

*mento economico del primo presidente della Corte di cassazione. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quello previsto al periodo precedente”.*

Essendo la individuazione delle fasce funzionale e specificamente prevista per la determinazione del solo compenso previsto dall'art. 2389, comma 3 c.c. come indicato dalla norma che la dispone, non appare possibile utilizzare tale parametro (la fascia di riferimento) anche per il diverso compenso in discussione.

Sul parere, costituente questione di massima, è stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 17 dicembre 2013, si è espresso in conformità.

## **Oneri ed incentivi ex art. 92, co. 5, D.Lgs. n. 163/2006**

*PARERE 21/12/2013-513720/23, Cs 4955-6145/13, SEZ. VII, AVV. MARCO STIGLIANO MESSUTI*

Con due diverse note vengono sottoposti diversi quesiti attinenti agli incentivi ed ai compensi per collaudo statico, per collaudo tecnico-amministrativo, per l'espletamento di attività di segreteria tecnico-amministrativa unificata, in regime di convenzione con altri enti.

\*\*\*

Con la nota prot. n. 12970 del 5 dicembre 2012, il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria fa riferimento ad una convenzione tra il medesimo Provveditorato e la Società di Gestione Expo 2015-SOGE s.p.a. per l'espletamento di attività di collaudo e di attività di segreteria tecnico-amministrativa unificata, premesso che, ai sensi dell'art. 4, comma 9, DPCM 22 ottobre 2008, *“la SOGE, sulla base di convenzioni può anche avvalersi degli uffici tecnici e amministrativi degli enti pubblici interessati e può disporre di personale comandato degli stessi”.*

Il Provveditorato chiede quindi:

1) *“se l’incentivo alla progettazione ex art. 92 del D. Lgs. n. 163/2006 possa considerarsi giuridicamente un emolumento retributivo ovvero un **compenso** per prestazioni occasionali, ancorché di carattere professionale, poiché prestate da dipendenti appartenenti all’Amministrazione”*, tenendo presente che, ai sensi dell'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, viene riassegnato ad apposito capitolo di bilancio l'importo corrispondente al 50% dei **“compensi”** spettanti al dipendente pubblico per l'attività di collaudo in sede di contratti di lavori, servizi e forniture;

2) *“se debba ritenersi applicabile il disposto di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, in caso di erogazione dell'incentivo di cui all'art. 92 del decreto legislativo 163/2006”;*

3) “*se la convenzione stipulata fra Expo 2015 s.p.a. ed il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria, per effetto delle previsioni normative di cui al DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni, costituisca di fatto espletamento di compiti di istituto*”, posto che l'espletamento di compiti di istituto rappresenta il presupposto imprescindibile per l'assegnazione degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*.

Al riguardo si osserva quanto segue.

\*\*\*

1-2) I primi due quesiti formulati dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria impongono di valutare se, in definitiva, gli incentivi di cui all'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, siano assimilabili ai "compensi" di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, convertito in legge 133/2008, ai fini dell'applicazione della ritenuta del 50 % prevista da quest'ultimo disposto.

D'altra parte, questa valutazione si impone dal momento che la ritenuta prevista espressamente per gli incentivi *ex art. 61, comma 8, D.L. n. 112/2008*, è stata abrogata dall'art. 1, comma 10-*quater*, lett. b), D.L. n. 162/2008; si chiede dunque di verificare se, abrogata la ritenuta di cui all'art. 61, comma 8, D.L. n. 112/2008, non sia forse applicabile quella di cui all'art. 61, comma 9, tuttora vigente.

Ciò detto, occorre preliminarmente osservare che gli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*, possono essere assegnati per l'attività di segreteria tecnico-amministrativa unificata, soltanto se questa attività ha ad oggetto un "*contributo intellettuale e materiale all'attività del responsabile del procedimento, alla redazione del progetto, del piano della sicurezza, alla direzione dei lavori ed alla loro contabilizzazione*" (art. 4, comma 4, lett. g), del D.M. Infrastrutture e Trasporti del 17 marzo 2008, n. 84). Occorre motivare i provvedimenti di riconoscimento e di ripartizione degli incentivi in tal senso.

Ad ogni buon conto, nonostante la natura retributiva degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006* (Cassazione, Sez. lav., 8 novembre 2012, n. 19328; 27 luglio 2010, n. 17536), gli stessi non sono assimilabili ai "compensi" di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, ai fini dell'applicazione della ritenuta del 50 % da destinare ad apposito capitolo di bilancio.

In primo luogo, infatti, è soltanto il comma 8 dell'art. 61, D.L. n. 112/2008, che, prima della sua abrogazione, riguardava espressamente gli incentivi *ex art. 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl.*, destinandoli "*nella misura dello 0,5 per cento alle finalità di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell'1,5 per cento, è versata ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato*". Per converso, l'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, riguarda i compensi per attività professionali del pubblico dipendente, espletate occasionalmente, al di fuori dei compiti di istituto e dell'orario di lavoro.

Tali conclusioni sono avvalorate da alcuni *obiter dicta* della Corte Costi-

tuzionale, per cui: *“Il comma 8 dell’art. 61 si riferisce all’incentivo, «non superiore al due per cento dell’importo posto a base di gara di un’opera o di un lavoro», che, ai sensi dell’art. 92, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), «è ripartit[o], per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri 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». Il censurato comma 8 dell’art. 61, a decorrere dal 1° gennaio 2009, ha ridotto tale percentuale, disponendo che essa possa essere destinata solo nella misura dello 0,5 per cento alla finalità di incentivo prevista dal codice dei contratti pubblici, dovendo invece, nella misura dell’1,5 per cento, essere «versata ad apposito capitolo dell’entrata del bilancio dello Stato». Il legislatore ha in séguito abrogato la disposizione impugnata (con l’art. 1, comma 10-quater, lettera b), del decreto-legge n. 162 del 2008), salvo reintrodurre, in un momento ancora successivo (con l’art. 18, comma 4-sexies, del decreto-legge n. 185 del 2008), una disposizione identica a quella abrogata, che è attualmente contenuta nel vigente comma 7-bis dell’art. 61”.* **Il comma 9 dell’art. 61 riguarda, invece, i compensi spettanti ai dipendenti pubblici per arbitrati o collaudi.** La norma dispone che sia versato direttamente ad apposito capitolo del bilancio dello Stato il 50 per cento dei compensi spettanti ai dipendenti pubblici per l’attività di componente o di segretario del collegio arbitrale e per i collaudi svolti in relazione a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La disposizione precisa che 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 generale dello Stato ove esistenti” (Corte Costituzionale, 30 dicembre 2009, n. 341).

In secondo luogo, invece, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, sono diversi rispetto ai veri e propri compensi professionali, ancorché entrambi possano avere ad oggetto l’attività di collaudo.

D’altra parte, l’incentivo viene corrisposto in ragione della partecipazione del pubblico dipendente alla complessiva attività di progettazione, pianificazione, collaudo, ecc., al di là della sua qualifica professionale, nell’ambito dei compiti di istituto e durante l’orario di lavoro, sempre che l’attività svolta costituisca un valore aggiunto rispetto alle prestazioni attese dal dipendente medesimo (ARAN, Orientamenti applicativi, RAL1081).

Per contro, il compenso viene corrisposto in ragione della qualifica professionale posseduta dal pubblico dipendente ed in ragione della sua effettiva, specifica ed occasionale partecipazione all’attività di progettazione, pianificazione, collaudo, ecc., al di fuori dell’orario di lavoro ed al di là dei compiti

di istituto cui è assegnato il pubblico dipendente medesimo.

Sulla distinzione tra incentivi ex art. 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl., ed i compensi per attività professionali (cfr. C. Conti Piemonte, Sez. contr., delibera, 30 agosto 2012, n. 290); Cassazione, 16 giugno 2009, n. 13941; sui presupposti per il riconoscimento di compensi professionali a favore dei dipendenti, (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 settembre 1999, n. 1027; 2 novembre 1998, n. 1571).

Pertanto, la natura retributiva degli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, non osta a che: a) gli incentivi medesimi non siano strutturalmente assimilabili ai compensi per attività professionale prestata dal pubblico dipendente; b) l'art. 61, comma 9, D. L. n. 112/2008, riguardi i soli compensi per attività professionali, e non pure gli incentivi di cui trattasi, ricordando come le prestazioni patrimoniali imposte dal decreto delegato del 2008 devono essere sottoposte ad interpretazione restrittiva, ai sensi dell'art. 23 Cost.

Da quanto esposto emerge che, ai fini dell'applicazione dell'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, non sono assimilabili a compensi per prestazioni professionali, né sono soggetti alla ritenuta del 50 %, da destinare ad un apposito capitolo del bilancio dello Stato come misura di contenimento dei costi per realizzare obiettivi di finanza pubblica.

3) Con il terzo quesito, il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria chiede di verificare se, ai fini dell'applicazione dell'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, l'espletamento di attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata rientri tra i compiti di istituto di codesto Provveditorato, ai sensi e per gli effetti della disciplina dettata dal DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni.

Preliminarmente occorre osservare che il DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni è stato abrogato dal DPCM 6 maggio 2013.

Ad ogni modo, specularmente rispetto a quanto prevedeva l'art. 4, comma 9, del DPCM 22 ottobre 2008, anche l'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, stabilisce che: *“La Società EXPO 2015 p.a., sulla base di convenzioni, può anche avvalersi degli uffici tecnici e amministrativi degli enti pubblici interessati e può disporre di personale comandato dagli stessi, nonché può avvalersi degli enti fieristici, senza scopo di lucro, con sede in Lombardia e operativi a livello regionale, nei cui organi direttivi vi siano rappresentanti designati dagli enti locali interessati, ovvero delle persone giuridiche da questi controllate”*.

Tutto ciò premesso, al fine di valutare se le attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata rientrano tra i compiti di istituto del Provveditorato alle OO.PP., occorre esaminare: **a)** cosa debba esattamente intendersi per compiti di istituto e se, in particolare, questi ultimi equivalgono agli interessi affidati ex lege alla cura di una determinata amministrazione o di un determinato ente pubblico; **b)** se la SOGE s.p.a. sia una società in house,

la quale esercita un'attività prevalentemente nei confronti delle pubbliche amministrazioni interessate, tra le quali si annovera il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; **c**) se l'avvalimento dei Provveditorati alle OO.PP. da parte della SOGE s.p.a. corrisponde ad una comunanza di interessi pubblici tra i soggetti in questione; **d**) se le convenzioni stipulate dai Provveditorati con la SOGE s.p.a. rappresentino misure attuative dell'avvalimento, nonché accordi ex art. 15, l. n. 241/1990, con cui le amministrazioni disciplinano “*lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*”.

**Con riferimento alla questione sub a)**, i compiti di istituto equivalgono agli interessi affidati *ex lege* alla cura di una determinata amministrazione o di un determinato ente pubblico (Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4060; Sez. V, 9 settembre 1999, n. 1027).

Inoltre, ai sensi del comb. disp. dell'art. 9, comma 2 lettera c), DPR n. 211/2008, e dell'art. 42, comma 1, lett. a), b), d-*bis*), d-*ter*), d-*quater*), D.Lgs. n. 30 luglio 1999, n. 300, tra i compiti di istituto dei Provveditorati alle OO.PP. rientra, *inter alia*: a) l'**attività di supporto su base convenzionale** nella programmazione, progettazione ed esecuzione di opere anche di competenza di amministrazioni non statali, anche ad ordinamento autonomo, economico e non, nonché di enti ed organismi pubblici; b) la programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione in proprio delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, come quelle relative ad Expo 2015, ai sensi dell'art. 1, comma 1, allegato 1, DPCM 6 maggio 2013.

**Con riferimento alla questione sub b)**, la SOGE s.p.a., organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, D.Lgs. n. 163/2006, è altresì una società *in house*.

Secondo la giurisprudenza *Teckal* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nonché secondo la giurisprudenza amministrativa, una società è *in house* se l'amministrazione pubblica esercita sulla stessa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, nonché se la società svolge la sua attività prevalentemente con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. V, *Teckal srl c. Comune di Viano e Azienda Gas - Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, 18 novembre 1999, causa C-107/98; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

Elementi sintomatici del controllo analogo sono: a) la totalità della partecipazione pubblica al capitale sociale, con annessa incredibilità delle azioni a privati; b) la derivazione dello statuto e dell'atto costitutivo della società *in house* da un provvedimento autoritativo o legislativo-regolamentare; c) il potere di nomina di una parte consistente del *management* e del collegio sindacale da parte del soggetto controllante pubblico; d) il potere del soggetto controllante pubblico di determinare le scelte strategiche della società *in house* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Parking Brixen*, 13 novembre 2005, causa C-458/04; *Agusta spa*, 8 aprile 2008, causa C-337/05; Consiglio

di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214; 24 settembre 2010, n. 7092; 9 marzo 2009, n. 1365; 3 febbraio 2009, n. 591; CGA, 4 luglio 2007, n. 719).

Per contro, si ha lo svolgimento di attività prevalentemente nell'interesse delle amministrazioni quando, sia con riguardo all'oggetto sociale, sia con riguardo all'attività concretamente esercitata, la società realizza lavori, servizi e forniture in misura quantitativamente e qualitativamente preponderante per e per conto dell'amministrazione controllante (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, 12 dicembre 2002, causa C-270/99; Sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/2005).

Si dice che *in house* è convenzionato quando un ente pubblico affida, con convenzione *ex art.* 15 l. n. 241/1990, un appalto a favore di una società controllata da un altro ente. In tale ipotesi, l'affidamento *in house* senza gara è stato ritenuto illegittimo, perché vi deve essere coincidenza tra l'ente pubblico che esercita il controllo analogo ed il soggetto nei cui confronti è esercitata l'attività prevalente della società (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6736).

*In house*, invece, si definisce frantumato quando molteplici enti pubblici partecipano al capitale della società, senza che nessuno di essi abbia singolarmente il controllo della stessa. In questo caso il controllo analogo è comunque assicurato dal coordinamento degli enti in esame per quanto attiene alla determinazione della strategia aziendale (Corte di Giustizia dell'UE, 29 novembre 2012, *Econord spa c. Comune di Varese*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 novembre 2008, *Coditel Bradant Sa*; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; 9 marzo 2009, n. 1365; 29 dicembre 2009, n. 8970; 31 marzo 2009, n. 5082).

Ne deriva che, sotto il profilo del controllo analogo, la SOGE s.p.a., organismo di diritto pubblico, è altresì una società *in house* (frantumato) in quanto:

a) il capitale sociale è suddiviso tra Ministero dell'Economia e delle Finanze, Regione Lombardia, Provincia di Milano, Comune di Milano e Camera di Commercio di Milano, i quali sono enti interessati ad Expo 2015 (art. 6, DPCM 6 maggio 2013; art. 5, DPCM 22 ottobre 2008, sui tavoli interistituzionali tra gli enti interessati), secondo le quote stabilite con decreto del MEF (art. 5, comma 2, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 2, DPCM 22 ottobre 2008); la frantumazione del capitale sociale non impedisce che i diritti di voto relativi alle quote azionarie siano esercitati secondo un'unica direttrice strategica, come dimostra la regolamentazione dei tavoli interistituzionali tra gli enti interessati *ex art.* 6, DPCM 6 maggio 2013;

b) l'atto costitutivo e lo statuto sono predisposti dal Commissario Straordinario del Governo (art. 5, comma 1, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 1, DPCM 22 ottobre 2008), mentre l'oggetto sociale è predeterminato per via regolamentare nel senso che la SOGE "*realizza e fa realizzare le opere per la migliore riuscita di Expo 2015 [...] e organizza e gestisce Expo 2015*" (art. 5,

comma 4, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 4, DPCM 22 ottobre 2008);

c) il numero dei membri del consiglio di amministrazione (5) è fissato per via regolamentare e per via regolamentare sono fissate anche le modalità di nomina del *management* (art. 5, comma 3, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, comma 3, DPCM 22 ottobre 2008);

d) la SOGE è tenuta a presentare un rendiconto periodico, anche finanziario, sulle opere da realizzare, mentre il rendiconto generale finanziario è approvato dal Ministro per l'Economia e le Finanze (art. 5, commi 5 e 7, DPCM 6 maggio 2013; art. 4, commi 5 e 7, DPCM 22 ottobre 2008).

Ugualmente, sotto il profilo dell'attività svolta prevalentemente nell'interesse delle amministrazioni, la SOGE espleta la propria attività nell'esclusivo interesse degli enti pubblici che la controllano. Trattasi dunque di una società *in house*.

Per converso, per quanto attiene al rapporto tra la SOGE ed il Provveditorato alle OO.PP., il quale si fonda su una convenzione tra i due enti, si esula dalla figura dell'*in house* convenzionato, istituto ritenuto illegittimo dal Consiglio di Stato.

In effetti, l'*in house* convenzionato ha luogo quando la società non è controllata dall'ente pubblico affidante l'appalto, mentre svolge attività per quest'ultimo in base ad una convenzione. Nel caso all'attenzione della scrivente, invece, lo Stato (in cui il Provveditorato si inserisce) controlla la SOGE insieme ad altre amministrazioni (*in house* frantumato); inoltre, la SOGE svolge la sua attività esclusivamente nell'interesse delle pubbliche amministrazioni controllanti, incluso lo Stato, in vista della realizzazione di Expo 2015.

Senza dimenticare come la convenzione tra il Provveditorato e la SOGE non è volta ad affidare ai dipendenti di quest'ultima o del MIT lo svolgimento di attività professionali. Al contrario, siffatta convenzione viene stipulata in virtù del potere/dovere di avvalimento delle amministrazioni interessate, ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013. Tali amministrazioni, però, non esercitano attività professionale esterna per conto della SOGE (art. 90, comma 1, lett. d) e ss., D.Lgs. n. 163/2006), il che sarebbe illegittimo (Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5003). Piuttosto, le amministrazioni (e non i loro dipendenti presi singolarmente) concorrono, nell'ambito dei compiti di istituto, alla realizzazione di Expo 2015, insieme alla SOGE.

In breve, la SOGE spa, la quale ha una soggettività giuridica distinta da quella delle amministrazioni, rappresenta **un modulo istituzionale ed organizzativo ad hoc** per il coordinamento e la realizzazione degli interventi connessi ad Expo 2015, i quali riguardano enti pubblici su diversi livelli, statale, regionale e locale. Di questo modulo organizzativo si avvalgono, tramite convenzioni, tutte le amministrazioni in questione per realizzare compiti di istituto in vista di un evento eccezionale. Specularmente, tramite le medesime convenzioni, la SOGE s.p.a. si avvale, ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, delle

amministrazioni pubbliche interessate, come i Provveditorati alle OO.PP.

Così, in un caso analogo, la Cassazione ha ritenuto che sussistesse la giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori della società per la candidatura di Trieste ad ospitare l'Esposizione Universale, **posto che le amministrazioni locali, anche tramite convenzioni, si avvalevano di tale organismo di diritto privato per perseguire finalità istituzionali loro proprie** (trattasi di compiti di istituto: Cassazione, Sez. Un., ordinanza, 9 maggio 2011, n. 10063).

Ciò detto, se da una parte la SOGE è società *in house* che svolge strutturalmente attività nell'interesse esclusivo delle pubbliche amministrazioni controllanti, dall'altra, vi è una coincidenza tra gli interessi/i compiti di istituto di queste ultime e l'oggetto sociale della SOGE medesima. D'altro canto, sotto il profilo letterale, è lo stesso art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, a sancire una comunanza di interessi e di compiti istituzionali tra la SOGE e gli "*enti pubblici interessati*" di cui la stessa può avvalersi.

In particolare, la SOGE s.p.a., partecipata anche dallo Stato, ha tra i suoi compiti istituzionali la realizzazione delle opere pubbliche per Expo 2015. Al contempo, i Provveditorati Interregionali alle OO.PP. hanno sempre, come funzioni loro proprie, l'attività di supporto su base convenzionale nella programmazione, progettazione ed esecuzione di opere anche di competenza di amministrazioni non statali, anche ad ordinamento autonomo, economico e non, ovvero di Enti ed organismi pubblici, nonché la programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione in proprio delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, come quelle relative ad Expo 2015.

**Con riferimento alla questione sub c)**, l'avvalimento dei Provveditorati alle OO.PP. da parte di altri enti è disciplinato: a) in via generale, dall'art. 90, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006 (già art. 19, comma 3, l. quadro n. 109/1994); b) in modo particolare, dall'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013.

L'istituto dell'avvalimento corrisponde ad un rapporto tra due o più amministrazioni in cui, in base ad una previsione legislativa o regolamentare (ad es., l'art. 90, D.Lgs. n. 163/2006; l'art. 19, comma 3, l. n. 109/1994; l'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013), una amministrazione od un ente ha il potere (simile ad un diritto potestativo sostanziale) di utilizzare le strutture di una seconda amministrazione, sulla quale incombe il dovere specifico di fornirle, senza potersi rifiutare (Corte dei Conti, Sez. contr., 12 giugno 1996, n. 87). La materia oggetto di avvalimento, quindi, rientra tra i compiti di istituto della seconda amministrazione, posto che il dovere specifico di fornire le proprie strutture, ai sensi dell'art. 90, D.Lgs. n. 163/2006, deve essere previsto dalla legge o da un regolamento e posto che il regolamento o la legge individuano le funzioni, i compiti, i doveri delle varie amministrazioni e dei vari enti pubblici, in ossequio al principio di legalità *ex art. 97 Cost.*

Ne deriva che, se ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, la

SOGE si avvale delle strutture del Provveditorato per attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata, questa materia è oggetto di un dovere specifico, di una funzione, di un compito di istituto stabilito direttamente dalla legge a carico del Provveditorato medesimo.

**Con riferimento alla questione sub d)**, un accordo *ex art. 15 l. n. 241/1990* può essere definito come il patto tra più amministrazioni od enti sostanzialmente pubblici che, su un piano di parità, regolano l'attività di interesse comune, ad esempio in virtù del potere di avvalimento affidato dalla legge ad una di esse (Corte dei Conti, Sez. contr., 12 giugno 1996, n. 87). Con gli accordi, in definitiva, le parti contraenti compongono in un quadro unitario gli interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice (Corte dei Conti, Sez. Giur. Reg. Puglia, 21 marzo 2003, n. 244). Entrambe le amministrazioni contraenti, però, devono essere competenti ed avere *ex lege* la cura di interesse pubblico tale da legittimare la stipula dell'accordo (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707), sempre che la convenzione *ex art. 15 cit.* non si risolva nell'acquisizione senza gara di servizi presso un soggetto professionista/imprenditore (Consiglio di Stato, Sez. III, 25 gennaio 2012, n. 324). Inoltre, la giurisprudenza amministrativa e di legittimità ha pacificamente ammesso l'eventualità che accordi *ex art. 15, l. n. 241/1990*, possano essere stipulati tra un'amministrazione ed una società *in house*, frantumato o meno (Cassazione, Sez. Un., ordinanza, 9 maggio 2011, n. 10063; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6736).

Dunque, laddove la SOGE spa è una società *in house* che può avvalersi *ex lege* del Provveditorato, stipula con quest'ultimo una convenzione attuativa del potere di avvalimento (art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013). Questa convenzione, la quale pone su un piano di parità un'amministrazione ed una società *in house*, è un accordo *ex art. 15, l. n. 241/1990*. Con questo accordo, il Provveditorato e la SOGE regolano attività di interesse comune, la quale può a sua volta essere regolata per via convenzionale solo in quanto entrambi gli enti coinvolti (incluso il Provveditorato) abbiano come compito di istituto la materia oggetto della convenzione medesima.

Da quanto esposto emerge che l'espletamento di attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativo unificata per conto della SOGE costituisce, nella specie, un compito di istituto del Provveditorato alle OO.PP., ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013.

In primo luogo, infatti, i compiti di istituto coincidono con gli interessi che la legge affida alle cure delle amministrazioni e degli altri enti pubblici. In particolare, i Provveditorati alle OO.PP. provvedono all'attività di supporto su base convenzionale nella programmazione, progettazione ed esecuzione di opere anche di competenza di amministrazioni non statali, anche ad ordinamento autonomo, economico e non, nonché di enti ed organismi pubblici.

In secondo luogo, sotto il profilo letterale, l'art. 5, comma 9, DPCM 6 mag-

gio 2013, menziona espressamente l'"interesse" degli enti pubblici, tra i quali i Provveditorati, rispetto alle attività che costituiscono l'oggetto sociale della SOGE s.p.a. (realizzazione delle opere e predisposizione dei servizi per Expo 2015).

In terzo luogo, la SOGE s.p.a. è una società *in house* che, secondo la giurisprudenza *Teckal* della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, espleta la propria attività prevalentemente nell'interesse delle amministrazioni pubbliche partecipanti al capitale sociale. Ne deriva una comunanza di interessi pubblici e compiti di istituto tra la SOGE e le amministrazioni medesime, ivi compresi i Provveditorati, i quali sono ovviamente interessati alla realizzazione delle opere per Expo 2015.

In quarto luogo, l'avvalimento di un'amministrazione pubblica da parte di un altro ente pubblico o di una società a partecipazione pubblica è sintomatico di una comunanza di interessi e compiti di istituto.

In quinto luogo, le convenzioni attuative del potere di avvalimento o del dovere di concedere l'avvalimento sono veri e propri accordi *ex art.* 15, l. 241/1990, strutturalmente volti a disciplinare attività di interesse comune. Ne deriva che, se le attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata sono ad oggetto di una convenzione tra il Provveditorato e la SOGE, tali attività costituiscono, altresì, attività di interesse comune, nonché compiti di istituto della SOGE e del Provveditorato medesimi.

\*\*\*

Con la nota prot. n. 16332 del 30 novembre 2012, il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per l'Emilia Romagna e le Marche fa riferimento ad una convenzione tra il medesimo Provveditorato, l'Università degli Studi di Parma ed il Comune di Parma-Assessorato ai Lavori Pubblici per la ristrutturazione ed il restauro dell'ex carcere di San Francesco, destinato ad ospitare strutture dell'ateneo parmense.

Il Provveditorato chiede dunque:

**4)** se, per i dirigenti delle pubbliche amministrazione, i compensi per incarichi di collaudo statico ovvero tecnico-amministrativo rientrino o meno nel trattamento economico dirigenziale, tenendo presente il principio di onnicomprensività della retribuzione spettante ai dirigenti medesimi;

**5)** chi debba intendersi per membro interno ovvero esterno alla stazione appaltante ai fini dell'applicazione rispettivamente degli incentivi *ex art.* 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, ovvero dei compensi per le attività professionali di collaudo tecnico-amministrativo, ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. d) e ss., D.Lgs. n. 163/2006, nonché degli articoli 210, DPR n. 554/1999, e 238, DPR n. 207/2010;

**6)** se, per le attività di collaudo tecnico-amministrativo svolte da dipendenti pubblici sulla base di convenzioni tra più amministrazioni, si debba fare riferimento - in deroga rispetto agli incentivi *ex art.* 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl. - alle tariffe professionali di ingegneri ed architetti, posto che, ai sensi dell'art.

120, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 163/2006, *“nell’ipotesi di carenza di organico all’interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del procedimento, ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, la stazione appaltante affida l’incarico di collaudatore ovvero di presidente o componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l’affidamento dei servizi; nel caso di collaudo di lavori l’affidamento dell’incarico a soggetti esterni avviene ai sensi dell’articolo 91. Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse”*.

Al riguardo si osserva quanto segue.

\*\*\*

4) Con riferimento al primo quesito formulato dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per l’Emilia Romagna e le Marche, occorre valutare se il principio di onnicomprensività della retribuzione dei dirigenti subisce deroghe in relazione ai compensi per attività professionali oltre i compiti di istituto, nonché in relazione agli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, strutturalmente connessi all’espletamento di compiti di istituto.

Sul punto, il D.M. Infrastrutture e Trasporti del 17 marzo 2008, n. 84, reca le norme per la ripartizione dell’incentivo di cui all’art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006. Questo decreto ministeriale nulla dispone in ordine alla spettanza dell’incentivo a favore dei dirigenti.

Inoltre, la giurisprudenza amministrativa, civile e contabile è concorde nell’affermare che *“il principio di onnicomprensività (art. 24, D.Lgs. n. 165/2001), che concerne tutti gli incarichi conferiti ai dirigenti pubblici in ragione dell’ufficio o su designazione dell’amministrazione di appartenenza, trattandosi di attività connesse in maniera più o meno diretta al rapporto organico, tra dipendente pubblico ed amministrazione, il cui svolgimento può fra l’altro riflettersi direttamente sul raggiungimento degli obiettivi assegnati al medesimo dirigente, non esclude che gli stessi dipendenti possano espletare incarichi retribuiti a titolo professionale dall’amministrazione, ove ne ricorrano i presupposti legali e sempre che non costituiscano comunque espletamento di compiti di istituto”* (inter alia, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1733). Le deroghe al principio di onnicomprensività del trattamento economico dirigenziale sono comunque soggette ad un regime applicativo restrittivo, mentre i compiti o finalità di istituto sono interpretati in modo estensivo (cfr. Cassazione, Sez. lav., 24 febbraio 2011, n. 4531; Cons. Giust. Amm. Sic., 20 dicembre 2010, n. 1504).

Ciò detto, occorre distinguere tra i compensi per attività professionale e gli incentivi.

Anzitutto, come si è osservato nella risposta al quesito n. 1), i compensi per attività professionale vengono corrisposti soltanto nel caso in cui non siano espletati compiti di istituto. Dal mancato espletamento di siffatti compiti discende automaticamente l'estraneità dei compensi in esame rispetto alle mansioni ordinarie del dirigente ed al principio di onnicomprensività della retribuzione *ex art. 24, D.Lgs. n. 165/2001*.

Più complesso è il caso degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*, i quali vengono assegnati se si espletano compiti di istituto.

In questo caso, infatti, occorre verificare se, ai sensi dei contratti collettivi applicabili *ratione temporis*, siano previste altre forme di incentivazione che non rimangano assorbite nel trattamento economico accessorio dei dirigenti, rappresentato dalla retribuzione di posizione e di risultato.

Sul punto, indipendentemente da quanto concerne i dirigenti del comparto regioni ed enti locali, i quali hanno un diverso contratto collettivo, con parere n. 173/2004 del 4 maggio 2005, l'Adunanza della Commissione Speciale Pubblico Impiego del Consiglio di Stato ha definitivamente affermato che, nelle amministrazioni statali e negli enti previdenziali, il principio di onnicomprensività della retribuzione assorbe qualsiasi compenso sia per gli incarichi affidati ai dirigenti nell'esercizio delle loro specifiche mansioni (ad esempio il ruolo di RUP), sia per gli incarichi ulteriori affidati discrezionalmente dall'amministrazione statale in virtù di specifiche qualifiche professionali possedute (ad esempio l'incarico di collaudatore o di progettista): *"La Commissione speciale deve osservare, in proposito, che il principio dell'onniconcomprensività della retribuzione assorbe qualsiasi compenso sia per gli incarichi affidati ai dirigenti nell'esercizio delle loro specifiche mansioni (ad esempio il ruolo di RUP), sia per gli incarichi ulteriori affidati discrezionalmente dall'amministrazione statale in virtù di specifiche qualifiche professionali possedute (ad esempio l'incarico di collaudatore o di progettista): "La Commissione speciale deve osservare, in proposito, che il principio dell'onniconcomprensività, di cui si discute, risulta ispirato al soddisfacimento di una pluralità di esigenze, ed in ispecie risulta legato con un rapporto di stretta consequenzialità alla particolare posizione che assumono i dirigenti, nell'ambito dell'organizzazione della pubblica amministrazione, specie dopo la riforma relativa alla "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni. Come è noto, in base alla normativa suddetta ai predetti dirigenti è stata attribuita la diretta responsabilità in materia di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa, restando demandata agli Organi di governo la funzione di definire gli obiettivi ed i programmi da attuare, nonché di verificare la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite. Un simile mutamento di prospettiva, quindi, ha sensibilmente accentuato l'ambito delle pur ampie responsabilità già attribuite alla dirigenza dal d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, e la disciplina mediante lo strumento contrattuale dei singoli rapporti ha coerentemente consentito non solo di rapportare la retribuzione all'impegno ed alla complessità dei compiti connessi alle diverse posizioni organiche, ma anche di corrispondere un trattamento economico accessorio collegato ai risultati effettivamente conseguiti nell'espletamento dell'attività. In ogni caso va opportunamente sottolineato che il carattere contrattuale del*

*rapporto di impiego implica necessariamente un incontro della volontà delle parti, anche per quanto riguarda la determinazione del compenso, che non viene ora rapportato a parametri rigidamente predeterminati per legge, come avveniva precedentemente pure per la categoria della dirigenza. Trattandosi, d'altronde, di un impegno di carattere esclusivo, nell'espletamento del quale il funzionario deve prestare tutta la sua opera (con le sole eccezioni previste per gli incarichi non compresi nei compiti e doveri d'ufficio, autorizzabili ai sensi dell'art. 53 del citato decreto legislativo n. 165 del 2001), la corrispondenza di un trattamento economico onnicomprensivo appare coerente con i fondamentali principi di correttezza e di trasparenza che debbono caratterizzare l'organizzazione dei pubblici uffici, e si palesa, altresì, maggiormente rispondente all'opportunità di consentire un più equo e favorevole trattamento previdenziale e pensionistico per il personale in questione. Tenuto conto di quanto sopra, non appaiono fondate le perplessità prospettate dal Ministero referente (cui si è associato anche il Ministero dell'economia e delle finanze) in ordine alla applicazione del principio della onnicomprensività pure con riguardo agli incarichi ulteriori, comunque conferiti dall'Amministrazione. Anzitutto è da escludere che possa configurarsi, in una simile fattispecie, una prestazione imposta per unilaterale volontà di una delle parti, atteso che trattasi pur sempre di incarichi che debbono essere accettati dall'interessato e quest'ultimo, pertanto, può liberamente determinarsi nel senso di rifiutare l'ulteriore aggravio del carico di lavoro. Né appare pertinente l'obiezione secondo cui un simile rifiuto potrebbe riflettersi negativamente sulla valutazione finale dell'attività svolta, atteso che il conferimento di ampi poteri amministrativi e gestionali ai dirigenti comporta, inevitabilmente, la responsabilizzazione dei medesimi con riguardo a tutte le scelte ed alle opzioni effettuate nel corso dello svolgimento delle funzioni di competenza, anche con riferimento alla individuazione delle iniziative da intraprendere e alle attività da svolgere in concorrenza o in alternativa con altre, ai fini del conseguimento degli obiettivi di pubblico interesse da perseguire in base alle direttive generali impartite dagli Organi di governo. Per quanto concerne il rispetto del canone costituzionale relativo alla proporzionalità della retribuzione alla quantità e qualità della prestazione lavorativa che, in ogni caso, deve essere sufficiente ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia "una esistenza libera e dignitosa", si rammenta che, come sottolineato dalla Corte costituzionale e come ampiamente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, la proporzionalità e sufficienza della retribuzione vanno valutate considerando la retribuzione nel suo complesso, e non in base ai singoli elementi che compongono il trattamento economico (Cfr. Corte Cost. 20 giugno 2002, n. 263; 12 marzo 2004, n. 91; Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7101). Per quanto riguarda specificamente l'aspetto della durata degli incarichi, poi, deve convenirsi con quanto osservato dal Dipartimento della funzione pubblica in ordine alla ir-*

*rilevanza del carattere non continuativo dell'impegno richiesto, ai fini dell'assoggettamento del relativo compenso al regime della onnicomprensività. Nell'ipotesi di compensi dovuti dai terzi per incarichi aggiuntivi, dunque, ogni dubbio in proposito dovrebbe essere senz'altro superato con riguardo alla complessiva congruità del trattamento economico spettante al dirigente. Deve tenersi conto, inoltre, dalla previsione, di cui all'articolo 14, comma 2, del contratto collettivo per la dirigenza sottoscritto il 5 aprile 2001, già sopra ricordato, secondo cui, allo scopo di remunerare il maggiore impegno e la maggiore responsabilità dei dirigenti che svolgono detti incarichi aggiuntivi, viene loro corrisposta, ai fini del trattamento accessorio, oltre alla retribuzione di posizione e di risultato, una quota, in ragione del loro apporto, fino al 30% della somma che confluisce nel fondo di attuazione del principio di onnicomprensività. Può ritenersi, infatti, che una simile previsione, consentendo un trattamento differenziato e di particolare favore per i dirigenti maggiormente impegnati, sia comunque idonea a soddisfare le esigenze di carattere sostanzialmente perequativo segnalate dall'Amministrazione referente".*

Inoltre, è principio pacifico in giurisprudenza che gli incentivi *ex art. 92 Cod. Contr. Pubbl.* siano riconosciuti previa adozione di un provvedimento ampiamente discrezionale di accertamento, da parte del dirigente di prima fascia o da parte del dirigente seconda fascia delegato, in ordine all'attività di progettazione espletata ovvero in ordine alla sua perdurante effettiva utilità per l'amministrazione (Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 12 aprile 2011, n. 8344; Trib. Napoli, 6 luglio 2012, L.A. e altri c. Università degli Studi di Napoli "Federico II" e altri; cfr. art. 5, comma 1, D.M. Infrastrutture 17 marzo 2008, n. 84).

Secondo questa prospettiva, il dirigente generale o di I° fascia non ha poteri di controllo sulle *performances* dei dirigenti di II° fascia eventualmente delegati (fatto salvo il potere di sostituzione in caso di inerzia; art. 16, D.Lgs. n. 165/2001). Dunque, laddove il dirigente di II° fascia dovesse realizzare progetti, sarebbe egli stesso a dovere valutare i presupposti per il riconoscimento degli incentivi *ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006*. Sembrerebbe determinarsi, così, un potenziale conflitto di interessi tra il dirigente che esegue opere di progettazione ed il medesimo dirigente che deve valutarne, ad esempio, la perdurante utilità.

Ciò è ancor più vero per quanto attiene ai dirigenti generali, anch'essi soggetti al principio di onnicomprensività della retribuzione *ex art. 24, D.Lgs. n. 165/2001*, ed ancor di più sottratti al controllo sulle *performances*, anche in termini di ritiro della delega.

Dunque, il comb. disp. degli articoli 24, D.Lgs. n. 165/2001, e 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, sembrerebbe doversi interpretare nel senso che i dirigenti siano esclusi dall'ambito di applicazione degli incentivi *ex art. 92, comma 5, cit.*, anche perché, all'interno della retribuzione onnicomprensiva *ex art. 24, D.Lgs. n. 165/2001*, si colloca il trattamento economico di risultato in base

agli obiettivi raggiunti, pure in termini di progettazione, collaudo, ecc.

**5-6)** Gli ultimi due quesiti formulati dal Provveditorato alle OO.PP. per l'Emilia Romagna e le Marche meritano una trattazione unitaria ed impongono di valutare se:

**a)** per quanto attiene gli incarichi di collaudo statico ovvero tecnico-amministrativo, siano applicabili discipline distinte, in conformità al parere del Consiglio Superiore dei LL.PP. n. 97/2008, per cui gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, non sarebbero riferibili all'attività di collaudo statico;

**b)** per gli incarichi di collaudo tecnico-amministrativo, siano applicabili gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, ovvero i compensi per attività professionale, laddove siano state stipulate convenzioni tra più amministrazioni a norma dell'art. 120, ult. comma, Cod. Contr. Pubbl.

**Con riguardo al punto sub a)**, con determinazione n. 43/2000, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici affermava che, ai fini dell'applicazione degli incentivi, *"per incaricato di collaudo, ai sensi dell'art. 18, comma 1, della legge n. 109/1994 (cfr. ora l'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006), deve intendersi non solo il redattore del certificato di collaudo finale o certificato di regolare esecuzione, bensì anche l'incaricato del collaudo statico, il quale, peraltro, coincide con il primo oppure con uno dei tre membri della suddetta commissione"*.

Successivamente, con parere n. 97/2008 del 16 settembre 2008, il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici dissentiva dall'avviso espresso dall'AVLP.

In particolare, il CSLP affermava che, in alcuni casi, negli appalti di lavori pubblici, la figura del collaudatore tecnico-amministrativo non coincide con quella del collaudatore statico. Pertanto, secondo il Consiglio Superiore, non era corretto l'assunto dell'AVLP circa la coincidenza delle figure del collaudatore statico e del collaudatore tecnico-amministrativo, con conseguente inapplicabilità degli incentivi al collaudatore statico.

Ciò nondimeno, ai fini dell'applicazione dell'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, è **irrilevante** la distinzione tra collaudo statico (ex articoli 7, l. n. 1086/1971, 25 e 67, DPR n. 380/2001) che attiene alla conformità dell'opera rispetto alle normative tecniche ed il collaudo tecnico-amministrativo o di conformità dell'opera alla legge, alle regole d'arte, al progetto ed ai capitolati, al contratto.

D'altra parte, con la determinazione n. 43/2000, l'AVLP ha individuato la coincidenza **tendenziale** tra il collaudatore statico e quello tecnico-amministrativo come **ulteriore, ma non unico, indice sintomatico** circa l'inclusione delle due figure nell'ambito di applicazione degli incentivi, come dimostra l'uso della congiunzione "peraltro".

Inoltre, per quanto attiene alla *ratio* logico-giustificativa, l'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, si riferisce all'attività di "collaudo" nel complesso esercitata e disciplina unicamente l'aspetto economico della retribuzione dei di-

pendenti pubblici per l'espletamento di compiti di istituto. Sul punto non rilevano le ipotesi di non coincidenza tra la figura del collaudatore statico e quella del collaudatore tecnico amministrativo, come quando quest'ultimo non possiede le qualifiche per effettuare il collaudo statico (art. 238, DPR n. 207/2010; art. 187, DPR n. 554/1999). Tale distinzione, infatti, non concerne l'aspetto economico della retribuzione, ma l'affidamento di incarichi all'interno dell'amministrazione.

Infine, sul fronte dell'oggetto dell'attività di collaudo, ai sensi dell'art. 215, comma 1, DPR n. 207/2010 (già art. 187, DPR n. 554/1999), avviene che: *“Il collaudo [affidato ex articoli 90, 91 e 120, D. Lgs n. 163/2006] ha lo scopo di verificare che l'opera o il lavoro siano stati eseguiti a regola d'arte, secondo il progetto approvato e le relative prescrizioni tecniche, nonché le eventuali perizie di variante, in conformità del contratto e degli eventuali atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati. [...] Il collaudo comprende altresì tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore”*.

Sulla compatibilità e coincidenza tra collaudo statico e collaudo-tecnico amministrativo negli appalti di OO.PP., cfr. *inter alia* Cassazione, Sez. I, 23 novembre 1993, n. 11560.

Ne deriva che, concordemente rispetto all'avviso espresso nella determinazione n. 43/2000 dell'AVLP, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, si applicano sia al collaudo statico, sia al collaudo tecnico-amministrativo.

**Per quanto concerne il punto sub b)** e come già precisato nella risposta al quesito n. 1, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, sono diversi dai compensi per attività professionale di collaudo ex art. 120, D.Lgs. n. 163/2006.

Da un lato, infatti, l'incentivo viene corrisposto in ragione della partecipazione del pubblico dipendente all'attività di collaudo nell'ambito dei compiti di istituto e durante l'orario di lavoro.

Dall'altro, invece, il compenso viene corrisposto in ragione della qualifica posseduta anche dal pubblico dipendente ed in ragione della sua effettiva, specifica ed occasionale partecipazione all'attività di collaudo, al di fuori dell'orario di lavoro ed al di là dei compiti di istituto cui è assegnato il pubblico dipendente medesimo. Il compenso, peraltro ed a differenza dell'incentivo, viene determinato a norma del D.M. Giustizia del 20 luglio 2012, n. 140, il quale ha introdotto i nuovi criteri per la determinazione giudiziale e stragiudiziale dei compensi per le professioni regolamentate, dopo che il D.L. n. 1/2012, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2012, ha abrogato le tariffe professionali (sul punto, cfr. Corte Costituzionale, 31 maggio 2013, n. 115).

Inoltre, come si è già osservato nella risposta al quesito n. 4, i compiti di istituto coincidono con gli interessi affidati *ex lege* alla cura di una determinata amministrazione.

Tutto ciò premesso, ai dipendenti pubblici che svolgono attività professionale nell'ambito dei compiti di istituto delineati dalla Convenzione tra l'Uni-

versità, il Provveditorato ed il Comune di Parma si applicano i soli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, e non pure i compensi per attività professionale.

In primo luogo, infatti, dissentendo dall'avviso espresso da codesto Provveditorato, non rileva quanto disposto dall'art. 120, Cod. Contr. Pubbl., il quale rinvia alle convenzioni per la disciplina dei rapporti intersoggettivi tra amministrazioni, ma non ammette esplicitamente deroghe, da parte dell'autonomia negoziale, rispetto alle previsioni legislative imperative, come nel caso dell'art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006.

In secondo luogo, gli appalti finanziati e realizzati da più amministrazioni in regime di convenzione ai sensi dell'art. 120, D.Lgs.n. 163/2006, sono definiti "appalti complessi integrati". In questo caso, secondo l'AVCP, le diverse amministrazioni coinvolte espletano compiti di istituto e trovano applicazione gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, e non pure i compensi per attività professionale, un tempo parametrati rispetto alle tariffe professionali di ingegneri ed architetti (AVCP, deliberazione n. 77, 1 agosto 2012; determinazione n. 2, 25 febbraio 2009).

In terzo luogo, l'Università si avvale per legge delle strutture del Provveditorato, ai sensi degli articoli 52, comma 1, l. n. 388/2000, 19, comma 3, l. n. 109/1994 (cfr. oggi l'art. 90, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006). Come si è evidenziato nella risposta al quesito n. 3), l'avvalimento riflette una comunanza ed una ripartizione di compiti di istituto tra le amministrazioni coinvolte, l'Università ed il Provveditorato.

In quarto luogo, la Convenzione tra l'Università, il Comune ed il Provveditorato attua il potere/dovere di avvalimento e rientra tra gli accordi *ex art. 15*, l. 241/1990, con cui si disciplinano attività di interesse comune. Pertanto, anche sotto questo profilo, l'attività di collaudo ad oggetto di una convenzione stipulata rientra tra i compiti di istituto del Provveditorato alle OO.PP.

In quinto luogo, si potrebbe prospettare una violazione delle regole della concorrenza, laddove i dipendenti pubblici con qualifiche professionali fossero retribuiti con compensi per attività professionale determinati *ex D.M. Giustizia n. 140/2012*, sulla base di una convenzione e senza il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di incarichi al di sopra della soglia per gli interventi in economia.

D'altro canto, la giurisprudenza di matrice europea:

a) ha qualificato le Università come operatori economici (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza *CoNISMA*, C-305/08);

b) ha affermato che persino il rimborso di spese integra il requisito di onerosità dell'appalto (Corte di Giustizia dell'UE, *ASL Lecce e Università degli Studi del Salento c. Ordine degli Ingegneri di Lecce et al.*, 19 novembre 2012, causa C-159/11);

c) ha sancito che gli affidamenti onerosi di lavori, servizi e forniture a fa-

vore di operatori economici universitari tramite accordi *ex art. 15, l. n. 241/1990*, violano le regole di concorrenza di cui alla direttiva n. 2004/18/CE, laddove:

- tali convenzioni non abbiano ad oggetto servizi di interesse economico generale,
- tali convenzioni non corrispondano ad attività di interesse pubblico comune, ancorché graduato in attività finali ed attività strumentali;
- siano in grado di alterare la concorrenza quando non siano previste gare a valle per l'affidamento di incarichi a professionisti privati (da ultimo, cfr. Corte di Giustizia dell'UE, Sez. X, ord., 16 maggio 2013, causa C-564/11; cfr. anche Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione Civile, Ufficio del Consigliere Giuridico, parere prot. n. CG/0025732 del 30/04/2013: allegato).

Dunque, in prima istanza, se gli incarichi di collaudo a favore di pubblici dipendenti fossero pagati alla stregua di compensi per attività professionale, si potrebbe determinare una violazione delle regole concorrenziali. In effetti, se il pubblico dipendente fosse pagato con compensi per attività professionali *ex D.M. Giustizia n. 140/2012*, questi verrebbe considerato e pagato alla stregua di un professionista privato, senza il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica a monte. Pertanto, è necessario fare ricorso agli incentivi *ex art. 92, D.Lgs. n. 163/2006*, i quali, comunque, sono strettamente connessi all'espletamento di compiti di istituto, ricordando come il ricorso al personale dipendente per l'espletamento di funzioni istituzionali esclude *ipso jure* il ricorso a professionisti esterni, ai sensi dell'art. 90, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006.

Per completezza, bisogna valutare se gli stessi incentivi, aventi natura retributiva (cfr. la risposta al quesito 1), costituiscano forme di trattamento economico in violazione delle regole concorrenziali rispetto ai professionisti privati.

In questa sede si esclude che gli incentivi *ex art. 92 D.Lgs. n. 163/2006* siano in violazione della concorrenza: a) in quanto sono distribuiti presso il personale dipendente dell'amministrazione utilizzato in regime di *insourcing* (come accade nell'*in house providing*); b) in quanto sono quantitativamente inferiori ai compensi professionali che sarebbero corrisposti a soggetti esterni ai sensi del D.M. Giustizia n. 140/2012; c) in quanto sono *ipso jure* relativi all'esercizio di compiti di istituto, i quali non possono essere espletati da soggetti esterni, se non in caso di assenza o di indisponibilità di personale dipendente pubblico qualificato (art. 90, D.Lgs. n. 163/2006).

In seconda istanza, viola le regole europee in tema di concorrenza l'affidamento diretto di incarichi professionali a personale non specificamente inquadrato come ingegnere-architetto (ad esempio, sono inquadrati in tal senso i funzionari esperti del MIT di categoria F6 od F7), in base a convenzioni od accordi *ex art. 15, l. n. 241/1990*.

Così, da un lato, la Corte dei Conti, Sez. contr., con pronuncia del 12 giu-

gno 1996, n. 87, ha stabilito che è *"legittima una convenzione tra il comune e il Provveditorato regionale alle opere pubbliche con la quale quest'ultimo assume compiti inerenti la progettazione esecutiva e il collaudo di opere pubbliche da realizzare per conto del Comune"*. Ciò nondimeno, per la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 324/2012, l'accordo o la convenzione intersoggettiva ex art. 15, l. n. 241/1990, non deve risolversi in una violazione della concorrenza attraverso l'acquisizione di servizi presso soggetti pubblici imprenditori e/o professionisti (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902).

In tal senso, desta perplessità l'art. 8 della Convenzione tra il Provveditorato alle OO.PP. per l'Emilia Romagna e le Marche, l'Università degli Studi di Parma ed il Comune di Parma.

In base a questo articolo, *"l'Università provvederà a nominare, d'intesa con il Provveditorato, i collaudatori [...]"*.

Ebbene, il presente disposto potrebbe essere in grado di violare la concorrenza nell'affidamento di incarichi professionali, laddove i collaudatori scelti non siano inquadrati, come dipendenti pubblici del Provveditorato, alla stregua di ingegneri ed architetti, i quali per specifica mansione possono svolgere l'attività di collaudo per conto dell'amministrazione. Soltanto in questo modo l'attività di collaudo, retribuita con i meri incentivi ex art. 92, D.Lgs. n. 163/2006, viene espletata all'interno dei compiti di istituto, senza implicare l'esercizio di una professione *extra moenia*, anche da parte del pubblico dipendente.

\*\*\*

### **Conclusivamente:**

#### **Quesito n. 1)**

*"Se l'incentivo alla progettazione ex art. 92 del D.Lgs. n. 163/2006 possa considerarsi giuridicamente un emolumento retributivo ovvero un compenso per prestazioni occasionali, ancorché di carattere professionale, poiché prestate da dipendenti appartenenti all'Amministrazione"*.

Nonostante abbiano natura retributiva, gli incentivi ex art. 92, comma 5, D. Lgs. n. 163/2006, non equivalgono ai compensi per attività di collaudo svolta fuori dai compiti istituzionali e dall'orario di lavoro, occasionalmente, anche dal pubblico dipendente-professionista.

\*\*\*

#### **Quesito n. 2)**

*"Se debba ritenersi applicabile il disposto di cui all'art. 61, comma 9, D.L. n. 112/2008, in caso di erogazione dell'incentivo di cui all'art. 92 del decreto legislativo 163/2006"*.

La ritenuta del 50 %, prevista dall'art. 61, comma 9, D.Lgs. n. 112/2008, è inapplicabile agli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006. Gli incentivi spettano anche per l'attività di segreteria tecnico-amministrativa unifi-

cata soltanto se quest'ultima ha ad oggetto un *"contributo intellettuale e materiale all'attività del responsabile del procedimento, alla redazione del progetto, del piano della sicurezza, alla direzione dei lavori ed alla loro contabilizzazione"*. Occorre motivare in tal senso i provvedimenti di riconoscimento e di ripartizione degli incentivi.

\*\*\*

### **Quesito n. 3)**

*"Se la convenzione stipulata fra Expo 2015 s.p.a. ed il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria, per effetto delle previsioni normative di cui al DPCM 22 ottobre 2008 e ss. modificazioni, costituisca di fatto espletamento di compiti di istituto"*.

Ai fini dell'applicazione degli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, rientra tra i compiti di istituto l'attività di collaudo e di segreteria tecnico-amministrativa unificata, svolta dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Lombardia e la Liguria in attuazione della convenzione con la SOGE spa, ai sensi dell'art. 5, comma 9, DPCM 6 maggio 2013, il quale ha abrogato il DPCM 22 ottobre 2008.

\*\*\*

### **Quesito n. 4)**

*"Se, per i dirigenti delle pubbliche amministrazioni, i compensi per incarichi di collaudo statico ovvero tecnico-amministrativo rientrino o meno nel trattamento economico dirigenziale, tenendo presente il principio di onnicomprensività della retribuzione spettante ai dirigenti medesimi"*.

Ai sensi del comb. disp. degli articoli 24, D.Lgs. n. 165/2001, e 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, in base all'orientamento del Consiglio di Stato espresso in sede consultiva, si ritiene che i pubblici dirigenti siano da escludere dall'ambito di applicazione degli incentivi ex art. 92, comma 5, cit..

Ad ogni modo, si auspica un intervento chiarificatore del legislatore ovvero l'adozione di clausole normative *ad hoc* in sede di contrattazione collettiva.

\*\*\*

### **Quesiti nn. 5 e 6**

*"chi debba intendersi per membro interno ovvero esterno alla stazione appaltante ai fini dell'applicazione rispettivamente degli incentivi ex art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, ovvero dei compensi basati sulle tariffe professionali di ingegneri ed architetti per le attività di collaudo tecnico-amministrativo, ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. d) e ss., D.Lgs. n. 163/2006, nonché degli articoli 210, DPR n. 554/1999, e 238, DPR n. 207/2010"*.

*"Se, per le attività di collaudo tecnico-amministrativo svolte da dipendenti pubblici sulla base di convenzioni tra più amministrazioni, si debba fare riferimento - in deroga rispetto agli incentivi ex art. 92, comma 5, Cod. Contr. Pubbl. - alle tariffe professionali di ingegneri ed architetti"*.

Con riferimento all'attività di collaudo statico, ovvero tecnico-ammini-

strativo, - regolarmente autorizzata dall'amministrazione - svolta dal Provveditorato nell'ambito di una convenzione con altra amministrazione, non si esula dai compiti di istituto e si applicano gli incentivi *ex art. 92*, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006, a nulla rilevando la distinzione tra collaudo statico e collaudo tecnico-amministrativo.

Tali incentivi, comunque, si applicano sempre laddove l'attività di collaudo rientra tra i compiti di istituto, ad esempio in attuazione di una convenzione stipulata dal Provveditorato in attuazione del dovere di concedere l'avvalimento. Per converso, il pubblico dipendente-collaudatore riceve un compenso, parametrato secondo le modalità previste dal D.M. Giustizia n. 140/2012, nel solo caso residuale in cui l'attività viene espletata al di fuori delle funzioni istituzionali e dell'orario di lavoro.

Infine, l'art. 8 della Convenzione tra il Provveditorato, l'Università ed il Comune di Parma, deve essere interpretato nel senso che l'Università ed il Provveditorato concordano sulla scelta dei collaudatori o di altri professionisti tecnici esclusivamente nell'ambito dei dipendenti del Provveditorato medesimo che siano inquadrati come ingegneri-architetti.

\*\*\*

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 17 dicembre 2013, si è espresso in conformità.

### **Precari scuola. Trattamento economico differenziato rispetto ai rapporti a tempo indeterminato**

*PARERE 17/01/2014-22097, Cs 51594/13, SEZ. VII, AVV. GABRIELLA D'AVANZO (\*)*

Con riferimento alla nota in oggetto, che viene inviata per opportuna conoscenza anche alla Direzione generale per il personale scolastico del Ministero, si chiede di conoscere l'avviso della Scrivente in ordine all'opportunità di continuare a coltivare, anche in sede di legittimità, la questione di diritto concernente la pretesa del personale c.d. precario della Scuola volta a ottenere la progressione professionale retributiva e, quindi, a percepire le differenze stipendiali maturate in ragione dell'anzianità di servizio, richiesta accolta in primo grado con decisione che, si precisa nella nota, in caso di impugnazione sarà verosimilmente confermata dalla Corte d'appello di Firenze, la cui giurisprudenza si è già pronunciata in fattispecie analoghe in senso favorevole alla parte privata.

---

(\*) Parere reso in via ordinaria.