

Appalti e mancato riconoscimento degli incentivi per le funzioni tecniche

È illegittimo il silenzio del Ministero della Giustizia sull'istanza di adozione del regolamento ex art. 113 d.lgs. 50/2016 (Tar Lazio, sentenza n. 7716/2021).

Pubblicato il 20/07/2021



L'art. 113 D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 alla luce della sentenza 23-30 giugno 2021, n. 7716 (testo in calce) del Tar Lazio-Roma (sezione I) e gli effetti della mancata previsione di incentivi per lo svolgimento di funzioni tecniche in assenza di Regolamento sull'affidamento degli incarichi.

Gli incentivi tecnici nell'ambito dei contratti pubblici hanno lo scopo di incentivare un trattamento economico aggiuntivo rispetto a quello ordinario, per specifiche attività, di natura meramente tecnica, svolte dai dipendenti pubblici, tra cui quelle di programmazione, di predisposizione, di controllo delle procedure di gara, nonché quelle di esecuzione del contratto.

La normativa vigente in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture prevede il riconoscimento di incentivi per lo svolgimento di funzioni tecniche, compreso quello di RUP e DEC.

Infatti, come disciplinato dall'[art. 113, comma 2, D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016](#), nonché dall'emanazione di successive linee guida "le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di

programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti".

Più precisamente, per calcolare la ripartizione delle risorse finanziarie del fondo l'art. 113, comma 3, D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, precisa che " *L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori".*

L'adozione di un Regolamento aziendale di ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche, previsto dalla normativa vigente, ha lo scopo di specificare esplicitamente e in maniera chiara, oggettiva e inequivocabile le modalità e i criteri di ripartizione del fondo degli incentivi.

Conseguentemente la costituzione del fondo e l'inserimento nel quadro economico dell'appalto dello stanziamento sono necessari per l'accantonamento delle somme da destinare alle risorse finanziarie in misura non superiore al 2%, modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti (compresa quella di RUP e DEC).

Le risorse finanziarie destinate al fondo sono a valere sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle Stazione Appaltanti.

Alla luce degli interventi normativi, da ultimo l'atto di segnalazione ANAC n. 1 del 09/03/2021 concernente l'[art. 113 del D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016](#), approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 204 del 09/03/2021, vanno esaminate le conseguenze qualora la S.A. non abbia ancora adottato un Regolamento aziendale che tenga conto dei criteri, modalità di quantificazione e di ripartizione del fondo di "incentivo per le funzioni tecniche" di cui all'art. 113, comma 3, D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, allorchè conferisca gli incarichi tecnici non accantonando neppure il 2% previsto dall'art. 113 del vigente Codice degli Appalti, secondo cui devono essere stabili ed accantonati dei fondi "a carico degli stanziamenti previsti per la realizzazione di singoli lavori, servizi e forniture, inseriti negli statti di previsione della spesa o nel bilancio di previsione della Stazione Appaltante".

La sentenza n. 7716 del 30 giugno 2021 della Prima Sezione del TAR Lazio ha ritenuto sussistere un obbligo di provvedere da parte del Ministero della Giustizia ad emanare il Regolamento a seguito di ricorso per silenzio - inadempimento promosso dal sindacato dei tecnici del medesimo Ministero, i quali svolgono funzioni di RUP senza che vi sia stato il riconoscimento degli incentivi.

Secondo il TAR Lazio il Ministero ha il "dovere" di provvedere con ciò sancendo il principio in forza del quale il soggetto portatore di interesse legittimo può ricorrere al Giudice amministrativo nelle forme del silenzio - inadempimento, accertato il quale e permanendo l'inerzia dell'Amministrazione per il periodo determinato dalla Sentenza, potrà essere nominato un commissario *ad acta* il quale viene chiamato ad ottemperare l'obbligo di emanazione del Regolamento.

La Sentenza non affronta per ovvie ragioni di *causa petendi, petitum* e di competenza l'ipotesi degli incarichi già conferiti in assenza del Regolamento.

Come sostenuto dalla recente Corte di Cassazione "l'incentivo di progettazione o per funzioni tecniche ... emolumento di carattere retributivo, è dettato da una logica premiale finalizzata a valorizzare le professionalità esistenti all'interno delle pubbliche amministrazioni, con un compenso ulteriore, da attribuire al personale

impegnato nelle attività di progettazione interna agli enti, oltre che in quelle di esecuzioni dei lavori pubblici. La nascita del diritto è condizionata, non dalla sola prestazione dell'attività incentivata, bensì anche dall'adozione del regolamento, in assenza del quale il dipendente può fare valere solo un'azione risarcitoria per inottemperanza agli obblighi che il legislatore ha posto a carico delle amministrazioni appaltanti ..." (Cass., Sez. Lav., 28/05/2020 n. 10222).

