



PARERE DEL C.T.A.P.
n. 4/07.09.2020

Oggetto: Incentivo per funzioni tecniche, ex art.113 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riservato al personale delle amministrazioni aggiudicatrici. Problematiche attuative, natura e valore strategico.

Sommario

0.	Premessa	1
1.	Natura dell'incentivo per funzioni tecniche.....	2
a.	La lotta ai fenomeni corruttivi ed il riconoscimento della responsabilità professionale.....	2
b.	Evoluzione della normativa.....	3
c.	Il riconoscimento della qualità della prestazione professionale delle stazioni appaltanti. Dall'incentivo per la progettazione dei lavori all'incentivo per funzioni tecniche dei lavori, servizi e forniture.	9
d.	Gli effetti diretti e indiretti sull'organizzazione e la performance delle stazioni appaltanti	10
e.	Il Regolamento attuativo	11
f.	La costituzione del fondo per le funzioni tecniche	13
2.	Azionabilità del diritto in assenza di regolamento ex art. 113, c. 3 - mezzi tutela del diritto - azioni avverso il silenzio sull'istanza di accesso ex art. 5. c2. D.lgs. 33/2013.....	14
a.	Inerzia delle Amministrazioni nell'adozione del Regolamento – mezzi di tutela del diritto.....	14
b.	Applicabilità dell'istituto dell'incentivo per funzioni tecniche alle Società interamente partecipate da soggetti pubblici.....	15
3.	Conclusioni	16
a.	Il ruolo della Parte Politica	16
b.	Il ruolo delle Parti Pubblica e Sindacale.....	18
c.	Compiti del Responsabile del Procedimento e della Dirigenza	18
d.	Possibili azioni degli aventi diritto alla ripartizione.....	18
e.	Il ruolo delle Associazioni di categoria.....	19

0. Premessa

L'art.113, del D.Lgs. 50/2016 - Codice dei Contratti Pubblici – ha previsto gli "Incentivi per funzioni tecniche" riproponendo l'istituto della **remunerazione incentivante del personale delle amministrazioni aggiudicatrici**, introdotto per la prima volta con la Legge n°109 dell'11 febbraio 1994 "Legge quadro in materia di lavori pubblici", cosiddetta *Legge Merloni*, quale strumento finalizzato a valorizzare la professionalità dei pubblici dipendenti impegnati nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, incrementandone al contempo la produttività.

Il comma 3 del succitato art. 113 prevede l'adozione di un **regolamento attuativo** recante norme per la ripartizione del suddetto incentivo per le funzioni tecniche: *"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'insorgenza del diritto a percepire l'incentivo presuppone quindi non solo la prestazione dell'attività incentivata, ma anche l'adozione del Regolamento; in assenza di tale regolamento *"il dipendente può fare valere solo un'azione risarcitoria per inottemperanza agli obblighi che il legislatore ha posto a carico delle amministrazioni appaltanti"* (In tal senso Cass. civ., sentenza 28 maggio 2020, n. 10222, v. più approfonditamente, *infra*, par. 2).

Il presente parere consegue alle richieste pervenute al CTAP di questa Fondazione, da parte di ingegneri pubblici dipendenti, singolarmente o per il tramite di associazioni di categoria, i quali lamentano una ingiustificata e persistente inerzia, da parte delle Amministrazioni di appartenenza, nell'adozione del succitato Regolamento attuativo, con la conseguente impossibilità di percepire i predetti incentivi per funzioni tecniche.

1. Natura dell'incentivo per funzioni tecniche

a. La lotta ai fenomeni corruttivi ed il riconoscimento della responsabilità professionale

Nella sua prima versione, l'art. 18 Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni), l'incentivo fu introdotto principalmente come strumento anticorruzione e la sua ripartizione doveva tenere conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. In pieno clima tangentopoli il principale interesse del Legislatore era infatti quello di porre freno al dilagare dei fenomeni corruttivi sia con strumenti di repressione, ma anche facendo ricorso alla prevenzione. Ripartire un incentivo economico legandolo alla responsabilità professionale, poteva quindi fornire una ottima opportunità per dirigenti, funzionari tecnici e loro collaboratori di integrare il proprio reddito con una quota proporzionale al raggiungimento degli obiettivi. Tale novazione normativa introduceva, inizialmente nel solo settore dei lavori e successivamente anche per gli appalti di forniture e servizi pubblici, un beneficio diretto in termini di soddisfazione del personale e uno indiretto dovuto alla percezione da parte del singolo dipendente di un giusto riconoscimento - anche economico - della prestazione professionale prestata, che avrebbe dovuto rendere meno appetibili le condotte illecite, percepite a quel punto come troppo rischiose.

In quella prima veste, sostanzialmente confermata in tutte le successive riforme della legge 109 (fino alla Merloni- quater) si prevedeva di remunerare, con l'apposito incentivo, la responsabilità assunta dal RUP, dai progettisti, dal direttore dei lavori e dai collaudatori. Non era stato posto inoltre alcun limite ai corrispettivi percepibili da ciascun dipendente, che poteva potenzialmente veder moltiplicato di *n* volte il proprio stipendio tabellare.

I risultati di tale impostazione sono stati, in un primo momento, ottimali e tali da dare nuovo impulso alle attività svolte dai dipendenti interni alle stazioni appaltanti. Finanche le progettazioni, da sempre, per la



loro complessità, riserva dei progettisti esterni, furono frequentemente svolte in via diretta dai progettisti interni.

Tuttavia, ciò determinò un notevole incremento dei carichi di lavoro in capo al personale tecnico interno alle stazioni appaltanti, che avrebbe dovuto essere accompagnato da una riorganizzazione delle stazioni appaltanti medesime e da un potenziamento delle dotazioni organiche e strumentali, ma anche dei luoghi necessari ad espletare attività che richiedono per loro natura disponibilità di ampi spazi (si pensi solo alle postazioni CAD, alle sale plotter, alle sale riunioni per la consultazione e discussione dei progetti ecc.).

A tale esigenza – va detto – nella fase iniziale spesso sopperirono gli stessi destinatari degli incarichi, impegnandosi nell'assolvimento delle prestazioni professionali ben oltre gli orari di servizio stabiliti dai contratti di lavoro e mettendo a disposizione delle amministrazioni di appartenenza anche risorse hardware e software private, ritenendo tali compiti adeguatamente ricompensati attraverso l'incentivo. Nel medio/lungo termine, tuttavia, per sostenere l'enorme mole di prestazioni richieste dal settore, si sarebbe dovuto puntare oltre che alla formazione continua, al fine di garantire il costante aggiornamento professionale, anche su un cospicuo incremento degli organici.

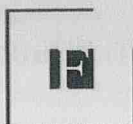
Purtroppo ciò non si è verificato, pertanto moltissime stazioni appaltanti - alle volte senza neanche rendersene conto – si sono ritrovate in condizioni di *working overload*. Le motivazioni sono molteplici: dalla impossibilità di adeguare gli organici a causa del blocco del *turn-over*, alla scarsa disponibilità di fondi per le dotazioni strumentali (*hw* e *sw*), alle difficoltà dei pubblici amministratori nel comprendere lo spirito e l'importanza strategica della norma specifica.

Inoltre, si sono frequentemente verificati fenomeni quali: dilatazione dei tempi di realizzazione delle opere, scadimento della qualità della prestazione professionale, ricorso alle varianti tecniche e suppletive per porre rimedio ad errori progettuali, aumento del contenzioso e infine, incremento fuori controllo della spesa. Pertanto, si è verificata paradossalmente proprio un'amplificazione degli effetti negativi ai quali la legge Merloni avrebbe inteso porre un freno.

b. Evoluzione della normativa

L'incentivo per i dipendenti interni che operano nel campo degli appalti pubblici è stato oggetto di molteplici interventi da parte del legislatore, fino all'attuale versione ex art. 113, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

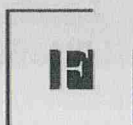
Di seguito si ritiene utile elencare le principali modifiche che ha subito la norma nel corso degli anni:



Norma	Testo	Periodo di vigenza	
		dal	al
Art. 18, c.1, Legge 109/94	<p align="center">(Incentivi e spese per la progettazione)</p> <p>1. Una somma non superiore all' 1,5 per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, a valere direttamente sugli stanziamenti di cui all'articolo 16, comma 7, è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con la modalità ed i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata ed assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile unico del procedimento e gli Incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo dell'1,5 per cento, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. Le quote parti della predetta somma corrispondenti a prestazioni che non sono svolte dai predetti dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, costituiscono economie. I commi quarto e quinto dell'articolo 62 del regolamento approvato con regio decreto 23 ottobre 1925, n. 2537, sono abrogati. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera b) possono adottare con proprio provvedimento analoghi criteri.</p>	01.01.2006	30.06.2006
Art. 92, c. 5, D.Lgs 163/2006	<p align="center">(Corrispettivi e incentivi per la progettazione)</p> <p>5. Una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, a valere direttamente sugli stanziamenti di cui all'articolo 93, comma 7, è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due per cento, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. Le quote parti della predetta somma corrispondenti a prestazioni che non sono svolte dai predetti dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, costituiscono economie. I soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b) e c), possono adottare con proprio provvedimento analoghi criteri.</p>	01.07.2006	22.12.2008
Art. 92, c. 5, D.Lgs 163/2006 (modifiche introdotte dalla legge. 22 dicembre 2008, n. 201)	<p align="center">(Corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti)</p> <p>5. Una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, a valere direttamente sugli stanziamenti di cui all'articolo 93, comma 7, è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due per cento, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. ((La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti; limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo; le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie.)) I soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b) e c), possono adottare con proprio provvedimento analoghi criteri.</p>	23.12.2008	18.08.2014



<p>Art. 93, c. 7-bis e seguenti, D.Lgs 163/2006</p> <p>(modifiche introdotte dall'art. 13-bis della legge 11 agosto 2014, n. 114)</p>	<p style="text-align: center;">(Livelli della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori)</p> <p>((7-bis. A valere sugli stanziamenti di cui al comma 7, le amministrazioni pubbliche destinano ad un fondo per la progettazione e l'innovazione risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento degli importi posti a base di gara di un'opera o di un lavoro; la percentuale effettiva è stabilita da un regolamento adottato dall'amministrazione, in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. 7-ter. L'80 per cento delle risorse finanziarie del fondo per la progettazione e l'innovazione è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale e adottati nel regolamento di cui al comma 7-bis, 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; gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. Il regolamento definisce i criteri di riparto delle risorse del fondo, tenendo conto delle responsabilità connesse alle specifiche prestazioni da svolgere, con particolare riferimento a quelle effettivamente assunte e non rientranti nella qualifica funzionale ricoperta, della complessità delle opere, escludendo le attività manutentive, e dell'effettivo rispetto, in fase di realizzazione dell'opera, dei tempi e dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo. Il regolamento stabilisce altresì i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, redatto nel rispetto dell'articolo 16 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, depurato del ribasso d'asta offerto. Ai fini dell'applicazione del terzo periodo del presente comma, non sono computati nel termine di esecuzione dei lavori i tempi conseguenti a sospensioni per accadimenti elencati all'articolo 132, comma 1, lettere a), b), c) e d). La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti. <u>Gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo.</u> Le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie. Il presente comma non si applica al personale con qualifica dirigenziale. 7-quater. Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo per la progettazione e l'innovazione è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa per centri di costo nonché all'ammodernamento e all'accrescimento dell'efficienza dell'ente e dei servizi ai cittadini. 7-quinquies. Gli organismi di diritto pubblico e i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b) e c), possono adottare con proprio provvedimento criteri analoghi a quelli di cui ai commi 7-bis, 7-ter e 7-quater del presente articolo)).</p>	<p>19.08.2014</p>	<p>18.04.2016</p>
<p>Art. 113, c. 1 e seguenti, D.Lgs. 50/2016</p>	<p style="text-align: center;">(Incentivi per funzioni tecniche)</p> <p>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.</p> <p>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. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti. Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione.</p>	<p>19.04.2016</p>	



Art. 113, c. 1 e seguenti, D.Lgs. 50/2016	<p>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. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore stabilisce i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi alle norme del presente decreto. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti. Gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo. Le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, incrementano la quota del fondo di cui al comma 2. Il presente comma non si applica al personale con qualifica dirigenziale.</p> <p>4. Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2 ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli. Una parte delle risorse può essere utilizzato per l'attivazione presso le amministrazioni aggiudicatrici di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 o per lo svolgimento di dottorati di ricerca di alta qualificazione nel settore dei contratti pubblici previa sottoscrizione di apposite convenzioni con le Università e gli istituti scolastici superiori.</p> <p>5. Per i compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza nell'espletamento di procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture per conto di altri enti, può essere riconosciuta, su richiesta della centrale unica di committenza, una quota parte, non superiore ad un quarto, dell'incentivo previsto dal comma 2.</p> <p>5-bis. Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture.</p>	19.04.2016
-------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Riassumendo, pertanto:

