



COMUNE DI NAPOLI  
SERVIZIO AUTONOMO AVVOCATURA  
L'Avvocato Generale

1

Prot. n. 22582 del 04-05-09

Alla Direzione Centrale IV  
Lavori Pubblici  
Servizio Supporto operativo ai Responsabili  
Unici del Procedimento (RUP)  
c.a. ing. A. Ambrosio

Per 188 - 6.5.09

SEDE

**OGGETTO:** Richiesta parere circa applicazione del procedimento relativo alla erogazione dei compensi incentivanti previsti dall'art. 92, comma 5 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 dopo l'entrata in vigore del decreto legge 185/08 convertito in legge 28 gennaio 2009 n. 2.

Con nota prot. n. 51 del 6/2/09 del Servizio Supporto operativo ai Responsabili Unici del Procedimento (RUP) – Direzione Centrale IV – Lavori Pubblici è stata sottoposta all'attenzione della scrivente Avvocatura la questione circa l'applicazione della misura percentuale, destinata agli incentivi previsti per l'attività professionale prestata dai dipendenti dell'amministrazione incaricati della progettazione in materia di lavori pubblici a seguito delle modifiche legislative intervenute dopo l'entrata in vigore del decreto legge 185/08, convertito in legge 28 gennaio 2009 n. 2.

Al fine di poter esprimere un parere in merito alla problematica predetta è necessario precisare preliminarmente quanto segue.

Con le **delibere di G.C. n. 3797 del 29 agosto 2006 e n. 2034 del 24 maggio 2007** (adottate anche a seguito delle novità introdotte dall'art. 3, comma 29 della l. 305/03) e, in ultimo, con la **delibera di G.C. n. 375 del 29 febbraio 2008** è stata approvata la nuova regolamentazione per l'erogazione degli incentivi per l'attività di progettazione in materia di lavori pubblici di cui all'articolo 92, comma 5, del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

L'intera materia dei lavori pubblici era già stata oggetto di risistemazione organica attraverso la stesura del cosiddetto "Codice dei Contratti pubblici" con la conseguente trasfusione del contenuto dell'originario art. 18, l. 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m.i. nell'art. 92, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, come modificato dall'art. 1, comma 10-quater, lett. a, del d.l. 23 ottobre 2008 n. 162, convertito con modifiche nella l. 22 dicembre 2008 n. 201, a mente del quale "Una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, a valere direttamente sugli stanziamenti di cui all'articolo 93, comma 7, è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri



COMUNE DI NAPOLI

SERVIZIO AUTONOMO AVVOCATURA

L'Avvocato Generale

previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due per cento, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. La corresponsione dell'incentivo e' disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti; limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo; le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie. I soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b) e c), possono adottare con proprio provvedimento analoghi criteri."

Recentemente la materia dei compensi incentivanti ha subito ulteriori modifiche, quantomeno nella parte in cui utilizza lo strumento della progettazione interna di opere o lavori pubblici, il cui intento è quello di ridurre l'affidamento all'esterno di incarichi di progettazione, per stimolare, al contrario, anche attraverso riconoscimenti di natura economica, l'attività di progettazione attraverso le strutture tecniche interne delle singole amministrazioni.

Infatti, a seguito delle previsioni introdotte, in un primo momento, dall'art. 61, comma 8, del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2008 n. 133 (poi abrogato dall'art. 1, comma 10-quater, lett. b, del d.l. 23 ottobre 2008 n. 162, convertito in l. 22 dicembre 2008 n. 201), e, successivamente, riproposte, in funzione di un contenimento della spesa pubblica per la Pubblica Amministrazione e di una redistribuzione delle risorse finanziarie, all'interno di un quadro strategico nazionale anticrisi, dall'art. 18, comma 4 sexies, del d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito con modifiche in l. 28 gennaio 2009 n. 2, per il quale **"All'articolo 61 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, dopo il comma 7 e' inserito il seguente: «7-bis. A decorrere dal 1 gennaio 2009, la percentuale prevista dall'articolo 92, comma 5, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e' destinata nella misura dello 0,5 per cento alle finalita' di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell'1,5 per cento, e' versata ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere destinata al fondo di cui al comma 17 del presente articolo»."** la percentuale degli incentivi, ferma restando la misura del 2 % da prelevare sugli stanziamenti previsti dal quadro economico, si è ridotta, di fatto, ad un'aliquota pari allo 0,5 % in favore dei dipendenti interessati; la restante parte, pari all' 1,5 %, ai sensi del successivo **comma. 17 dello stesso art. 61**, è riassegnata ad un apposito fondo di parte corrente del bilancio dell'ente locale, quale economia di spesa, spendibile in sede di applicazione di avanzo di amministrazione, utilizzabile anche per la corresponsione del trattamento economico accessorio dei dipendenti **"in base alla qualità, produttività e capacità innovativa della prestazione lavorativa."** (art. 2, comma 32, l. 22 dicembre 2008 n. 203).

La norma in questione, pur prevedendo con apparente semplicità che la nuova disciplina trova applicazione “A decorrere dal 1° gennaio 2009...”, pone seri problemi interpretativi circa l'operatività delle diverse modalità di destinazione delle misure percentuali ivi previste, soprattutto con riferimento alle attività di progettazione e/o esecuzione di opere o lavori pubblici ancora in corso alla data del 31 dicembre 2008.

1) L'applicazione della norma in esame ha dato luogo ad una serie di interpretazioni che di seguito si enunciano brevemente.

a) Il Ministero dell'Economia e Finanze, con la **circolare n. 36 del 23 dicembre 2008**, seppur con riferimento all'art. 61, comma 8, del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modifiche dalla L. 6 agosto 2008 n. 133 (poi abrogato dall'art. 1, comma 10-quater, lett. b, del d.l. 23 ottobre 2008 n. 162, convertito in l. 22 dicembre 2008 n. 201), in una interpretazione restrittiva della normativa in materia di compensi incentivanti, fondata sul tenore letterale della norma (per la parte che qui interessa sostanzialmente identica alla normativa in esame) e sul principio della data di erogazione degli stessi, propende per un'applicazione retroattiva della riduzione dei compensi (quindi anche quelli già maturati e non ancora erogati), laddove ritiene che “debba trovare applicazione a tutti i compensi comunque erogati a decorrere dalla predetta data (1° gennaio 2009) e non solo ai lavori avviati dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina. Di conseguenza, la riduzione va applicata con riferimento a tutta l'attività progettuale non ancora remunerata a tale data, anche in presenza di contratti integrativi definiti secondo la previgente disciplina.”

b) L'Associazione Nazionale Comuni Italiani, con una **nota interpretativa prot. n. 1001/CG/VN/IPR/AD del 12 novembre 2008**, sempre riferita all'art. 61, comma 8, del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modifiche dalla L. 6 agosto 2008 n. 133 (poi abrogato), con una interpretazione più elastica, ancorata alla data di dotazione della copertura finanziaria (approvazione dei progetti esecutivi), precisa che la norma che riduce la misura dei compensi a favore dei dipendenti “trova applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2009, e dunque con riferimento alle attività di cui all'art. 92 del d.lgs. n. 163/06 poste in essere successivamente al 31 dicembre 2008. Si consiglia, pertanto agli Enti di approvare entro l'anno i progetti esecutivi delle opere pubbliche previste nel piano annuale delle opere.... si ritiene che i compensi erogati a decorrere dal 1° gennaio 2009, ma relativi ad attività realizzate prima di tale data, siano assoggettati alla previgente disciplina.” A fondamento di tale interpretazione si sottolinea come “la costante giurisprudenza costituzionale... ha anche ribadito che secondo gli ordinari canoni ermeneutici, il dato normativo precettivo della retroattività deve essere chiaramente esplicitato dalla disposizione che lo introduce: l'art. 61, nella parte che disciplina la riduzione dell'incentivo alla progettazione degli uffici tecnici interni alle stazioni appaltanti, non contiene disposizioni precettive a carattere retroattivo.”

c) Sulla stessa linea si pone anche un **parere (fornito informalmente da Codesto Servizio) reso dall'avv. Scalera dell'Osservatorio Appalti Pubblici LUISS Guido Carli** su richiesta dell'Unione Nazionale Italiana Tecnici Enti Locali che, a commento della circolare n. 36 del 23 dicembre 2008 del Ministero dell'Economia e Finanze, ribadisce che “il dato normativo precettivo della retroattività deve essere chiaramente esplicitato dalla disposizione che lo introduce....”, sottolineando ulteriormente come “una interpretazione siffatta finirebbe per incidere su un diritto soggettivo vantato dai dipendenti degli uffici tecnici delle stazioni appaltanti i quali hanno maturato il diritto al pagamento in busta paga dei corrispettivi previsti dalla normativa applicabile al momento in cui le prestazioni sono state svolte.”, con la conseguente produzione di “un effetto paradossale per cui i corrispettivi non pagati ai tecnici in base a prestazioni già dagli stessi effettuate costituirebbero economie di spesa per i rispettivi bilanci da utilizzare a discrezione dell'ente, il tutto in evidente violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 della Costituzione.”

d) Recentemente la **Corte dei Conti – Sezione regionale di controllo per la Lombardia**, riunitasi in sede consultiva su sollecitazione di due Amministrazioni locali, con due



successive **deliberazioni nn. 40 del 24 febbraio 2009 e 50 del 5 marzo 2009**, ha confermato il carattere non retroattivo dell'art. 18, comma 4 sexies, del d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito con modifiche in l. 28 gennaio 2009 n. 2, che introduce l'art. 61, comma 7 bis, del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2008 n. 133 sul presupposto che "il divieto di retroattività della legge costituisce un principio generale dell'ordinamento e la giurisprudenza costituzionale ha ribadito che, secondo gli ordinari canoni ermeneutici, il dato normativo precettivo della retroattività deve essere chiaramente esplicitato dalla disposizione che lo introduce.... una interpretazione in tal senso finirebbe per incidere su un diritto soggettivo vantato dai dipendenti degli stessi uffici, i quali hanno maturato il diritto al pagamento in busta paga dei corrispettivi previsti dalla normativa applicabile al momento in cui le prestazioni sono state svolte .... Conclusivamente si ritiene che i compensi erogati a decorrere dal 1° gennaio 2009, ma relativi ad attività realizzate prima di tale data, vadano assoggettati alla previgente disciplina. Ciò anche in considerazione che le relative risorse fanno carico a fondi costituiti secondo la legislazione vigente in data anteriore e che pertanto non sono compresi nel disposto legislativo."

Dalla lettura dei suddetti pareri sembrerebbe emergere che, esclusa la possibilità di un' applicazione del principio di retroattività della normativa in esame, anche in virtù del fatto che lo *jus superveniens* non potrebbe mai incidere su prestazioni di lavoro già svolte, i cui corrispettivi in favore dei dipendenti, siano già maturati, il Giudice contabile, se da un lato, propende per l'interpretazione più elastica della normativa dei compensi incentivanti che fa riferimento al criterio della dotazione della copertura finanziaria (e quindi dell'applicazione della legislazione esistente al momento dell'approvazione del progetto esecutivo), dall'altro, sancisce che il diritto (soggettivo) al pagamento del compenso così maturato, perchè sia assoggettabile all'applicazione della previgente normativa, debba essere correlato ad un'attività che sia stata effettivamente realizzata alla data del 31 dicembre 2008.

2) Così delineato, in estrema sintesi, il quadro normativo-interpretativo relativo alla questione in esame, la scrivente Avvocatura è del parere che, a seguito delle modifiche legislative intervenute dopo l'entrata in vigore del decreto legge 185/08, convertito in legge 28 gennaio 2009 n. 2, l'interpretazione circa la misura percentuale degli incentivi da destinare ai dipendenti dell'amministrazione per prestazioni professionali rese in fase di progettazione e/o realizzazione di lavori o opere pubbliche, ancora in fase di svolgimento alla data del 31 dicembre 2008, possa trovare spunto nelle teorie sopra delineate, ma debba essere ulteriormente sviluppata.

Innanzitutto si ritiene che, da un lato, per le attività, relative a lavori od opere (realizzati) già conclusi e documentati (o documentabili) alla data del 31 dicembre 2008, e quindi solo in attesa di erogazione dei compensi, vada applicata la previgente disciplina (normativa statale + disciplina regolamentare in vigore fino alla data del 31 dicembre 2008) e, d'altro lato, che, relativamente ai progetti approvati sia sotto il profilo tecnico, sia economico (e pertanto dotati di copertura finanziaria) successivamente alla data del 1° gennaio 2009 debba trovare applicazione la nuova disciplina di cui all'art. 61, comma 7 bis, l. 133/2008 (0,5% al dipendente + 1,5% al fondo).

Per quanto riguarda, invece, le attività ancora in svolgimento alla data del 31 dicembre 2008, si premette che, a parere della scrivente, la questione non possa essere risolta alla stregua del principio di retroattività della legge, in ossequio al principio generale dell'ordinamento che sancisce il divieto di retroattività, salvo che la stessa disponga esplicitamente in tal senso, e, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, "purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti...." (Corte cost., 07 luglio 2006, n. 274; 06 dicembre 2004, n. 376; 04 agosto 2003, n. 291) "....così da incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti" (Corte

cost., 13 ottobre 2000, n. 419, sent. n. 229 del 1999, 432 del 1997, 153 e 6 del 1994, 283 del 1993), elementi che non sembrano ricorrere nella fattispecie in esame.

Si tenga ulteriormente conto che dal semplice confronto del tenore letterale della norma *de qua* con il successivo **comma 9 dell'art. 61 del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2008 n. 133**, dettato in materia di corresponsione dei compensi ai dipendenti per le attività di componente o segretario del collegio arbitrale o per l'attività di collaudo, emerge come lo stesso legislatore, ove abbia inteso prevedere l'applicazione retroattiva della normativa, lo abbia fatto esplicitamente: *"Il 50 per cento del compenso spettante al dipendente pubblico per l'attività di componente o di segretario del collegio arbitrale è versato direttamente ad apposito capitolo del bilancio dello Stato; il predetto importo è riassegnato al fondo di amministrazione per il finanziamento del trattamento economico accessorio dei dirigenti ovvero ai fondi perequativi istituiti dagli organi di autogoverno del personale di magistratura e dell'Avvocatura dello Stato, ove esistenti; la medesima disposizione si applica al compenso spettante al dipendente pubblico per i collaudi svolti in relazione a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai corrispettivi non ancora riscossi relativi ai procedimenti arbitrali ed ai collaudi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto."*

Conseguentemente quest'Avvocatura è del parere che, sul presupposto che l'attività di progettazione (esecutiva) e il quadro economico (e il relativo fondo di stanziamento) siano stati approvati entro il 31 dicembre 2008, qualora le attività successive alla progettazione siano ancora in corso alla data del 1 gennaio 2009 possa procedersi a frazionare i periodi di misurazione del parametro incentivante in funzione dell'attività lavorativa effettivamente prestata (e della conseguente maturazione del diritto al compenso).

Al fine di offrire un ulteriore ed efficace spunto interpretativo, infatti, è necessario evidenziare che i compensi incentivanti, previsti dall'art. 92, comma 5, del Codice dei contratti, rappresentano una specifica forma retributiva di natura accessoria correlata ad una prestazione di lavoro effettivamente svolta; tant'è che a seguito della modifica operata dall'art. 1, comma 10-quater, lett. a, del d.l. 23 ottobre 2008 n. 162, convertito con modifiche nella l. 22 dicembre 2008 n. 201 *"La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti."*

In piena sintonia, anche il nuovo regolamento di attuazione (innovando al vecchio regolamento approvato con d.m. 2 novembre 1999, n. 555), recante norme per la ripartizione dell'incentivo di cui all'articolo 92, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (d.m. 17 marzo 2008 n.84) condiziona l'attribuzione e il pagamento dell'incentivo al dipendente all'esito dell'attività svolta: *"Lo stesso dirigente può, con proprio provvedimento motivato, modificare o revocare l'incarico in ogni momento, sentito il responsabile del procedimento. Con il medesimo provvedimento di modifica o revoca, e in correlazione al lavoro eseguito nonché alla causa della modifica o della revoca, è stabilita l'attribuzione dell'incentivo a fronte delle attività che il soggetto incaricato abbia svolto nel frattempo."* (art. 4, comma 2) *"Il pagamento della quota di incentivazione è disposto dal dirigente preposto alla struttura competente, previa verifica dei contenuti della relazione a lui presentata dal responsabile del procedimento in cui sono asseverate le specifiche attività svolte e le corrispondenti proposte di pagamento adeguatamente motivate."* (art.9).

E, nell'ottica di una stretta correlazione tra erogazione del compenso e prestazione effettivamente svolta, si esprime anche la giurisprudenza contabile: *"La norma, di cui all'art. 92, comma 5, d.lg. n. 163/2006, con cui si persegue l'ottimale utilizzo delle professionalità interne e il conseguente risparmio di spesa sugli affidamenti esterni (rivolta a regolare il caso di lavori assunti e realizzati da personale in organico dell'ente da remunerare aggiuntivamente attraverso gli "incentivi")"*, è diretta ad assicurare, per il

caso di prestazioni affidate all'esterno, che "...le quote parti della predetta somma (nel massimo del 2% dell'importo posto a base di gara...) corrispondenti a prestazioni che non sono svolte dai predetti dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, costituiscano economie...", in quanto, soppesata adeguatamente la riduzione obiettiva di carico di lavoro e responsabilità in capo alle strutture interne, deve proporzionalmente ridursi la quota -parte a disposizione del "fondo" per il riconoscimento e la distribuzione degli incentivi al personale interno, la cui erogazione è strettamente connessa all'effettività delle prestazioni: va, pertanto, assicurato, da parte dell'amministrazione, il trattenimento delle quote a titolo di economie di bilancio, ogni qualvolta se ne determinino le condizioni favorevoli, ossia non si riscontrino i presupposti per la loro distribuzione." (C.Conti reg. Sardegna, sez. contr., 08 novembre 2007, n. 16).

Di conseguenza se, da un lato, è vero che la nuova disciplina dei compensi non può trovare applicazione che per il futuro (e quindi relativamente ad attività ancora da compiersi alla data del 1° gennaio 2009), è anche vero, d'altro lato, che le prestazioni già svolte alla data del 31 dicembre 2008 (in esecuzione di un progetto formalmente approvato in precedenza), per le quali è già maturato un diritto del dipendente al pagamento del relativo compenso, non possono che ricadere sotto il regime della precedente disciplina.

Alla luce di quanto detto, indipendentemente dal momento di semplice erogazione del compenso e in applicazione combinata dei criteri della dotazione della copertura finanziaria (approvazione dei progetti esecutivi e dei relativi stanziamenti entro il 31 dicembre 2008) e dell'attività effettivamente realizzata dal dipendente (maturazione del diritto al pagamento del compenso) la scrivente Avvocatura è del parere che, al fine di stabilire quale sia la normativa da applicare in materia di compensi incentivanti a seguito dell'introduzione dell'art. 61, comma 7 bis, l. 6 agosto 2008 n. 133, sia necessario aver riguardo alla data di effettuazione di ciascuna prestazione (anche se da frazionare in periodi differenti, tali da ricadere sotto la vigenza di differenti discipline).

Con la conseguente possibile attribuzione di differenti misure percentuali nell'erogazione dei compensi, anche all'interno di un quadro economico relativo alla realizzazione di una stessa opera e riguardante la stessa attività (svolta in periodi differenti).

Alla luce di quanto su esposto, si ritiene che, in relazione a stanziamenti approvati con formale atto deliberativo entro il 31 dicembre 2008, per quanto riguarda le attività effettivamente realizzate fino alla data del 31 dicembre 2008, debba trovare applicazione la previgente disciplina (normativa statale + disciplina regolamentare in vigore fino alla data del 31 dicembre 2008), mentre relativamente alle attività ancora da compiersi alla data del 1 gennaio 2009 potrà trovare applicazione la disciplina introdotta dall'art. 61, comma 7 bis, l. 6 agosto 2008 n. 133 (0,5% al dipendente + 1,5% al fondo).

In tali sensi è il parere della scrivente Avvocatura.

Valuti, in ogni caso, codesto Servizio l'opportunità di interpellare, formulando una richiesta espressa di parere, la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, in funzione consultiva, avvalendosi dei poteri di cui all'art. 7, comma 8, l. 5 giugno 2003 n. 131.

A tal fine, si resta a disposizione per eventuale collaborazione.

Il Funzionario Amministrativo

dott. D. Diani  


L'Avvocato Generale Reggente

avv. G. Marallo  
