

Numero ____/____ e data __/__/____ Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 5 settembre 2019

NUMERO AFFARE 01139/2019

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";

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 27096 in data 5/07/2019, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Daniele Ravenna;

Premesso:

Con nota n. prot. n. 27096 del 5/7/2019 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento,

indicato in oggetto, da adottarsi in attuazione dell'art. 113, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, "Codice dei contratti pubblici" (di seguito, semplicemente "Codice").

Nella relazione illustrativa il Ministero richiedente, richiamata la disciplina di cui al citato art. 113 del Codice, così come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante la previsione di un fondo da destinare ai dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici di lavori, servizi e forniture, espone di aver proceduto, in ottemperanza a quanto disposto dal legislatore, alla redazione dello schema di regolamento in cui sono disciplinate le modalità e i criteri di attribuzione dell'incentivo in questione, come concordato in sede di contrattazione decentrata integrativa in data 19/9/2018.

Il Ministero rappresenta altresì che lo schema è stato redatto sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte dei conti nella delibera n. 6/SEZAUT/2018/QMIG, nonché tenendo conto delle osservazioni attinenti ai profili contabili formulate dal Ministero dell'economia e delle finanze con nota del 7/2/2019.

Il testo sottoposto si compone di 16 articoli.

L'art. 1 individua l'oggetto del regolamento, ossia la definizione delle modalità e dei criteri di riparto delle risorse del fondo per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti del Ministero, secondo quanto previsto dal ricordato art. 113 del Codice.

L'art. 2 ne definisce l'ambito di applicazione.

L'art. 3 individua i soggetti destinatari del fondo nei dipendenti del Ministero che svolgono direttamente le funzioni tecniche inerenti alle attività elencate all'art. 2, comma 1, nonché nei dipendenti, sia amministrativi che tecnici, che collaborano direttamente alle suddette attività, con esclusione del personale con qualifica dirigenziale.

L'art. 4 riporta quanto previsto dall'art. 113 del codice degli appalti in merito alla costituzione e al finanziamento del fondo per le funzioni tecniche. Per quanto attiene ai profili contabili, su suggerimento del Ministero dell'economia e delle

finanze è stata introdotta la previsione in base alla quale la stazione appaltante provvede al versamento in entrata al bilancio dello Stato, su capitolo di nuova istituzione, delle risorse destinate alla costituzione del fondo e si è provveduto specificare la tempistica del suddetto versamento.

L'art. 5 disciplina i criteri di attribuzione degli incarichi.

L'art. 6 indica i termini entro i quali devono essere eseguite le prestazioni per ciascuna figura professionale.

L'art. 7 disciplina le modalità e i criteri di ripartizione del fondo: al riguardo il Ministero precisa che tali modalità e criteri sono stati oggetto di accordo sindacale. In particolare stati individuati dei *range* percentuali per ciascuna delle attività, distinte per “lavori” e “servizi e forniture”, ed è stata rimandata alla contrattazione integrativa di sede territoriale individuazione delle percentuali definitive da attribuire per la ripartizione dell'incentivo in funzione dei carichi di lavoro e della complessità dei singoli appalti.

L'art. 8 disciplina i criteri di liquidazione dei crediti del dipendente per incentivi, mentre l'art. 9 detta le modalità di pagamento degli stessi. Tale ultimo articolo è stato riformulato, su suggerimento del Ministero dell'economia e delle finanze, prevedendo la riassegnazione alla spesa delle risorse versate sul capitolo di nuova istituzione. Una volta riassegnate tali risorse, la Direzione generale del personale e degli affari generali provvede ad attribuirle alla stazione appaltante mediante apposito piano di riparto. La procedura contabile ivi indicata deve essere seguita anche qualora gli incarichi siano attribuiti da altre pubbliche amministrazioni per effetto di accordi o convenzioni, ovvero l'incentivo per funzioni tecniche sia a carico di soggetti terzi, diversi dalle pubbliche amministrazioni. Il Ministero ricorda che la Corte dei conti, dopo un'attenta disamina della novella legislativa introdotta dalla legge di bilancio per il 2018 (in effetti la legge di bilancio 2018, n. 205/2017, ha introdotto un comma 5-bis all'art. 113), ha ritenuto che l'impegno di spesa, ove si tratti di opere, vada assunto al titolo II della spesa, mentre nel caso di servizi e forniture debba essere iscritto al titolo I. La Corte ha ritenuto altresì - riferisce il

Ministero - che la finalità ultima della novella del 2018 sia esattamente quella di escludere che tali spese siano soggette al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici previsto dall'art. 23, comma 2, del decreto legislativo n. 75 del 2017. Gli incentivi complessivamente corrisposti in un anno non possono superare l'importo del 50% del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo previsto per la qualifica e fascia economica rivestita. Il comma 8 dell'art. 9 destina eventuali eccedenze al finanziamento della cassa di previdenza e assistenza del Ministero. Sul punto il Ministero ha ritenuto di condividere parzialmente l'osservazione formulata al riguardo dal Ministero dell'economia e delle finanze.

L'art. 10 prevede la riduzione dei compensi per incrementi immotivati dei tempi previsti per l'espletamento degli incarichi, mentre l'art. 11 disciplina le ipotesi di esclusione del compenso.

L'art. 12 disciplina le ipotesi di ricorso a perizia di variante in corso d'opera.

Gli artt. 13 e 14 contemplano norme di salvaguardia e di rinvio.

L'art. 15 prevede la pubblicazione l'aggiornamento dei dati relativi agli incarichi sul sito istituzionale dell'amministrazione, nonché l'obbligo di informativa alle organizzazioni sindacali e alle RSU.

L'art. 16, infine disciplina il periodo transitorio, disponendo l'abrogazione dall'entrata in vigore del regolamento, del d.m. 17 marzo 2008, n. 84.

Lo schema sottoposto è corredato di:

relazione illustrativa;

copia della dichiarazione del Ministro di esenzione dall'AIR;

copia della deliberazione della Corte dei conti - Sezione delle autonomie n. 6/SEZAUT/2018/QMIG, resa in esito all'adunanza del 10/4/2018;

nota del Ministero dell'economia e delle finanze - Ufficio legislativo economia prot. n. 5489 del 7/2/2019;

copia dell'accordo integrativo relativo ai criteri di ripartizione degli incentivi per

funzioni tecniche ex art. 113 d. lgs. n. 50 del 2016, sottoscritto in data 19/9/2018 dalle rappresentanze sindacali.

Non sono presenti la relazione tecnica, la relazione di AIR e la relazione di ATN e lo schema sottoposto non risulta “bollinato” dalla ragioneria generale dello Stato.

Considerato:

Il MIT sottopone al parere di questo Consiglio lo schema di regolamento diretto a disciplinare la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Si tratta di uno dei primi casi applicativi dell'art. 113 del nuovo codice dei contratti pubblici del 2016, come modificato nel 2017 e poi – come sopra ricordato - integrato nella legge di bilancio 2018. Constano, allo stato, quali precedenti:

- il regolamento adottato dalla Regione siciliana recante “*Norme per la ripartizione degli incentivi da corrispondere al personale dell'Amministrazione regionale ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recepito nella Regione Siciliana con legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, come modificata dall'art. 24 della legge regionale 17 maggio 2016, n. 8*”, su cui il CGARS si è espresso con parere n. 000121/2018 reso nell'adunanza del 13 marzo 2018, spedito in data 16 marzo 2018;
- l'ordinanza n. 57 del 4 luglio 2018 del Commissario straordinario per la ricostruzione delle zone colpite dal sisma del 2016, pubblicato nella G.U. n. 172 del 26 luglio 2018, che poggia però su una diversa e autonoma base giuridica, costituita dall'art. 2-bis del decreto-legge n. 148 del 2017, convertito, con modificazioni, nella legge n. 172 del 2017;
- lo schema di regolamento del Ministero della giustizia, sottoposto a questo Consiglio di Stato con nota prot. n. 7598 in data 6 settembre 2018, che non risulta ancora emanato. Su tale schema questa Sezione si è espressa con un ampio e approfondito parere interlocutorio n. 2324/2018, in esito all'adunanza del 20/9/2018. Tale parere fornisce le essenziali coordinate valutative in materia e verrà quindi qui ampiamente richiamato.

Lo schema di regolamento in esame, dunque, riveste indubbiamente un considerevole rilievo, in primo luogo per la specialissima importanza e il predominante peso che il MIT riveste nel campo dei lavori pubblici e inoltre perché esso dovrebbe costituire un essenziale parametro in vista della prossima adozione di analoghi atti da parte degli altri Ministeri e delle altre amministrazioni aggiudicatrici.

Al riguardo, atteso che l'art. 113 del Codice postula la emanazione di un numero prevedibilmente elevato di regolamenti da parte delle numerose amministrazioni pubbliche aggiudicatrici di lavori, servizi e forniture, la Sezione 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.

Quanto allo schema in esame, va rilevata la mancanza di relazione tecnica, ovvero di "bollinatura" da parte della Ragioneria generale dello Stato, ovvero della attestazione della mancanza di oneri derivanti dalla sua applicazione. Tale mancanza non sembra poter essere surrogata dal parere espresso dall'Ufficio legislativo del Ministero dell'economia e delle finanze, cui peraltro nella sostanza lo schema in esame si attiene, e pertanto andrebbe sanata.

Per quanto riguarda la mancanza della relazione di AIR, la dichiarazione del Ministro di esenzione da tale adempimento, allegata allo schema in esame, appare conforme a quanto previsto all'art. 7, comma 2, del d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169 *“Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione”*, in virtù del quale *“I regolamenti da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, possono essere esentati dall'AIR, in ragione del ridotto impatto dell'intervento, con dichiarazione a firma del Ministro, da allegare alla richiesta di parere al Consiglio di Stato ed alla comunicazione al*

Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988.”

Non può celarsi tuttavia che, nel caso in esame, la analisi di impatto della regolazione avrebbe potuto fornire utili elementi ai fini della valutazione della congruità della disciplina sottoposta, tanto più ove fosse stato operato un opportuno confronto con gli effetti prodotti finora dalla disciplina che il testo in esame mira ad abrogare (d. m. n. 17 marzo 2008, n. 84, *‘Regolamento recante norme per la ripartizione dell'incentivo di cui all'art. 92, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163’*).

Richiamando dunque quanto già osservato dalla Sezione nel citato parere n. 2324/2018, deve osservarsi che, pur nelle novità del nuovo quadro normativo, rispetto a quello del previgente codice di settore del 2006 (artt. 92, comma 5, e 93, commi 7 ss., del d.lgs. n. 163 del 2006), l’istituto della remunerazione incentivante del personale dipendente della stazione appaltante per le attività tecniche afferenti alla programmazione, alla progettazione, alla gestione delle procedure selettive e alla realizzazione e collaudo dell’opera, dei lavori e, nei casi previsti, anche degli appalti di servizi e di forniture, non risulta radicalmente mutato nelle sue linee portanti e nelle sue precipue finalità, sicché resta utile un attento raffronto con la normativa regolamentare previgente (nel caso del Ministero, il suddetto d.m. n. 84/2008), rispetto alla quale sarebbe stato opportuno poter disporre di un’approfondita V.I.R. (valutazione dell’impatto della regolazione), così da poter trarre spunto dalle criticità pregresse incontrate nell’applicazione della normativa previgente per affinamenti, miglioramenti, indicazioni anche innovative da inserire nel nuovo testo regolamentare. Poiché non si rinviene nella documentazione trasmessa (ove, come detto, mancano sia la relazione tecnica, sia quella di AIR, sia quella di ATN) un tale raffronto tra il regime anteriore e quello che viene introdotto con il nuovo regolamento, si ritiene opportuno che l’Amministrazione provveda a fornire, con relazione integrativa, almeno una essenziale informazione circa i suddetti profili.

La sezione rileva altresì la novità procedurale che sembra caratterizzare la norma del 2016 rispetto a quella del 2006 e consistente nell'apparente inversione del rapporto fra il regolamento e la fonte di contrattazione collettiva: quest'ultima, nel quadro normativo vigente, segue il regolamento come suo sviluppo specificativo di dettaglio anziché precederlo (il comma 3 dell'art 113 prevede infatti che: *“L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, [...]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”*). Viceversa, l'art. 9, comma 5, del previgente Codice prevedeva che: *“Una somma non superiore al 2 per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, [...] 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, [...]”*. Con tutta evidenza, cioè, mentre nel sistema precedente al regolamento spettava solo di recepire quanto determinato in sede di contrattazione, nel regime del nuovo codice il regolamento sembra dover rappresentare il presupposto – la “base” – da cui potrà muovere la contrattazione decentrata integrativa per determinare le modalità e i criteri per la ripartizione del fondo.

Non spetta a questa sede valutare la maggiore o minore congruità, praticità ed efficacia della soluzione procedimentale adottata dal legislatore del nuovo Codice. Comunque, dall'esame degli atti, pare doversi desumere che nel caso in esame la contrattazione abbia preceduto la predisposizione dello schema di regolamento, e che quest'ultimo si sia limitato a recepirne i contenuti - in sostanza conformandosi al modello procedurale previgente - dettando una disciplina puntuale e dettagliata, non richiedente ulteriori specificazioni. E infatti fra i “visti” viene riportato: *“visto l'Accordo con le OO. SS. Del 19 settembre 2018 sulle modalità e criteri di ripartizione del fondo di cui all'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.*

50”; inoltre l’art. 7 dello schema in esame, dedicato a “modalità e i criteri di ripartizione del fondo”, riproduce testualmente l’art. 4 dell’accordo integrativo sottoscritto dalle organizzazioni sindacali, recante, fra l’altro, due dettagliate tabelle con le indicazioni percentuali degli importi assegnabili alle singole figure professionali. La stessa relazione illustrativa, del resto, asserisce che lo schema in esame disciplina le modalità e i criteri di attribuzione dell’incentivo, come concordato in sede di contrattazione decentrata integrativa.

Sotto l’anzidetto profilo, la relazione di analisi tecnico-normativa (ATN), la cui predisposizione ai sensi della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 10 settembre 2008 è comunque obbligatoria, non che risolversi in un mero adempimento formale, avrebbe potuto fornire utili indicazioni circa il percorso logico e procedimentale seguito dall’amministrazione per pervenire alla redazione dello schema sottoposto al parere. Occorrerà pertanto che il Ministero fornisca chiarimenti al riguardo.

Tanto premesso, con riferimento all’articolato, e senza pretesa alcuna di esaustività, si formulano in via preliminare le seguenti osservazioni.

In generale, si raccomanda, quanto ai profili redazionali, il puntuale rispetto della Circolare della Presidenza del Consiglio del 20 aprile 2001, recante *‘Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi’* (ad esempio, all’art. 4, comma 6, si faccia riferimento ai commi e non ai “punti”).

All’art. 1, sembra preferibile sostituire “dell’ente” con “del Ministero”.