- **l'art. 18, c.1, della Legge 11 febbraio 1994, n. 109**, ha introdotto il concetto di incentivo per la progettazione da ripartire tra il responsabile unico del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo nonché tra i loro collaboratori, nella misura massima dell'1,5 per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro¹ **con la modalità ed i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata ed assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione**;
- **l'art. 92, c. 5, del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163** eleva la percentuale da ripartire **dall'1,5 al 2%**. I soggetti destinatari della ripartizione non variano (responsabile del procedimento, incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché i loro collaboratori). I criteri di ripartizione vengono demandati sempre ad un apposito regolamento da adottarsi da parte di ciascuna amministrazione con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata;

¹ a valere direttamente sugli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché degli altri enti aggiudicatori o realizzatori.



- con l'entrata in vigore del Decreto-legge **23 ottobre 2008, n. 162** (in G.U. 23/10/2008, n.249), convertito con modificazioni dalla **L. 22 dicembre 2008, n. 201** (in G.U. 22/12/2008, n. 298), vengono disposte (con l'art. 1, comma 10-quater, lettera a)²) importanti modifiche all'art. 92 comma 5, *"allo scopo di fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e al fine di incentivare la progettualità delle amministrazioni aggiudicatrici"*.

In particolare, viene stabilito che:

- la corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai dipendenti;
 - l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo.
- Importanti modifiche alla disciplina degli incentivi sono introdotte dal **Decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90** (in G.U. 24/06/2014, n.144) , convertito con modificazioni dalla **L. 11 agosto 2014, n. 114** (in S.O. n. 70, relativo alla G.U. 18/8/2014, n. 190), ha disposto (con l'art. 13, comma 1) l'abrogazione dei dall'art. 13-bis della legge 11 agosto 2014, n. 114

In particolare:

- vengono abrogati i commi 5 e 6 dell'art. 92 del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163;
- l'intera disciplina viene riscritta nell'art. 93, commi 7-bis e seguenti del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163;
- viene stabilito per la prima volta che *"risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento degli importi posti a base di gara di un'opera o di un lavoro"* vengano destinate ad un apposito fondo per la progettazione e l'innovazione. L'innovazione è particolarmente importante in quanto le somme da ripartire non sono più prelevate direttamente dai capitoli di bilancio ove sono accantonati gli stanziamenti delle singole opere, ma dall'apposito "fondo". In sostanza, ove tale fondo non venga costituito non sarà possibile accantonare e ripartire le somme agli aventi diritto;
- viene poi stabilito che solo **l'80 per cento** delle risorse finanziarie del fondo per la progettazione e l'innovazione è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale e adottati nel regolamento di cui al comma 7-bis, 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;

² 10-quater. Allo scopo di fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e al fine di incentivare la progettualità delle amministrazioni aggiudicatrici: a) all'articolo 92, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, il quarto periodo e' sostituito dal seguente: "La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti; limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo; le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie.";



- il restante **20 per cento** è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa per centri di costo nonché all'ammodernamento e all'accrescimento dell'efficienza dell'ente e dei servizi ai cittadini. Anche questa innovazione è particolarmente importante in quanto mirata ad elevare il livello di qualità del servizio della Pubblica Amministrazione nei confronti dei cittadini, attraverso un costante aggiornamenti dei beni, strumentazioni e tecnologie delle stazioni appaltanti;
 - viene ulteriormente ridotta la somma che può essere corrisposta al singolo dipendente a titolo di incentivi che non potrà superare l'importo del *50 per cento* del trattamento economico complessivo annuo lordo.
- Infine, il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (in SO n.10, relativo alla G.U. 19/04/2016, n.91) ha disposto (con l'art. 217, comma 1, lettera e)) l'abrogazione del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, compresa pertanto l'intera disciplina in esso contenuta relativamente alla ripartizione degli incentivi per il personale tecnico delle stazioni appaltanti.

Di seguito si riportano, per completezza di esposizione, tutte le modifiche all'art. 92 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dall'entrata in vigore, fino alla sua abrogazione:

31/01/2007 Il Decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6 (in G.U. 31/01/2007, n.25) ha disposto (con l'art. 3, comma 1, lettera n)) la modifica dell'art. 92, comma 6; (con l'art. 3, comma 1, lettera bb)) la modifica dell'art. 92, comma 2.
31/07/2007 Il Decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 (in SO n.173, relativo alla G.U. 31/07/2007, n.176) ha disposto (con l'art. 2, comma 1, lettera u)) la modifica dell'art. 92, commi 2 e 4.
02/10/2008 Il Decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (in SO n.227, relativo alla G.U. 02/10/2008, n.231) ha disposto (con l'art. 2 comma 1, lettera t)) la modifica dell'art. 92, rubrica, commi 2 e 3, l'abrogazione del comma 4 e l'introduzione del comma 7-bis all'art. 92.
23/10/2008 Il Decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162 (in G.U. 23/10/2008, n.249) , convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2008, n. 201 (in G.U. 22/12/2008, n. 298), ha disposto (con l'art. 1, comma 10-quater, lettera a)) la modifica dell'art. 92 comma 5.
24/06/2014 Il Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (in G.U. 24/06/2014, n.144) , convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 (in S.O. n. 70, relativo alla G.U. 18/8/2014, n. 190), ha disposto (con l'art. 13, comma 1) l'abrogazione dei commi 5 e 6 dell'art. 92.
19/04/2016 Il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (in SO n.10, relativo alla G.U. 19/04/2016, n.91) ha disposto (con l'art. 217, comma 1, lettera e)) l'abrogazione dell'intero provvedimento.



c. Il riconoscimento della qualità della prestazione professionale delle stazioni appaltanti. Dall'incentivo per la progettazione dei lavori all'incentivo per funzioni tecniche dei lavori, servizi e forniture.

L'art. 113 del D.Lgs. 50/2016 apporta evidenti e significative novità in ordine all'istituto della remunerazione incentivante del personale dipendente della stazione appaltante per le attività tecniche in oggetto nel campo dei lavori pubblici.

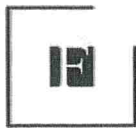
Innanzitutto, in luogo dei *"corrispettivi ed incentivi per la progettazione"*, il suddetto art. 113 ha previsto gli *"incentivi per funzioni tecniche"*: come si esporrà nel prosieguo, il legislatore ha deciso di non puntare più sull'incentivazione della fase progettuale interna, ma piuttosto sulle fasi di programmazione e controllo; inoltre, l'attenzione non è più rivolta soltanto ai lavori, ma anche alle forniture e servizi. Ciò per la necessità di favorire le attività interne di tutto il personale impegnato nei procedimenti di affidamento di un contratto pubblico, compreso quello amministrativo e contabile che, nelle precedenti versioni dell'art. 18 della Legge 109 e dell'art. 92 del D.Lgs. 163, era risultato estremamente penalizzato rispetto al personale tecnico in senso stretto, pur svolgendo un ruolo parimenti importante nella gestione di una commessa pubblica.

È stato inoltre considerato che la massimizzazione dei benefici nel campo delle opere pubbliche è necessariamente connessa alla qualificazione delle stazioni appaltanti, che devono essere in grado innanzitutto di programmare le proprie attività, bilanciando sapientemente le attività interne e il ricorso a professionalità esterne alle quali va lasciata la possibilità di accesso a quello spazio di mercato dove possono esprimere al meglio la propria attività professionale al servizio della collettività.

Il testo attualmente vigente si riferisce chiaramente alla remunerazione per funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stazioni appaltanti *"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"*.

Si tratta quindi di tutte attività di pianificazione e verifica alle quali viene attribuita una particolare importanza nel processo di realizzazione *in qualità* dell'opera pubblica e per questo affidate a personale interno e remunerate attraverso la destinazione di un apposito fondo.

La *ratio* di elevare la qualificazione delle stazioni appaltanti è ravvisabile anche nella scelta del legislatore di destinare il 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo incentivante di cui al comma 2 (ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata) *"all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e"*



strumentazioni elettroniche per i controlli. Una parte delle risorse può essere utilizzato per l'attivazione presso le amministrazioni aggiudicatrici di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 o per lo svolgimento di dottorati di ricerca di alta qualificazione nel settore dei contratti pubblici previa sottoscrizione di apposite convenzioni con le Università e gli istituti scolastici superiori" (comma 4 del citato art. 113)

In tale ottica non è da sottovalutare il fatto che nell'attuale versione dell'art. 113, tra le attività interne incentivate, è stata espunta la progettazione, oltre ad essere stato confermato il limite del 50% del trattamento economico annuo lordo all'ammontare degli incentivi che ogni dipendente può percepire (comma 3). Lo scopo di tale ultima modifica - che nella sostanza si condivide - è quello di incentivare unicamente quelle attività che possono essere svolte dai pubblici dipendenti, in qualità e compatibilmente con l'orario di servizio settimanale (solitamente 36 ore): programmazione, affidamento, esecuzione e collaudo dei contratti.

Tuttavia, qualche perplessità desta l'aver posto un limite così esiguo all'importo massimo in termini di incentivi che annualmente può percepire ogni dipendente. Il rischio - soprattutto per le stazioni appaltanti di medie/grandi dimensioni - è infatti quello del raggiungimento del tetto già nei primi mesi dell'anno, con l'effetto di una demotivazione del personale ad operare con lo stesso impegno nella seconda parte dell'esercizio finanziario. Pertanto, sembrerebbe più equilibrato prevedere un limite pari al doppio, se non addirittura al triplo, del trattamento economico annuo lordo; in tal modo l'importo sarebbe più che soddisfacente a far mantenere le giuste motivazioni al personale per l'intero anno solare.

Infine, non si condivide la scelta legislativa di aver incluso, tra le attività incentivate, il collaudo tecnico-amministrativo e statico. È ben noto, infatti, quanto sia importante garantire la terzietà di tale figura, sia che operi singolarmente, sia in forma collegiale. Non giova affatto in tal senso incentivare economicamente l'esercizio di tale attività attraverso il personale interno, che inesorabilmente e alternativamente si troverebbe - ed in effetti si trova - nella veste di controllore e controllato di/da uno o più colleghi, quindi in posizione di possibile conflitto di interessi, con effetti negativi sulla serenità di giudizio. In un'auspicabile riforma o riscrittura del Codice sarà opportuna una riflessione su tale aspetto nel senso che - a nostro parere - andrebbe sancito a chiare lettere il ruolo di terzietà e indipendenza del collaudatore tecnico-amministrativo e del collaudatore statico, condizione che può essere garantita esclusivamente affidando tali incarichi a personale esterno alla stazione appaltante, in possesso di adeguata preparazione tecnica, amministrativa e, ove necessario, contabile e giuridica.

d. Gli effetti diretti e indiretti sull'organizzazione e la performance delle stazioni appaltanti

L'incentivo per funzioni tecniche, oltre che premiare direttamente il personale che contribuisce al raggiungimento degli obiettivi programmati dall'Amministrazione e remunerare gli incaricati proporzionalmente all'assunzione di responsabilità in ciascuna fase del procedimento di realizzazione di un



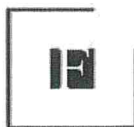
lavoro, fornitura o servizio pubblico, diviene indirettamente una leva per raggiungere nuovi obiettivi e più alti livelli di performance delle stazioni appaltanti.

È indubbio infatti che tale incentivo, qualora sagacemente messo in atto e correttamente utilizzato dalla dirigenza e dal RUP, può favorire notevolmente la motivazione del personale, costituendo al contempo un'occasione per migliorare gli strumenti operativi e per incrementare le attività formative, utili all'aggiornamento professionale continuo e alla specializzazione. Tutto ciò, a sua volta, può incidere in maniera positiva sull'organizzazione e sulla qualità del lavoro delle stazioni appaltanti.

e. Il Regolamento attuativo

Tra le novità più importanti, introdotte nell'ultima versione dell'incentivo per funzioni tecniche ex art. 113, c.3 D.Lgs 50/2016, c'è quella dell'*inversione procedimentale* tra adozione del Regolamento e contrattazione sindacale. Fino alla vigenza dell'art. 90 del D.lgs. 163/06, infatti, l'adozione del Regolamento era successiva alla contrattazione sindacale, mentre con l'introduzione dell'art. 113 del d.lgs. 50/16 è stato sancito l'esatto contrario. L'aver rimandato ad una fase di secondo livello la partecipazione dei sindacati alla decisione dei criteri di ripartizione ha avuto l'effetto di escludere - nella fase di regolamentazione dei principi generali - tutto il personale da qualsiasi decisione a tal merito. Ciò - a nostro modo di vedere - è una delle cause, se non la più importante, che ha determinato la mancata adozione, da parte di numerose Amministrazioni, di un proprio Regolamento attuativo.

Sulla questione il Consiglio di Stato, nel parere 2324/2018, con il quale restituiva con osservazioni al Ministero della Giustizia lo schema di regolamento concernente norme per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche, ha fatto rilevare - tra le altre cose - che << il regolamento in linea con la sua natura di atto-fonte introduttivo di norme giuridiche e non di mere regole tecniche di calcolo, dovrebbe limitarsi a stabilire il criterio generale di indirizzo e orientamento per la successiva articolazione di dettaglio delle modalità e dei criteri al livello della contrattazione collettiva. La Sezione comprende le ragioni pratiche, verosimilmente condivise dalla stessa rappresentanza sindacale (ma sul punto le relazioni illustrative non forniscono elementi di conoscenza utili), che consiglierebbero l'eshaustività della disciplina regolamentare, per evitare, a livello applicativo, incertezze operative, eterogeneità di comportamenti, possibili disparità di trattamento, eventuali contenziosi. È altresì noto che il modo di procedere dello schema di regolamento qui in esame ripercorre il modello dei precedenti regolamenti assunti sotto il previgente regime giuridico. Nondimeno non può giudicarsi legittima una scelta interpretativa che sostanzialmente vanifica e abroga la scelta del legislatore del 2016, scelta chiara, ancorché per certi versi opinabile o non condivisibile, di superare il precedente modello, che faceva rifluire nel regolamento la disciplina completa dell'istituto in recepimento della contrattazione, e che impone un nuovo modello, per cui il regolamento precede la contrattazione e la orienta. Una soluzione alla problematica qui segnalata potrebbe consistere nell'eliminare l'elenco tipologico delle categorie di attività, con annessa quota percentuale, sostituendo tali previsioni di dettaglio con un enunciato normativo di carattere generale, volto a stabilire il criterio della rispondenza delle quote percentuali rispetto al ruolo e alla rilevanza, nonché alla



difficoltà tecnico-amministrativa di ciascuna delle categorie tipologiche, anche in relazione alle specificità del singolo appalto, mantenendo un complessivo equilibrio di proporzionalità nella suddivisione in quote. La norma regolamentare, quindi, potrebbe proceduralizzare in qualche modo la successiva specificazione di dettaglio a livello di contrattazione decentrata, anche prevedendo, come già suggerito a proposito dell'art. 3, in tema di riduzione del fondo, luoghi e momenti di concertazione e di arbitraggio consensuale di eventuali controversie. In questo quadro il potere del dirigente di suddivisione di ciascuna quota tra i soggetti aventi diritto potrebbe essere conservato, ma come atto sostanzialmente vincolato all'applicazione dei criteri dettagliati in sede contrattuale, non esclusa, al limite, una residua area di valutazione discrezionale sul "contributo in concreto apportato dai dipendenti coinvolti nella ripartizione">>.

In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, il Regolamento per funzioni tecniche, nel nuovo regime giuridico disposto dall'art. 113 del D.lgs. 50/2016, deve semplicemente orientare la successiva contrattazione decentrata, nella quale potranno così essere definiti nel dettaglio - attraverso la concertazione sindacale - i criteri di ripartizione tra le figure professionali, peraltro già individuate dalla fonte di diritto primaria³.

Al riguardo, tra le numerose segnalazioni pervenute a questo Ordine, ci sembra maggiormente emblematica dello stallo che si è venuto a determinare, quella dell'Associazione Técnica P.A. che lamenta la mancata adozione proprio da parte del Ministero della Giustizia del Regolamento ex art.113 D.Lgs 50/2016, a distanza di oltre quattro anni dall'entrata in vigore del D.Lgs 50/2016.

Técnica P.A., tra le altre cose, segnala come tale omissione pregiudichi il riconoscimento di un "diritto soggettivo spettante al dipendente" per lo svolgimento delle attività individuate dal Legislatore.

Inoltre, prosegue sempre Técnica P.A., l'inerzia del Ministero non solo espone l'Amministrazione a notevole rischio di contenzioso, i cui costi si ripercuoterebbero sull'intera collettività, ma comporta altresì un grave e prolungato inadempimento nei confronti degli stessi propri dipendenti, circostanza quest'ultima che conduce ad un'ulteriore demotivazione del personale, già profondamente provato da inadeguate condizioni economiche e lavorative, foriera di minare la stessa credibilità ed autorevolezza dell'Amministrazione della Giustizia.

Sempre in ordine all'inerzia delle Amministrazioni merita di essere presa in considerazione la richiesta di un gruppo di ingegneri in servizio presso l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, che segnala la presa di posizione dell'IPZS che ad oggi non ha ritenuto di essere soggetta alle previsioni del citato art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016.

Si chiede in particolare a questo Ordine degli Ingegneri di voler esprimere un parere in ordine all'applicabilità delle disposizioni relative agli incentivi per le funzioni tecniche, di cui al vigente art. 113 del

³ D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50, art. 113



D.Lgs. n. 50/2016, anche nei riguardi ed in favore dei dipendenti dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., segnalando se del caso la questione all'A.N.A.C.

f. La costituzione del fondo per le funzioni tecniche

L'art. 113, c.2 del D.Lgs 50/2016 dispone che *"a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1 le amministrazioni pubbliche destinano a un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici"*. Ne discende che, non potendosi più prelevare - secondo quanto statuito dalla norma vigente - le somme da ripartire per le funzioni tecniche direttamente dai capitoli di finanziamento delle opere, la mancata costituzione del fondo costituisce un impedimento invalicabile all'erogazione degli incentivi, venendo a mancare la stessa copertura finanziaria.

Su tale aspetto si è più volte espressa la Corte dei Conti, anche con riguardo all'efficacia retroattiva delle disposizioni regolamentari e della contrattazione collettiva. Premesso che - secondo l'orientamento prevalente - per la liquidazione dei compensi si dovrà in ogni caso attendere sia l'approvazione del regolamento, sia la firma della contrattazione decentrata integrativa CCDI, per quanto sopra non sarebbe possibile ripartire le somme agli aventi diritto in assenza della costituzione dell'apposito fondo. Ma in assenza del Regolamento e della contrattazione decentrata non è possibile determinare le somme da accantonare, sicché verrebbe a determinarsi il paradosso che, una volta stabilite le regole di ripartizione (attraverso il regolamento e la successiva contrattazione decentrata), non sarebbe comunque possibile procedere alla ripartizione per assenza della copertura finanziaria.

Ciò sarebbe ancor più grave se si pensa che Pubbliche Amministrazioni (come il Ministero della Giustizia e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) sono sprovviste di Regolamento addirittura dal 19.08.2014 (data di entrata in vigore delle modifiche apportate dall'art. 13-bis della legge 11 agosto 2014, n. 114 -all'art. 92 del D.Lgs. 50/2016).

Si pone, in sostanza, il problema - serio e concreto - di determinare come sanare i periodi intercorrenti tra le numerose modifiche normative e l'adozione delle specifiche regolamentazioni, tenuto conto che: 1) tale lasso di tempo - per talune amministrazioni - è addirittura dell'ordine di anni; 2) l'orientamento prevalente della magistratura contabile ha sostenuto l'impossibilità di recuperare con "effetto retroattivo" tali periodi.

A tal proposito, potrebbe applicarsi il principio stabilito dalla Corte dei Conti (Basilicata) che ritiene - ragionevolmente - che *"sia possibile costituire il fondo, alimentandolo per ogni opera e lavoro con l'aliquota stabilita per legge (2%), mentre solo con il Regolamento sarà possibile determinare griglie di aliquote diverse e solo per le opere approvate successivamente, in relazione alla loro complessità ed entità"*.

In sostanza la Corte suggerisce di prevedere nei quadri economici di spesa e di accantonare nell'apposito fondo l'aliquota massima del 2%, che sarà poi semmai ridimensionata all'esito delle disposizioni



regolamentari e della contrattazione decentrata, andando a costituire le eventuali somme residue un'economia di bilancio.

Rimane però il problema irrisolto dell'impossibilità di regolamentare con efficacia retroattiva una norma non più in vigore, in considerazione del rapido evolversi della materia e delle numerose modifiche apportate alla specifica disciplina nel corso degli ultimi anni.

Ad esempio, il periodo intercorrente tra il 19.08.2014 e il 18.04.2016 - relativo alle modifiche apportate dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 alla disciplina degli incentivi prevista dal D.lgs.163/2016 - non sarebbe più regolamentabile in quanto riferito a una norma non più in vigore.

A tal riguardo, la Corte dei Conti, Sez. Autonomie, con deliberazione n. 18/2016 ha chiarito che il regolamento di ripartizione degli incentivi *"ha rappresentato da sempre un passaggio fondamentale per la regolazione interna della materia, nel rispetto dei principi e canoni stabiliti dalla legge, e per tale motivo gli enti sono tenuti ad adeguarlo tempestivamente alle novità normative medio tempore intervenute"*. Precisando inoltre che *"queste nuove disposizioni, tuttavia, sulla base dell'articolata disciplina transitoria contenuta negli articoli 216 e 217, troveranno applicazione per le sole attività poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore, ossia il 19 aprile 2016"*.

2. Azionabilità del diritto in assenza di regolamento ex art. 113, c. 3 - mezzi tutela del diritto - azioni avverso il silenzio sull'istanza di accesso ex art. 5. c2. D.lgs. 33/2013.

a. Inerzia delle Amministrazioni nell'adozione del Regolamento – mezzi di tutela del diritto

Sulla natura, sui limiti oggettivi e soggettivi, sui presupposti condizionanti l'insorgenza del diritto a percepire l'incentivo per funzioni tecniche si è più volte pronunciata la giurisprudenza della Corte di Cassazione, rilevando come, con l'istituto in parole, il legislatore abbia derogato alla disciplina generale del trattamento accessorio dettata dal d.lgs. n. 165/2001, prevedendo - in una logica premiale ed al fine di valorizzare le professionalità esistenti all'interno delle pubbliche amministrazioni - un compenso ulteriore da attribuire (secondo le modalità stabilite dalle diverse versioni della norma succedutesi nel tempo) in favore del personale impegnato nelle attività di progettazione interna agli enti oltre che in quelle di esecuzione dei lavori pubblici (cfr. *ex multis* sentenze Cass. n. 13937/2017; n. 2284/2019, n. 10222/2020).

Più in particolare, l'incentivo in esame, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, ha carattere retributivo (cfr. Cass. n. 21398/2019 e la giurisprudenza ivi richiamata; cfr. anche Corte dei Conti, Sez. Regionale di Controllo per il Veneto, Deliberazione 264 del 25 luglio 2018⁴) *"...ma, poiché il legislatore ha rimesso, dapprima*

⁴ Gli incentivi in esame, diversamente da quanto accade per il trattamento retributivo (principale o accessorio) dei pubblici dipendenti, di competenza della contrattazione collettiva nazionale, sono previsti dalla legge - attualmente, art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 - che definisce le prestazioni (espletamento di funzioni tecniche, appunto, analiticamente individuate) che danno luogo alla corresponsione degli stessi; lo speciale trattamento retributivo in questione, dunque, trova la propria fonte in una norma, la quale prevede, ai fini della corresponsione - rectius ripartizione del fondo



alla contrattazione collettiva decentrata e successivamente alla potestà regolamentare attribuita alle amministrazioni, la determinazione delle modalità di ripartizione del fondo, 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. 28 maggio 2020, n. 10222, in cui sono richiamate Cass. n. 13937/2017, Cass. n. 3779/2012, Cass. n. 13384/2004).

La ricostruzione dell'incentivo in termini di speciale trattamento retributivo e la configurazione della mancata adozione del regolamento di ripartizione quale inottemperanza da parte delle amministrazioni a uno specifico obbligo di legge, stando alla giurisprudenza ad oggi formatasi sul punto, inducono, a ritenere:

1. quanto alla legittimazione, l'esperibilità della tutela risarcitoria esclusivamente in capo al titolare dello speciale trattamento retributivo rappresentato dall'incentivo in questione;
2. quanto alla giurisdizione, l'esperibilità dell'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario.

Qualche criticità sembra, invece, ancora doversi prospettare circa l'esperibilità di un'azione giudiziale volta a ottenere l'adempimento dell'obbligo di adozione del regolamento di cui all'art. 113, D.lgs., 50/2016, considerati i limiti di adottabilità, da parte del giudice ordinario di sentenze di condanna nei confronti della pubblica amministrazione a un *facere* procedimentale, in forza del principio di separazione dei poteri⁵.

b. Applicabilità dell'istituto dell'incentivo per funzioni tecniche alle Società interamente partecipate da soggetti pubblici.

Riguardo al quesito posto dai tecnici dell'IPZS in merito all'applicabilità delle disposizioni relative agli incentivi per le funzioni tecniche, di cui al vigente art. 113 del D.lgs. n. 50/2016, anche nei riguardi ed in favore dei dipendenti dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., si ritiene che la risposta vada semplicemente ricercata nella definizione che il codice dei contratti fornisce di *amministrazione aggiudicatrice*. Infatti il c.2 dell'art. 113 individua inequivocabilmente proprio nell'amministrazione aggiudicatrice il soggetto giuridico deputato a destinare (e quindi anche a ripartire) *"ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per*

all'uopo accantonato – la fissazione dei criteri e della modalità di distribuzione delle risorse ad esso specificamente "destinate" in sede di contrattazione collettiva decentrata e l'adozione di "apposito regolamento".

Quest'ultimo costituisce un "passaggio fondamentale per la regolazione interna della materia" (deliberazione SEZAUT/18/2016/QMIG), strumento di adattamento della disciplina normativa alle specifiche esigenze dell'ente, legate alle singole procedure di appalto, ma, nell'ottica che qui interessa, è soprattutto l'atto che, recependo i criteri e le modalità individuati dalla contrattazione decentrata, consente il riparto delle risorse accantonate e rende determinabile il quantum dell'incentivo spettante ai singoli dipendenti, con ciò sancendo il sorgere della pretesa patrimoniale (ovvero del diritto) alla corresponsione del trattamento accessorio.

Invero, il momento in cui può dirsi sorto il diritto alla erogazione degli incentivi (per la progettazione, prima, e per le funzioni tecniche, attualmente), in passato, era stato identificato con l'espletamento della prestazione. In particolare, la Sezione delle Autonomie e, seguendone l'orientamento, anche alcune Sezioni regionali di controllo, avevano ritenuto, sulla scorta di una pronuncia della Suprema Corte (sentenza n. 13384 del 19 luglio 2004), che il diritto all'incentivo – ossia quello allora previsto dall'art. 18 della L. n. 109/1994 – costituisse *"un vero e proprio diritto soggettivo di natura retributiva (...) che inerisce al rapporto di lavoro in corso, nel cui ambito va individuato l'obbligo dell'Amministrazione di adempiere, a prescindere dalle condizioni e dai presupposti per rendere concreta l'erogazione del compenso"* e che *"dal compimento dell'attività nasce il diritto al compenso"* (deliberazione n. 7/2009/QMIG).

Di recente, tuttavia, sempre con riferimento ad una fattispecie sorta nella vigenza della disciplina anteriore al Codice degli appalti, la Corte di Cassazione ha chiarito il proprio orientamento, precisando che i principi affermati nella sentenza del 2004 non avallano affatto la possibilità di riconoscere il diritto all'incentivo in assenza del regolamento (allora prescritto dall'art. 18 della L. n. 109/1994, a seguito delle modifiche introdotte prima dall'art. 16 della L. n. 127/2007 e poi dall'art. 13 della L. n. 144 del 1999) e che, in ogni caso, *"l'incentivo può essere attribuito se previsto dalla contrattazione collettiva decentrata e se sia stato adottato l'atto regolamentare della Amministrazione aggiudicatrice volto alla precisazione dei criteri di dettaglio per la ripartizione delle risorse finanziarie confluite nel Fondo"* (Cass. civ. sez. lav., sentenza 5 giugno 2017, n. 13937/2017)".

⁵ Cfr. art. 4, comma 2, della legge n. 2248/1865, All. E.



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".

L'art. 3 c.1 lett. a) del codice dei contratti definisce <<amministrazioni aggiudicatrici>> *"le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti"*.

Vengono inoltre definiti, ai sensi dell'art. 3 c. lett. d) del codice *«organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.*

A ben vedere non sembrano esservi dubbi circa le caratteristiche di *organismo di diritto pubblico* attribuibili all'IPZS, che pertanto è annoverabile tra le "amministrazioni aggiudicatrici", con il conseguente obbligo di costituire il fondo di cui all'art. 113 c.2 del codice, oltre che di ripartire tale fondo sulla base di un apposito Regolamento.

3. Conclusioni

L'incentivo per funzioni tecniche rappresenta un potente strumento a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per elevare i livelli di *performance* delle stazioni appaltanti, istituire modelli organizzativi improntati alla qualità, incrementare la produttività e la soddisfazione professionale del personale dipendente.

In tal senso però la concreta attuazione di tali modelli organizzativi presuppone la leale cooperazione delle parti politiche, pubblica e sindacale, nonché dei vari attori che partecipano al processo di realizzazione di un contratto pubblico, tra i quali in primo luogo il responsabile del procedimento, ma certamente anche dirigenti e tutto il personale avente diritto alla remunerazione delle funzioni tecniche, attraverso la ripartizione del fondo appositamente costituito.

a. Il ruolo della Parte Politica

Come esposto in precedenza, la concreta attuazione degli obiettivi fissati dal legislatore attraverso l'istituzione del fondo per le funzioni tecniche, è strettamente correlata ad una azione tempestiva dell'organo politico delle singole amministrazioni pubbliche. Tale organo politico, con



l'ausilio degli Uffici Amministrativi, ha l'onere di mettere a punto ed adottare un apposito regolamento secondo il proprio ordinamento (decreto ministeriale, determina consigliare, assembleare ecc.).

L'adozione dei regolamenti e dei relativi aggiornamenti dovrà essere sempre tempestiva, al fine di evitare di incappare nell'impossibilità di regolamentare disposti normativi non più in vigore.

Gli stessi regolamenti, infine, dovranno essere snelli e dettare unicamente i criteri generali e le linee guida, rimandando la successiva definizione di dettaglio dei criteri di ripartizione alla contrattazione decentrata integrativa. Il Regolamento potrebbe ad esempio definire aliquote massime per ogni singola figura professionale o meglio range percentuali (es: al responsabile del procedimento spetta una aliquota variabile da x,xx% a y,yy% per i lavori di _____, da z,zz% a w,ww% per servizi e forniture, al direttore dei lavori....., ecc.); potranno poi definirsi – sempre nel regolamento – ulteriori range o criteri per valutare la prestazione di ciascun dipendente.

A tal proposito un ruolo strategico e di coordinamento potrebbe assumere la Presidenza del Consiglio dei Ministri – come anche suggerito dal Consiglio di Stato nel parere 01139/2019 avente ad oggetto *"Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Schema di decreto recante "Regolamento recante norme per la ripartizione dell'incentivo per le funzioni tecniche di cui all'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"*. Al riguardo, si ritiene di poter condividere il suggerimento del Consiglio di Stato che, in vista della redazione di un numero considerevolmente elevato di regolamenti da parte delle numerose amministrazioni pubbliche aggiudicatrici di lavori, servizi e forniture, *"non può non segnalare con forza la necessità dell'esercizio di un incisivo ruolo di coordinamento di tali regolamenti da parte della Presidenza del Consiglio e in particolare del suo DAGL, onde evitare che le singole Amministrazioni affrontino la tematica in esame, per così dire, in ordine sparso"*.

Vista la specificità della materia si ritiene tuttavia che il tavolo di coordinamento, pur se sotto la regia della Presidenza del Consiglio dei Ministri, debba essere incardinato presso il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Non appare fuori contesto ipotizzare in questa sede che – laddove una amministrazione non si trovi nelle condizioni di emanare un proprio Regolamento – essa possa optare per l'adozione di un Regolamento già emanato da altra Amministrazione del medesimo comparto, facendolo proprio. Tale opzione potrebbe scaturire da un semplice atto di indirizzo da parte dell'Organo politico deputato all'adozione del Regolamento.

Un ulteriore suggerimento – nell'eventualità di future riforme del Codice – consiste nel promuovere l'estensione dell'incentivo a tutte le figure a qualunque titolo coinvolte nel procedimento, includendo anche dirigenti, nonché dipendenti di concessionari o aziende partecipate, purché annoverabili tra le amministrazioni aggiudicatrici.



Ciò in quanto l'incentivazione produce ricadute positive nella gestione degli appalti, dei cantieri e delle infrastrutture e di conseguenza dell'intera economia del paese.

b. Il ruolo delle Parti Pubbliche e Sindacale

Nella seconda fase – quella della contrattazione decentrata – assume un ruolo fondamentale lo spirito di cooperazione tra la parte pubblica e quella sindacale, che coerentemente ai principi dettati dai regolamenti adottati da ciascuna amministrazione dovranno definire con precisione le aliquote di ripartizione, magari diversificandole in base alla complessità e alla natura dell'opera (es. ristrutturazione, restauro, nuova edilizia) o del tipo contratto da realizzare (lavoro, servizio o fornitura), al numero dei collaboratori, alla qualità della prestazione resa e così via.

c. Compiti del Responsabile del Procedimento e della Dirigenza

Come ben noto il Responsabile del Procedimento ha l'onere di vigilare sull'intero processo di realizzazione di un'opera o di un contratto pubblico. Già nella fase di programmazione della spesa dovrà perciò tenere in conto nel quadro economico di spesa degli oneri per funzioni tecniche che, in assenza di un regolamento di ripartizione, saranno quantificati forfettariamente nell'aliquota massima del 2%, salvo poi - all'esito dell'adozione del regolamento e della contrattazione decentrata – costituire economia le somme che non fosse possibile ripartire. Il ruolo della dirigenza sarà invece quello di provvedere all'approvazione della spesa – attraverso specifica determina dirigenziale – disponendo l'accantonamento sull'apposito fondo delle somme indicate dal RUP nel quadro economico di spesa.

d. Possibili azioni degli aventi diritto alla ripartizione

Tenuto conto del richiamato e consolidato orientamento giurisprudenziale, che attribuisce al premio incentivante il carattere retributivo al pari dello stipendio, non sembrano esserci dubbi sul fatto che l'azione risarcitoria potrà essere intentata unicamente innanzi al giudice ordinario, unicamente dagli aventi diritto allo speciale trattamento retributivo. Per quanto sopra esplicitato, però, in assenza di regole di ripartizione sarà difficoltoso per il giudice determinare il *quantum*, vista l'indeterminatezza delle aliquote da assegnare a ciascuna figura professionale. A parere di chi scrive un'azione dinanzi al giudice ordinario in assenza di un regolamento attuativo presenta rilevanti profili di aleatorietà. Potrebbe pertanto risultare utile intentare azioni, anche in sede giurisdizionale, amministrativa, se del caso anche per il tramite delle Associazioni di categoria.



e. Il ruolo delle Associazioni di categoria

In tal senso il ruolo di Associazioni di categoria come Téchne P.A. può essere strategico. Tali Associazioni sono infatti portatrici di interessi diffusi e meglio di ogni altro soggetto possono svolgere una funzione di impulso, finalizzata a sollecitare - anche mediante atto di segnalazione alle Autorità di Controllo Contabile e/o all'ANAC - le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, ad oggi ancora inottemperanti rispetto all'obbligo ex art. 113, comma 3, D.lgs. 50/2016, di adozione dei relativi regolamenti.

Azioni, in sostanza, di costante pressione sull'operato dell'Amministrazione, costringendola a rimuovere la propria inerzia anche attraverso il richiamo alla responsabilità personale dei dirigenti e dei funzionari responsabili della messa a punto e della approvazione degli atti procedurali e dei contratti.

Concludendo, stupisce la pervicacia con la quale molte Amministrazioni Aggjudicatrici - sia a livello centrale, sia a livello locale - stiano sottovalutando (ormai da numerosi anni) le potenzialità offerte dalla norma, in alcuni casi disinteressandosi completamente del problema. Tra l'altro l'effetto in termini di demotivazione del personale a lungo andare può essere devastante sulla funzionalità delle stazioni appaltanti.

In altri termini occorre in breve tempo dare concretezza alle intenzioni del legislatore garantendo i diritti del personale a tutela del corretto funzionamento dei pubblici uffici. A tal proposito, si ritiene quindi opportuno che le Amministrazioni vigilanti sollecitino le amministrazioni aggiudicatrici a dar corso quanto prima alla concreta attuazione dell'art. 113 del codice.

I RELATORI

Dott. Ing. Sergio Minotti

Prof. Avv. Arturo Cancrini

IL COORDINATORE C.T.A.P.
Dott. Ing. Tullio Russo