

Approfondimento - Programmazione/organizzazione

Incentivi alle funzioni tecniche nel nuovo codice dei contratti pubblici

L'individuazione dei criteri di riparto degli incentivi alle funzioni tecniche apre la sfida degli enti per l'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici. Quale atto adottare?

Le disposizioni contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il [D.Lgs. n. 36/2023](#) del 31 marzo, acquistano efficacia il 1° luglio 2023 (art. 229, comma 2), sebbene il codice sia già entrato in vigore il 1° aprile 2023 (art. 229, comma 1).

Attualmente continuano a trovare applicazione, fatte salve le speciali disposizioni del [D.L. n. 32/2019](#), del [D.L. n. 76/2020](#) e del [D.L. n. 77/2021](#), le disposizioni del codice approvato con il [D.Lgs. n. 50/2016](#) e smi il quale sarà abrogato dal 1° luglio 2023 (art. 226, comma 1), pur continuando ad applicarsi ai procedimenti in corso a tale data, cioè ai procedimenti per i quali alla data del 1° luglio 2023 risulta pubblicato il bando o l'avviso induttivo della procedura o, in caso di contratti senza previa pubblicazione di bandi o avvisi, siano già stati inviati gli avvisi a presentare offerta (art. 226, comma 2)⁽¹⁾; inoltre, continueranno ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 (nonostante la sua abrogazione dal 1° luglio 2023) alcune disposizioni del [D.Lgs. n. 50/2016](#) afferenti le attività di redazione degli atti di programmazione, di comunicazione e trasmissione dei dati ed atti delle procedure, di accesso alla documentazione di gara, di presentazione del DGUE, di presentazione delle offerte e di controllo dei contratti anche in fase di esecuzione, in quanto l'art. 225, comma 2 del nuovo codice differisce al 1° gennaio 2024 l'entrata in vigore delle disposizioni che regolamentano le corrispondenti materie nell'ambito del nuovo codice ⁽²⁾.

Tuttavia, l'art. 45, comma 3 del nuovo codice contiene una disposizione che impone alle stazioni appaltanti di adottare entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del codice e, quindi, entro il 2 maggio 2023, i criteri relativi al riparto tra i dipendenti degli incentivi alle funzioni tecniche disciplinate in modo innovativo dal codice.

Ovviamente il termine di 30 giorni fissato dalla disposizione richiamata non ha natura perentoria, nel senso che il mancato rispetto non priva la singola amministrazione del relativo potere; ma è necessario procedere all'individuazione dei criteri di riparti del nuovo incentivo prima della data di efficacia delle disposizioni del nuovo codice, onde consentire la piena applicazione delle nuove disposizioni a tutto il personale coinvolto nelle procedure di affidamento di lavori servizi e forniture.

Va evidenziato, infatti, che in assenza del regolamento non potrà procedersi ad attribuire gli incentivi alle funzioni tecniche al Rup e ai suoi collaboratori, in quanto la novella prevede che *"è fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti"* (art. 45, comma 2, ult. periodo).

Gli enti, in pratica, non sono obbligati - e ciò costituisce una forte innovazione del quadro normativo - a prevedere nei quadri economici le risorse da destinare al pagamento degli incentivi in esame, ben potendo essere remunerate le funzioni tecniche meglio elencate nell'all. I.10 attraverso le risorse destinate al salario accessorio e, segnatamente, a remunerare la performance individuale ed organizzativa.

Ma qual è l'atto con il quale le amministrazioni debbono individuare i criteri di riparto degli incentivi ?

A fronte del silenzio del legislatore, in dottrina si sono delineate due posizioni interpretative, una che riconduce tali criteri alla sede della contrattazione decentrata e l'altra che, invece, ritiene l'atto riconducibile al potere organizzativo unilaterale delle amministrazioni, da esercitare tramite regolamento; l'Anci ha aderito alla seconda opzione interpretativa ⁽³⁾.

