



DELIBERA N. 74 del 16 febbraio 2022

Oggetto

.....OMISSIS..... – art. 113 del d.lgs. 50/2016 – problematiche di diritto intertemporale - Richiesta parere.

AG 2-2022

Riferimenti normativi

Art. 113 d.lgs. 50/2016 – art. 5, comma 10, del d.l. 121/2021, conv. in l. 156/2021

Parole chiave

Incentivo per funzioni tecniche – regolamento – retroattività.

Massima

Le disposizioni 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 disposizioni dell'art. 113 citato, non trovano applicazione nel caso di attività che, ancorché eseguite dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 si riferiscono a procedure di affidamento di contratti pubblici svolte prima, cioè in vigenza del d.lgs. 163/2006. In tale ipotesi continuano a trovare applicazione le previsioni dell'art. 93 del citato d.lgs. 163/2006 e le correlate fonti regolamentari interne.

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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 16 febbraio 2022

Premessa

Con nota pervenuta in data 23 dicembre 2021, acquisita al prot. n. 92454,OMISSIS....., nella personaOMISSIS....., ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine all'applicazione dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016, relativo alla disciplina in materia di incentivi per funzioni tecniche.

Più in dettaglio, nell'istanza di parere è stato sottolineato cheOMISSIS..... ha adottato un Regolamento per la disciplina degli incentivi sopra indicati, con delibera n. 598 del 5 gennaio 2020. Tale Regolamento prevede, all'art. 9, comma 1, in conformità alle previsioni del Codice, che lo stesso deve trovare applicazione alle attività riferibili a contratti pubblici affidati con procedure di gara avviate successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, anche se svolte antecedentemente alla data di entrata in vigore del predetto Regolamento, purché siano state accantonate le risorse economiche necessarie.



Nulla è disposto, invece, in relazione alle attività che, pur riferendosi a procedure di affidamento avviate prima dell'adozione del d.lgs. 50/2016, siano state svolte effettivamente dopo la sua entrata in vigore.

A tal riguardoOMISSIS.... ritiene che i soggetti che abbiano svolto, dopo il predetto termine, e che continuino a svolgere attività incentivabili, anche se inerenti procedure di gara avviate prima dell'entrata in vigore del Codice, debbano essere destinatari degli emolumenti incentivanti.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, l'istante chiede all'Autorità di chiarire se sia possibile riconoscere gli incentivi di cui all'art. 113 del d.lgs. 50/2016 al personale (RUP e DEC) incaricato di svolgere funzioni tecniche in ordine all'esecuzione di contratti pubblici stipulati prima dell'entrata in vigore del Codice, con riferimento alle attività effettuate successivamente a tale data.

Considerato l'interesse generale che la questione sollevata può rivestire per le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si osserva quanto segue.

Considerazioni

Al fine di esprimere avviso sulla questione sopra illustrata, sembra opportuno osservare preliminarmente che la disciplina degli incentivi per funzioni tecniche, introdotta con legge n. 109/1994 (La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici) e successivamente innovata con d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) è attualmente contenuta nell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), quale disposizione attuativa del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 1, lett. rr) della legge n. 11/2016 (delega per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) a tenore del quale (tra l'altro) «(...) 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».

Come emerge dal criterio di delega sopra richiamato, la disciplina in tema di incentivi, volta principalmente a favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne ad ogni amministrazione e ad assicurare un risparmio di spesa sugli oneri che la stazione appaltante dovrebbe sostenere per affidare all'esterno gli incarichi (in tal senso Anac pareri AG 22/2012 e AG 13/2010) è altresì finalizzata, secondo quanto previsto dalla citata l. 11/2016, anche ad "incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte", quindi in funzione premiale e incentivante per il personale coinvolto nelle attività indicate nella disposizione.

In coerenza con tali finalità, l'art. 113 del d.lgs. 50/2016 stabilisce (per quanto di interesse in questa sede) che a valere sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti «le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. [...].



La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione» (comma 2).

L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo così costituito «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» sopra indicate nonché tra i loro collaboratori (comma 3). Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2 è invece destinato alle finalità indicate nel comma 4.

Inoltre, ai sensi del comma 5-bis (comma aggiunto dalla l.n. 27 dicembre 2017, n. 205), gli «incentivi fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture».

Dall'esame delle disposizioni che precedono, deriva quindi che la norma, in coerenza con il criterio di delega sopra citato, individua un elenco tassativo di attività incentivabili e di soggetti beneficiari dell'incentivo, stabilendo la corresponsione dell'emolumento de quo per le attività di programmazione della spesa per investimenti, valutazione preventiva dei progetti, predisposizione e il controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, le funzioni di RUP, direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione, collaudo tecnico amministrativo ovvero verifica di conformità e funzioni di collaudatore statico, ove necessario (rispetto al previgente art. 93 del d.lgs. 163/2006, con l'art. 113 è stato ampliato il ventaglio di attività oggetto di incentivazione, ma non sono più previste a tali fini, le attività di redazione del progetto e del piano della sicurezza).

Quanto alle condizioni per il riconoscimento dell'incentivo, inoltre, in continuità rispetto alle previsioni del previgente art. 93, comma 7-bis, d.lgs. 163/2006, l'art. 113 del Codice prevede, in primo luogo, lo stanziamento e l'accantonamento di somme a copertura delle relative spese e, in secondo luogo, l'adozione di apposito Regolamento da parte dell'amministrazione, sulla base di quanto previsto in sede di contrattazione decentrata.

Più in dettaglio, l'art. 113, comma 2, sopra richiamato, stabilisce che il fondo per funzioni tecniche fa carico "sugli stanziamenti di cui al comma 1", ossia gli «stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti». Il comma 5-bis a sua volta evidenzia che «Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture».

Sussiste quindi l'obbligo, per la costituzione del fondo incentivante, della sussistenza degli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli appalti, nel bilancio della stazione appaltante.

Come sottolineato anche dalla Corte dei conti (sez. controllo Veneto, delibera n. 198/2018), infatti, gli incentivi per funzioni tecniche devono essere attinti, comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, dall'apposito fondo a valere sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e, più precisamente, dal medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture. Pertanto, il quadro economico determinato per il singolo lavoro (o fornitura/servizio) costituisce il primo e più importante limite alla spesa per gli incentivi tecnici, poiché il 2% richiamato dalla norma viene calcolato sulle somme predeterminate per il contratto da stipulare, non incidendo su ulteriori stanziamenti di bilancio (Corte dei conti, sez. reg. controllo Umbria, deliberazione n. 14/2018).

Quanto invece all'adozione del regolamento interno previsto dal comma 3 dell'art. 113, come evidenziato dall'Autorità, la percentuale effettiva dell'incentivo da corrispondere ai dipendenti che abbiano svolto le attività previste dalla norma, deve essere stabilita dal Regolamento medesimo che, per espressa previsione normativa, è l'unica fonte che può legittimamente disporre in ordine alla ripartizione di tale emolumento (pareri AG41/2015/AC e AG55/2015). Con la conseguenza che l'incentivo non può essere riconosciuto al personale interessato in assenza



dell'adozione del Regolamento previsto dalla norma (delibera Autorità n.100/2006; in termini anche Corte dei Conti, ex multis sez. contr. Veneto del. 405/2018 e sul rilievo della fonte regolamentare ai fini in esame, ex multis Corte dei conti, sez. contr. Sardegna, del. n. 1/2022/PAR).

L'Amministrazione, quindi, nelle more dell'approvazione del Regolamento e della stipula del contratto decentrato, in esecuzione dell'art. 113, può 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 l'emanazione dell'atto regolamentare.

Con specifico riferimento alla questione sollevata nell'istanza di parere in esame, relativa al regime di diritto transitorio applicabile all'istituto degli incentivi tecnici, quale disciplinato dall'art.113, nei termini indicati in premessa, si osserva che a decorrere dalla data di entrata in vigore del 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.

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.

Coerente avviso è stato espresso dalla Corte dei conti (ex multis sez. contr. Regione Piemonte Delibera n. 25/2019), la quale ha chiarito che la disciplina dettata dall'art. 113 citato debba essere applicata esclusivamente alle attività riferibili a contratti banditi successivamente al 19 aprile 2016 e che «Tale posizione non appare in contrasto con quanto comunicato dal Presidente dell'ANAC in data 6.9.2017, posto che, nel Comunicato, si richiama espressamente il consolidato orientamento della Corte dei Conti, maturato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, secondo cui rileva il momento di effettivo svolgimento delle attività e vengono espressamente menzionate e, dunque, escluse dal regime transitorio introdotto dall'art. 216 del d.lgs. 50/2016, quelle ipotesi in cui l'attività incentivata sia posta in essere "in una fase precedente all'avvio della procedura di selezione dell'aggiudicatario". È, infatti, proprio con riferimento a tali attività che, in attesa della pubblicazione del bando, si attribuisce rilievo, secondo il consolidato orientamento della Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, al momento di effettivo svolgimento delle attività incentivabili. Pertanto se tali attività sono state svolte prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, continua a trovare applicazione l'art. 93 d.lgs. 163/2006 anche qualora il bando sia stato pubblicato successivamente all'entrata in vigore della nuova disciplina» (Deliberazione n. 177/2017/SRCPIE/PAR cit).

Alla luce delle indicazioni del giudice contabile e dell'Autorità, pertanto, deve ritenersi che le disposizioni di cui all'art.113 del Codice trovino 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).

Pertanto, in relazione al quesito in esame, deve concludersi che 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.

La questione in esame, come sopra illustrata, investe inoltre una ulteriore problematica dibattuta in giurisprudenza e relativa alla possibilità per il Regolamento previsto dall'art. 113 del Codice, di disciplinare la ripartizione degli incentivi per attività svolte prima della sua adozione da parte della stazione appaltante.

In relazione a tale questione, infatti, è stato osservato 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 (ex multis Corte dei conti Sez. reg. controllo per la Lombardia, deliberazione n. 185/2017/PAR; Sez.reg. di controllo per il Veneto, deliberazione n. 353/2016/PAR; Sez.reg. di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 177/2017/PAR).

A fronte dell'avviso del giudice contabile sopra illustrato (invero non sempre univoco sul tema, come sottolineato nella delibera Corte dei conti, sez. autonomie, n. 16/2021) si è tuttavia registrato il diverso orientamento del giudice amministrativo il quale, sulla base della disciplina transitoria contenuta nel citato art. 216 del Codice, ha invece ritenuto che la previsione di un'applicazione parzialmente retroattiva della disciplina regolamentare sugli incentivi «contrasti con il principio di irretroattività dei regolamenti e va evitata tramite il ricorso al generale principio tempus regit actum (...)». Lo stesso giudice amministrativo, ha tuttavia sottolineato l'opportunità di un tempestivo intervento legislativo, volto a superare le incertezze applicative derivanti dalla disciplina di riferimento su tale aspetto (Consiglio di Stato in sede consultiva, parere n. 281/2021; e n. 145/2021).

Un intervento normativo in materia è stato invocato anche dall'Anac con Atto di segnalazione n. 1/2021 al fine di «fornire indicazioni alle amministrazioni aggiudicatrici circa l'ambito oggettivo degli emanandi regolamenti, in relazione alle attività riferibili a procedure di affidamento avviate successivamente alla data di entrata in vigore del Codice ma precedentemente alla data di entrata in vigore degli stessi».

Sul tema è successivamente intervenuta la Corte dei Conti, la quale partendo dall'avviso espresso in materia nel citato parere del Consiglio di Stato ed esaminando la disciplina transitoria dettata dall'art. 216 del Codice, ha avuto modo di enunciare il seguente principio di diritto: «ove una amministrazione locale abbia omissis di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente razione 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).

La Corte (tra l'altro) «a sostegno di una intangibilità non assoluta del principio della irretroattività in coerenza con la consolidata posizione della Corte costituzionale che non riconosce – se non in materia penale – in detto principio un valore costituzionale inviolabile, ammettendo, sin da tempi remoti, la legittimità di interventi legislativi retroattivi purché nell'osservanza di un prudente apprezzamento da parte del legislatore (Corte cost. 8 luglio 1957, n. 118)» ha sottolineato il recente intervento del legislatore con l'articolo 5, comma 10, del decreto legge 10 settembre 2021, n. 121 «che – nel disciplinare altra similare questione – parimenti riconosce che il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture in cui le procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 anche se gli stessi lavori sono stati eseguiti prima della entrata in vigore del predetto regolamento» (Corte dei conti Deliberazione n. 16/2021/QMIG cit.).

Il riferimento è al d.l. n. 121/2021 (recante "Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali") conv. in l. n. 156/2021, il quale, nel dettare con l'art. 5 "Disposizioni urgenti per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e del Consiglio superiore dei lavori pubblici e in materia di incentivi per funzioni tecniche" ha statuito espressamente al comma 10 che «Il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture le cui procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, anche se eseguiti prima dell'entrata in vigore del predetto regolamento. Gli oneri per la ripartizione delle risorse finanziarie di cui all'articolo 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 fanno carico agli stanziamenti già accantonati per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture di cui al primo periodo negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti».

Con tale intervento normativo, quindi, il legislatore – superando le incertezze applicative dell'art. 113 del Codice sulle quali si è registrato un orientamento giurisprudenziale non sempre univoco ed accogliendo le istanze istituzionali di un chiarimento sugli aspetti illustrati - ha riconosciuto la possibilità per i Regolamenti adottati ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016, di disciplinare anche la ripartizione dell'incentivo previsto dalla norma, in relazione alle attività tecniche inerenti procedure di affidamento di contratti pubblici avviate successivamente alla data di entrata in vigore del nuovo Codice, anche se eseguite prima della entrata in vigore del predetto Regolamento.

Sulla base delle considerazioni che precedono

Il Consiglio

Ritiene che:

- le disposizioni 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 disposizioni dell'art. 113 citato, non trovano applicazione nel caso di attività che, ancorché eseguite dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 si riferiscono a procedure di affidamento di contratti pubblici svolte prima, cioè in vigore del d.lgs. 163/2006. In tale ultima ipotesi continuano a trovare applicazione le previsioni dell'art. 93 del citato d.lgs. 163/2006 e le correlate fonti regolamentari interne.
- 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.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 febbraio 2022

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente