



CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL PIEMONTE

Deliberazione n. 177/2017/SRCPIE/PAR

La Sezione Regionale di Controllo per il Piemonte, nell'adunanza del 5 ottobre 2017, composta dai Magistrati:

Dott.ssa	Maria Teresa POLITO	Presidente
Dott.	Luigi GILI	Consigliere
Dott.	Massimo VALERO	Consigliere
Dott.	Mario ALÌ	Consigliere
Dott.	Cristiano BALDI	Primo Referendario
Dott.ssa	Alessandra CUCUZZA	Referendario relatore

Vista la richiesta proveniente dal Presidente della Regione **Piemonte** pervenuta in data 7.9.2017, recante un quesito in materia di contabilità pubblica;

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con Regio Decreto 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, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000 e successive modificazioni;

Vista la Legge 5 giugno 2003, n. 131 recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ed in particolare l'art. 7, comma 8;

Visto l'atto d'indirizzo della Sezione delle Autonomie del 27 aprile 2004, avente ad oggetto gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, come integrato e modificato dalla deliberazione della medesima Sezione del 4 giugno 2009, n. 9;

Vista la deliberazione della Sezione delle Autonomie del 17 febbraio 2006, n. 5;

Vista la deliberazione delle Sezioni Riunite di questa Corte n. 54/CONTR/10 del 17 novembre 2010;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'odierna seduta;

Udito il relatore, Referendario Dott.ssa Alessandra Cucuzza;

PREMESSO

Il Presidente della Regione Piemonte ha formulato un'articolata richiesta di parere in relazione alla disciplina applicabile agli incentivi in favore dei dipendenti tecnici delle amministrazioni pubbliche a seguito delle modifiche introdotte dagli artt. 13 e 13 bis del d.l. n. 90/2014, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n.114 e successivamente dall'entrata in vigore dell'art. 113 d.lgs. 50/2016 e dall'abrogazione della pregressa disciplina.

In particolare è stato chiesto un parere riguardo:

"1. alla possibilità di applicare la disciplina regionale prevista prima dell'entrata in vigore dell'art. 93, commi da 7-bis a 7- quinquies, del d.lgs. 163/2006, commi inseriti dall'art. 13-bis, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, alle attività incentivabili riferite a contratti banditi prima dell'entrata in vigore di detta disciplina dettata dal decreto legge n. 90/2014 come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, e svolte da dipendenti rispettivamente nei seguenti periodi: dopo l'entrata in vigore della ridetta disciplina stessa e prima della sua abrogazione ed anche dopo l'abrogazione ad opera del d.lgs. 50/2016;

2. alla possibilità di applicare la disciplina regionale prevista prima dell'entrata in vigore dell'art. 93, commi da 7-bis a 7- quinquies, del d.lgs. 163/2006, commi inseriti dall'art. 13-bis, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, alle attività incentivabili riferite a contratti banditi prima dell'entrata in vigore di detta disciplina dettata dal decreto legge n. 90/2014 come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, e poi ricomprese in contratti successivamente stipulati ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. 163/2006 o dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016 e svolte da dipendenti dopo l'abrogazione ad opera del d.lgs. 50/2016 della ridetta disciplina prevista dal decreto legge n. 90/2014 come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 11;

3. alla possibilità - anche successivamente all'abrogazione dell'art. 93, commi da 7-bis a 7- quinquies, del d.lgs. 163/2006, commi inseriti dall'art. 13-bis, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, - di costituire il fondo per la progettazione e l'innovazione e di disciplinare la misura della percentuale non superiore al 2 per cento degli importi posti a base di gara da destinare a tale fondo e le modalità ed i criteri di riparto tra i dipendenti aventi diritto dell'80 per cento dello stesso, con riferimento ai lavori ed alle opere poste a base di gara dopo l'entrata in vigore dei citati commi da 7-bis a 7- quinquies ed alle corrispondenti attività incentivabili svolte in tale periodo;

4. alla possibilità di disciplinare - anche dopo l'abrogazione dell'art. 93, commi da 7-bis a 7- quinquies, del d.lgs. 163/2006, e s.m.i e delle precedenti disposizioni riguardanti l'incentivazione allo svolgimento di funzioni tecniche - le modalità ed i criteri di riparto tra i

dipendenti aventi diritto delle risorse già accantonate prima dell'entrata in vigore dei citati commi da 7-bis a 7 quinquies per attività incentivabili svolte nel periodo di vigenza delle disposizioni dettate dagli stessi commi da 7-bis a 7 quinquies dell'art. 93 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i.;

5. alla possibilità di applicare la disciplina approvata in attuazione dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 anche per le attività incentivabili svolte dai dipendenti nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore di detto art. 113 e l'approvazione della citata disciplina attuativa;

6. alla possibilità di applicare la disciplina approvata in attuazione dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 anche per le attività incentivabili svolte dai dipendenti relativamente a contratti affidati senza previo espletamento di una procedura comparativa”.

AMMISSIBILITA'

La funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è prevista dall'art. 7, comma 8, della Legge n. 131 del 2003 che, innovando nel sistema delle tradizionali funzioni della Corte dei conti, dispone che le regioni, i comuni, le province e le città metropolitane possano chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica.

Con atto del 27 aprile 2004, la Sezione delle Autonomie ha dettato gli indirizzi e i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, evidenziando, in particolare, i soggetti legittimati alla richiesta e l'ambito oggettivo della funzione.

Preliminarmente occorre dunque valutare l'ammissibilità, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, dell'istanza, avendo anche riguardo alle precisazioni fornite dalla Sezione delle Autonomie (delibera 10 marzo 2006, n. 5) e dalle Sezioni Riunite in sede di controllo (delibera 17 novembre 2010, n. 54).

Sotto il profilo soggettivo, la presente richiesta di parere è ammissibile in quanto proviene da una Regione ed è stata sottoscritta dal Presidente, legale rappresentante dell'Ente, come tale capace di manifestarne la volontà.

Nel caso in esame, la richiesta di parere è ammissibile anche sotto il profilo oggettivo, giacché il quesito riguarda la materia della contabilità pubblica, come delineata dalle SS.RR. con la richiamata deliberazione n. 54/2010.

MERITO

1. In via preliminare, il Collegio rammenta che la funzione consultiva è diretta a fornire un ausilio all'Ente richiedente per le determinazioni che lo stesso è tenuto ad assumere

nell'esercizio delle proprie funzioni, restando ferma la discrezionalità dell'Amministrazione in sede di esercizio delle prerogative gestorie.

In particolare si deve rilevare come la determinazione del contenuto della disciplina regolamentare della Regione rientri nella competenza normativa della stessa, che se ne assume la relativa responsabilità. Come ribadito da ultimo dalla Sezione Lombardia occorre richiamare *"quanto già affermato dalla deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 18/SEZAUT/2016/QMIG, secondo cui la soluzione delle questioni poste alla Corte dei conti, in ragione della propria attività consultiva, «non può che rimanere definita in un ambito di stretto principio, non potendo la Corte in questa sede addentrarsi in aspetti di dettaglio della disciplina, che attengono (...) alla potestà regolamentare riconosciuta in capo agli enti locali»;* ciò *«anche in considerazione di quanto precisato nella delibera n. 3/2014/QMIG, in merito al fatto che "ausilio consultivo per quanto possibile deve essere reso senza che esso costituisca un'interferenza con le funzioni requirenti e giurisdizionali e ponendo attenzione ad evitare che di fatto si traduca in un'intrusione nei processi decisionali degli enti territoriali"* (Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, parere 09.06.2017 n. 185).

2. I c.d. incentivi per la progettazione, originariamente previsti dall'art. 18 della l. 109/1994, sono stati oggetto, nel corso degli anni, di numerosi interventi normativi che hanno posto una serie di problematiche applicative, in parte oggetto della richiesta di parere in esame, che sono state affrontate a più riprese da diverse Sezioni della Corte dei Conti.

L'art. 92 del d.lgs. 163/2006, al fine di promuovere la valorizzazione delle risorse interne alle amministrazioni pubbliche, aveva previsto al comma 5 che una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro venisse ripartita, per ogni singola opera o lavoro, tra i dipendenti che avessero svolto funzioni o attività tecniche (responsabile del procedimento, attività di redazione del progetto o del piano della sicurezza, direzione dei lavori o del collaudo) secondo le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e poi trasfusi in un regolamento adottato dall'amministrazione.

Successivamente il d.l. 90/2014 (come convertito dalla l. 114/2014) aveva modificato la disciplina originaria, prevedendo la costituzione di un unico fondo per la progettazione e l'innovazione, nel quale far confluire risorse in misura non superiore al due per cento degli importi posti a base di gara di un'opera o di un lavoro, da destinare per l'80% ai dipendenti che avessero svolto funzioni tecniche, con esclusione dei dirigenti, e per il 20% all'acquisto di beni, strumentazioni e tecnologie (nuova formulazione dell'art. 93 commi 7 bis, 7 ter e 7

quater del d.lgs. 163/2006). Le nuove disposizioni avevano demandato ad un regolamento adottato dalle singole amministrazioni il compito di fissare, nei limiti di legge, la percentuale effettiva di risorse da far confluire nel fondo e di determinare le modalità e i criteri di ripartizione delle risorse, per ciascuna opera o lavoro, fra le varie figure tecniche coinvolte (responsabile del procedimento, incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori). Inoltre il legislatore aveva posto un limite massimo, per singolo dipendente, agli incentivi complessivamente erogabili nel corso dell'anno e pari al 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo.

L'art. 93 del d.lgs. 163/2006 è stato, infine, abrogato dal nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), che all'art. 113 detta la nuova disciplina degli incentivi per funzioni tecniche. La norma, nel riproporre la costituzione di un fondo alimentato da risorse finanziarie in misura non superiore al due per cento dell'importo dei lavori posti a base di gara, ha ripermetrato l'ambito delle funzioni tecniche per le quali gli incentivi possono essere concessi, escludendo la progettazione e riconoscendo "esclusivamente" le attività di programmazione della spesa per investimenti, la verifica preventiva dei progetti di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, le funzioni di responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori ovvero di direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità o di collaudatore statico. Il comma 3 dell'art. 113 disciplina l'utilizzo dell'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo in favore del responsabile unico del procedimento e delle altre figure tecniche espressamente richiamate dalla normativa, con esclusione dei dirigenti, rinviando alla contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento, il compito di fissare le modalità ed i criteri di riparto. Viene, inoltre, confermato il pregresso limite complessivo, per singolo dipendente, del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo.

Nell'ambito di tale articolato sviluppo normativo vanno, pertanto, inquadrati i quesiti formulati dalla Regione Piemonte, con una ulteriore precisazione discendente dal fatto che tutti i quesiti sono stati formulati facendo riferimento alla disciplina regionale adottata o da adottarsi in attuazione della normativa nazionale. Quanto ai rapporti fra normativa primaria e regolamentare, occorre, infatti, richiamare il consolidato orientamento secondo cui l'adozione da parte delle varie amministrazioni della disciplina regolamentare è necessaria per poter erogare gli incentivi previsti, in quanto la legge demanda ai regolamenti, adottati sulla base

della previa contrattazione decentrata integrativa, il compito di fissare le modalità ed i criteri di ripartizione delle risorse del fondo fra le varie figure coinvolte (Corte dei Conti Sez. controllo Veneto parere 07.09.2016 n. 353; Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, parere 09.06.2017 n. 185; Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, parere 12.06.2017 n. 191; nonché Cass. Sez. Lav. 05 giugno 2017, n. 13937). Pertanto, stante l'inquadramento del diritto soggettivo all'incentivo nell'ambito dei diritti patrimoniali scaturenti dal rapporto di pubblico impiego, le amministrazioni interessate sono tenute, per il principio di correttezza e buona fede, a procedere speditamente all'emanazione e, a seguito di modifica della normativa legislativa, all'aggiornamento dei regolamenti attuativi (in tal senso Corte di Cassazione, Sez. VI civile, ordinanza 09.03.2012 n. 3779, che, in caso di mancata adozione del regolamento da parte di un'amministrazione pubblica, ha riconosciuto al dipendente il diritto al risarcimento del danno discendente dalla mancata possibilità di percepire l'incentivo previsto dalla normativa). La *"necessità per gli enti locali di adeguare tempestivamente la disciplina regolamentare in materia, nella quale peraltro trova necessario presupposto l'erogazione dei predetti incentivi"* è ribadita anche dalla Sezione delle Autonomie nella deliberazione n. 10/2016.

3. Nel primo quesito la Regione chiede di conoscere se la disciplina regolamentare adottata prima delle modifiche legislative del 2014 possa continuare a trovare applicazione nei confronti di attività svolte in relazione a bandi pubblicati prima delle medesime modifiche, ma svolte dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 90/2014 o dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.

Per rispondere a tale quesito, stante la necessità, come precedentemente illustrato, che all'emanazione della normativa primaria faccia seguito l'adozione della conseguente normativa regolamentare di attuazione da parte delle amministrazioni coinvolte, occorre affrontare la dibattuta questione dell'efficacia temporale delle norme di legge che si sono succedute nel tempo, posto che, non appena la norma primaria entra in vigore, l'amministrazione è tenuta ad adottare la normativa di attuazione della legge e, fino a quando non vi provvede, non può procedere ad alcuna erogazione di incentivi.

Quanto alla prima parte del quesito, attinente, in sostanza, ai rapporti intertemporali fra la disciplina dettata dall'art. 92 del d.lgs. 163/2006 e quella dettata dall'art. 93 commi 7 bis, 7 ter e 7 quater del d.lgs. 163/2006, così come modificato dalla novella del 2014, si richiama il consolidato e uniforme orientamento di questa Corte secondo cui deve trovare applicazione il generale principio di irretroattività della legge, che, seppure in queste materie non è sancito

costituzionalmente, ha il proprio fondamento nell'art. 11 delle preleggi (Corte dei Conti Sezione delle autonomie n. 11/2015). Inoltre, quando il principio deve essere applicato ad una fattispecie durevole che si sviluppa nel corso del tempo, viene normalmente coniugato con il principio *tempus regit actum*, secondo cui ogni atto viene disciplinato dalla legge in vigore nel momento in cui lo stesso atto viene posto in essere.

In applicazione di tali principi, la Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, sia nel 2009, con la delibera n. 7, sia nel 2015, con la delibera n. 11, ha dato rilievo, in considerazione del carattere sinallagmatico dell'attività svolta dal dipendente e del suo conseguente diritto soggettivo a ricevere l'incentivo, al momento di effettivo svolgimento dell'attività incentivata.

In particolare, nella pronuncia del 2009, la Sezione delle Autonomie, nel dar rilievo al momento di "compimento effettivo dell'attività", aveva specificato che *"per le prestazioni di durata, cioè quelle che non si esauriscono in una puntuale attività, ma si svolgono lungo un certo arco di tempo, dovrà considerarsi la frazione temporale di attività"* (Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie n. 7/SEZAUT/2009/QMIG).

Successivamente, nella pronuncia del 2015, la Sezione delle Autonomie, richiamando l'orientamento seguito dalla medesima Sezione nella citata delibera n. 7/2009, ha ritenuto di non doversene discostare in quanto, *"nonostante le modifiche introdotte dal legislatore in merito alla costituzione del fondo per la progettazione ed ai criteri per la sua ripartizione, non appare, in concreto, mutata, la natura del diritto al beneficio e la corrispondenza sinallagmatica fra incentivo ed attività compensate, derivante dal riconoscimento, sancito anche dalla Suprema Corte (cfr. Cass. Sez. Lav. n.13384 del 19.07.2004) della qualifica di vero e proprio diritto soggettivo di natura retributiva, che inerisce al rapporto di lavoro, nel cui ambito va individuato l'obbligo per l'Amministrazione di adempiere"* (Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie n. 11/SEZAUT/2015/QMIG).

Tale criterio è, pertanto, quello che deve trovare applicazione, anche in considerazione del rilievo conformativo delle pronunce della Sezione delle Autonomie (art. 6, co. 4, del d.l. 174/2012, convertito dalla l. 213/2012). Ne consegue che se l'attività del dipendente è posta in essere prima dell'entrata in vigore delle modifiche introdotte dalla l. n. 114/2014 (di conversione con modifiche del d.l. 90/2014), continua ad applicarsi la disciplina pregressa (art. 92 del d.lgs. 163/2006), se, invece, l'attività è posta in essere dopo l'entrata in vigore della novella del 2014 è quest'ultima disciplina che deve applicarsi.

La seconda parte del quesito riguarda, invece, i rapporti intertemporali fra la disciplina dettata dall'art. 93 d.lgs. 163/2006, così come modificato dalla novella del 2014, e l'art. 113 d.lgs. 50/2016, chiedendo la Regione Piemonte se i regolamenti adottati prima della riforma del 2014 possano continuare a trovare applicazione nei confronti di bandi pubblicati prima della riforma del 2014, ma in relazione ad attività svolte dopo l'entrata in vigore della disciplina introdotta dal d.lgs. 50/2016. In proposito occorre considerare che nel nuovo codice dei contratti pubblici è stata introdotta una norma specifica che disciplina la fase transitoria, espressamente sancendo la ultrattività di tutte le norme precedenti per le procedure per le quali sia stato già pubblicato il bando o l'avviso prima dell'entrata in vigore del nuovo codice. Ai sensi dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016, infatti, *"fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso 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"*. Pertanto, come già evidenziato dalla Sezione Lombardia in due recenti pareri, *"non essendo rintracciabili espresse disposizioni che escludano la disciplina degli "incentivi tecnici" di cui all'art. 113 del nuovo codice dal regime intertemporale sopra riferito si deve pertanto ritenere che quest'ultima possa essere applicata esclusivamente alle attività riferibili a contratti banditi successivamente al 19 aprile 2015"* (Corte Conti sez. controllo Lombardia n. 190/2017/PAR ed in senso analogo n. 191/2017/PAR). 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.

Fatta questa necessaria premessa in ordine al nuovo regime intertemporale, occorre, pertanto, escludere che, con riferimento al quesito sollevato dalla Regione, possa trovare applicazione la nuova disciplina di cui al d.lgs. 50/2016, che, come appena evidenziato, trova applicazione esclusivamente alle attività realizzate con riferimento a bandi pubblicati dopo la sua entrata in vigore. Rimane, pertanto, da applicare il criterio intertemporale già illustrato con riferimento alla prima parte del quesito, che attribuisce rilievo al momento di effettivo svolgimento dell'attività da parte del dipendente.

4. Nel secondo quesito la Regione Piemonte chiede nella sostanza una specificazione ulteriore rispetto al precedente quesito, interrogando la Sezione in merito al rilievo che possa assumere, ai fini della individuazione della disciplina applicabile, la successiva stipula di contratti ai sensi dell'art. 140 d.lgs. 163/2006 o dell'art. 110 d.lgs. 50/2016 (entrambe le norme prevedono la possibilità per la stazione appaltante di interpellare gli altri partecipanti alla gara ai fini della stipula di un nuovo contratto nel caso in cui il contraente aggiudicatario sia sottoposto a procedure concorsuali o in caso di recesso o risoluzione o sopravvenuta inefficacia del primo contratto). In proposito, richiamando quanto già enunciato al primo punto in ordine al rilievo del momento di effettivo svolgimento delle attività per il passaggio intertemporale 2006-2014 e della data di pubblicazione del bando per il passaggio 2014-2016 (con le precisazioni dell'ANAC per le attività svolte prima della pubblicazione del bando), si ribadisce l'irrelevanza, ai fini della individuazione della disciplina applicabile, del momento temporale di stipula dei contratti richiamati.

5. Il terzo quesito riguarda la possibilità per l'amministrazione, dopo l'abrogazione dell'art. 93 d.lgs. 163/2006 ad opera del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), di costituire il fondo e di disciplinarne sia l'implementazione che la ripartizione in base ai criteri fissati dalla disciplina introdotta dal d.l. 90/2014 (e dalla relativa legge di conversione) in relazione ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore della disciplina del 2014 e prima della sua abrogazione ed alla corrispondenti attività incentivabili svolte in tale periodo.

In proposito, richiamato quanto già illustrato in ordine al dovere per le amministrazioni interessate di adottare tempestivamente i regolamenti di attuazione della disciplina legislativa al fine di consentirne l'effettiva applicazione, deve escludersi la possibilità per l'amministrazione pubblica di adottare regolamenti con efficacia retroattiva.

Come evidenziato dalla Sezione Veneto, infatti, *"il principio della irretroattività degli atti, immanente all'ordinamento giuridico, costituisce corollario dei più generali principi della*

necessaria simultaneità tra fatto (atto) ed effetti dallo stesso prodotti nonché del principio della certezza delle situazioni giuridiche e della tutela dell'affidamento legittimo, con la sola eccezione dei casi in cui la retroattività sia prevista dalla legge (ordinaria, statale o regionale, atteso che la copertura costituzionale della irretroattività è prevista solo per la legge penale) o sia una caratteristica "naturale" dell'atto (es. annullamento che, de iure, produce effetto ex tunc). D'altro canto, per gli atti amministrativi a contenuto normativo – come appunto i regolamenti – la regola dell'irretroattività è affermata dal combinato disposto degli artt. 4 e 11 delle preleggi, secondo i quali il regolamento non può contenere norme contrarie alle disposizioni di legge e, nella specie, al divieto di retroattività imposto dal successivo art. 11 per gli atti normativi, derogabile solo attraverso una norma di legge che abiliti l'atto a produrre un tale effetto (ad esclusione della legge penale, per la quale la costituzione pone un divieto assoluto)" (Corte dei Conti, Sez. controllo Veneto, delibera n. 353/2016/PAR e successivamente, in senso analogo, Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, delibera n. 185/2017/PAR).

Pertanto, qualora adottata, continuerà a trovare applicazione, secondo i criteri enunciati in relazione al quesito n. 1, la disciplina regolamentare adottata in attuazione della disciplina del 2014 a tutte le attività per le quali non trova applicazione la nuova disciplina legislativa, mentre, qualora ancora non adottata, non potrà essere adottato un regolamento volto a disciplinare, in attuazione della legislazione vigente nel 2014, la costituzione, l'implementazione e la ripartizione del fondo per gli incentivi, in considerazione del contrasto con il richiamato principio di irretroattività.

6. *Nel quarto quesito la Regione chiede se sia possibile "disciplinare - anche dopo l'abrogazione dell'art. 93, commi da 7-bis a 7- quinquies, del d.lgs. 163/2006, e s.m.i e delle precedenti disposizioni riguardanti l'incentivazione allo svolgimento di funzioni tecniche - le modalità ed i criteri di riparto tra i dipendenti aventi diritto delle risorse già accantonate prima dell'entrata in vigore dei citati commi da 7-bis a 7 quinquies per attività incentivabili svolte nel periodo di vigenza delle disposizioni dettate dagli stessi commi da 7-bis a 7 quinquies dell'art. 93 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i."*

In proposito rileva la Sezione che, secondo un orientamento ermeneutico ed a certe condizioni, come sarà meglio illustrato in relazione al prossimo quesito, è ammessa la possibilità di disciplinare con regolamento la distribuzione di risorse, che siano state già accantonate, anche in favore di soggetti che abbiano svolto l'attività incentivabile prima dell'adozione del relativo

regolamento. Nel quesito n. 4, però, la Regione fa riferimento, da una parte, a risorse accantonate prima dell'entrata in vigore della novella del 2014 e, dall'altra, ad attività incentivabili svolte nel periodo di vigenza della disciplina introdotta nel 2014, senza, tuttavia, tenere conto che i criteri di accantonamento delle risorse previsti dalle due normative appena richiamate non sono uniformi. Nella disciplina introdotta nel 2014, infatti, a differenza della disciplina pregressa, l'accantonamento non è più legato alla singola opera o lavoro, ma confluisce in un unico fondo, di cui solo l'ottanta per cento dell'ammontare complessivo è destinato agli incentivi in favore dei dipendenti tecnici. Sussiste, pertanto, una difformità fra i criteri in base ai quali la Regione avrebbe accantonato le risorse (*ante* 2014) ed i criteri di accantonamento delle risorse vigenti al momento di effettivo svolgimento dell'attività incentivabile (*post* 2014), che si riverbera inevitabilmente sulla base di calcolo del diritto all'incentivo del dipendente pubblico e poiché, come più volte evidenziato, è escluso che l'ente possa con regolamento incidere retroattivamente sulle modalità di accantonamento delle risorse, deve parimenti escludersi che lo stesso possa oggi disciplinare la distribuzione di risorse accantonate secondo criteri non uniformi a quelli in vigore al momento di svolgimento dell'attività incentivabile. Ne deriva che, anche al quesito n. 4, deve essere data risposta negativa.

7. Nel quinto quesito la Regione Piemonte chiede alla Sezione di pronunciarsi sulla possibilità di applicare la disciplina regolamentare adottata in attuazione dell'art. 113 d.lgs. 50/2016 alle attività compiute dopo l'entrata in vigore della nuova legge, ma nelle more dell'adozione del regolamento attuativo. Anche con riferimento a tale eventualità si richiama il consolidato orientamento circa il carattere irretroattivo dei regolamenti, ferma restando la possibilità per l'ente di accantonare, in via prudenziale, risorse nella misura fissata dalla legge per le finalità di incentivazione (possibilità riconosciuta all'ente nel vigore della nuova disciplina Corte dei Conti, Sez. controllo Veneto, n. 353/2016/PAR).

In tal caso, come evidenziato da una recente deliberazione della Sezione Lombardia (Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, n. 185/2017/PAR), l'accantonamento viene effettuato sulla base della norma di legge (art. 113 d.lgs. 50/2016), mentre nessun incentivo può essere erogato fino all'adozione del regolamento, che, qualora venisse adottato successivamente, non avrebbe comunque effetto retroattivo.

Quanto alla possibilità che con tale regolamento si distribuiscano risorse del fondo già accantonate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, ma in relazione ad attività incentivabili

svolte prima dell'emanazione del regolamento, la Sezione di controllo Basilicata (deliberazione 08.03.2017 n. 7) ha valorizzato la natura contrattuale della disciplina del riparto delle risorse del fondo agli aventi diritto. Poiché, infatti, il regolamento, al fine di determinare i criteri e le modalità di ripartizione, recepisce di norma gli esiti dell'attività di contrattazione integrativa svolta a livello decentrato, la sua natura sostanziale rimane pattizia, con la conseguenza che non risulta impedita la possibilità di disciplinare l'erogazione del contributo anche in favore di soggetti che tale attività abbiano svolto prima dell'adozione del regolamento stesso, naturalmente a condizione che il fondo sia stato già costituito e le relative risorse accantonate. Come evidenzia la Sezione Basilicata, *"in definitiva la disciplina che quantifica l'incentivo da pagare ha, e conserva, natura sostanzialmente contrattuale, e pertanto l'ammettere che la stessa possa regolare anche il riparto del fondo per prestazioni rese prima della sua approvazione non lede il principio della irretroattività del Regolamento, inteso, come fonte normativa. D'altra parte, se l'assenza del regolamento non impedisce la costituzione del Fondo, impedirne, poi, il riparto tra gli aventi diritto significherebbe privarlo della funzione per la quale è stato costituito. D'altra parte, meno che mai le risorse accantonate nel fondo potrebbero essere utilizzate dopo l'approvazione del Regolamento per remunerare non già gli aventi diritto (cioè coloro che avevano svolto le attività riferite ai lavori o alle opere dalle quali erano state tratte le risorse), ma per aumentare la quota di riparto dei beneficiari per lavori e opere svolte successivamente"* (Sezione di controllo Basilicata deliberazione 08.03.2017 n. 7).

Tale soluzione consente di garantire l'effettività del diritto soggettivo all'incentivo del dipendente pubblico, cui corrisponde, come riconosciuto dalla Sezione Autonomia della Corte dei Conti, *"l'obbligo per l'Amministrazione di adempiere, a prescindere dalle condizioni e dai presupposti per rendere concreta l'erogazione del compenso"* (deliberazione 08.05.2009 n. 7/2009/QMIG citata).

8. Il sesto punto, infine, riguarda la possibilità di applicare la disciplina di cui all'art. 113 d.lgs. 50/2016 anche ad attività incentivabili svolte in relazione a contratti affidati senza il previo espletamento della procedura comparativa.

In proposito si richiama la posizione recentemente assunta dalla Sezione di controllo Lombardia secondo cui *"la lettera della legge che, nel dettare i criteri per la determinazione del fondo destinato a finanziare gli incentivi, fa espresso riferimento all'importo dei lavori (servizi e forniture) posti a base di gara", induce a ritenere incentivabili le sole funzioni tecniche svolte rispetto a contratti affidati mediante lo svolgimento di una gara. Si deve pertanto concludere*

che gli incentivi in questione possano essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge (comprese le direttive ANAC dalla stessa richiamate) o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa. Si segnala peraltro che il decreto legislativo 19.04.2017, n. 56, pubblicato nella G.U. in data 05.05.2017 e in vigore dal 20.05.2017, nel riformulare l'art. 113, comma 2, del codice dei contratti, ha stabilito che "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" (Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, parere 09.06.2017 n. 190).

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo per il Piemonte rende il parere nei termini suindicati.

Copia del parere sarà trasmessa a cura del Direttore della Segreteria all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Così deliberato in Torino nella camera di consiglio del 5 ottobre 2017.

Il Relatore

F.to Dott.ssa Alessandra Cucuzza

Il Presidente

F.to Dott.ssa Maria Teresa Polito

Depositato in Segreteria il 9/10/2017

Il Funzionario Preposto

F.to Dott. Federico Sola