



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – società in house - Presidente del Consiglio di Amministrazione - incentivo per funzioni tecniche - richiesta di parere.

FUNZ CONS 16/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 18 dicembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 112826, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 26 marzo 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con il quesito proposto, la societàOMISSIS..... (.....OMISSIS.....), società *in house* della RegioneOMISSIS..... disciplinata dalla l.r. 24/2021, rappresenta che secondo lo Statuto societario, al Presidente del Consiglio di Amministrazione, oltre alla rappresentanza legale della società, sono assegnate specifiche deleghe e funzioni, tra le quali l'indizione e la cura delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie comunitarie, lo svolgimento delle funzioni di Rup nelle predette procedure, con facoltà di delega ad altro personale qualificato e la gestione dell'esecuzione dei contratti pubblici. L'istante rappresenta inoltre che la disciplina regolante il rapporto giuridico che investe il Presidente del CdA è genericamente riferibile alla collaborazione coordinata e continuativa e che dalla nomina (in data 14 gennaio 2022) ad oggi, lo stesso ha svolto per laOMISSIS..... le funzioni sopra indicate avvalendosi della collaborazione della struttura tecnico-amministrativa della Società.

Per quanto sopra, la società stessa ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine ad alcuni quesiti relativi alla destinazione dell'incentivo per funzioni tecniche di cui all'art. 45 del D. Lgs. n. 36/2023. Più in dettaglio è stato chiesto *(i)* se sulla base della disposizione citata, il Presidente del CdA possa essere destinatario dell'incentivo per l'attività svolta quale RUP e direttore dell'esecuzione delle procedure di acquisto beni e servizi, tenendo conto che la prestazione svolta ha gli elementi della continuità, del coordinamento e del carattere prevalentemente personale; *(ii)* se il relativo trattamento economico, ove ritenuto sussistente, nelle more dell'adozione del decreto di cui al comma 6 del D. Lgs. n. 175/2016, debba essere considerato ai fini dell'applicazione dell'art. 4, comma 4, secondo periodo, del d.l. 95/2012 conv. in l. n. 135/2012 e del d.m. del Ministro dell'economia e delle finanze, n. 166/2013; *(iii)* ove ritenuta sussistente la possibilità di riconoscere

l'incentivo *de quo* al Presidente del CdA, se tale incentivo possa essere trattato alla stregua di un premio di risultato da prevedersi all'interno dello Statuto della Società (cfr. art. 11, comma 9, lett. c), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175) e pertanto nel calcolo delle somme indicate nel quesito precedente; *(iv)* ove ritenuto dall'Autorità non sussistente il diritto all'incentivo per il Presidente del CdA, si chiede se tale emolumento possa essere assegnato per la quota di spettanza ai soggetti che collaborano con il RUP svolgendo funzioni tecnico amministrative per ciascuna procedura.

Al fine di fornire riscontro ai quesiti posti, principalmente riferiti alla possibilità per il Presidente del CdA di una società *in house*, di essere destinatario dell'incentivo per funzioni tecniche per incarichi tecnici svolti dal 2022 ad oggi, quindi soggetti – *ratione temporis* – in parte alla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016 e in parte, a decorrere dal 1° luglio 2023, alla disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023, sembra opportuno premettere, quale osservazione di carattere generale, che secondo l'avviso espresso dall'Autorità, sulla base delle previsioni dell'art. 45 del d.lgs. 36/2023 e dell'art. 16, comma 7, del d.lgs. 175/2016, la società *in house* - al ricorrere dei presupposti e delle condizioni stabilite dall'art. 7 del Codice e dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE - pur dotata di autonoma personalità giuridica, presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di *longa manus* dello stesso; non sussiste quindi tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Si parla infatti, in tal caso, di immedesimazione organica tra ente affidante e soggetto affidatario, ossia di vicenda endo-organizzativa che non rientra nello schema tipico del contratto d'appalto con affidamento di beni e servizi a soggetti terzi rispetto alla stazione appaltante (Anac *ex multis* pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP, parere Funz Cons 20/2023 e precedenti ivi richiamati riferiti anche alla disciplina dettata sul tema dal d.lgs. 50/2016).

Il legislatore ha statuito per dette società, in quanto riconducibili al perimetro allargato dell'amministrazione pubblica, quale *longa manus* della stessa (nel senso sopra indicato), che per le attività svolte dalle medesime, debba trovare applicazione il Codice dei contratti pubblici, in relazione agli acquisiti di beni e servizi (art. 16, comma 7, d.lgs.175/2016).

Da quanto sopra deriva la diretta applicabilità alle stesse società *in house*, (anche) della disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche, disciplinata dall'art. 45, del d.lgs. 36/2023 (parere Funz Cons 53/2023).

Dispone, infatti, tale norma che «Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle *stazioni appaltanti* e degli enti concedenti. (...)». Il comma 2 aggiunge che «Le *stazioni appaltanti* e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. 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».

La disposizione citata «fa espresso riferimento (oltre agli "enti concedenti" anche) alle "stazioni appaltanti", intendendosi per tali qualsiasi soggetto, pubblico o privato tenuto al

rispetto del Codice, incluse quindi le società in house. Trova pertanto applicazione anche per tali società ("stazioni appaltanti" ai sensi del Codice), l'art. 45 del d.lgs. 36/2023, ai fini del riconoscimento dell'incentivo per funzioni tecniche al personale dipendente che abbia svolto le attività elencate nell'Allegato I.1 del Codice (parere Funz Cons 53/2023 cit.).

L'Autorità ha aggiunto a quanto sopra che ai sensi dell'art. 45, comma 2, d.lgs. 36/2023, primo periodo, l'incentivo è strettamente correlato alle funzioni tecniche svolte dai dipendenti, come specificate nell'allegato I.10. A tali fini, le predette società «destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento» (art. 45, comma 2, d.lgs. 36/2023). È inoltre «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, co.2).

Pertanto, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono «prevedere una modalità diversa di remunerazione delle funzioni tecniche del proprio personale. In tal caso, l'incentivo non si applica, escludendo qualunque sovra incentivazione» (parere Funz Cons 53/2023).

Tenuto conto dell'indirizzo fornito dall'Autorità in relazione alla possibilità per le società in house di riconoscere il predetto emolumento al personale impegnato nello svolgimento delle attività indicate nell'Allegato I.10 e rinviando all'avviso espresso in ordine alla disciplina introdotta in materia dall'art. 45 del Codice (parere Funz Cons 54/2023), con riguardo ai quesiti sollevati nell'istanza di parere in esame si osserva quanto segue.

Occorre sottolineare che «l'incentivo assolve alla funzione di compensare il *personale dipendente* dell'amministrazione che abbia in concreto effettuato la redazione degli atti incentivabili; detto emolumento, infatti, può essere corrisposto al solo personale dell'ente che abbia materialmente redatto l'atto e ciò in *funzione incentivante e premiale per l'espletamento di servizi propri dell'ufficio pubblico*. La *ratio legis* è di favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne ad ogni amministrazione e di assicurare un risparmio di spesa sugli oneri che l'amministrazione dovrebbe sostenere per affidare all'esterno gli incarichi (pareri AG 22/2012 e AG 13/2010). Le forme di incentivazione per funzioni tecniche, "costituiscono eccezioni al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e pertanto *possono essere riconosciuti solo per le attività espressamente e tassativamente previste dalla legge* (Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazioni n. 9/2018, n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR)" (parere Funz Cons 18/2023).

L'art. 45 del Codice, letto anche alla luce della *ratio* sottesa all'istituto ivi previsto, fa espresso riferimento alle «*risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5*». Il comma 5, cui rinvia la norma, individua a sua volta la destinazione di una parte delle risorse finanziarie previste a titolo di incentivo, per attività di formazione/specializzazione dei "dipendenti" e per la copertura assicurativa obbligatoria del "personale".

Ai fini del parere rileva infine anche il comma 4 della disposizione in esame ai sensi del quale «L'incentivo di cui al comma 3 è corrisposto dal dirigente, dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione, sentito il RUP, che *accerta e attesta le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente*. L'incentivo complessivamente maturato dal *dipendente* nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal *dipendente*. L'incentivo eccedente, non corrisposto, incrementa le risorse

di cui al comma 5. [...]. Incrementa altresì le risorse di cui al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni non svolte dai dipendenti, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente. *Le disposizioni del comma 3 e del presente comma non si applicano al personale con qualifica dirigenziale*».

La norma – in continuità con quanto disposto dal previgente art. 113 del d.lgs. 50/2016 – fa quindi riferimento a forme di incentivazione rivolte esclusivamente ai “dipendenti” della stazione appaltante, *con esclusione quindi del personale “esterno” all'ente*, nonché – per espressa previsione normativa – *del personale con qualifica dirigenziale*, al quale peraltro, il comma 4, attribuisce il compito di *accertare ed attestare* le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente, ai fini del riconoscimento del compenso incentivante.

Ciò emerge anche dalle indicazioni contenute nella Relazione Illustrativa del Codice, a tenore della quale «Il comma 3 [dell'art. 45] stabilisce che gli incentivi per funzioni tecniche (pari all'80 per cento delle risorse di cui al comma 2) sono erogati direttamente al personale dipendente, senza la confluenza nel fondo per l'incentivazione come previsto dal vigente articolo 113 del d.lgs. 50/2016, attuando una notevole semplificazione sul piano finanziario, burocratico e contabile. Si specifica che: i) l'incentivo è ripartito tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate nell'allegato nonché tra i loro collaboratori; ii) gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. Si rinvia al regolamento della singola amministrazione per la determinazione dei criteri del riparto delle somme, ivi compresa (con una previsione in chiave di incentivo al rispetto di tempi e costi) la riduzione delle risorse a fronte di eventuali incrementi di tempi o costi rispetto a quanto previsto dal progetto esecutivo».

Dal tenore letterale della disposizione e dalla *ratio* della stessa – volta ad incentivare il personale interno alla stazione appaltante, con funzione premiale per l'espletamento di servizi *propri dell'ufficio pubblico* e di risparmio della spesa pubblica – sembra pertanto esclusa la possibilità di riconoscere l'incentivo per funzioni tecniche, ivi disciplinato, oltre che per i dirigenti (come espressamente previsto dal comma 3 dell'art. 45), anche per i componenti degli organi di amministrazione delle stazioni appaltanti, in via generale non assimilabili al personale dipendente dell'ente/società pubblica.

Sembra utile osservare al riguardo che la specialità della disciplina dettata in tema di incentivi per funzioni tecniche «con indicazione degli ambiti, delle modalità di finanziamento e delle relative procedure di quantificazione, non consente di procedere ad un'interpretazione estensiva e analogica delle norme richiamate, tale da determinarne l'applicazione oltre i casi e le condizioni stabilite dalla disciplina di riferimento (in termini Corte dei conti delibera n. 10/2021 cit.)» (parere Funz Cons n. 18/2023).

In risposta al primo quesito, quindi, anche alla luce della specialità della disciplina in esame, deve ritenersi non consentito il riconoscimento del predetto emolumento al Presidente del CdA di una società in house. Le stesse considerazioni valgono altresì in relazione all'applicazione dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 contenente, per i profili in esame, disciplina analoga a quella dettata dal citato art. 45 del Codice.

Per quanto sopra, ritenute assorbite le ulteriori istanze riferite alla possibilità di riconoscere l'incentivo *de quo* al Presidente del CdA (come elencate in premessa), quanto all'ultimo quesito relativo alla possibilità di assegnare la quota di incentivo non corrisposta al Presidente del CdA, ai dipendenti che collaborano con il RUP e che svolgono funzioni tecnico-amministrative, nel rappresentare che – in via generale – le modalità di ripartizione dell'incentivo per funzioni tecniche devono essere stabilite «*dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice*» (art. 45, comma 2 del

Codice), si osserva che l'Allegato I.10, cui rinvia il citato art. 45, prevede espressamente la possibilità di riconoscere il predetto emolumento anche per lo svolgimento dell'attività di "*collaborazione all'attività del responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento)*".

La norma stabilisce inoltre che «Incrementa altresì le risorse di cui al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni *non svolte dai dipendenti*, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente».

Pertanto, secondo le previsioni del comma 3 dell'art. 45, del Codice, le somme a titolo di incentivo non assegnate nei casi sopra indicati, devono essere destinate alle finalità indicate al comma 5 delle disposizioni medesima.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente