

No agli incentivi per gli atti di pianificazione e conseguente modifica regolamentare

(articolo aggiornato e rivisto, già pubblicato in La Gazzetta degli enti locali, 7 maggio 2013)

Avv. Maurizio Lucca, Segretario generale della convezione dei comuni di Arquà Petrarca, Carceri, Sant'Elena e Tribano

Inquadramento e limiti

La [Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, con il parere n.141 del 10 aprile 2013](#), interviene per riaffermare che la disciplina degli incentivi di progettazione è ascrivibile solo agli interventi in materia di “*lavori pubblici*” (LL.PP.), escludendo di riflesso gli atti di pianificazione urbanistica non collegati direttamente alle opere da eseguire; ovvero non è ipotizzabile il pagamento di un compenso per la redazione di piani o varianti urbanistiche non funzionali all’esecuzione di LL.PP.

Il pronunciamento avviene a seguito di una richiesta tesa a conoscere la “*configurabilità ed all’ambito di applicazione dell’istituto giuridico dell’incentivo al personale interno per l’affidamento dell’attività di progettazione urbanistica ai sensi dell’art. 92 comma 6 del Codice degli Appalti¹, nonché, in relazione ai limiti contemplati dall’art. 9 comma 2 bis del D.L. n. 78/2010, con riferimento al computo delle medesime voci incentivanti*”.

Sul primo quesito, la Corte opera *per ralionem* a precedenti pareri di altre sezioni regionali² chiarendo, in prima battuta, che se l’espressione utilizzata dal legislatore non è precisa al punto da richiedere una norma secondaria per una puntuale definizione del contenuto precettivo, questo non esclude comunque che per “*atto di pianificazione*” vada “*inteso qualsiasi elaborato complesso, previsto dalla legislazione statale o regionale, composto da parte grafica/cartografica, da testi illustrativi e da testi normativi (es., norme tecniche di attuazione), finalizzato a programmare, definire e regolare, in tutto o in parte, il corretto assetto del territorio comunale, coerentemente con le prescrizioni normative e con la pianificazione territoriale degli altri livelli di governo*”³.

Tale circostanza serve alla Corte per introdurre il fatto oggettivo che l’atto di pianificazione è sicuramente un documento che rientra all’interno del dettato normativo e che necessita di adeguate competenze tecniche rinvenibili all’interno della struttura comunale, ma questo non esime dal ritenere che l’elaborato non sia funzionale alla realizzazione dell’opera pubblica, non potendo argomentare *a contrario* che la pianificazione assume una dimensione autonoma rispetto ai lavori da eseguire.

In termini diversi, la sussistenza di un contenuto tecnico documentale degli elaborati non può che essere contestualizzata nell’ambito dei LL.PP., in un rapporto di necessaria strumentalità, senza assurgere a fondamento del riconoscimento dell’istituto dell’incentivazione previsto dall’art. 92, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006: *la condicio sine qua non* è la progettazione - esecuzione dell’opera pubblica e non l’atto di pianificazione *ex se*, dovendo ricondurre l’attività di pianificazione nell’alveo degli “*interventi pubblici o di opere di pubblico interesse*”, in relazione alle quali l’ente agirà in veste di stazione appaltante⁴.

¹ Il quale prevede che il trenta per cento della tariffa professionale relativa alla redazione di un “*atto di pianificazione comunque denominato*” possa essere ripartito, con le modalità e i criteri previsti nell’apposito regolamento interno, tra i dipendenti dell’amministrazione aggiudicatrice che lo abbiano redatto (*ex ante* cfr. l’art. 18 comma 2 della Legge n.109/94).

² Cfr. LUCCA, *Limiti agli incentivi di progettazione*, La Gazzetta degli enti locali, 12 marzo 2013.

³ Corte Conti, SS.RR. per la Regione siciliana in sede consultiva, delibera n.2/2013.

⁴ Corte Conti, Sezione regionale di controllo Toscana, delibera n.213/2011/PAR; Sezione regionale di controllo Puglia, delibera n.1/2012/PAR; Sezione regionale di controllo Campania, delibera n.14/2008/PAR.

Si evince che la norma lega il riconoscimento del diritto ad ottenere il compenso incentivante alla circostanza che la redazione dell'atto di pianificazione sia riferita ad "opere pubbliche" e non ad "atti di pianificazione del territorio", e l'attività sia avvenuta all'interno dell'Ente: ciò che rileva ai fini della riconoscibilità del diritto al compenso incentivante non è tanto il *nomen juris* attribuito all'atto di pianificazione, quanto il suo contenuto specifico intimamente connesso alla realizzazione di un'"opera pubblica", ovvero a quel *quid pluris* di progettualità interna, rispetto ad un mero atto di pianificazione generale (piano regolatore o variante generale) che costituisce, al contrario, diretta espressione dell'attività istituzionale dell'ente per la quale al dipendente è già corrisposta la retribuzione ordinariamente spettante⁵.

L'interpretazione viene avvalorata dalla collocazione sistematica nell'ambito del "Codice dei contratti pubblici", sia dell'art.90: rubricato "Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici", che dell'art.92: rubricato "Corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizioni delle stazioni appaltanti", entrambi gli articoli inseriti nel Capo IV denominato "Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", Sezione I dedicata alla "Progettazione interna ed esterna, livelli della progettazione", oltre che dalla storica derivazione degli stessi, dai medesimi artt. 17 e 18, Legge n.109/1994, "Legge – Quadro in materia di lavori pubblici", facilmente rinvenibile nei riferimenti normativi riportati nelle rispettive rubriche in un evidente coincidenza di *drafting* legislativo⁶.

L'articolo 92 (comma 6) è strettamente connesso con l'articolo 90, ed insieme racchiudono le attività (*alias* "fasi") di progettazione necessarie per dar corso all'appalto dell'opera progettata⁷: in termini, l'incentivo va ripartito esclusivamente "tra i dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice che lo abbiano redatto", evidenziando come il riferimento normativo e la conseguente *voluntas legis* sia ascrivibile solo alla materia dei "lavori pubblici"⁸, presupponendosi una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla realizzazione di un'opera di pubblico interesse.

Tale orientamento valorizza l'interpretazione secondo la quale l'art. 92, comma 6, non potrebbe costituire titolo per l'erogazione di speciali compensi ai dipendenti che svolgono attività sussidiarie, strumentali o di supporto alla redazione di atti di pianificazione affidata a professionisti esterni, atti comunque che devono essere connessi alla realizzazione dell'opera pubblica⁹.

⁵ Corte Conti, Sezione regionale controllo Lombardia, deliberazione 72/2013/PAR.

⁶ Corte dei Conti, Sezione regionale controllo Campania, delibera n.67 del 13 marzo 2012.

⁷ Cfr. l'articolo 19 del D.P.R. n.327/2001.

⁸ Con riferimento al rapporto tra la legislazione regionale e la normativa nazionale in materia di contratti pubblici, la Corte Costituzionale (sentenze 19 – 23 novembre 2007, n.401; 18 – 22 maggio 2009, n.160; 16 – 30 dicembre 2009, n.341) ha ricondotto la materia "lavori pubblici" nella legislazione esclusiva dello Stato ("tutela della concorrenza" e dell'"ordinamento civile"), precisando che le Regioni sono dotate di potestà normativa concorrente in materia di "organizzazione amministrativa e compiti e requisiti del responsabile del procedimento, perché il riferimento è solo ai profili dell'organizzazione amministrativa che riguardano i lavori, servizi e forniture" (Corte Costituzionale, 19 – 23 novembre 2007, n.401), osservando che "in questa prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedurali che afferiscono a materie di propria competenza; dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale" (Corte Costituzionale, 18 – 22 maggio 2009, n.160). Inoltre, con riferimento all'incentivo di cui all'art. 92, comma 5, del Codice dei contratti, la Corte Costituzionale, ha statuito che "i trattamenti economici incentivanti oggetto della disciplina censurata si riferiscono, infatti, allo svolgimento di attività disciplinate dal codice dei contratti pubblici, alcune delle quali (in particolare direzione dei lavori e collaudo) sono state ricondotte da questa Corte alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale e, quindi, alla materia di ordinamento civile", sentenza del 16 - 30 dicembre 2009, n.341.

⁹ Corte Conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n.290/2012/SRPIE/PAR.