In mancanza di un Regolamento adottato dalla S.A. i parametri di riferimento da utilizzare per il calcolo degli incentivi a titolo di risarcimento per lo svolgimento delle funzioni tecniche potrebbero essere quelli del Regolamento ITACA (Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale) che prevede uno schema di regolamento recante la "*disciplina per la corresponsione degli incentivi per le funzioni tecniche previsti dall'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016*".

Il regolamento ITACA prevede all'art. 3, comma 1 che "*... le prestazioni attribuibili al personale ... riguardano le seguenti funzioni/attività: ... g. direzione dell'esecuzione ...*".

Più gradatamente, all'art. 9 prevede che "*1. È costituito un fondo nel quale confluiscono tutte le risorse destinate agli incentivi per le funzioni/attività di cui all'art. 3 nella misura stabilita al successivo comma 3 ...*

2. ... nel fondo di cui al comma 1 è iscritta una somma non superiore al 2% modulata sull'importo degli appalti posti a base di gara, Iva esclusa e comprensiva degli oneri non soggetti a ribasso.

3. Ai sensi dell'articolo 113, commi 3 e 4 del Codice, il fondo è destinato per un ammontare pari all'80%, da ripartire secondo i criteri di cui al successivo articolo 10, tra i soggetti di cui all'articolo 2 ...".

Sempre al fine di individuare un criterio risarcitorio possono essere presi in considerazione i Regolamenti adottati da S.A. affini a quelle che hanno affidato l'incarico tecnico.

Orbene, la superiore ricostruzione è finalizzata ad individuare un criterio di calcolo da utilizzare in via analogica e/o equitativa al fine di giungere a una quantificazione dell'indennizzo e/o risarcimento.

Le funzioni tecniche incentivabili svolte dai dipendenti pubblici sono riferite esclusivamente a specifiche attività a contenuto intellettuale e/o professionale, tra le quali è ricompresa quella di RUP o DEC.

Normalmente i CCNL non prevedono espressamente indennità specifiche per lo svolgimento di funzioni tecniche nell'ambito degli appalti.

Per tali ragioni, il principio della onnicomprensività della retribuzione non può trovare accoglimento in tali ipotesi.

Ad ulteriore conferma di quanto sopra, la Corte dei Conti della Lombardia con Delibera n. 73 del 07/05/2021 pronunciandosi sulla natura degli incentivi tecnici ha affermato che *"L'inserimento del comma 5-bis ad opera dell'art. 1, comma 526 della legge n. 205 del 2017 è l'elemento importante che è stato oggetto di approfondimento da parte della Sezione delle Autonomie che, proprio per la prescrizione specifica, stabilisce nella sua deliberazione 6/2018/QMIG "una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di 6 prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure. L'aver correlato normativamente la provvista delle risorse ad ogni singola opera con riferimento all'importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell'opera, ancora la contabilizzazione di tali risorse ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale." Al tempo stesso, si rileva che "tali compensi non sono rivolti indiscriminatamente al personale dell'ente, ma mirati a coloro che svolgono particolari funzioni ("tecniche") nell'ambito di specifici procedimenti e ai loro collaboratori (in senso conforme: SRC Lombardia n. 333/PAR/2016)". La conclusione della suddetta deliberazione della Sezione delle Autonomie è riassunta nel seguente principio di diritto: "Gli incentivi disciplinati*

dall'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel testo modificato dall'art. 1, comma 526, della legge n. 205 del 2017, erogati su risorse finanziarie individuate ex lege facenti capo agli stessi capitoli sui quali gravano gli oneri per i singoli lavori, servizi e forniture, non sono soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, comma 2, del [d.lgs. n. 75 del 2017](#)".

Ed ancora "...non è possibile riconoscere gli incentivi tecnici per l'espletamento di attività svolte dai dipendenti della stazione appaltante come Commissari di gara, in quanto, come può agevolmente desumersi dall'univoco avverbio "esclusivamente", riportato nel comma 2, l'elencazione delle attività incentivabili con tali compensi è da reputarsi tassativa e, dunque, non suscettibile di interpretazione estensiva o, peggio, analogica. Le funzioni incentivabili sono, invero, soltanto quelle "tecniche" specificamente enumerate dalla norma: funzioni di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e delle procedure di esecuzione dei contratti pubblici, funzioni di RUP, di direzione dei lavori ovvero di direzione dell'esecuzione, funzioni di collaudo tecnico-amministrativo o di verifica di conformità e funzioni di collaudatore statico. Nel senso della tassatività delle attività incentivabili e del conseguente divieto di ampliamento oltre la lettera della legge, si è anche espresso il prevalente orientamento di questa Corte, che ha costantemente considerato tale disciplina di stretta interpretazione, sulla scorta della considerazione che si pone come derogatoria al principio generale di onnicomprensività del trattamento economico (in tal senso: Sez. reg. controllo Puglia, Delib. n. 204 del 2016/PAR, Delib. n. 5 del 2017/PAR, Delib. n. 108 del 2017/PAR e Delib. n. 9 del 2018/QMIG; Sez. reg. controllo Marche Delib. n. 52 del 2017/PAR, Sez. reg. controllo Lombardia Delib. n. 185 del 2017/PAR). Da ultimo la Sezione Autonomie, in funzione di orientamento generale, ha confermato che "si tratta, quindi, di una platea ben circoscritta di possibili destinatari, accomunati dall'essere incaricati dello svolgimento di funzioni rilevanti nell'ambito di attività espressamente e tassativamente previste dalla legge" (Delib. n. 8/SEZAUT/2018/QMIG)" (Corte dei Conti Lazio Sez. contr., Delib., (ud. 17/05/2018) 06-07-2018, n. 57).

Alla luce di questo orientamento giurisprudenziale, seppur in materia erariale, non è da escludersi che l'attività svolta dal pubblico dipendente, in assenza del Regolamento previsto dall'art. 113 del Dlgs. 50/16, ha diritto al risarcimento per l'attività svolta per le funzioni tecniche non potendosi ricomprendere nella onnicomprensività della retribuzione.

[TAR LAZIO, SENTENZA N. 7716/2021 >> SCARICA IL TESTO PDF](#)

(da www.altalex.com)

T.A.R.

LAZIO - ROMA

SEZIONE I

Sentenza 23-30 giugno 2021, n. 7716

N. 07716/2021 REG.PROV.COLL.

N. 03967/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3967 del 2021, proposto da:

X. P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'accertamento

- dell'illegittimità del silenzio serbato dal Ministero della Giustizia sull'istanza del 10 ottobre 2020 e successivamente reiterata a mezzo pec il 25 novembre 2020, volta ad ottenere l'adozione del regolamento per la ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'art. 113, D.Lgs. 50/2016;

- dell'obbligo di provvedere in relazione alla medesima istanza, mediante l'adozione del predetto regolamento entro trenta giorni;

e per la condanna dell'Amministrazione ad adottare il suddetto regolamento, con nomina di un commissario ad acta per il caso di perdurante inerzia.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021, i difensori in collegamento da remoto, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. X. P.A., associazione di categoria di soggetti esercenti le professioni tecniche indicate e regolamentate dal d.P.R. n. 137/2012 in favore di una pubblica amministrazione, segnatamente costituita da tecnici dipendenti del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, che svolgono istituzionalmente le funzioni tecniche di cui all'art. 113, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, chiede l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dal Ministero della Giustizia sull'istanza volta ad ottenere l'adozione del regolamento per la ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'art. 113, D.Lgs. 50/2016, con conseguente accertamento dell'obbligo di provvedere e nomina di un Commissario ad acta.

Espone quanto segue.

Gli iscritti all'associazione ricorrente ad oggi non hanno mai potuto usufruire degli incentivi economici, riconosciuti in loro favore dall'art. 113, comma 2, D.Lgs. 50/2016 per lo svolgimento delle predette funzioni, a causa della mancata adozione da parte del Ministero della Giustizia del regolamento attuativo previsto all'art. 113, comma 3, del codice dei contratti - atto necessario ai fini dell'erogazione e della legittima ripartizione delle erogazioni per funzioni tecniche - nonostante il lungo lasso di tempo trascorso dall'entrata in vigore della norma in parola.

Aggiunge che gli incentivi per funzioni tecniche non sono stati liquidati neanche nel vigore del D.Lgs. 163/2006, sempre a causa della mancata adozione dell'analogo regolamento di cui all'art. 93, comma 7 bis dell'allora vigente codice degli appalti, introdotto dal D.L. 90/2014 nel testo risultante dalla legge di conversione n. 114/2014 (entrata in vigore il 19 agosto 2014).

In ragione di ciò, con pec del 10 ottobre 2020, X. ha presentato al Ministero della Giustizia un'istanza – diffida per l'emanazione, entro 30 giorni dal ricevimento della stessa, del suddetto regolamento.

Tale diffida è rimasta priva di riscontro pertanto, con pec del 25 novembre 2020, X., a mezzo del proprio difensore, ha reiterato “l'istanza già presentata ... in data 10 ottobre 2020”, invitando e diffidando il Ministero della Giustizia “ad adottare il regolamento per la ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'articolo 113, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 in attuazione del comma 3 dello stesso art. 113, disciplinando le modalità di ripartizione dell'incentivo sia per le future funzioni tecniche da svolgere, sia retroattivamente, per le funzioni svolte antecedentemente all'adozione del regolamento stesso e, quindi, quantomeno a partire dalla data del 19 agosto 2014”.

Con comunicazione inviata a mezzo pec il 21 dicembre 2020, il Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ha riscontrato tale ultima diffida di X. rappresentando che “questo dipartimento, pur non avendo competenza in merito alla stesura ed

all'adozione del regolamento previsto dall'art. 113, ha ritenuto di segnalare la questione, nella sua rilevanza, agli organi ministeriali di coordinamento”.

Esponde la ricorrente che, sebbene siano trascorsi ormai più di cinque mesi dalla citata istanza - diffida, il Ministero della Giustizia non vi ha ancora provveduto pertanto ha proposto il ricorso in epigrafe con cui, dopo aver premesso cenni sulla propria legittimazione e sulla sussistenza dell'obbligo di provvedere, ha formulato le seguenti censure.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, L. 241/1990 e del principio generale che obbliga l'amministrazione all'avvio e alla conclusione del procedimento con l'adozione di un atto espresso; violazione dell'art. 113, D.Lgs. 50/2016; violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

La ricorrente sostiene che, pur trattandosi di atto amministrativo generale, il regolamento non ancora adottato sarebbe un atto dovuto poiché previsto dalla legge. Fa presente che l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso sussisterebbe anche in caso di procedimenti da iniziarsi d'ufficio.

Il Ministero della Giustizia si è costituito in giudizio solo formalmente, senza svolgere difese.

Alla camera di consiglio del 23 giugno 2021, sentiti i difensori presenti in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato e va accolto.

L'art. 113 D.Lgs. 50/2016, per quanto di interesse, stabilisce quanto segue:

“1. Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.

2. A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti.....

3. L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori...”.

2.1. Dalla disposizione in rassegna emerge che la corresponsione dei compensi per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle amministrazioni, da attingersi dall'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo in parola, presuppone l'adozione di un regolamento da parte di ogni singola amministrazione che ne disciplini le modalità e i criteri di erogazione come previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale.

Dunque l'adozione del suddetto regolamento è necessario e strumentale ai fini dell'erogazione dei suddetti compensi e la sua adozione è doverosa da parte di ogni amministrazione.

E' pacifico e non contestato che il Ministero della Giustizia non abbia ancora adottato il regolamento in parola, come del pari non lo aveva adottato nella vigenza del precedente codice degli appalti.

2.2. Con riguardo alla questione dell'ammissibilità dello speciale rito sul silenzio in relazione all'adozione di atti amministrativi generali, il Collegio rileva che sebbene l'orientamento più risalente sia negativo (ex multis: Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 17 dicembre 2018, n. 7090), argomentandosi in particolare dalla impossibilità di individuare specifici "destinatari" degli atti in questione in capo ai quali possa radicarsi una posizione giuridica qualificata e differenziata, definibile come di interesse legittimo, è tuttavia la stessa giurisprudenza ad aver sottolineato anche che la preclusione all'esperibilità del rito sul silenzio non deriva dal mero carattere regolamentare o generale dell'atto di cui si invoca l'adozione, quanto dal fatto che, in ragione dell'ordinario rivolgersi di tali atti a una pluralità indifferenziata di soggetti destinatari, non individuabili ex ante e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, è molto complessa e delicata l'opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura.

In sostanza, l'azione avverso il silenzio è impraticabile solo laddove manchi uno specifico e individuato destinatario dell'azione amministrativa (così in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2009, n. 4351, con specifico riferimento agli atti normativi che, per la loro generalità e astrattezza vedono quali loro destinatari la collettività, ovvero, categorie di soggetti genericamente e astrattamente determinate).

Non essendovi una preclusione, per così dire, di tipo teorico (ma soprattutto normativo), altra parte della giurisprudenza ha riconosciuto che, anche rispetto ad atti generali, possano essere individuati interessi legittimi differenziati e qualificati, in particolare nelle ipotesi di procedimenti officiosi aventi ad oggetto attività di natura generale programmatica e pianificatoria dovuta nell'ambito discrezionale nel quomodo e nel quid (cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 273; Cons. giust. amm., n. 905 del 2020), rimarcando, altresì, che, in mancanza di una puntuale previsione normativa, l'amministrazione non può sospendere o interrompere sine die il procedimento di approvazione (Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2212).

2.3. Anche la Corte costituzionale ha da tempo affermato che i principi generali di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 - e, in particolare, quelli contemplati dall'art. 2, comma 2, che impone alla pubblica amministrazione di concludere il procedimento entro il termine all'uopo definito dalla legge - debbono essere applicati anche agli atti amministrativi generali.

Tale dovere, peraltro, prescinde dal fatto che il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio.

In entrambi i casi, l'inosservanza del termine per la definizione del procedimento, pur non

comportando la decadenza dal potere, connota in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, con conseguente possibilità per i soggetti interessati di ricorrere in giudizio avverso il silenzio-rifiuto ritualmente formatosi, al fine di tutelare le proprie posizioni giuridiche soggettive attraverso l'utilizzo di tutti i rimedi apprestati dall'ordinamento (Corte cost., sentenze n. 176/2004, n. 355/2002, nonché n. 262/1997).

“Ai fini dell'individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura, non rileva poi l'ampiezza della discrezionalità, salvo il caso in cui quest'ultima, come in precedenza rilevato, investa anche l'“an” del provvedere (è il caso, ad esempio delle strumenti di pianificazione generale in materia urbanistica e relative varianti; in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza 22 giugno 2011, n. 3798); in tali casi, infatti, al pari di quelli relativi al ritardo nella emanazione di atti normativi, è da escludersi la sussistenza di un obbligo di provvedere, anche in considerazione delle valutazioni lato sensu politiche riservate all'Amministrazione che rendono l'inerzia sostanzialmente insindacabile da parte del giudice amministrativo (arg. ex art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.).

Semmai, l'ampiezza del potere discrezionale comporta unicamente una limitazione dei poteri del giudice con riguardo alla portata conformativa della pronuncia sul silenzio (cfr. l'art. 30, comma 3, del c.p.a., secondo cui “Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”).

Invero, l'azione disciplinata dall'art. 117 del c.p.a. ha natura strumentale e il giudice non può pronunciarsi sul merito della pretesa azionata, essendo tale eventualità limitata ai soli atti vincolati, ed a quelli in relazione ai quali si sia interamente esaurito lo spettro di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione e al contempo non siano necessarie attività istruttorie, come stabilito dall'art. 31, comma 3, del c.p.a. (cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, 9 giugno 2016, n. 11)” (Cons. Stato, Sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7316).

2.4. Applicando i surriportati principi al caso di specie, il Collegio rileva che l'associazione ricorrente è portatrice di una posizione di interesse legittimo differenziata da quella del quisque de populo e qualificata dall'essere rappresentativa di tecnici, dipendenti del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, che svolgono istituzionalmente le funzioni tecniche di cui all'art. 113, comma 2, D.Lgs. 50/2016, i quali non riescono ad ottenere la corresponsione degli emolumenti ivi previsti a causa dell'inerzia del Ministero della Giustizia, che si protrae da molti anni, nell'adottare il regolamento attuativo di cui al comma 3 del citato art. 113 del codice dei contratti.

Ne discende che, trattandosi di attività regolamentare dovuta nell'an, in quanto prevista per legge, ma discrezionale nel quomodo e nel quid, va senz'altro dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza della parte ricorrente; al contempo va affermato il dovere dell'intimato Ministero della Giustizia di adottare il suddetto regolamento.

Conclusivamente, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere ordinato al Ministero della Giustizia di adottare il regolamento cui all'art. 113, comma 3, D.Lgs. 50/2016, nel termine che, in considerazione della natura dell'atto da adottare, si ritiene congruo fissare in 90 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza.

3. In considerazione della particolarità della fattispecie e della novità delle questioni trattate, le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, provvede come da motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO