



Unione Europea
REPUBBLICA ITALIANA
Regione Siciliana
Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità
Dipartimento Regionale Tecnico

Palermo Prot. n. 3607/DRT del - 4 OTT. 2013
Allegati

Oggetto: Forniture e servizi: incentivo

**Alle Stazioni Appaltanti della Sicilia
Agli Uffici Regionali Espletamento Gare d'Appalto
Ai Geni Civili
Ai Dipartimenti Regionali**

L'art.1 della L.R. n.12 del 12.11.2011 ha reso applicabile nel territorio della regione, con le modifiche dalla stessa introdotte, le disposizioni contenute nel D.Lg.vo 12.4.2006 n.163, cosiddetto "Codice dei Contratti" e le s.m.i. ed i regolamenti in esso richiamati e le successive modifiche.

Il detto art.1 enuncia espressamente quali articoli, o commi di articoli, del detto codice non sono applicabili nell'ambito della Regione Siciliana.

Sancisce altresì l'applicabilità nell'ambito del territorio regionale del regolamento di esecuzione del predetto codice, approvato con D.P.R. 5.10.2010 n.207 e le sue modifiche ed integrazioni, con esclusione delle parti riferibili alle norme del D.Lg.vo 163/2006 espressamente dichiarate non applicabili.

La Sezione I del Capo IV del codice (art.90 e seguenti) sostanzialmente riproduce gli artt. 17 e 18 della legge 109/94 e s.m.i. rimarcando che le prestazioni relative alla progettazione, alla direzione lavori, agli

incarichi di supporto tecnico amministrativo alle attività del R.U.P., al collaudo possono essere rese anche da personale interno alla stazione appaltante.

Il legislatore ha pertanto così coniugato l'esigenza di valorizzare il personale interno all'amministrazione, riconoscendone la professionalità ed un incentivo economico, con la necessità di contenimento della spesa pubblica, giacché è indubbio che la percentuale massima ivi prevista è di gran lunga inferiore a quella derivante nel caso di incarico a liberi professionisti.

Al comma 5 dell'art. 92 del codice è previsto che una somma non superiore al 2% dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro sia ripartita per ogni singola opera o lavoro con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata ed assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione tra i responsabili del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori.

Sotto il profilo dell'incentivazione il codice dei contratti è muto nel caso di appalto di una fornitura o di un servizio. Tuttavia la parte IV del D.P.R. 5/10/2010 n.207, dedicata ai contratti pubblici relativi a forniture e servizi nei settori ordinari, detta un insieme di disposizioni sia per quanto riguarda la programmazione e gli organi del procedimento, sia per i requisiti di partecipazione e i sistemi di realizzazione e selezione delle offerte, e sia per la esecuzione del contratto e contabilità, ed ancora per la verifica di conformità (collaudo), che rendono tendenzialmente uniforme la normativa per le forniture e servizi a quella dei lavori.

Al riguardo lo stesso Consiglio di Stato ha chiarito l'applicabilità degli articoli da 135 a 140 del codice dettate per i lavori pubblici, con le opportune sostituzioni terminologiche, anche alle forniture ed ai servizi. Il direttore dell'esecuzione di un contratto di forniture o servizi, ai sensi dell'art.299 del regolamento D.P.R. 207/2010 ha il compito di verificare il regolare andamento dell'esecuzione del contratto da parte dell'esecutore, ed è pertanto figura omologa a quella del direttore dei lavori.

Ai sensi dell'art. 312 del predetto regolamento i contratti pubblici di forniture e servizi sono soggetti a verifica di conformità (alias collaudo) al fine di accertarne la regolare esecuzione rispetto alle condizioni ed ai termini stabiliti nel contratto.

Le attività di verifica e di conformità sono dirette a certificare che le prestazioni contrattuali siano state eseguite a regola d'arte sotto il profilo tecnico e funzionale, in conformità e nel rispetto delle condizioni, modalità, termini e prescrizioni del contratto, nonché nel rispetto delle eventuali leggi di settore, ed hanno altresì lo scopo di accertare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto.

Non vi è dunque dubbio che il certificato di verifica e di conformità sia atto omologo al certificato di collaudo per i lavori.