Tale disposizione, infatti, abilita a riconoscere uno speciale compenso, al di là del trattamento economico ordinariamente spettante, solo in presenza dei due seguenti elementi di fattispecie:

a) sul piano dell'oggetto, che la prestazione consista nella diretta "*redazione di un atto di pianificazione*", non in attività variamente sussidiarie che rientrano nei doveri d'ufficio dei dipendenti, nel contesto dell'attività di governo del territorio¹⁰;

b) implicitamente, che la redazione dello stesso non sia stata esternalizzata ad un professionista esterno, ai sensi dell'art. 90, comma 6.

Riversando dette coordinate ermeneutiche di ordine sistematico e storico, si perimetra l'ambito di applicazione della norma citata, con riferimento anche alla più generale "*attività di pianificazione*", esclusivamente all'interno dell'attività progettuale e tecnico – amministrative ad essa connesse, di "*opere e lavori pubblici*", senza possibilità di estendere analogicamente tale disciplina ad altre tipologie di prestazioni, quali quelle di progettazione urbanistica o atti di pianificazione.

A conclusione il Collegio, al fine di evitare inutili interpretazioni (*ergo* indebite erogazioni), osserva che l'amministrazione potrebbe (*ergo* dovrebbe) adottare una norma regolamentare che individua le diverse tipologie di "*atto di pianificazione comunque denominato*", sempre e comunque nell'alveo interpretativo elaborato dalla giurisprudenza contabile che rigetta l'orientamento di un' autonoma attività di pianificazione non direttamente connessa con la realizzazione di un' opera di pubblica utilità.

A margine e in risposta la secondo quesito, la Sezione regionale di controllo non può che allinearsi con il pronunciamento delle Sezioni Riunite¹¹, sul limite alla crescita dei fondi della contrattazione integrativa destinati alla generalità dei dipendenti dell'ente pubblico¹², rilevando che le risorse (per l'incentivo in parola) alimentano il fondo in senso solo figurativo, dato che esse non sono poi destinate a finanziare gli incentivi spettanti alla generalità del personale dell'amministrazione pubblica e devono ritenersi escluse dall'ambito applicativo dell'art.9, comma 2 *bis*, della Legge n.122/2010.

L'art.92, comma 5, del D.Lgs. n.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 civile¹³.

Obbligo di modifica regolamentare e responsabilità dirigenziali

È noto che il regolamento interno non può derogare a quanto previsto dalla legge, o attribuire compensi non previsti, dovendo attenersi alle seguenti condizioni:

a. erogazione ai soli dipendenti (e in proporzione) espletanti gli incarichi tassativamente indicati dalla norma (responsabile del procedimento, incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, e loro collaboratori), riferiti all'aggiudicazione ed esecuzione "*di un'opera o un lavoro*", escludendo, pertanto, un appalto di fornitura¹⁴ di beni o di servizi o manutenzioni¹⁵, così come un atto regolamentare¹⁶;

¹⁰ Cfr. Corte Conti, Sezione regionale controllo Lombardia, deliberazione 27 gennaio 2009, n. 9.

¹¹ Corte Conti, Sezioni Riunite, deliberazione n.51/2011.

¹² Cfr. Corte Conti, Sezione regionale controllo Veneto, delibera n.285/2011.

¹³ In tal senso, Corte Conti, Sezione regionale controllo Campania, delibera n.7/2008.

¹⁴ Sul divieto di estensione analogica di tale disciplina ai contratti di servizio o di forniture, né ad altre tipologie di prestazioni, vedi Corte Conti, Sezione regionale controllo Campania, delibera n.67/2012.

¹⁵ Sono escluse le attività di taglio del verde, sostituzione infissi, sostituzione apparati termoidraulici, Corte Conti, Sezione regionale controllo Toscana, n.293 del 13 novembre 2012.

¹⁶ Corte Conti, Sezione regionale controllo Toscana, Deliberazione n. 15/2013/PAR.

b. per incarichi esterni non è dovuto alcun compenso¹⁷ e le somme vanno in economia¹⁸;

c. l'ammontare complessivo non può superare il due per cento dell'importo a base di gara;

d. ancoramento del fondo incentivante alla base di gara (non all'importo oggetto del contratto, né a quello risultante dallo stato finale dei lavori), con la conseguenza che nulla è dovuto nel caso in cui l'*iter* dell'opera o del lavoro non sia giunto, quantomeno, alla fase della pubblicazione del bando o della spedizione delle lettere d'invito o dell'aggiudicazione ovvero l'opera non venga realizzata¹⁹;

e. puntuale ripartizione del fondo incentivante tra gli incarichi attribuibili (responsabile del procedimento, progettista, direttore dei lavori, collaudatori, nonché loro collaboratori), secondo percentuali rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione, da mantenere, tuttavia, entro i binari della logicità, congruenza e ragionevolezza²⁰.

La conseguenza diretta di tale orientamento (che non risulta consolidato)²¹ si può ripercuote (senza riserve) sulla necessità (obbligo) di un adeguamento dell'apposita fonte regolamentare qualora non (più) coerente con i principi sopra enunciati, o quanto meno dovrebbe essere disapplicata dal responsabile del procedimento (di liquidazione) al fine di non (in)concorrere in responsabilità erariali.

La liquidazione, infatti è un atto dirigenziale (ex art.107 del TUEL) e l'eventuale "*illegittimità sopravvenuta*" imporrebbe l'adozione di un atto in autotutela (rivisitazione del regolamento) o la sua disapplicazione (*non iure*), soprattutto ove si consideri che l'emanazione degli atti di competenza del dirigente implica (in sede istruttoria e di rilascio di pareri, ex artt.49 e 147 *bis* del TUEL) sempre la valutazione dell'esistenza di tutti i presupposti di fatto e di diritto (ex art.6, comma 1 della Legge n.241/90) accertando, sempre in via istruttoria (ex art.3 della Legge n.241/90), tutte le circostanze rilevanti ai fini dell'emanazione del provvedimento: principio, questo, di carattere generale relativo

¹⁷ Una eventuale duplicazione di spesa (pagamento delle parcelle professionali ai progettisti esterni e corresponsione degli emolumenti di cui all'art.92 del D.Lgs. n. 163/2006) a carico della Amministrazione procedente può determinare danno erariale. Costituisce, infatti, danno erariale la liquidazione integrale dell'incentivo in parola quando le prestazioni progettuali sono affidate a tecnici esterni (Corte dei conti, sez. giur. Calabria, 28 settembre 2007, n.801), Corte Conti, sezione regionale controllo Calabria, Deliberazione n.16/2003.

¹⁸ Cfr. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, Deliberazioni n. 315 del 13 dicembre 2007; n.35 del 8 aprile 2009; n.18 del 7 maggio 2008 e n. 150 del 2 maggio 2001.

¹⁹ Cfr. l'art.2, comma 3 del DM Infrastrutture n.84 del 17 marzo 2008.

²⁰ Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Deliberazioni n.315 del 13 dicembre 2007; n.70 del 22 giugno 2005; n.97 del 19 maggio 2004.

²¹ Di parere opposto, la Corte Conti, Sezione regionale controllo Veneto, con la deliberazione n.337/2011/PAR, ove si sostiene che il richiamo fatto "*dal comma 6 non sembra riferito solo alle modalità di liquidazione dell'incentivo, ma ha una valenza ben più ampia, esprimendo la qualificazione, operata dalla vigente normativa, dell'attività di pianificazione urbanistica e la similitudine con la progettazione di lavori pubblici: infatti, anche le prestazioni professionali relative alla redazione degli strumenti urbanistici rientrano, letteralmente, nella sfera degli appalti pubblici di servizi... Dalla disciplina sommariamente delineata emerge come il legislatore, nel configurare l'istituto dell'incarico esterno di pianificazione, consideri la relativa prestazione come inerente non già ad una attività professionale intellettuale di lavoro autonomo (con assunzione in proprio dei relativi rischi e diritto al corrispettivo calcolato sulla base di apposite tariffe professionali), bensì a un vero e proprio appalto di servizi: è infatti qualificante, per la definizione comunitaria di appalto, esclusivamente il carattere oneroso del contratto e la circostanza che l'oggetto del contratto stesso rientri negli elenchi di cui agli allegati II A e II B al Codice dei contratti: a questo riguardo, si veda sia l'art. 3, comma 10 sulla definizione di appalto di servizio, sia lo stesso art. 3, comma 22 che comprende nel genus degli operatori economici, l'imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi, mentre la circostanza che l'art. 34 del Codice (soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici) non contempli espressamente la figura del libero professionista, non appare decisiva, anche alla luce del fatto che il successivo art. 91, comma 1, lett. d) contempla i liberi professionisti nel novero degli operatori, conferitari dei (similari) servizi tecnici attinenti i lavori pubblici".*

all'attività amministrativa e che riveste una particolare attenzione (il "processo decisionale") anche dalla Legge n.190/2012²².

È da aggiungere, altresì, che ove si tratti di provvedimento attuativo di altro ritenuto illegittimo (il regolamento) il responsabile del procedimento dovrà "astenersi" dall'emanarlo (*rectius* di liquidare l'incentivo), fornendo semmai ragguagli all'organo competente (giunta comunale): per di più, nel caso di provvedimento relativo all'attribuzione di emolumenti, certamente di competenza dirigenziale, la responsabilità deriva dai principi di competenza e di responsabilità espressi dall'art 97, secondo comma della Costituzione: "nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari"²³.

La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce ormai un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. individuando l'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore; di riflesso, nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione (la sfera o riserva di competenza)²⁴.

Per altri versi, non si potrebbe sostenere, nel caso di inerzia da parte dell'organo titolare della competenza in materia regolamentare, di acquisire un "atto di indirizzo attuativo"²⁵ o "confermativo"²⁶ atteso che gli organi elettivi non hanno competenze gestionali, né sull'applicabilità o meno della norma: il criterio discrezionale tra attività di indirizzo e di gestione degli organi della P.A. è rinvenibile nella estraneità della prima al piano della concreta realizzazione degli interessi pubblici che vengono in rilievo, esaurendosi nella indicazione degli obiettivi da perseguire e delle modalità di azione ritenute congrue a tal fine²⁷.

L'organo elettivo potrà semmai formulare un atto di indirizzo di "politica finanziaria", di natura meramente orientativa con finalità politico – organizzative, ma non di "gestione finanziaria", attività quest'ultima di competenza esclusiva del responsabile del procedimento (o di servizio)²⁸, il quale (nel caso di specie) dovrà proporre (atto d'impulso)

²² Cfr. l'articolo 1, comma 9, lettera b) della Legge n.190/2012: "prevedere, per le attività individuate ai sensi della lettera a), meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione".

²³ Corte Conti, sez.I, Sezione giurisdizionale Centrale D'Appello, sent. n.29 del 14 gennaio 2013.

²⁴ Corte Cost., 3 maggio 2013, n. 81.

²⁵ Il potere di gestione, affidato alla dirigenza per poter realizzare quanto prefissato dall'organo di vertice politico, comporta inevitabilmente una maggiore responsabilizzazione da parte di coloro che sono posti all'apice dell'organizzazione pubblica, con la conseguenza che questo, al fine di non disperdere inutilmente risorse finanziarie pubbliche, con conseguente danno all'Erario, deve perseguire una gestione in grado di tradurre le direttive, impartite dal vertice politico, nella concreta realtà in modo sano, cioè rispettoso dei principi tutti sottesi alla cura dell'interesse pubblico, principalmente riconducibili agli articoli 3 e 97 della Costituzione. Ne consegue che la legalità e l'imparzialità dell'attività amministrativa deve essere sempre difesa dalle influenze della politica, se divergenti da detti principi fondamentali, Corte Conti, Sezione giurisdizionale Veneto, 20 giugno 2012, n.460.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n.1655.

²⁷ Si rinvia, LUCCA, *Profili di competenza tra organi elettivi e tecnici*, La Gazzetta degli enti locali, 3 luglio 2012.

²⁸ Cons. Stato, sez.V, sentenza n.1775/2013, dove si precisa che gli atti di gestione includono funzioni dirette a dare adempimento ai fini istituzionali posti da un atto di indirizzo o direttamente dal legislatore, oppure includono determinazioni destinate ad applicare, pure con qualche margine di discrezionalità, criteri predeterminati per legge, mentre attengono alla funzione di indirizzo gli atti più squisitamente discrezionali, implicanti scelte di ampio livello.

la modifica del regolamento (non certo un “atto di indirizzo”) da iscriverne all’ordine del giorno nella prima seduta utile.