Partiamo dal dato normativo. Il vigente [art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016](#) prevede che i criteri di riparto degli incentivi sono *"previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti"*; il comma 3 dell'art. 45 del nuovo codice dispone che i criteri di riparto *"sono stabiliti dalle stazioni appaltanti secondo i rispettivi ordinamenti, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice"*.

Il legislatore ha eliminato il riferimento sia alla contrattazione decentrata che al regolamento, stabilendo che i criteri di riparto sono stabiliti dalle varie stazioni appaltanti *"secondo i rispettivi ordinamenti"*; l'interpretazione letterale della norma, dunque, non consente di dare una risposta immediata alla domanda su quale sia l'atto con il quale individuare i nuovi criteri di riparto degli incentivi alle funzioni tecniche.

Erra, dunque, chi esclude la competenza regolamentare sulla base del fatto che la novella ha eliminato il riferimento al regolamento, in quanto è pacifico che l'art. 45 ha eliminato anche il riferimento al

contratto decentrato, rinviando agli ordinamenti delle singole stazioni appaltanti.

Da qui, una parte degli interpreti, dopo aver ricostruito l'assetto regolatorio del rapporto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, hanno affermato che nell'ambito dei trattamenti economici e della retribuzione dei rapporti di lavoro del pubblico impiego contrattualizzato non c'è spazio per l'autonomia regolamentare, in quanto la fonte di attribuzione dei trattamenti economici è esclusivamente la contrattazione collettiva nazionale ([art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001](#)), la quale, peraltro, *"dispone le modalità di utilizzo delle risorse"* destinate al salario accessorio ([art. 40, comma 3-quinquies, D.Lgs. n. 165/2001](#)), demandando alla contrattazione decentrata *"i criteri di ripartizione"* delle risorse (cfr. art. 7, comma 4, lett. a, CCNL 16.11.2022).

Pertanto, secondo tale dottrina, i criteri di riparto degli incentivi alle funzioni tecniche costituiscono oggetto necessario del contratto decentrato integrativo che ne costituisce la fonte di regolazione, a prescindere dal fatto che ormai tali risorse non transitano più per il fondo della contrattazione, gravando sugli stanziamenti di bilancio dei singoli lavori, servizi o forniture a cui afferiscono, facendo parte dei rispettivi quadri economici di spesa.

La tesi non persuade. Va, in primo luogo, ricordato che il contratto decentrato costituisce uno degli strumenti attraverso cui si svolgono le relazioni sindacali; limitando l'analisi agli enti locali, il sistema delle relazioni sindacali è disciplinato dal titolo II del capo I del CCNL 16.11.2022, il quale individua la contrattazione decentrata come modello di relazione di tipo negoziale, disciplinandone tempi e procedure (art. 8) nonché contenuti e materie (art. 7).

L'art. 40, comma 1, del [D.Lgs. n. 165/2001](#) dispone che *"la contrattazione collettiva disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali"*.

Dunque, le relazioni sindacali non possono essere decise dalle parti autonomamente in sede decentrata, perché spetta ai CCNL stabilire quali siano e fissarne materie e contenuti.

La lettura dell'art. 7, comma 4 del CCNL 16.11.2022 non consente di individuare tra le materie mandate alla contrattazione decentrata quella relativa ai criteri di riparto degli incentivi alle funzioni tecniche: la lett. a) demanda a tale modello di relazione la determinazione dei *"criteri di ripartizione delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa di cui all'art. 80, comma 1 del Ccnl"*, tra le quali non risultano ricomprese quelle destinabili agli incentivi in questione. Né la competenza della contrattazione decentrata può essere ricavata dalla disposizione di cui alla lett. g) la quale demanda al contratto decentrato i *"criteri generali per l'attribuzione di trattamenti accessori per i quali specifiche disposizioni di legge operino un rinvio alla contrattazione collettiva"*: la disposizione del CCNL, semmai, fornisce un elemento testuale per la confutazione della tesi che qui si avversa, in quanto dispone che il contratto decentrato può disciplinare i criteri di riparto di trattamenti accessori diversi da quelli di cui all'art. 80, in quanto la legge che prevede tali trattamenti operi *"un rinvio alla contrattazione collettiva"*, come nel caso dell'attuale art. 113 del codice dei contratti che sarà abrogato a decorrere dal 1° luglio 2023.

La richiamata previsione del contratto collettivo risulta, del resto, pienamente coerente con l'[articolo 40, comma 3-quinquies, del D.Lgs. n. 165/2001](#), a mente del quale *"le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale"*; eventuali clausole del contratto decentrato sottoscritte in *"violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge"* sono, infatti, nulle e non possono essere applicate.

Né pare corretto fondare la competenza regolatoria della materia de qua in capo alla contrattazione decentrata sulla base della previsione di cui all'art. 1, comma 4, lett. b) del codice che individua il principio di risultato come criterio prioritario per *"attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva"*.

Le norma non fa espresso riferimento agli incentivi alle funzioni tecniche; essa ribadisce, in coerenza con la previsione del successivo art. 4, che il principio del risultato costituisce parametro per l'interpretazione e per l'applicazione delle disposizioni del codice; nella specie, la norma chiarisce che laddove l'amministrazione, avvalendosi della previsione di cui all'art. 45, comma 2 ultimo periodo, si determini ad escludere l'applicazione delle speciali disposizioni sugli incentivi alle funzioni tecniche, la retribuzione premiale ai dipendenti impegnati nell'attuazione delle procedure contrattuali, attraverso la destinazione di una quota delle risorse del fondo salario accessorio, non può che essere basata su criteri che tengano conto del principio del risultato, cioè della tempestività delle procedure e del rispetto da parte dei dipendenti del miglior rapporto tra qualità e prezzo, oltre che dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

L'unica competenza del contratto decentrato riguardo agli incentivi in parola, e salvo quanto si dirà più avanti in merito ai dirigenti, riguarda l'individuazione di meccanismi per la correlazione tra tali compensi e la retribuzione di risultato dei titolari di incarico di EQ, essendo tali incentivi pacificamente attribuibili anche ai titolari di EQ: il contratto decentrato potrà prevedere, ad esempio, dei meccanismi di decurtazione dell'indennità di risultato correlandoli, anche per fasce di importo, all'ammontare annuo di incentivi alle funzioni tecniche effettivamente attribuiti ai titolari di EQ, sia nei comuni con dirigenti sia nei comuni privi di dirigenti, in cui i titolari di EQ svolgono le funzioni dirigenziali, ai sensi dell'[art. 109, comma 2 del Tuel](#) ⁽⁴⁾.

Esclusa, pertanto, la fonte della contrattazione decentrata come sede della regolazione dei criteri di riparto degli incentivi, il riferimento all'ordinamento locale contenuto nell'art. 45 del nuovo codice non può che riguardare un atto a contenuto generale, suscettibile di disciplinare la materia in modo generale e astratto. Tale atto, ad avviso di chi scrive, non può non avere natura regolamentare, perché i regolamenti pur avendo forma amministrativa hanno sostanza normativa, in quanto sono destinati a innovare l'ordinamento locale, con disposizioni caratterizzate da generalità (intesa come attitudine ad una applicazione aperta e reiterata a soggetti indeterminati), astrattezza (intesa come attitudine a disciplinare una serie indefinita di situazioni concrete).

I criteri in questione, che debbono comprendere anche i casi e le misure di riduzione degli incentivi connesse ad aumento di tempi o costi delle procedure rispetto a quelli programmati, non possono che essere esplicitati all'interno di un atto di natura regolamentare che, per il contenuto, afferisce alla materia dell'organizzazione degli uffici e dei servizi e, pertanto, rientra nella competenza della giunta municipale ai sensi dell'[art. 48, comma 3 del Tuel](#).

Solo gli enti con dirigenti dovranno concordare in sede di contrattazione decentrata i criteri di riparto degli incentivi alle funzioni tecniche anche ai dirigenti, ma limitatamente ai progetti del PNRR e per il periodo 2023-2026, come dispone l'[art. 8, comma 5, del D.L. n. 13/2023](#).

Riservando ad un successivo approfondimento l'analisi delle novità contenute nella novella, pare opportuno evidenziare che il legislatore ha inteso fissare gli approdi normativi e interpretativi che hanno caratterizzato la previgente disciplina, cristallizzando la correlazione normativa tra la provvista delle risorse relative ad ogni opera e l'attribuzione al personale che lavora per la sua realizzazione, escludendo che gli incentivi alle funzioni tecniche si configurino come una forma di incentivazione da attribuire indiscriminatamente al personale.

E chiarendo che esse fanno capo al capitolo di spesa dell'appalto e, quindi, gravano sul costo finale dell'opera e non tra le risorse destinate alla spesa di personale, come i trattamenti accessori avente fonte nel CCNL.

In coerenza con tale impostazione, già fatta propria dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti nella [delibera di orientamento n. 6/2018](#), e che trova riscontro nell'aggiornamento del principio contabile 4/2 sulla modalità di registrazione e contabilizzazione della spesa per funzioni tecniche (D.M. 1/8/2019), il legislatore ha escluso qualunque riferimento alla contrattazione decentrata.

A cura di *Vito Bonanno*

(1) Non è sufficiente per far salva l'applicazione del codice del 2016 l'adozione alla data del 1° luglio 2023 della determinazione a contrarre di cui all'[art. 32 del D.Lgs. n. 50/2016](#) (tranne, ovviamente, per i casi di affidamento diretto con determina semplificata in cui il provvedimento conclude la fase di affidamento).

(2) In realtà, l'art. 225 contiene un articolato regime transitorio, che riguarda anche il differimento al 1° gennaio 2024 dell'attuale regime delle pubblicazioni dei bandi ed avvisi, oltre l'applicazione delle norme dell'attuale codice in materia di livelli di progettazione precisando che continua ad applicarsi l'[art. 23 del D.Lgs. n. 50/2016](#) ai procedimenti nei quali alla data del 1° luglio 2023 risulti formalizzato l'incarico di progettazione. Un regime speciale è, infine, previsto per le procedure di affidamento di interventi finanziati con i fondi del PNRR e dal PNC o da programmi cofinanziati con fondi strutturali UE: ad essi si applicano (art. 225, comma 8) le speciali disposizioni di cui al [D.L. n. 77/2021](#), nonché quelle individuate dall'[art. 14 del D.L. n. 13/2023](#), convertito dalla [L. n. 41/2023](#).

(3) In data 3 maggio 2023, l'Associazione dei comuni ha pubblicato sul proprio sito un quaderno operativo con il quale ha reso disponibile anche uno schema di regolamento per supportare i comuni.

(4) È opportuno precisare che il dato letterale dell'art. 45 esclude dal novero dei soggetti che possono percepire tali incentivi i dirigenti. Si segnala, tuttavia, la recente novella contenuta nell'[art. 8, comma 5 del D.L. n. 13/2023](#), convertito dalla [legge n. 41/2023](#), secondo cui, limitatamente agli interventi finanziati con fondi del PNRR, per gli anni 2023/2026, gli enti locali possono erogare anche ai dirigenti gli incentivi per funzioni tecniche (la norma fa riferimento all'[art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016](#)) mediante espressa previsione "nei propri regolamenti e previa definizione dei criteri in sede di contrattazione decentrata": qui è il legislatore che demanda espressamente alla contrattazione decentrata la determinazione dei criteri di riparto ai dirigenti degli incentivi relativi agli interventi del PNRR.

Fonte: [Il Governo Locale](#) del 05/05/2023

Autore: [Vito A. Bonanno](#)

Approfondimento

Rubrica Programmazione/organizzazione

Documento stampato dal sito internet www.paweb.it
Rivista [Il Governo Locale](#)
Copyright 2000-2023 - CEL Servizi srl - p.iva 01942430693 ISSN 2611-8890