L'art.314 del regolamento chiarisce espressamente che di regola la verifica di conformità è effettuata direttamente dal direttore dell'esecuzione del contratto, ad eccezione dei casi contemplati alla lettera b) comma 2 dell'art.300.

Il comma 6 dell'art.314 indica anche i criteri da utilizzare per la determinazione del compenso spettante al soggetto esterno incaricato della verifica della conformità; nulla si dice nel caso in cui il soggetto incaricato sia interno all'amministrazione.

Appare piuttosto singolare che il soggetto chiamato ad assumere l'incarico di collaudo, ad eccezione dell'ipotesi di cui all'art.300 comma 2 lettera b), sia lo stesso direttore dell'esecuzione, posto che ai sensi dell'art.300 questi coincide con il responsabile del procedimento, giacchè potrebbe verificarsi che un unico soggetto cumuli le funzioni di RUP, di direttore dell'esecuzione e di collaudatore.

Stante quanto sopra, e tenuto conto che emerge un sostanziale parallellismo procedimentale (almeno a partire dalla direzione lavori) nel caso di realizzazione di lavori pubblici e di acquisizione di forniture o servizi, e preso atto che l'attuale disciplina è muta per quanto riguarda gli incentivi da corrispondere al personale interno all'amministrazione nel caso di attività connesse all'acquisizione di forniture e servizi, viene in rilievo la questione se tale incentivo sia effettivamente dovuto.

La questione di cui si controverte concerne dunque la corretta interpretazione dell'art.92 del d.lgs 163/2006 già oggetto di attenzione da parte della magistratura contabile.

La Corte dei Conti ha chiarito che la norma va letta nel complessivo contesto della modalità di affidamento degli incarichi tecnico-professionali, previste dalla legislazione in materia di contratti pubblici. Tale materia è informata da un principio generale già codificato dall'art.7, comma 6, del d.lgs 165/2001, in base al quale i predetti incarichi possono essere conferiti a soggetti esterni solo se non si disponga di professionalità adeguate nel proprio organico e tale carenza non sia altrimenti risolvibile con strumenti flessibili di gestione delle risorse umane.

Tale presupposto mira a preservare le finanze pubbliche oltre che a valorizzare il personale interno alle amministrazioni.

Pertanto, nelle ipotesi ordinarie in cui gli incarichi tecnici sono espletati da personale interno, ai fini della loro remunerazione occorre fare riferimento alle regole generali previste per il pubblico impiego, il cui sistema retributivo è conformato da due principi cardine: quello di definizione contrattuale delle componenti economiche e quello di onnicomprensività della retribuzione (artt. 2, 24,40 e 45 del d.lgs 165/2001 nonché Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale per la Puglia, Sent. n. 464, 475 e 487 del 2010).

Secondo questi ultimi nulla è dovuto, oltre al trattamento economico fondamentale ed accessorio, stabilito dai contratti collettivi, al dipendente che ha svolto una prestazione rientrante nei suoi doveri di ufficio, anche se di particolare complessità.

Il c.d. "incentivo alla progettazione", previsto dal Codice dei contratti pubblici, costituisce uno di quei casi nei quali il legislatore, derogando al principio per cui il trattamento economico è fissato dai contratti collettivi, attribuisce un compenso ulteriore e speciale, rinviando ai regolamenti dell'amministrazione aggiudicatrice, previa contrattazione decentrata, i criteri e le modalità di ripartizione.

L'art.92, comma 5, del d. lgs. 163/2006 deroga ai principi di onnicomprensività e determinazione contrattuale della retribuzione del dipendente pubblico, e come tale, costituisce un'eccezione che si presta a stretta interpretazione e per la quale sussiste il divieto di analogia posto dall'art.12 delle disposizioni

preliminari al codice civile (in tal senso Sezione Campania, parere 07.05.2008 n. 7/2008). Come evincibile dalla lettera del comma, la legge pone alcuni paletti per l'attribuzione del predetto incentivo, rimettendone la disciplina concreta ("criteri e modalità") ad un regolamento interno previa contrattazione.

C on motivazione ampiamente condivisibile, va richiamata la deliberazione della Corte dei Conti Sezione Toscana n.293/2012/PAR secondo cui " l'art. 90 del D.lgs. n.163/2006 sia alla rubrica che al c.1, fa riferimento esclusivamente ai lavori pubblici, e l'art.92, c.1 presuppone l'attività di progettazione nelle varie fasi come finalizzata alla costituzione dell'opera pubblica progettata. A fortiori, lo stesso comma 5 dell'art.92 prevede che l'incentivo alla progettazione venga ripartito tra i dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice che lo abbiano redatto e , dunque, è di palmare evidenza come il riferimento normativo e la conseguente voluntas legis sia ascrivibile solo alla materia dei lavori pubblici, presupponendosi una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla realizzazione di un' opera di pubblico interesse" (nello stesso senso, la medesima Sezione si è espressa più di recente con il parere n.459/2012).

L'incentivo in parola, come si evince chiaramente, è correlato all'importo posto a base di gara di "un'opera o di un lavoro": non viene fatto alcun riferimento, nell'articolo 92 del "codice", alle forniture e ai servizi.

Il legislatore ha minuziosamente disciplinato nel "codice" le fasi e i contenuti degli elaborati e documenti necessari, solamente e unicamente con riferimento ai "lavori" e non ha previsto la medesima disciplina per i "servizi" e le "forniture": ciò significa che gli atti tecnici e le prestazioni professionali necessarie per l'esecuzione di queste ultime due tipologie di contratti, ancorchè a volte presenti, non appaiono di complessità tale da giustificare, se espletate prioritariamente dagli uffici tecnici della stazione appaltante, il riconoscimento di un incentivo a titolo di salario accessorio.

Dal quadro normativo di riferimento scaturisce come l'applicazione dell'incentivo previsto dall'art.92 non possa assolutamente prescindere dall'ambito oggettivo di "un'opera o di un lavoro" pubblico e qualsiasi applicazione difforme si colloca al di fuori della disposizione, non suscettibile, per la sua puntualità descrittiva, di applicazione analogica ed interpretazione estensiva ad altre fattispecie.

La giurisprudenza contabile ha avuto modo di riscontrare una serie di irregolarità, più o meno diffuse, con riferimento ai progetti e appalti per i quali è correttamente erogabile l'incentivo previsto dall'art.92 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 finalizzato a remunerare le prestazioni necessarie alla realizzazione delle opere pubbliche che devono essere espletate, prioritariamente, dagli uffici tecnici della stazione appaltante.

In primis la giurisprudenza contabile nel ribadire che " in osservanza del principio di legalità amministrativa, costituisce ius receptum assolutamente pacifico, che l'erogazione da parte delle amministrazioni pubbliche di qualsiasi spesa di loro competenza in favore del personale dipendente debba essere autorizzata da una specifica norma di legge e di regolamento o da norme contrattuali da accordi collettivi (C.c.n.l.)", a più riprese ha sottolineato, come la normativa riguardante la materia degli appalti pubblici di servizi non prevede corresponsione di incentivi economici a tecnici interni di enti pubblici per la predisposizione degli atti propedeutici all'appalto di servizi (e per analogia di forniture) che rientrano nelle attribuzioni degli enti medesimi.

4

Allo stesso tempo è stato puntualizzato come “ non sempre qualsiasi opera pubblica necessita di un “progetto” in senso stretto, inteso come realizzazione di attività tecniche complesse volte alla definizione degli elementi conoscitivi disponibili, fino alla produzione degli elaborati occorrenti per la realizzazione dell'opera prevista. Intrinseco al concetto di progetto è infatti un certo grado di complessità inteso come “articolazione” delle opere e dei lavori previsti, tale che esse debbano essere distinte in categorie aventi diverse caratteristiche e implicanti differenti modalità”.

Vanno senza dubbio esclusi gli appalti di servizi e di forniture, individuati secondo le regole ermeneutiche comunitarie, da qualsiasi forma di incentivo: in questi casi si rientra nel doveroso espletamento di compiti istituzionali che possono essere retribuiti solo e soltanto con i tassativi trattamenti contrattuali. Ogni ulteriore riconoscimento extra ordinem, o in applicazione non corretta di istituti legislativi o contrattuali a fronte dell'espletamento di ordinarie mansioni, configura una erogazione atipica e, come tale, foriera di danno erariale.

Il Dirigente Generale

(Ing. Vincenzo Sansone)

