



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Art. 113 d.lgs. 50/2013 – incentivi per funzioni tecniche – richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 36/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 3 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 33411 ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 20 luglio 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa al regime di diritto intertemporale applicabile all’istituto degli incentivi tecnici, quale disciplinato dall’art.113 del d.lgs. 50/2016, si rinvia all’avviso espresso sul tema dall’Autorità (delibera n. 72/2022, parere AG 2/2022), a tenore del quale a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice, il criterio di diritto transitorio enunciato dall’art. 216, comma 1, in difetto della previsione di espresse eccezioni, risulta generale e applicabile anche riguardo all’operatività della disciplina recata dall’art. 113 del d.lgs. 50/2016.

Secondo tale criterio, quindi, le disposizioni del d.lgs.50/2016 si applicano alle 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 (si rinvia sul tema alle indicazioni contenute nel Comunicato del Presidente dell’Autorità dell’11 maggio 2016).

Pertanto, anche le disposizioni dell’art.113 del Codice trovano applicazione esclusivamente per le procedure di aggiudicazione indette successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.

Con comunicato del Presidente dell’Autorità del 6 settembre 2017 (recante “Chiarimenti in ordine all’applicabilità delle disposizioni normative in materia di incentivi per le funzioni tecniche”), è stato ulteriormente chiarito che le disposizioni di cui all’art. 113 del nuovo Codice si applicano alle attività incentivate svolte successivamente all’entrata in vigore del Codice.

Pertanto, le previsioni di cui all’art.113 del Codice trovano applicazione «per le procedure di aggiudicazione indette successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 e con riferimento alle attività previste dalla norma ed espletate successivamente all’entrata in vigore del Codice stesso. Le fattispecie concrete verificatesi prima di tale vigenza, sempre inclusive degli incentivi tecnici, restano invece regolate dalla normativa (legislativa e regolamentare) precedente (Corte dei conti, sez. contr. Liguria n. 31/2019/PAR). (...) anche le attività tecniche riferite a procedure di affidamento concluse prima dell’adozione del d.lgs. 50/2016 (quindi in vigenza del d.lgs. 163/2006)

ma svolte dopo la sua entrata in vigore, restano disciplinate dal previgente art. 93 del d.lgs. 163/2006 e dalla relativa fonte regolamentare adottata dalla stazione appaltante» (delibera n. 74/2022 -parere AG/2022).

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra che, secondo quanto osservato nei pareri sulla normativa AG 22/2012 e AG 13/2010 dell'Autorità, l'incentivo assolve alla funzione di compensare il personale dipendente dell'amministrazione che abbia in concreto effettuato la redazione degli atti incentivabili; detto emolumento, infatti, può essere corrisposto al solo personale dell'ente che abbia materialmente redatto l'atto e ciò in funzione incentivante e premiale per l'espletamento di servizi propri dell'ufficio pubblico. La *ratio legis* è di favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne ad ogni amministrazione e di assicurare un risparmio di spesa sugli oneri che l'amministrazione dovrebbe sostenere per affidare all'esterno gli incarichi.

Le forme di incentivazione per funzioni tecniche, ora riconosciute anche in relazione ad appalti per forniture e servizi, costituiscono eccezioni al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e pertanto possono essere riconosciuti solo per le attività espressamente e tassativamente previste dalla legge (Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazioni n. 9/2018, n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR).

Va poi aggiunto che secondo l'avviso espresso dalla giurisprudenza contabile, in coerenza con l'orientamento dell'Autorità (parere AG 41/2015), «solo il regolamento, nella sistematica della legge, è destinato ad individuare le modalità ed i criteri della ripartizione, oltre alla percentuale, che comunque non può superare il tetto massimo fissato dalla legge» (sez. controllo Lombardia, deliberazione n. 185/2017/PAR e n. 93/2018/PAR). Pertanto, l'adozione del regolamento è ritenuta condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate nel fondo (ex multis, Sez. controllo Veneto n. 353/2016/PAR; Sez. controllo Regione autonoma Friuli Venezia Giulia n. 6/2018/PAR e, Sezione controllo Lombardia, deliberazioni n. 385/2019/PAR, 96/2019/QMIG e n. 305/2017/PAR).

Quanto alla questione relativa alla possibilità per il Regolamento previsto dall'art. 113 del Codice, di disciplinare la ripartizione degli incentivi per le attività svolte prima della sua adozione da parte della stazione appaltante, l'Autorità ha chiarito che «la propedeuticità del Regolamento ai fini del perfezionamento del diritto all'incentivo, non impedisce che lo stesso possa disporre la ripartizione degli incentivi anche prima dell'adozione del regolamento medesimo, utilizzando le somme già accantonate allo scopo nel quadro economico riguardante la singola opera (...)» (delibera n. 72/2022 cit.).

In tal senso si è espressa anche la Corte dei Conti la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: «ove una amministrazione locale abbia omesso di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente *ratione temporis* (legge n. 109/1994; d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento funzionale alla distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, detto regolamento potrà essere adottato *ex post*, nel rispetto dei limiti e parametri che la norma del tempo imponeva, a condizione che le somme relative agli incentivi alla progettazione siano state accantonate ed afferiscano a lavori banditi in vigenza della suddetta normativa del tempo. Trova in tali ipotesi applicazione, in virtù del principio di elaborazione giurisprudenziale, *tempus regit actionem*, la normativa vigente al momento in cui prende avvio il procedimento amministrativo, con conseguente inapplicabilità dello *ius superveniens*. Una cristallizzazione normativa del suddetto principio si riscontra nell'art. 216, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 50/2016, che legittima una lettura dei precedenti artt. 92 e 93 del d.lgs. n. 163/2006 nel senso della loro ultrattività, a conforto della necessità, in specifiche e ben

delimitate fattispecie, di un temperamento degli effetti che andrebbero a scaturire da una rigorosa applicazione del principio *tempus regit actum*» (Deliberazione n. 16/2021/QMIG, Sezione delle Autonomie della Corte dei conti).

Pertanto, «il Regolamento che disciplina le modalità di riparto dell'incentivo per le attività indicate dall'art. 113 del Codice, può disciplinare anche la ripartizione del predetto emolumento in relazione alle attività tecniche relative alle procedure di affidamento di contratti pubblici avviate successivamente alla data di entrata in vigore del Codice, anche se eseguite prima dell'entrata in vigore dello stesso Regolamento, previo stanziamento e accantonamento delle somme a copertura delle relative spese» (del. 72/2022 cit.).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente il 28 luglio 2022