuto della contrattazione decentrata integrativa.

DIRITTO

Della richiesta di parere indicata nelle premesse deve essere esaminata, preliminarmente, l’ammissibilità, sotto i profili soggettivo e oggettivo, alla luce dei criteri elaborati dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti ed esplicitati, in particolare, nell’atto di indirizzo del 27 aprile 2004 nonché nella deliberazione n. 5/AUT/2006 del 10 marzo 2006.

Sotto il primo profilo, la richiesta deve ritenersi ammissibile, in quanto sottoscritta dal Sindaco dell’ente, organo politico e di vertice, rappresentante legale del medesimo.

Sotto il profilo oggettivo, deve essere verificata l’attinenza della questione alla materia della “contabilità pubblica”, così come delineata nella Deliberazione delle Sezioni Riunite n. 54/CONTR del 17 novembre 2010 ed, ancor prima, nella citata deliberazione della Sezione Autonomie n. 5/AUT/2006 nonché, da ultimo, nella deliberazione della Sezione delle Autonomie, n. 3/SEZAUT/2014/QMIG.

Devono essere valutate, inoltre, la generalità e l’astrattezza della questione.

Quanto al primo aspetto, la Corte ha affermato che la “nozione di contabilità pubblica”, pur assumendo, tendenzialmente, “un ambito limitato alla normativa e ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l’attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l’acquisizione delle entrate, l’organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l’indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli” (deliberazione 5/AUT/2006), non può non involgere – pena l’incompletezza della funzione consultiva delle Sezioni regionali – quelle questioni che risultino connesse “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” (deliberazione n. 54/CONTR/2010).

In questa accezione di “contabilità pubblica”, nell’ambito del corretto utilizzo delle risorse pubbliche e della gestione della spesa pubblica, rientrano certamente le questioni attinenti l’individuazione dell’ambito applicativo di disposizioni che disciplinano la contabilizzazione e la gestione di particolari categorie di spese (nella specie quelle per incentivi tecnici al personale), quali gli artt. 93 del D.lgs. n. 163/2006 e 113 del D.lgs. n. 50/2016.

Il quesito formulato dal Sindaco del Comune di Fossalta di Portogruaro, inoltre, può ritenersi sufficientemente generale ed astratto.

La richiesta di parere all’esame di questa Sezione ha ad oggetto gli incentivi per funzioni tecniche disciplinati dal precedente e dall’attuale Codice degli appalti e, specificamente, la possibilità di ripartire le somme accantonate prima della adozione del regolamento previsto dalla normativa richiamata, allo scopo di remunerare prestazioni rese in precedenza dai dipendenti dell’ente.

La questione è stata già affrontata da questa e da altre Sezioni regionali di controllo.

Nella deliberazione n. 353/2016/PAR (espressamente menzionata nella richiesta di parere), questa Sezione si è pronunciata su alcuni quesiti interpretativi incentrati sul previgente art. 93 del D.lgs. n. 163/2006: in particolare, dopo aver affermato l'irretroattività del regolamento ivi previsto, espressamente finalizzato, nel testo della norma, alla quantificazione della "percentuale effettiva" delle risorse da destinare ad apposito fondo nonché a disciplinare, mediante il recepimento dei criteri definiti in sede di contrattazione decentrata, il riparto del fondo medesimo tra i dipendenti interessati, ha concluso che la disciplina regolamentare è "*condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate*" e che, comunque, nelle more della adozione di tale atto, l'ente possa provvedere all'accantonamento delle risorse entro i limiti percentuali normativamente fissati (non più del 2 per cento sull'importo dei lavori, servizi o forniture).

Ad analoga conclusione è giunta anche la Sezione di controllo per la Basilicata (deliberazione n. 7/2017/PAR, del pari, richiamata nella richiesta di parere), anche se attraverso un percorso argomentativo differente, caratterizzato dalla previa individuazione del momento di insorgenza del diritto al compenso e dall'analisi della diversa incidenza, su tale genesi, dei presupposti contemplati dalla norma, con un distinguo tra contrattazione collettiva decentrata integrativa e regolamento vero e proprio.

In sostanza, a prescindere dal momento genetico del diritto e dalla qualificazione dei presupposti contemplati dalla norma, l'adozione del regolamento è stata ritenuta presupposto necessario ai fini della remunerazione anche delle prestazioni svolte in precedenza, sulla base dei criteri e delle modalità da esso recepite e dell'ammontare complessivo del Fondo ivi stabilito. In tal senso, si è espressa anche la Sezione Lombardia, secondo cui i "nuovi" incentivi previsti dall'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 possono essere erogati una volta adottato il regolamento, anche se relativi a funzioni tecniche espletate nel periodo anteriore, purché in riferimento a procedure bandite dopo l'entrata in vigore del suddetto Decreto legislativo e mediante l'utilizzazione delle somme accantonate nel quadro economico riguardante lo specifico appalto (deliberazioni n. 191/2017/PAR e n. 305/2017, PAR).

In merito alla irretroattività del regolamento, affermata in linea di principio da questa Sezione nella citata delibera - in ragione della natura di atto normativo allo stesso attribuibile e della conseguente applicazione dell'art. 11 delle Preleggi - ed esclusa, invece, dalla Sezione Basilicata, limitatamente a quella parte dell'atto finalizzata al recepimento degli esiti della contrattazione collettiva decentrata integrativa, appare opportuno formulare alcune considerazioni, che consentiranno di affrontare i profili problematici segnalati dall'ente.

Deve rilevarsi, preliminarmente, che, nell'art. 93 del vecchio codice degli appalti - nel testo modificato dall'art. 13-bis della L. n. 114/2014 (di conversione del D.L. n. 90/2014) - il regolamento in questione, come si è già evidenziato, oltre a disciplinare il riparto del fondo, attraverso l'assunzione dei criteri e delle modalità stabilite in sede di contrattazione decentrata integrativa, definiva, altresì, la percentuale "effettiva" delle risorse da impiegare, entro il limite massimo del 2% degli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori.

Nell'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016, invece, al regolamento non è più demandata la definizione della percentuale effettiva delle risorse da destinare al fondo, ma esso

rimane strumento della disciplina di dettaglio riguardante tutti gli aspetti del riparto di tali risorse non oggetto di specifica previsione da parte della norma, qualificandosi, in maniera ancor più inequivocabile, quale presupposto necessario della erogazione degli incentivi per funzioni tecniche (*“L’ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento, adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori”*).

Fatta questa precisazione, deve rilevarsi che, sia con riguardo alle disposizioni del vecchio codice che con riguardo a quelle attualmente in vigore, la conclusione secondo cui, a seguito dell’adozione del regolamento, si può disporre la ripartizione degli incentivi per attività espletate dopo l’entrata in vigore delle disposizioni medesime ma prima di tale adozione, mediante l’utilizzazione delle somme accantonate, non si pone in contrasto con l’irretroattiva del regolamento, comunque riferibile, ad avviso di questa Sezione, all’atto nella sua interezza, senza distinzioni.

Gli incentivi in esame, diversamente da quanto accade per il trattamento retributivo (principale o accessorio) dei pubblici dipendenti, di competenza della contrattazione collettiva nazionale, sono previsti dalla legge – attualmente, art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 – che definisce le prestazioni (espletamento di funzioni tecniche, appunto, analiticamente individuate) che danno luogo alla corresponsione degli stessi; lo speciale trattamento retributivo in questione, dunque, trova la propria fonte in una norma, la quale prevede, ai fini della corresponsione – *rectius* ripartizione del fondo all’uopo accantonato – la fissazione dei criteri e della modalità di distribuzione delle risorse ad esso specificamente “destinate” in sede di contrattazione collettiva decentrata e l’adozione di “apposito regolamento”.

Quest’ultimo costituisce un *“passaggio fondamentale per la regolazione interna della materia”* (deliberazione SEZAUT/18/2016/QMIG), strumento di adattamento della disciplina normativa alle specifiche esigenze dell’ente, legate alle singole procedure di appalto, ma, nell’ottica che qui interessa, è soprattutto l’atto che, recependo i criteri e le modalità individuati dalla contrattazione decentrata, consente il riparto delle risorse accantonate e rende determinabile il *quantum* dell’incentivo spettante ai singoli dipendenti, con ciò sancendo il sorgere della pretesa patrimoniale (ovvero del diritto) alla corresponsione del trattamento accessorio.

In vero, il momento in cui può dirsi sorto il diritto alla erogazione degli incentivi (per la progettazione, prima, e per le funzioni tecniche, attualmente), in passato, era stato identificato con l’espletamento della prestazione. In particolare, la Sezione delle Autonomie e, seguendone l’orientamento, anche alcune Sezioni regionali di controllo, avevano ritenuto, sulla scorta di una pronuncia della Suprema Corte (sentenza n. 13384 del 19 luglio 2004), che il diritto all’incentivo – ossia quello allora previsto dall’art. 18 della L. n. 109/1994 – costituisse *“un vero e proprio diritto soggettivo di natura retributiva (...) che inerisce al rapporto di lavoro in corso, nel cui ambito va individuato l’obbligo dell’Amministrazione di adempiere, a prescindere dalle condizioni e dai presupposti per rendere concreta l’erogazione del compenso”* e che *“dal compimento dell’attività nasce il diritto al compenso”* (deliberazione n. 7/2009/QMIG).

Di recente, tuttavia, sempre con riferimento ad una fattispecie sorta nella vigenza della

disciplina anteriore al Codice degli appalti, la Corte di Cassazione ha chiarito il proprio orientamento, precisando che i principi affermati nella sentenza del 2004 non avallano affatto la possibilità di riconoscere il diritto all'incentivo in assenza del regolamento (allora prescritto dall'art. 18 della L. n. 109/1994, a seguito delle modifiche introdotte prima dall'art. 16 della L. n. 127/2007 e poi dall'art. 13 della L. n. 144 del 1999) e che, in ogni caso, *"l'incentivo può essere attribuito se previsto dalla contrattazione collettiva decentrata e se sia stato adottato l'atto regolamentare della Amministrazione aggiudicatrice volto alla precisazione dei criteri di dettaglio per la ripartizione delle risorse finanziarie confluite nel Fondo"* (Cass. civ. sez. lav., sentenza 5 giugno 2017, n. 13937/2017).

Sulla base del tenore, assolutamente analogo, sotto il profilo considerato, delle disposizioni sin qui menzionate ed alla luce delle condivisibili conclusioni alle quali è giunto anche il Giudice del lavoro, non può configurarsi un diritto soggettivo alla erogazione dell'incentivo (per la progettazione o per funzioni tecniche) prima della adozione del regolamento. In altri termini, secondo il chiaro disposto tanto del previgente art. 93 del D.lgs. n. 163/2016 - ancora applicabile alle fattispecie afferenti alle procedure bandite prima della entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti - quanto dell'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016, lo svolgimento delle attività tecniche (ed amministrative) non costituisce, in sé, un fatto compiuto generatore della pretesa patrimoniale (essendo, a tal fine, necessario il regolamento e la fissazione dei criteri di riparto del fondo, la cui assenza, sempre secondo la Suprema Corte, non può essere ovviata attraverso l'esercizio della potestà di cui all'art. 2099 c.c.) o, comunque, determinante l'acquisizione definitiva di una utilità da parte dei soggetti interessati.

L'assoggettamento alla disciplina regolamentare del riparto delle risorse accantonate tra i dipendenti che abbiano svolto le attività in questione, purché effettuato con riferimento alle norme *ratione temporis* applicabili alla fattispecie, secondo il criterio di regolazione in esse espressamente previsto o, in mancanza, in base al disposto dell'art. 11 delle Preleggi, dunque, non concretizza una estensione retroattiva degli effetti di tale disciplina ovvero una violazione del principio di irretroattività.

Deve certamente escludersi, invece, che il regolamento possa avere ad oggetto riparti già effettuati, al fine di porre rimedio, con effetto *ex tunc*, al mancato, tempestivo adeguamento a quanto prescritto dalla legge, come non potrebbe lo stesso - con riferimento alle procedure di appalto instaurate nel vigore dell'art. 93 del D.lgs. n. 163/2006 - *"modificare a posteriori l'aliquota effettiva di risorse già destinate al fondo"* (Sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 7/2017, cit).

L'irretroattività, inoltre, va valutata in relazione al contenuto dell'atto *de quo* ovvero agli aspetti che esso regola e che può legittimamente regolamentare. L'art. 113, in particolare, ne colloca la disciplina esclusivamente nell'ambito del riparto delle risorse finanziarie del fondo e della determinazione delle modalità di quantificazione del corrispettivo, provvedendo alla individuazione analitica delle varie tipologie di prestazioni rilevanti ai fini dell'attribuzione del trattamento accessorio, con la conseguenza che è alla norma soltanto che occorre fare riferimento, sia sotto il profilo temporale che della corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta ivi prevista, per stabilire se una prestazione possa essere o meno riconosciuta, una volta sussistenti tutti i presupposti dei quali si è detto.

In conclusione, l'irretroattività del regolamento non preclude, per le ragioni dianzi specificate, la ripartizione delle risorse in precedenza accantonate e ciò rende legittimo

l'accantonamento, in misura ovviamente conforme al limite normativo, nelle more dell'adozione di tale atto.

Al fine di fugare ogni dubbio in merito ed evitare problemi applicativi alle amministrazioni, comunque, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che chiarisse la portata temporale delle norme regolamentari, anche prevedendo una espressa (e possibile) deroga al principio di irretroattività.

Il quadro appena delineato va valutato alla luce del principio di diritto enunciato dalla Sezione delle Autonomie nella deliberazione n. 6/2018, secondo cui gli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 non soggiacciono al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, comma 2, del D.lgs. n. 75/2017. Sulla base dello *ius superveniens*, la Sezione ha superato il precedente orientamento, in base al quale gli incentivi erano, invece, da includere nel tetto del trattamento accessorio (deliberazioni n. 7/SEZAUT/2017/QMIG e 24/SEZAUT/2017/QMIG).

L'ente richiedente, infatti, ha espresso perplessità circa la compatibilità del suddetto, nuovo principio con la ritenuta utilizzabilità delle risorse accantonate ai fini del riparto, una volta adottato il regolamento.

Le perplessità sembrerebbero prendere le mosse dalla considerazione che, una volta esclusi gli incentivi dalle voci di bilancio che riguardano la spesa di personale, in forza del comma 5-bis dell'art. 113, introdotto dall'art. 1, comma 526, della L. n. 205/2017, che li ha collocati sui capitoli di spesa previsti per i singoli lavori, servizi e forniture, verrebbe meno l'impianto argomentativo che giustifica il riparto nei termini anzi detti.

In vero, sia la modifica normativa che la conseguente interpretazione della disciplina sugli incentivi formulata dalla Sezione delle Autonomie non appaiono in contrasto con le conclusioni sin qui esposte.

Nella pronuncia del 2018, si afferma che; l'allocazione contabile degli incentivi nell'ambito dei medesimi capitoli di spesa dei singoli lavori, servizi o forniture, se pure *"potrebbe non mutarne la natura di spesa corrente - trattandosi, in senso oggettivo, di emolumenti di tipo accessorio spettanti al personale"* - tuttavia, *"sembra consentire di desumere l'esclusione di tali risorse dalla spesa del personale e della spesa per il trattamento accessorio"*; la *ratio legis* è quella *"di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure"*; in definitiva, *"l'allocazione in bilancio degli incentivi tecnici stabilita dal legislatore ha l'effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale dell'opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici"*.

Ne emerge, in sostanza, la presa d'atto della considerazione, in termini di specialità, degli incentivi in esame, non a caso *"disciplinati da una disposizione di legge speciale, valevole per i dipendenti di tutte le amministrazioni pubbliche, a differenza degli emolumenti accessori aventi fonte nei contratti collettivi nazionali di comparto"* (deliberazione n. 6/SEZAUT/2018/QMIG), che trovano origine nella legge e non nella contrattazione collettiva (e men che meno quella decentrata integrativa, cui compete, nella specie, soltanto la fissazione dei criteri di riparto tra i dipendenti del fondo all'uopo stanziato). La contabilizzazione delle risorse secondo un modello predeterminato ed al di fuori dei

capitoli destinati alla spesa di personale non collide con la possibilità di ripartire le risorse del fondo per remunerare le prestazioni tecniche precedentemente rese dai dipendenti, una volta adottato il regolamento, così come sin qui argomentato - tenuto conto del vincolo al trattamento accessorio di cui all'art. 23, comma 2, del D.lgs. n. 75/2017, nei termini indicati, da ultimo, nella deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 6/2018 - generando semmai il dubbio che la speciale disciplina contabile, per effetto delle modifiche introdotte dal citato art. 1, comma 526, della L. n. 205/2017, abbia conformato anche la natura giuridica del trattamento economico in questione. Vero è che - come prospettato dall'ente nella richiesta di parere - nel quadro appena delineato ed alla luce delle considerazioni contenute nella deliberazione n. 6/2018 d'anziché riportate, non sembra avere più molta utilità distinguere tra contrattazione decentrata integrativa e Regolamento destinato a recepirla ai fini della individuazione della genesi del diritto a percepire gli incentivi per funzioni tecniche; tanto più che, in ogni caso, essa non consente (e non consentiva secondo l'orientamento delle Sezioni regionali di controllo, in generale) di liquidare gli incentivi in assenza del prescritto regolamento.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo per il Veneto rende il parere nei termini d'anziché precisati.

Copia del parere sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco del Comune di Fossalta di Portogruaro (VE).

Così deliberato in Venezia, nella Camera di consiglio del 25 luglio 2018.

Il Magistrato relatore

F.to Francesca Dimita

Il Presidente

F.to Diana Calaciura Traina

Depositata in Segreteria il 25 luglio 2018

Per IL DIRETTORE DI SEGRETARIA

F.to Dott.ssa Alessia Boldrin