L’art. 2 appare sostanzialmente ripetitivo (sia pure in forma certamente più intelligibile) di quanto disposto dall’art. 113, comma 2, più volte citato. Sono note le ragioni – ampiamente richiamate nel citato parere n. 2324/2018 - che militano da un lato avverso la riproduzione, in una fonte subordinata, delle disposizioni della fonte primaria e, dall’altro e in senso contrario, a favore della complessiva organicità e completezza dei regolamenti, ai fini della loro chiarezza e comprensibilità da parte dei destinatari della normativa. Andrebbero comunque espunte dallo schema tutte quelle disposizioni che appaiono meramente ripetitive

delle disposizioni di legge e che potrebbero essere sostituite da richiami alle medesime, senza comunque compromettere la sistematicità e leggibilità dello schema stesso.

L'art. 14, recante "rinvio dinamico e revisione" appare nella sostanza superfluo, dal momento che i commi 1 e 2 affermano nella sostanza la (ovvia) prevalenza delle fonti primarie sul regolamento e il comma 3 introduce una clausola relativa al monitoraggio ed eventuale revisione del regolamento certamente opportuna ma da specificare. Analoga considerazione riguarda l'art. 15, comma 3.

Valuti quindi il Ministero se sottoporre, insieme agli elementi informativi sopra richiesti, una eventuale nuova redazione dello schema.

Alla luce delle predette osservazioni e in attesa degli adempimenti sopra indicati, occorre dunque rinviare l'espressione del parere.

P.Q.M.

Pronunciando in via interlocutoria, rinvia l'espressione del parere in attesa degli elementi sopra specificati.

L'ESTENSORE
Daniele Ravenna

IL PRESIDENTE
Gabriele Carlotti

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio

Numero 02324/2018 e data 11/10/2018 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 20 settembre 2018

NUMERO AFFARE 01574/2018

OGGETTO:

Ministero della giustizia - Ufficio legislativo.

schema di regolamento concernente norme per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 7598 in data 6 settembre 2018, con la quale il Ministero della Giustizia ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Paolo Carpentieri;

Premesso:

Con nota n. prot. n. 7598 del 4 settembre 2018 il Ministero della Giustizia ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento, in oggetto indicato, da adottarsi in attuazione dell'articolo 113, comma 3, del

decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il “Codice dei contratti pubblici”.

Riferisce il Ministero proponente che lo schema di decreto reca, per il Ministero della giustizia, il regolamento concernente la ripartizione dell'incentivo per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti e, più in generale, per le attività tecnico-burocratiche di cui all'articolo 113, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Evidenza il Ministero referente che la disposizione anzidetta introduce delle rilevanti novità rispetto alla previgente normativa, in quanto il compenso incentivante riguarda l'espletamento di attività non più legate alla progettazione, come avveniva nel vigore dell'abrogato decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (articoli 92 e 93), ed è espressamente riconosciuto in relazione, oltre che alle opere ed ai lavori, anche ai contratti di servizi e forniture. L'Amministrazione sottolinea altresì la ulteriore novità procedurale contenuta nella norma primaria del 2016, rispetto a quella del 2006, poiché la norma del previgente codice dei contratti pubblici (art. 92, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006) attribuiva al regolamento una funzione di recepimento dei criteri e delle modalità di riparto definiti in sede di contrattazione collettiva (“... le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione”), mentre la nuova norma assegna al regolamento una funzione antecedente di indirizzo della fonte contrattuale, che si colloca, nel sistema odierno, “a valle” e non più “a monte” del regolamento (l'art. 113, comma 3, del codice del 2016 prevede difatti che la ripartizione avviene “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”).

Lo schema di regolamento consta di dieci articoli.

L'articolo 1 contiene le definizioni dei termini più ricorrenti nel provvedimento e ne definisce l'ambito di applicazione, prevedendo, in particolare, al comma 4, la costituzione, a valere sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture, nell'ambito dei rispettivi quadri economici, di un apposito fondo, la cui misura è determinata dai successivi articoli 5, comma 1, e 6, comma 2, che non può in ogni caso superare il limite del due per cento degli importi posti a base di gara. L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del Fondo è ripartito tra il personale del Ministero della giustizia, che, per ciascuna opera o lavoro, servizio o fornitura, è incaricato e svolge effettivamente le funzioni tecniche per le attività, anche in quota parte, elencate in maniera specifica nell'articolo 113, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Il comma 5 stabilisce che le attività incentivabili sono esclusivamente quelle stabilite dalla norma di rango primario (le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori ovvero di direzione dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture, di collaudo tecnico amministrativo o di certificato di regolare esecuzione, di verifica di conformità nei contratti di servizi e forniture, di collaudo statico). Il restante 20 per cento del Fondo è invece destinato all'amministrazione in conformità a quanto previsto dall'articolo 113 del decreto legislativo predetto, comma 4, a norma del quale le anzidette residuali risorse, ad esclusione di quelle derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, possono essere destinate all'acquisto, da parte dell'ente, di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione o essere in parte utilizzate 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. Il precedente comma 4 prevede inoltre che, nel caso in cui le risorse del Fondo derivino da

finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, sia esclusa, come stabilito già dalla norma primaria, la destinazione del venti per cento ad impieghi dell'amministrazione e che in tal caso l'ammontare complessivo del fondo debba essere conseguentemente ridotto per corrispondere all'ottanta per cento attribuibile come incentivo ai dipendenti.

L'articolo 2 individua i destinatari dell'incentivo, riconosciuto non solo ai dipendenti che svolgono le funzioni tecniche per le attività in precedenza indicate, ma anche ai dipendenti che collaborano direttamente al loro svolgimento. E' in ogni caso escluso dalla ripartizione il personale con qualifica dirigenziale. I dipendenti sono individuati con provvedimento del Direttore generale o del dirigente preposto all'ufficio, i quali, oltre a designare il/i responsabile/i delle attività di cui all'articolo 1, comma 5, dello schema di regolamento in esame, individuano anche i relativi collaboratori. Per la nomina del RUP, del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto si applicano le disposizioni dettate all'uopo dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in particolare gli articoli 31 e 101, che disciplinano modalità e tempi di nomina delle anzidette figure.

L'articolo 3 prevede le ipotesi di riduzione delle risorse finanziarie destinate alla ripartizione degli incentivi, legate agli incrementi, non giustificati, dei costi e dei tempi previsti dalla normativa vigente, dai contratti, dai provvedimenti emessi dal dirigente della struttura nel conferimento degli incarichi per l'esecuzione delle attività oggetto di incentivo nonché dai provvedimenti emessi dal responsabile del procedimento. In particolare i commi 3 e 4 indicano i criteri e le percentuali di riduzione rispettivamente per l'aumento ingiustificato dei costi e dei tempi, con esclusione delle ipotesi di incremento previste dagli articoli 106, comma 1, lettere a), b), c) ed e) e 107 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Analogamente non sono considerati i ritardi imputabili alla ditta soggetta a penale per ritardo. Il comma 5 prevede infine che l'importo corrispondente alle riduzioni di cui ai precedenti commi 3 e 4

incrementa la quota del fondo destinato all'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, comma 6.

L'articolo 4 detta i criteri di liquidazione degli incentivi, stabilendo che la relativa corresponsione è disposta dal Direttore generale competente o dal dirigente eventualmente delegato a seguito di accertamento e riscontro positivo delle specifiche attività svolte dal soggetto avente diritto. Ai fini del relativo accertamento è previsto che siano tenute in considerazione la documentazione e la relazione prodotte dal responsabile del procedimento, il quale, tra i diversi compiti affidatigli, ha anche quello di curare il corretto e razionale svolgimento delle procedure ai sensi dell'articolo 31, comma 4, lettera c), del decreto legislativo n. 50 anzidetto.

Gli articoli 5 e 6 introducono una serie di disposizioni in tema di misura del Fondo, la cui percentuale è stabilita in relazione agli importi dei lavori o degli appalti di servizi e forniture nonché in tema di ripartizione delle risorse destinate agli incentivi per funzioni tecniche, con indicazione delle percentuali da attribuire tra i dipendenti in relazione all'attività o alle attività dagli stessi svolta/e.

L'articolo 7 contiene una previsione diretta a fornire al Direttore generale o al dirigente preposto all'ufficio criteri di massima per procedere alla ripartizione e alla suddivisione di ciascuna delle quote indicate negli articoli 5, comma 3 e 6, comma 4, ove nella ripartizione siano coinvolti più soggetti: in tal caso la ripartizione è effettuata sulla base del livello di responsabilità professionale connessa alla specifica prestazione svolta e al contributo apportato dai dipendenti coinvolti.

L'articolo 8, al comma 1, stabilisce i tempi, in relazione a ciascuna attività, in cui scatta il diritto al compenso incentivante. Il comma 2 fa salvo, nelle ipotesi di riduzione delle risorse finanziarie di cui all'articolo 1, comma 5, il diritto dell'amministrazione di effettuare un conguaglio e ripetere, a fine lavori, le somme che sono state corrisposte in eccedenza a titolo di incentivo per funzioni tecniche, ben potendo alcune somme essere erogate ben prima della

fine dei lavori come stabilito dal comma precedente per le attività di cui alle lettere a) e c).

L'articolo 9 contiene una disposizione transitoria che, nel richiamare l'articolo 216 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce che le disposizioni del regolamento, quando sono rispettate le condizioni di cui all'articolo 113 del medesimo decreto legislativo, si applicano alle procedure ed ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente sono stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore dell'anzidetto decreto, nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data suddetta, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte. La norma transitoria è quindi finalizzata a consentire l'applicabilità, da parte dell'amministrazione, del regolamento alle ipotesi previste dall'articolo 216 del decreto legislativo n. 50 nel rispetto delle condizioni sancite dall'articolo 113 del medesimo decreto, vale a dire a consentire l'erogazione del compenso in relazione ad attività incentivabili svolte prima dell'emanazione del regolamento e ricadenti nell'ambito temporale dell'articolo 216 a condizione che il Fondo sia già stato costituito e le relative risorse siano già state accantonate.

L'articolo 10 reca la norma sull'entrata in vigore del decreto, fissata al trentesimo giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Considerato:

1. Il Ministero della Giustizia sottopone al parere di questo Consiglio lo schema di regolamento diretto a disciplinare la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche ai sensi dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Si tratta di uno dei primi casi applicativi dell'art. 113 del nuovo codice dei contratti pubblici del 2016, come modificato nel 2017 (constano, allo stato, quali unici precedenti, il regolamento adottato dalla Regione siciliana recante *“Norme per la ripartizione degli incentivi da corrispondere al personale*

dell'Amministrazione regionale ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recepito nella Regione Siciliana con legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, come modificata dall'art. 24 della legge regionale 17 maggio 2016, n. 8", su cui il CGARS si è espresso con parere n. 000121/2018 reso nell'adunanza del 13 marzo 2018, spedito in data 16 marzo 2018, nonché l'ordinanza n. 57 del 4 luglio 2018 del Commissario straordinario per la ricostruzione delle zone colpite dal sisma del 2016, pubblicato nella G.U. n. 172 del 26 luglio 2018, che poggia però su una diversa e autonoma base giuridica, costituita dall'art. 2-*bis* del decreto-legge n. 148 del 2017, convertito, con modificazioni, nella legge n. 172 del 2017). Lo schema di regolamento in esame, dunque, pur nella sua complessiva semplicità e sostanziale aderenza al dato normativo primario, riveste indubbiamente un considerevole rilievo, potendo costituire un primo esempio in vista della prossima adozione di analoghi atti da parte degli altri Ministeri e delle altre amministrazioni aggiudicatrici.

Considerazioni generali.

2. Sotto un primo profilo di carattere generale deve osservarsi che, pur nelle evidenti e già sopra rilevate novità del nuovo quadro normativo, rispetto a quello del previgente codice di settore del 2006 (artt. 92, comma 5, e 93, commi 7 ss., del d.lgs. n. 163 del 2006) - novità cui deve aggiungersi, oltre a quelle segnalate dal Ministero referente, anche l'esclusione dei dirigenti dal beneficio del riparto, in ragione del principio di onnicomprensività della retribuzione composita loro riservata -, l'istituto della remunerazione incentivante del personale dipendente della stazione appaltante per le attività tecniche afferenti alla programmazione, alla progettazione, alla gestione delle procedure selettive e alla realizzazione e collaudo dell'opera, dei lavori e, nei casi previsti, anche degli appalti di servizi e di forniture, non risulta radicalmente mutato nelle sue linee portanti e nelle sue precipue finalità, sicché resta utile un attento raffronto con la normativa regolamentare previgente (nel caso del Ministero della Giustizia il d.m. 9 luglio 2008, n. 139, che aveva abrogato il precedente d. m. 20 aprile 2000, n. 134, recante il

Regolamento recante norme per la ripartizione dell'incentivo economico di cui al comma 1 dell'articolo 18 della L. n. 109/1994 e successive modifiche ed integrazioni), rispetto alla quale sarebbe stato opportuno poter disporre di un'approfondita V.I.R. (valutazione dell'impatto della regolazione), così da poter trarre spunto dalle criticità pregresse incontrate nell'applicazione della normativa previgente per affinamenti, miglioramenti, indicazioni anche innovative da inserire nel nuovo testo regolamentare. Se è vero che – in attuazione del criterio di delega contenuto nella lettera *m*) dell'art. 1 della legge 28 gennaio 2016, n. 11 – si è esclusa l'applicazione degli incentivi alla progettazione, è vero che, nell'impostazione complessiva, l'istituto ha conservato le sue caratteristiche essenziali. A tale riguardo deve osservarsi che non si rinviene nella documentazione trasmessa (relazione illustrativa, relazione tecnica, AIR, ATN) un tale raffronto tra il regime anteriore e quello che verrà introdotto con il nuovo regolamento: sarebbe stato viceversa utile poter comprendere quali fossero state le eventuali criticità e lacune registrate nella pluriennale applicazione del regime odierno, basato sul codice del 2006, e se e in che misura la nuova disciplina se ne sia fatta carico e, se sì, in quale modo intenderebbe farvi fronte. Occorre pertanto che l'Amministrazione provveda a integrare sotto l'evidenziato profilo la documentazione qui trasmessa a corredo dello schema di regolamento.

3. Sempre sul piano di una prima osservazione di carattere generale, si deve rilevare che lo schema proposto si sostanzia in larga parte di riproposizioni, spesso letterali, di disposizioni già contenute nella norma primaria. Al riguardo questa Sezione ha in più occasioni criticato tale *modus procedendi*, evidenziando, tra l'altro, il rischio di incertezze applicative nel caso in cui la riproduzione testuale presenti anche lievi differenze rispetto al testo di rango legislativo, nonché di potenziale confusione nell'individuazione della disposizione applicabile nel caso in cui successive modifiche della norma primaria determinino un disallineamento dei testi. D'altro canto non può non osservarsi, nel contempo, che, nel caso in esame, l'atto regolamentare previsto

dalla norma primaria risulta “costretto” tra, da un lato, disposizioni del decreto legislativo già di per se stesse molto analitiche e in parte autoapplicative e, dall’altro lato, il rinvio che la stessa norma di livello primario opera “a valle” alla specificazione delle modalità e dei criteri di riparto da concordarsi nella sede (naturale, in materia di trattamento economico del personale) della contrattazione collettiva di settore. Conseguentemente, una rigida applicazione del principio di disfavore per la ripetizione, nel testo regolamentare, di disposizioni già contenute nel testo di rango primario rischierebbe, nel caso concreto qui in esame, di “prosciugare” eccessivamente l’area di possibile svolgimento del testo regolamentare, che rischierebbe di risolversi in un mero rinvio alla contrattazione collettiva. D’altro canto è pur vero che anche gli atti fonte che innovano l’ordinamento giuridico, sia pure di livello secondario, come i regolamenti, costituiscono dei testi giuridici, che devono come tali tendenzialmente possedere una loro propria compiutezza e complessiva “leggibilità”, al fine di una agevole comprensione ed efficace applicazione in sede amministrativa: a tal fine può presentare una sua utilità l’intrinseca completezza del testo regolamentare come strumento unitario e autosufficiente di guida all’operatore pratico. In quest’ottica può rivelarsi in definitiva utile inglobare nel testo regolamentare termini, nozioni, definizioni e disposizioni già contenuti nella norma di rango primario, ma è bene che ciò avvenga con formule lessicali che privilegino il rinvio esplicito alla legge o all’atto di livello legislativo ed evitino ogni ambiguità riguardo alla corretta gerarchia delle fonti.

4. Riprendendo l’osservazione già anticipata *supra*, la novità procedurale che caratterizza la norma del 2016 rispetto a quella del 2006, consistente nell’inversione del rapporto con la fonte di contrattazione collettiva, che, nel quadro normativo vigente, segue il regolamento come suo sviluppo specificativo di dettaglio anziché precederlo, imporrebbe un maggiore dettaglio precisante riguardo all’adempimento “*Sentite le organizzazioni sindacali di settore*” solo genericamente richiamato nella premessa. Sotto un diverso, ma

connesso profilo, il testo regolamentare proposto non sembra lasciare adeguato spazio, “a valle”, alla contrattazione sindacale, in particolare lì dove, ad esempio, negli articoli 5, 6 e 7, in tema di criteri di calcolo e di ripartizione del compenso ai soggetti aventi diritto, introduce disposizioni molto analitiche e ne demanda l’attuazione al dirigente competente per l’appalto, non prefigurando spazi di intervento per la contrattazione collettiva, che, invece, proprio in questo segmento della disciplina potrebbe rinvenire un suo spazio appropriato di esplicazione. Alla pag. 5 dell’A.I.R., l’Amministrazione riferisce, nella sezione 5, che «Occorrerà poi adottare apposite determinazioni per specificare quanto disposto dalle nuove disposizioni del regolamento e dunque per definire concretamente modalità di accertamento per la liquidazione dell’incentivo, il criterio di calcolo e ripartizione dello stesso, la manutenzione del riconoscimento del diritto al compenso». Sembra, in realtà, che i richiamati articoli da 5 a 7 del presente schema di regolamento esauriscano gli spazi di disciplina dei profili ora detti, lasciando a livello applicativo margini di intervento di tipo meramente provvedimentoale, demandato dunque agli atti dirigenziali di gestione del singolo affare, senza consentire aspetti di possibile intervento della contrattazione collettiva.

5. Non sembra, infine, adeguatamente trattato – né nell’articolato, né nelle relazioni a corredo dello schema di decreto – il tema posto dal penultimo periodo del comma 2 dell’art. 113 del decreto legislativo, riguardo ai casi in cui l’amministrazione costituisca o si avvalga di una centrale di committenza, ipotesi nella quale evidentemente occorre prevedere una disciplina particolare, che tenga conto del ruolo della centrale di committenza e dei suoi dipendenti. Occorrerà a tal riguardo che, almeno nella relazione illustrativa e in quella tecnica, si dia conto di eventuali rapporti in corso con centrali di committenza per attività di programmazione, progettazione, gestione delle gare e per altre attività tecniche ausiliare in materia di forniture di lavori, beni, servizi, che possano incidere sulla disciplina oggetto del presente regolamento.

Osservazioni relative all’articolato.

6. Premesse.

Non si comprende il richiamo, nel secondo “visto”, della legge 15 dicembre 1990, n. 395, recante "*Ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria*": tale legge non risulta altrove richiamata nel testo dell'articolato e non si evince, dunque, la ragione di tale richiamo, che andrebbe conseguentemente espunto. L'Amministrazione ha probabilmente qui riprodotto il primo “visto” del d.m. n. 139 del 1998, che era riferito all'art. 35 (*Edilizia penitenziaria. Personale e relative attribuzioni*) della legge n. 359 del 1990, che interveniva sulla dotazione organica del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria per far fronte alle esigenze di edilizia penitenziaria, per lo svolgimento di compiti inerenti le attività tecniche e amministrative di cui trattasi. La norma del 1990, tuttavia, non reca specifiche previsioni in tema di attribuzione e riparto di incentivi, sicché non risulta necessario il suo richiamo, se non sotto il profilo puramente descrittivo, al fine di sottolineare la centralità dell'amministrazione penitenziaria nell'ambito del campo applicativo, per il Ministero della giustizia, degli istituti disciplinati dallo schema di decreto proposto. Ove l'Amministrazione dovesse comunque ritenere utile, in continuità del testo del 1998, mantenere questo richiamo, allora sarebbe preferibile riferirlo puntualmente al citato art. 35.

I “visti” quarto e sesto riguardano, rispettivamente, la legge di delega posta a base del codice dei contratti pubblici del 2016 e il decreto legislativo correttivo e integrativo del 2017. Tali richiami appaiono inutili, in quanto assorbiti nel richiamo del solo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, attuativo della delega e da intendersi “nel testo vigente”, ossia comprensivo delle modifiche successivamente intervenute (resta possibile, anche se non necessario, il ricorso alla formula standardizzata “*e successive modificazioni*”). Come già anticipato nel paragrafo relativo alle “osservazioni generali”, andrebbe integrato e precisato il richiamo “*Sentite le organizzazioni sindacali di settore*”.

7. Articolo 1.

7.1 Comma 2. Definizioni. Come anticipato nella parte generale di questo parere, occorre prestare la massima attenzione nell'introdurre nel testo regolamentare mere riproduzioni della norma di rango primario. Conseguentemente, l'utilità perseguita dall'introduzione di tali definizioni, utilità sicuramente apprezzabile sul piano dell'autosufficienza e della completezza del testo regolamentare, deve conseguirsi, ove possibile, mediante un richiamo diretto della norma primaria. Nel caso in esame, dunque, parrebbe possibile e preferibile sostituire all'elenco delle definizioni una disposizione di carattere generale del seguente tenore: *“Ai fini del presente regolamento trovano applicazione le definizioni contenute nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*. Questa formulazione più sintetica sembra essere anche più esaustiva, poiché consente di chiarire che tutti gli istituti (nella loro definizione e nel loro regime giuridico) propri del codice dei contratti pubblici trovano la loro fonte di disciplina in tale ultimo atto normativo, chiarendo, dunque, che il presente regolamento si iscrive logicamente e giuridicamente in quel sistema normativo, cui opera un costante rinvio anche dinamico. La soluzione qui suggerita consente, ad esempio, di risolvere un dubbio applicativo che potrebbe altrimenti incontrarsi già nel successivo comma 3 dell'art. 1, dove si disciplina, con il criterio della prevalenza, il caso degli appalti misti: è chiaro, con la formulazione qui proposta, che la nozione di contratto misto e il criterio di definizione in concreto della prevalenza devono essere ricercati nel codice dei contratti pubblici e non altrove. La diversa esigenza, avuta di mira, ad esempio, dalla lettera a) del comma 2 in esame, non già di introdurre una “definizione”, ma di consentire nel prosieguo del testo l'uso di locuzioni abbreviate per motivi di concisione, può essere soddisfatta con la formula tradizionale: *“d'ora in avanti «decreto legislativo»”*. Andrà conseguentemente espunto dalla rubrica il termine *“definizioni”*.

7.2. Quanto all'ambito di applicazione, qui da intendersi in senso “oggettivo”, ossia relativo alla tipologia di contratti e di appalti in relazione ai quali

verrebbe a operare l'incentivo di cui trattasi, occorre evidenziare che il CGARS, nel già menzionato parere del 13-16 marzo 2018, traendo spunto dalla previsione contenuta nel testo regolamentare proposto dalla Regione siciliana di esclusione dei lavori di manutenzione dall'ambito applicativo dell'incentivo, ha richiamato un orientamento (non costante) della Corte dei conti (Corte conti, sez. contr. Veneto, 12 maggio 2017, n. 338; Corte conti, sez. contr. Marche, 27 aprile 2017, n. 52; Corte conti, sez. contr. Umbria, 26 aprile 2017, n. 51; Corte conti, sez. contr. Puglia, 24 gennaio 2017, n. 5) nel senso della negazione dell'incentivo anche nei casi di manutenzione straordinaria e ha lasciato dunque alla valutazione regionale la scelta se estendere l'esclusione anche a tale tipologia di lavori o se tacere del tutto sul punto, così rinviando all'asestamento della giurisprudenza e delle pronunce degli Organi di controllo contabile. Il regolamento all'odierno esame di questo Consiglio, nell'operare un rinvio, per la definizione di "lavori", alle attività come definite dalla lettera *nn*) del comma 1 dell'art. 3 del codice dei contratti, mostra di voler invece senz'altro includere, nell'ambito applicativo dell'incentivo, anche i meri lavori di manutenzione. Ora, se è vero che i lavori di manutenzione, anche ordinaria, rientrano nella suddetta nozione di "lavori" contenuta nell'art. 3 del codice di settore, sicché non sussisterebbe un impedimento formale nella lettera della legge a tale inclusione, è altrettanto vero che i lavori (puntuali) di manutenzione ordinaria (che non si collochino entro un più ampio quadro di *global service* e di *facility management*) non sembrano giustificare "attività tecniche" del tipo preso in considerazione dall'art. 113 del codice dei contratti tali da consentire l'applicazione degli incentivi. Occorre dunque che l'Amministrazione fornisca, nel rispondere al presente parere interlocutorio, adeguate precisazioni al riguardo.

7.3. Comma 3. Rispetto al testo proposto – "*disposizioni relative all'oggetto principale cui è destinato l'appalto*" –, appare da preferire, anche perché più chiara e precisa, la formulazione adoperata al riguardo dal codice dei contratti

pubblici, nell'art. 28, comma 1: *“disposizioni (relative) al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione”*.

7.4. Comma 4. Non risulta perspicua la disposizione contenuta nel secondo periodo: *“Nel caso in cui le risorse del Fondo derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, il Fondo medesimo è ridotto ad una misura pari all'80% di quanto stabilito dai precedenti articoli 5, comma 1, e 6, comma 2, ed è integralmente destinato a soddisfare le esigenze di cui al quinto comma”*. Si intendeva evidentemente dare attuazione alla previsione all'esclusione, prevista dal comma dell'art. 113 del decreto legislativo, dell'impiego del restante 20 per cento del fondo per acquisti e servizi dell'amministrazione, come definiti dal medesimo 4, nel caso in cui si tratti di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata. In tal caso, evidentemente, l'Amministrazione ritiene che il fondo non debba essere distribuito tra il personale dipendente nel suo ammontare totale (cento per cento), ma debba subire una decurtazione pari al venti per cento non assegnabile agli impieghi diretti dell'amministrazione. Sembra dunque preferibile, a tal fine, per una maggiore chiarezza del testo, collocare tale previsione non già nell'articolo 1 sull'ambito applicativo, ma nell'art. 5, riguardante la *“Misura del fondo”*, dove potrebbe essere utilmente collocata in un apposito comma inserito dopo il comma 1, del seguente tenore: *“Nel caso in cui le risorse derivino da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, il Fondo, come costituito ai sensi dell'articolo 1, comma 4, è ridotto del venti per cento ed è integralmente destinato a soddisfare le esigenze di cui al comma 5 del predetto articolo 1”* (in tal modo si supera anche l'erroneo richiamo ai *“precedenti articoli 5, comma 1, e 6, comma 2”*, che sono evidentemente *“successivi”*). Andrà conseguentemente soppresso il secondo periodo del comma 4 dell'art. 1.

8. Articolo 2.

8.1. Comma 1. Si suggerisce di evitare l'uso dell'ausiliare *“possono”* (percepire): trattandosi di diritti soggettivi dei dipendenti legati esclusivamente all'accertamento vincolato della sussistenza dei presupposti di legge e di

regolamento, senza spazio per valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, risulta preferibile l'uso della locuzione "*Percepiscono*".

8.2. Comma 2. Il comma in esame, così come formulato e collocato nel contesto complessivo del regolamento, sembra "ridurre" il diritto dei collaboratori ad un rango "subordinato" o "accessorio", in qualche modo "minore", il che non pare giustificabile, in considerazione della pari tutela del diritto soggettivo pure spettante a tali dipendenti, nella previsione stessa della norma primaria. Si suggerisce, pertanto, di eliminare l'avverbio "*anche*".

8.3. Comma 3. Valuti l'amministrazione l'opportunità di specificare meglio il criterio di individuazione del Direttore generale (o del dirigente preposto all'ufficio) cui compete l'individuazione dei dipendenti destinatari dell'incentivo, eventualmente legandolo alla competenza ad adottare la delibera a contrattare e alla gestione del connesso centro di responsabilità amministrativa e di spesa.

8.4. Comma 4. Per migliore sintesi nella formulazione del testo, appare preferibile "spostare" questa disposizione all'interno del comma 1 dell'art. 2, inserendovi l'inciso "*ad eccezione dei dirigenti*".

9. Articolo 3.

9.1. Comma 1. Il comma 1 – che è riferito all'appostazione contabile delle risorse finanziarie destinate agli incentivi e non alla riduzione di esse, che è invece l'oggetto dell'art. 3 in esame – sembra da collocare più coerentemente nel comma 4 dell'art. 1, dove si definisce il modo di costituzione del fondo e la sua consistenza. Conseguentemente occorre espungere dal testo del comma 2 il participio "*anzidette*".

9.2. Nel complesso dell'art. 3 in esame, nei commi 2 e 4, le riduzioni delle risorse finanziarie del fondo per incrementi di costi e di tempi operano, nella formulazione del testo dei commi in esame, se i detti incrementi siano "*ingiustificati*". Tale generale previsione, che introduce evidentemente una discrezionalità valutativa in capo all'amministrazione, non risulta presente nel testo della norma primaria (art. 113, comma 3, terzo periodo), che fa

riferimento esclusivamente a *“eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi alle norme del presente decreto”*. Orbene, mentre non v'è dubbio sul fatto che rientrano tra i tempi e i costi *“conformi al presente decreto”* (ossia al decreto legislativo n. 50 del 2016) anche quelli stabiliti *“dai contratti, dai provvedimenti emessi dal dirigente della struttura nel conferimento degli incarichi per l'esecuzione delle attività di cui successivi articoli 5 e 6 e dai provvedimenti emessi dal responsabile del procedimento”*, come esplicitato dal comma 2 dello schema di regolamento, l'aggiunta dell'aggettivo qualificativo *“non giustificati”* appare ridondante e apre la strada a una possibile interpretazione ampliativa, tale da consentire all'amministrazione la discrezionale valutazione, caso per caso, al di là dei casi di ritardi nei tempi e di incrementi nei costi ammessi dal decreto legislativo, anche altre ipotesi *“atipiche”*. Inoltre, tale sintetica formulazione non consente di risolvere e di chiarire adeguatamente un presupposto indefettibile della riducibilità dell'incentivo, ossia la imputabilità degli incrementi almeno a titolo di colpa ai dipendenti preposti alle attività tecniche. L'esigenza che tutti questi aspetti siano adeguatamente puntualizzati e definiti potrebbe utilmente essere soddisfatta aprendo, in questa materia, un apposito spazio alla contrattazione collettiva, cui andrebbe demandata la definizione di criteri e modalità di accertamento di siffatti presupposti, la cui variabilità ed eterogeneità mal si presta, probabilmente, a una definizione in astratto e in generale nella sede regolamentare, la quale dovrebbe limitarsi a enunciare il criterio giuridico dell'addebitabilità dei ritardi e degli incrementi dei costi, almeno a titolo di colpa, al non regolare svolgimento di quelle attività tecniche cui si ricollega l'attribuzione dei incentivi della cui riduzione si tratta. La fonte sindacale ben potrebbe, tra l'altro, prevedere anche momenti concertativi o di arbitraggio volti a dirimere eventuali controversie su tali profili.

9.3. Comma 3. Secondo periodo. La disposizione per cui *“Nell'incremento dei costi non sono considerate le varianti ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), del decreto legislativo”* appare anch'essa ridondante e, nell'introdurre una non utile specificazione ed esplicita menzione di alcuni (soltanto) dei casi di

possibile incremento (dei tempi e dei costi) “*conformi*” al decreto legislativo, potrebbe indurre un’interpretazione errata nel senso di escludere altri casi, non menzionati nel regolamento, ma pure “*conformi*” al decreto legislativo. L’art. 106 del codice dei contratti pubblici reca una complessa ed esaustiva disciplina della “*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*”, prevedendo analiticamente i diversi casi ammessi di modifica del contratto e di varianti, anche in corso d’opera. Non può escludersi che altre ipotesi di “modifica” (incrementale) dei tempi di esecuzione e dei costi complessivi siano disciplinate e ammesse dal codice del 2016 (e siano, dunque, ad esso “*conformi*”). Rispetto a questa complessa disciplina – alla stregua della quale occorrerà valutare la conformità o la non conformità degli incrementi di tempo e di costo rispetto al decreto legislativo - appare preferibile, nel caso in cui l’amministrazione intenda espressamente escludere talune di tali fattispecie dal novero di quelle “*conformi*” (e, dunque, non implicanti riduzioni sugli incentivi), optare per una redazione del testo regolamentare “in negativo”, che, cioè, fermo il rinvio alla disciplina generale del codice di settore, eccettui motivatamente solo talune ipotesi, sempre che tale eccezione risulti adeguatamente motivata secondo criteri di razionalità, proporzionalità e ragionevolezza.

9.4. Comma 5. La previsione del comma 5, in base alla quale l'importo corrispondente alle riduzioni di cui ai commi 3 e 4 incrementa la quota del fondo (venti per cento) destinata a usi dell'amministrazione non sembra trovare una base autorizzativa idonea nella norma primaria. In mancanza di una norma di rango primario che disponga in tal senso si ritiene che tali riduzioni debbano andare in economia e non possano essere destinate a incrementate altre voci di spesa.

10. Articolo 4.

10.1. Comma 1. Al secondo rigo va espunto, in quanto inutile, l'avverbio “*eventualmente*” riferito alla delega del direttore generale: è implicito che la delega è solo eventuale.

10.2. Comma 3. Valuti l'amministrazione l'opportunità di esplicitare l'effettuazione di adeguate misure di controllo a campione sulle autocertificazioni del personale relative al rispetto del limite dell'importo complessivo annuo lordo degli incentivi percepiti nel corso dell'anno anche da altre amministrazioni non superiore al 50 per cento del trattamento economico. Appare poi utile aggiungere un periodo diretto a recepire la nota giurisprudenza della Corte dei conti (Sezione delle Autonomie, delibera n. 6 del 2018) in tema di non assoggettabilità di tali emolumenti al tetto imposto dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017.

10.3. Comma 5. Valgono per questa previsione le osservazioni già svolte *supra* a proposito del comma 5 dell'articolo 3 circa la mancanza di autorizzazione di legge allo storno, qui previsto, a favore della quota del venti per cento dell'amministrazione, delle quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione, ovvero svolte da personale escluso dall'incentivo ovvero relative ad attività per cui non è intervenuto accertamento positivo ai sensi del comma 1, nonché le quote eccedenti i limiti fissati dalla normativa vigente in materia di trattamento economico.

11. Articoli 5, 6, 7.

11.1. Riguardo alla "misura del Fondo", pur trattandosi, nel limite del due per cento stabilito dalla legge, di scelta di merito rimessa alla valutazione dell'Amministrazione, appare necessario che siano meglio esplicitati e motivati, nelle relazioni a corredo del provvedimento, i criteri seguiti nella determinazione delle diverse misure prescelte in rapporto agli importi dei lavori (e dei servizi e forniture), avendo cura anche di chiarire se vi sono stati scostamenti sostanziali rispetto al sistema previgente e se tali misure siano congrue anche alla stregua di un comune parametro di riferimento, che può utilmente orientare la scelta dell'Amministrazione, costituito dalle quote percentuali generalmente ammesse a fini analoghi nella disciplina europea dei finanziamenti o co-finanziamenti dell'Unione.

Si rammenta poi quanto indicato *sub* par. 7 a proposito dell'art. 1, comma 4, dove si è suggerito di collocare la previsione ivi contenuta e relativa al caso in cui siano coinvolti fondi vincolati, nel secondo periodo del detto comma 4 in un apposito comma seguente il comma 1 dell'art. 5.

I successivi commi stabiliscono le quote percentuali di riparto del fondo tra i dipendenti che ne hanno diritto, indicando, per ciascuna tipologia di attività, una percentuale del fondo. La norma reca poi anche una quota di riserva per i collaboratori. Nell'art. 7 si demanda, quindi, al dirigente competente la ripartizione della percentuale del fondo corrispondente a ciascuna categoria di attività tra i soggetti aventi diritto che a quella tipologia di attività hanno partecipato. In tal modo non residua alcuno spazio di determinazione delle modalità e dei criteri di riparto del Fondo per la sede della contrattazione decentrata integrativa del personale, che pure costituisce, come chiarito nella premessa generale, l'atto-fonte proprio indicato dalla norma primaria (comma 3 dell'art. 113) per la articolazione di dettaglio di tali criteri e modalità "*sulla base di apposito regolamento*". Il regolamento, dunque, in linea, del resto, 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".

11.2. Più nel dettaglio, si deve segnalare il dubbio sulla possibilità – ammessa nella attuale formulazione della lettera g) del comma 3 dell'art. 5 – di riconoscere l'incentivo anche per il caso di certificazione di regolare esecuzione, in luogo del collaudo tecnico-amministrativo. Tale possibilità è stata revocata in dubbio nel già ricordato parere del CGARS del marzo 2018, relativo allo schema di regolamento regionale, nei seguenti termini (par. 17.8): *“Il comma 13 prevede l'incentivo, oltre che in caso di collaudo o verifica di conformità, anche nel caso in cui sia previsto in sostituzione il certificato di regolare esecuzione. Si osserva che l'art. 113 del codice è di stretta interpretazione e contempla tra le attività incentivate solo il*

collaudo e la verifica di conformità, e non anche i casi di modalità semplificate, vale a dire il certificato di regolare esecuzione. Tale ultima attività non forma oggetto di incentivazione e, pertanto, il comma 13 deve essere espunto”.

11.3. Si segnala, in ogni caso, anche in vista della definizione degli accordi sindacali integrativi decentrati, che la lettera *b)* dell’elenco del comma 3 dell’art. 5 e la lettera *g)* del comma 4 dell’art. 6 appaiono “spurie”, sul piano logico, rispetto all’elenco in cui si inseriscono, poiché seguono un criterio “soggettivo” (la considerazione dei soggetti coinvolti, i collaboratori) in luogo del criterio “oggettivo” di riparto del fondo in quote percentuali relative alle singole tipologie di attività tecniche. Sarebbe pertanto più corretto collocare questa previsione in una disposizione a sé stante (un autonomo comma o un autonomo periodo), anziché in un’ulteriore classe tipologica che si aggiunge a quelle (riferite in realtà all’oggetto, ossia al tipo di attività svolta) elencate nei commi 3 e 4 in esame (la previsione potrebbe essere del seguente tenore: *“Ai dipendenti che collaborano direttamente nello svolgimento delle funzioni di cui al comma 3, esclusi quelli specificamente rientranti nell’ufficio di direzione dei lavori, spetta una quota non superiore al X% - eventualmente 10% - di quella prevista per la relativa tipologia di attività tra quelle indicate nel predetto comma 3. L’importo percepito dal singolo collaboratore non può essere superiore al 70% dell’importo percepito dal responsabile delle attività di cui alle lettere precedenti?”*). Questa diversa formulazione appare anche più efficace sul piano dell’applicazione pratica, poiché essa implica non già una riserva percentuale sull’intero fondo (dieci per cento, nel testo proposto) in favore dei collaboratori, indipendentemente del settore di attività in cui hanno operato, ma consente più razionalmente una riserva (se del caso, nella stessa percentuale del dieci per cento) a favore dei collaboratori all’interno di ciascuna voce percentuale di attività, tra quelle elencate nel comma 3.

12. Articolo 9. Suscita perplessità la scelta, non adeguatamente motivata nelle relazioni illustrativa e tecnica, di anticipare l’applicabilità della nuova disciplina recata dal regolamento in esame già agli appalti banditi dopo l’entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, ossia a procedure nate (in

sostanza) nella seconda metà del 2016. Si introduce una sorta di retroattività della nuova disciplina, che non trova in realtà riscontro nel pure invocato articolo 216 del decreto legislativo, che ha invece previsto una generale continuità applicativa degli atti regolamentari adottati in base al d.lgs. n. 163 del 2006. L'amministrazione giustifica questa scelta sostenendo che essa mira «a consentire l'erogazione del compenso in relazione ad attività incentivabili svolte prima dell'emanazione del regolamento e ricadenti nell'ambito temporale dell'articolo 216 a condizione che il Fondo sia già stato costituito e le relative risorse siano già state accantonate». La Sezione ben conosce l'ampio dibattito che si è innestato, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, sul tema se fosse o meno possibile applicare il nuovo regime alle procedure di appalto avviate dopo l'entrata in vigore del codice stesso, pur in mancanza dei (non ancora adottati) regolamento e accordi sindacali in sede decentrata (cfr. Corte conti, sez. contr. Piemonte, 9 ottobre 2017, n. 177: *“in materia d'incentivi per funzioni svolte dai dipendenti tecnici ... i regolamenti attuativi adottati dall'ente non possono avere effetti retroattivi e la loro adozione è necessaria per distribuire gli incentivi fra i dipendenti tecnici. Se, tuttavia, l'ente ha provveduto ad accantonare le risorse economiche sulla base della norma di legge, è possibile con regolamento disciplinare la distribuzione delle risorse anche in relazione ad attività incentivabili svolte prima dell'emanazione del regolamento purché sussista uniformità fra la disciplina normativa circa l'accantonamento e quella sulla distribuzione delle risorse”*; l'ANAC, per parte sua, con un comunicato del Presidente in data 6 settembre 2017, recante *“Chiarimenti in ordine all'applicabilità delle disposizioni normative in materia di incentivi per le funzioni tecniche”*, sembra consentire che: *“... le disposizioni di cui all'art. 113 del nuovo codice dei contratti si applicano alle attività incentivate svolte successivamente all'entrata in vigore del Codice”*, anche se sulla base di contratti banditi secondo la previgente disciplina). In linea con quanto suggerito nel ripetuto parere del CGARS del 6 marzo 2018, si ritiene conclusivamente che occorrerà integrare l'art. 9 nei seguenti termini: *“Il presente regolamento trova applicazione per le attività riferibili a contratti le cui procedure di affidamento sono state avviate successivamente alla data di*

entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, anche se avviate prima dell'entrata in vigore del presente regolamento, a condizione che le stazioni appaltanti abbiano già provveduto ad accantonare le risorse economiche nel rispetto dell'art. 113 del decreto legislativo”.

12. Articolo 10.

12.1. La previsione dell'entrata in vigore del regolamento il trentesimo giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale deroga inammissibilmente, in mancanza di idonea autorizzazione in tal senso nella norma primaria, al disposto dell'art. 10 delle preleggi, che definisce l'inizio dell'obbligatorietà delle leggi e dei regolamenti (*Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto*, dove tale ultimo inciso - *salvo che sia altrimenti disposto* – è interpretato di regola nel senso che tale diversa disposizione spetta a una fonte di pari forza innovativa dell'ordinamento giuridico: si vedano anche le analoghe considerazioni contenute nel par. 24.3 del parere del CGARS del 6 marzo 2018).

12.2. Manca, infine, la – forse necessaria – previsione di espressa abrogazione del previgente d.m. 20 aprile 2000, n. 134, recante il *Regolamento recante norme per la ripartizione dell'incentivo economico di cui al comma 1 dell'articolo 18 della L. n. 109/1994 e successive modifiche ed integrazioni* (da notare che l'ora richiamato regolamento del 2008 conteneva, invece, correttamente, nell'art. 8, la previsione di abrogazione dell'antecedente decreto del Ministro della giustizia 20 aprile 2000, n. 134, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 120 del 25 maggio 2000).

13. In conclusione, considerata la particolare rilevanza delle tematiche sollevate dallo schema di regolamento in esame, anche per le considerazioni svolte in premessa, viste le plurime integrazioni e modificazioni richieste, sia nel testo dell'articolato, sia riguardo alle relazioni amministrative e tecniche esplicative a corredo del documento, la Sezione ritiene di esprimersi in questa

sede in via interlocutoria, riservandosi una finale e conclusiva valutazione sulla base di testi adeguatamente riformulati alla luce delle indicazioni contenute nel presente parere.

P.Q.M.

Pronunciando in via interlocutoria, rinvia al Ministero della giustizia per delle le integrazioni richieste e per l'acquisizione dei documenti e chiarimenti sopra specificati.

L'ESTENSORE
Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO
Maurizio De Paolis