



Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. 20252 / 88.11.2019 del 20 settembre 2019 / Pos. n. 4

Oggetto: Fondazione G. Giglio di Cefalù - Art. 113 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - Incentivi per funzioni tecniche – Applicabilità.

Assessorato regionale della salute

-Ufficio di diretta collaborazione

- Dipartimento regionale per la pianificazione strategica (rif. nota 10 luglio 2019, n. A.I.3/56196)

e, p.c.

Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità

1. Nella nota in riferimento codesto Dipartimento, richiama l'articolo 113, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, “*Codice dei contratti pubblici*”, ai sensi del quale le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute alla costituzione di un apposito fondo al fine di destinarvi risorse finanziarie per incentivare le funzioni tecniche svolte dai dipendenti per le specifiche attività ivi espressamente previste relative alle procedure di programmazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo degli appalti di lavori, servizi o forniture.

Richiama, altresì, codesta Amministrazione l'articolo 3, comma 1, lett. a) dello stesso Codice dei contratti, che, nel definire le “*amministrazioni aggiudicatrici*”, individua come tali, tra l'altro, gli “*organismi di diritto pubblico*”, intesi alla successiva lett. d), come qualsiasi organismo, anche in forma societaria, che, sia istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; sia dotato di personalità giuridica e 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.

Da quanto sopra, ad avviso di codesto Richiedente, *“discende che l'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016 trova applicazione nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici che comprendono anche gli organismi di diritto pubblico ...”*.

Ciò premesso, codesto Assessorato afferma che la Fondazione G. Giglio di Cefalù *“è apparsa assimilabile ad un organismo di diritto pubblico”*, secondo la definizione di cui al richiamato art. 3, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 50/2016, considerato che la stessa ha personalità giuridica, è stata istituita senza scopo di lucro per il perseguimento di finalità di interesse pubblico relative alla prevenzione e cura della salute, ed è sottoposta *“ad influenza e vigilanza pubblica”*. A sostegno della propria affermazione, codesto Dipartimento richiama, tra l'altro, la relazione assessoriale 23 dicembre 2013, n. 96841 allegata alla deliberazione di Giunta regionale 24 dicembre 2013, n. 409 con cui l'Organo di Governo ha preso atto dello statuto della predetta Fondazione.

In proposito codesta Amministrazione esprime dunque l'avviso secondo cui *“il quadro sopra delineato lascia intendere che il Codice dei contratti si applichi integralmente alla Fondazione G. Giglio in quanto organismo di diritto pubblico”*.

Evidenzia codesto Richiedente che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nel parere n. 112/2018 (*rectius*: n. 121/2018) - reso in occasione dell'esame dello schema di regolamento per la ripartizione degli incentivi da corrispondere al personale dell'Amministrazione regionale ai sensi del predetto articolo 113 del D.Lgs. n. 50/2016 - ha tuttavia *“chiarito che l'art. 113 del Codice non si applica ai soggetti privati che fruiscono di finanziamento pubblico, i quali, invero, sono sottoposti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, ma non alle disposizioni sull'incentivazione del personale pubblico”*.

Rappresenta codesta Amministrazione che la Fondazione G. Giglio di Cefalù - la quale, ribadisce codesto Richiedente, *“riveste la natura di organismo di diritto pubblico ai sensi della lett. d) comma 1 art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016”* - con nota 10 ottobre 2018 n. 119, ha chiesto all'Assessorato regionale delle Infrastrutture e della Mobilità *“se sia tenuta all'applicazione dell'art. 113, pur essendo un soggetto di diritto privato”*.

Riferisce ancora codesto Assessorato che *“per l'ipotesi in cui tale quesito trovi riscontro positivo”*, la Fondazione ha sollevato un'altra questione concernente il comma 3 del predetto articolo 113 del Codice dei contratti ai sensi del quale *“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”*.

In particolare si chiede di conoscere se la nozione di *“trattamento economico complessivo annuo lordo”* comprenda *“tutte le voci retributive – ricorrenti e non ricorrenti – corrisposte al dipendente in ragione di di anno o, piuttosto, il 50% del trattamento economico complessivo per gli incentivi spettante al singolo dipendente”*, soluzione, quest'ultima, che sarebbe stata accolta dalla Corte dei Conti, sezione autonomie, con delibera 10 aprile 2018, n. 6.

Ciò premesso, su tali questioni codesto Dipartimento chiede *“l'acquisizione, per il tramite di codesto Ufficio Legislativo e Legale, dell'autorevole parere del C.G.A.”*.

2. Preliminarmente, considerato che la nota in riferimento risulta formalmente indirizzata al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana per il tramite di questo Ufficio, si fa presente che non rientra tra le competenze dello Scrivente l'ulteriore inoltro della richiesta di parere in esame all'Organo consultivo. Pertanto, resta rimessa a codesta Amministrazione, nell'ambito delle competenze istituzionalmente ascritte alla stessa ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. f) e dell'art. 7, comma 1, lett. i) della legge regionale 15 maggio 2000, n. 10, ogni valutazione circa l'opportunità di compulsare la successiva attività consultiva del predetto C.G.A., anche tenuto conto delle considerazioni formulate da quest'Ufficio nel presente parere.

Si rileva, altresì, che codesto Dipartimento non specifica se l'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità abbia o meno provveduto a riscontrare il quesito sottoposto dalla Fondazione G. Giglio di Cefalù circa l'applicabilità dell'articolo 113 del D. Lgs. n. 50/2016 alla medesima Fondazione. Pertanto, lo Scrivente procede all'esame delle questioni prospettate nel presupposto della assenza di risposta da parte della predetta Amministrazione regionale, anche in considerazione del lungo tempo trascorso dalla richiesta; qualora dovesse risultare che l'Assessorato interessato abbia espresso il proprio avviso al riguardo, questo Ufficio si riserva eventuali, ulteriori, approfondimenti.

3. Ai fini dell'esame della prima questione prospettata, concernente l'applicabilità alla Fondazione G. Giglio di Cefalù dell'art. 113, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rubricato "*Incentivi per funzioni tecniche*", giova, anzitutto, delineare l'evoluzione normativa del contenuto della medesima norma.

La citata disposizione del Codice dei contratti pubblici, nel testo vigente fino al 19 maggio 2017¹, prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, c.d. "correttivo", prevedeva che "*le amministrazioni pubbliche*" destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento da calcolare sull'importo dei lavori posti a base di gara, al fine di incentivare le funzioni tecniche svolte "*dai dipendenti pubblici*" esclusivamente per le attività ivi espressamente previste e, in particolare, per le attività di programmazione della spesa per investimenti, per la verifica preventiva dei progetti di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, 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.

La disposizione in esame dà attuazione ai principi e criteri direttivi contenuti nell'art. 1, lett. rr), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11² ai sensi del quale, al fine di incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera, "*è destinata una somma non superiore al 2 per cento dell'importo posto a base di gara per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alla programmazione della spesa per investimenti, alla predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione*".

¹L'art. 113, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 era il seguente: "*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 esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, per la verifica preventiva dei progetti di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, 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*".

²La legge 28 gennaio 2016, n. 11 reca "*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*".

Ed invero, nella Relazione illustrativa allo schema del citato decreto legislativo n. 50/2016, con riferimento alla norma in commento si legge: *“a valere sugli stanziamenti per l’esecuzione, le amministrazioni pubbliche destinano a un fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento degli importi posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici ...”*.

Ratio e finalità dell’erogazione dei compensi incentivanti previsti dalla norma in commento, come evidenziato anche dalla Corte dei Conti nella deliberazione 14 dicembre 2017, n. 186/2017/PAR, è quella di *“accrescere efficienza ed efficacia di attività tipiche dell’amministrazione, passibili di divenire economicamente rilevanti nella misura in cui producono risparmi in termini di rispetto dei tempi e di riduzione di varianti in corso d’opera”*; in altri termini l’incentivabilità delle funzioni tecniche mira *“a stimolare, valorizzare e premiare i diversi profili, tecnici e amministrativi, del personale pubblico coinvolto nelle fasi del procedimento di spesa, dalla programmazione all’esecuzione del contratto, ...”* (cfr. Corte dei Conti, sezione delle autonomie, n. 2/2019; Corte dei Conti, sezione di controllo Emilia-Romagna, deliberazione 7 dicembre 2016, n. 118/2016/PAR).

Pertanto, alla stregua del criterio dell’interpretazione letterale e tenuto conto, altresì, della specifica finalità della norma in commento, si ritiene che l’ambito di applicazione soggettivo della stessa, quanto meno in un primo tempo, sia stato limitato alle sole amministrazioni pubbliche ed ai dipendenti pubblici.

L’articolo 76, comma 1, lett. b) del citato D.Lgs. n. 56/2017³ ha successivamente sostituito il comma 2 del predetto articolo 113: il nuovo testo della norma⁴, nella sua attuale

³D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, reca: *“Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*.

⁴L’articolo 113, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 così dispone: *“ ..., 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”*.

formulazione e per quanto rileva in questa sede, dispone che “le amministrazioni aggiudicatrici” destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento da calcolare sull’importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara, al fine di incentivare le funzioni tecniche svolte “dai dipendenti delle stesse” esclusivamente per le attività ivi previste.

Dal confronto tra il testo previgente e quello attuale risulta evidente che, mentre il testo storico faceva espresso riferimento alle “*amministrazioni pubbliche*” ed ai “*dipendenti pubblici*”, la nuova e vigente versione del comma 2 del più volte menzionato articolo 113 fa riferimento alle “*amministrazioni aggiudicatrici*” e ai “*dipendenti delle stesse*”. Sembrerebbe, dunque, che la volontà del legislatore sia quella di non limitare la portata applicativa della disposizione alla sola Pubblica Amministrazione ma di destinare i compensi aggiuntivi per funzioni tecniche anche a tutti gli enti (e relativi dipendenti) che applicano il Codice dei contratti pubblici.

Si evidenzia altresì che ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera a), del medesimo Codice, per “*amministrazioni aggiudicatrici*” si devono intendere “*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*” ed altresì che la successiva lett. d) definisce “*organismi di diritto pubblico*”, come già evidenziato in epigrafe, qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; 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.

Pertanto, considerato che ad avviso di codesta Amministrazione la Fondazione G. Giglio di Cefalù “*riveste la natura di organismo di diritto pubblico ai sensi della lett. d) comma 1 art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016*”, sembrerebbe che la stessa rientri nell'ambito di applicazione soggettiva dell'articolo 113, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, fermo restando, comunque, il

regime di disapplicazione del medesimo articolo 113, come disciplinato dall'articolo 1, comma 3, del predetto Codice dei contratti⁵.

Tuttavia non può sottacersi, come peraltro evidenziato da codesta Amministrazione, che il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, nel parere 16 marzo 2018, n. 121, reso in sede di esame del Regolamento per la ripartizione degli incentivi di cui all'articolo 113 del D.Lgs. n.50/2016 al personale dell'Amministrazione regionale, ha precisato che *“l'art. 113 del codice non si applica ai soggetti privati che fruiscono di finanziamento pubblico: questi, invero, sono sottoposti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, ma non alle disposizioni sull'incentivazione del personale pubblico (v., sul punto, l'art. 1, comma 3, del codice)”*.

Nel rilevare che la categoria delineata dal C.G.A. dei soggetti privati potrebbe non corrispondere esattamente a quella degli organismi di diritto pubblico di cui all'articolo 3, comma 1, lett. d), del D.Lgs. n. 50/2016, si fa presente che la stessa Corte dei Conti continua a riferire gli incentivi di cui all'articolo 113 al *“personale interno alle Pubbliche amministrazioni”*⁶ e ai *“dipendenti pubblici”*⁷ anche in pronunce successive all'entrata in vigore del c.d. correttivo, ciò che, in effetti, induce perplessità che mettono in dubbio la conclusione cui si dovrebbe pervenire alla luce dell'evoluzione normativa sopra delineata.

Peraltro, trattandosi nella fattispecie dell'interpretazione di normativa statale che richiede un'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, valuterà codesta Amministrazione l'opportunità di acquisire, sulla questione sottoposta e qualora ciò sia ritenuto necessario, l'avviso dei competenti organi centrali statali o, come sopra prospettato, del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

La conclusione sopra prospettata e l'incertezza circa l'applicabilità dell'articolo 113 del D.Lgs. n. 50/2016 alla Fondazione G. Giglio di Cefalù renderebbe superflua l'esame dell'ulteriore questione formulata da codesto Assessorato.

⁵L'articolo 1, comma 3, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 così dispone: *“Ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113. In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo. Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica. Alle medesime società e agli enti aggiudicatori che affidano lavori, servizi, forniture, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), numero 1), qualora ai sensi dell'articolo 28 debbano trovare applicazione le disposizioni della parte II ad eccezione di quelle relative al titolo VI, capo I, non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo”*.

⁶Cfr. Corte dei Conti, sezione delle autonomie, deliberazione n. 6/2018; Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 96/2019.

⁷Cfr. Corte dei Conti, sezione delle autonomie, deliberazione n. 2/2019

Tuttavia, nell'ottica della fattiva collaborazione, si rassegna quanto segue.

Anzitutto, appare opportuno richiamare il comma 3 dell'articolo 113, laddove dispone che *“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”*; al riguardo codesta Amministrazione chiede di conoscere se la definizione di *“trattamento economico complessivo annuo lordo”* comprenda *“tutte le voci retributive – ricorrenti e non ricorrenti – corrisposte al dipendente in ragione di anno o, piuttosto, il 50% del trattamento economico complessivo per gli incentivi spettante al singolo dipendente”*.

A tal proposito si segnala che la Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia, nella deliberazione n. 33/PAR/2014 - con riferimento agli analoghi incentivi previsti dall'articolo 92, comma 5, del previgente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) per il personale dipendente impegnato in attività collegate ad un appalto di opere - ha chiarito che per *“trattamento economico complessivo annuo lordo”* si intende *“il trattamento fondamentale (stipendio tabellare, tredicesima, indennità integrativa speciale ove prevista, retribuzione individuale di anzianità, ove spettante, indennità di comparto) e il trattamento accessorio di qualunque natura, fissa e variabile (escluso quello derivante da altri incentivi per la progettazione) dello stesso anno in cui la prestazione è resa. Non rileva, cioè, la fase del pagamento (c.d. criterio di cassa), ma quella della maturazione del diritto all'emolumento che avviene con l'esecuzione della prestazione (nello stesso senso Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 427/2001/PAR del 30 giugno 2011). Il limite, essendo rapportato ad un'annualità, è apposto non solo alla misura dell'incentivo del singolo incarico, ma anche alla sommatoria degli incentivi relativi agli incarichi eseguiti, anche parzialmente, nel corso dell'anno”*.

Nei superiori termini l'avviso dello scrivente.

A termini dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P.Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti il medesimo.

Si ricorda che in conformità alla Circolare presidenziale 8 settembre 1998, n.16586/66.98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

F.to Maddalena Barreca*

IL DIRIGENTE

F.to Avv. Daniela M. Cellauro*

L'AVVOCATO GENERALE

F.to Avv. Gianluigi M. Amico*

*firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art.3 comm2 d.lgs.39/1993