



.....OMISSIS.....

Oggetto

Gestione del termovalorizzatore diOMISSIS..... – incentivi per funzioni tecniche - richiesta di parere.

FUNZ CONS 18/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 21 febbraio 2023, acquisita al prot. Aut. n. 14481, e successiva nota pervenuta in data 1 marzo 2023, acquisita al prot. n. 16741, 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 3 maggio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto si chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'applicabilità dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016, in materia di incentivi per funzioni tecniche, in relazione al contratto pubblico indicato in oggetto, stipulato nel 2008 a seguito di procedura di aggiudicazione svolta ai sensi del d.lgs. 163/2006 e successivamente in parte modificato, nei termini indicati nell'istanza, nel 2018. Il quesito investe, inoltre, profili relativi alla determinazione della percentuale spettante a titolo di incentivo, nonché all'individuazione delle attività incentivabili.

In relazione alla prima delle questioni poste, relativa al regime di diritto intertemporale applicabile all'istituto degli incentivi tecnici, come attualmente disciplinato dall'art.113 del d.lgs. 50/2016, si rinvia all'avviso espresso sul tema dall'Autorità (delibera n. 72/2022, parere AG 2/2022), a tenore del quale a decorrere dalla data di entrata in vigore del Codice, il criterio di diritto transitorio enunciato dall'art. 216, comma 1, in difetto della previsione di espresse eccezioni da parte del legislatore, risulta generale ed applicabile anche riguardo all'operatività della disciplina recata dall'art. 113 del d.lgs. 50/2016.

Secondo tale criterio, quindi, le disposizioni del d.lgs.50/2016 si applicano alle procedure o ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi risultano pubblicati (o, quando si prescinde dal bando, gli inviti a presentare le offerte sono stati inviati) posteriormente all'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo (si rinvia alle indicazioni contenute nel Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016).

Pertanto, anche le disposizioni dell'art.113 del Codice trovano applicazione esclusivamente *per le procedure di aggiudicazione indette successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.*

Ciò è stato confermato anche dalla Corte dei conti, la quale ha chiarito che «a fronte di un'espressa regola intertemporale contenuta nell'art. 216 e in difetto di univoci indici che rivelino una chiara volontà di escludere dall'operatività del principio di ultrattività le norme contenute

nell'art. 113, ogni opzione ermeneutica che giunga alla conclusione di applicare a queste ultime il principio della retroattività, o comunque, la regola del *tempus regit actum* si rivela priva di fondamento positivo e, pertanto, foriera di incertezze interpretative e di confusione applicativa. *Ne deriva che l'istituto previsto dall'art. 113 non è applicabile alle procedure bandite prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice»* (Sez. Regionale controllo per la Toscana, del. n. 186/2017/PAR).

Con comunicato del Presidente dell'Autorità del 6 settembre 2017 (recante "Chiarimenti in ordine all'applicabilità delle disposizioni normative in materia di incentivi per le funzioni tecniche"), è stato ulteriormente chiarito che le disposizioni di cui all'art. 113 del nuovo Codice si applicano alle attività incentivate svolte successivamente all'entrata in vigore del Codice.

Pertanto, le previsioni di cui all'art.113 del Codice trovano applicazione *«per le procedure di aggiudicazione indette successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 e con riferimento alle attività previste dalla norma ed espletate successivamente all'entrata in vigore del Codice stesso*. Le fattispecie concrete verificatesi prima di tale vigenza, sempre inclusive degli incentivi tecnici, restano invece regolate dalla normativa (legislativa e regolamentare) precedente (Corte dei conti, sez. contr. Liguria n. 31/2019/PAR). (...) *anche le attività tecniche riferite a procedure di affidamento concluse prima dell'adozione del d.lgs. 50/2016 (quindi in vigenza del d.lgs. 163/2006) ma svolte dopo la sua entrata in vigore, restano disciplinate dal previgente art. 93 del d.lgs. 163/2006 e dalla relativa fonte regolamentare adottata dalla stazione appaltante»* (delibera n. 74/2022 - parere AG2/2022; parere Funz Cons 36/2022; in tal senso anche parere MIT m. 1096/2021, secondo il quale, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile in tema di incentivi bisogna fare riferimento alla data di avvio della procedura di aggiudicazione).

Per quanto sopra, in risposta al quesito relativo all'applicabilità dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 al contratto pubblico in oggetto, si evidenzia che tale disposizione non può trovare applicazione nel caso di attività che, ancorché eseguite dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, si riferiscono a procedure di affidamento di contratti pubblici svolte prima, cioè in vigenza del d.lgs. 163/2006. In tale ipotesi continuano a trovare applicazione le previsioni dell'art. 93 del citato d.lgs. 163/2006 e le correlate fonti regolamentari interne (parere AG 2/2022 cit.).

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra che, secondo quanto osservato nei pareri sulla normativa AG 22/2012 e AG 13/2010 dell'Autorità, 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.

Le forme di incentivazione per funzioni tecniche, costituiscono *eccezione* al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e pertanto possono essere riconosciuti *solo per le attività espressamente e tassativamente previste dalla legge* (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazioni n. 9/2018, n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR).

Quanto alle procedure disciplinate dal d.lgs. 163/2006, l'art. 93, comma 7-ter stabilisce che il compenso incentivante può essere riconosciuto e ripartito – secondo le previsioni del Regolamento adottato dalla singola stazione appaltante – esclusivamente tra il *«responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori»* (per le procedure disciplinate dal d.lgs. 50/2016, le attività incentivabili sono elencate nell'art. 113, comma 2).

Si tratta di una elencazione tassativa e non suscettibile di interpretazione analogica (Corte dei conti del. n. 60/2020/PAR).

Va poi soggiunto che secondo l'avviso espresso dalla giurisprudenza contabile, in coerenza con l'orientamento dell'Autorità (parere AG 41/2015), «solo il regolamento, nella sistematica della legge, è destinato ad individuare le modalità ed i criteri della ripartizione, oltre alla percentuale, che comunque *non può superare il tetto massimo fissato dalla legge*» (sez. controllo Lombardia, deliberazione n. 185/2017/PAR e n. 93/2018/PAR). Pertanto, tale adozione è ritenuta condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate nel fondo (ex multis, Sez. controllo Veneto n. 353/2016/PAR; Sez. controllo Regione autonoma Friuli Venezia Giulia n. 6/2018/PAR e, Sezione controllo Lombardia, deliberazioni n. 385/2019/PAR, 96/2019/QMIG e n. 305/2017/PAR).

Il predetto Regolamento può disciplinare anche la ripartizione degli incentivi per le attività svolte prima della sua adozione da parte della stazione appaltante. Come osservato dall'Autorità, infatti «la propedeuticità del Regolamento ai fini del perfezionamento del diritto all'incentivo, non impedisce che lo stesso possa disporre la ripartizione degli incentivi anche prima dell'adozione del regolamento medesimo, utilizzando le somme già accantonate allo scopo nel quadro economico riguardante la singola opera (...)» (parere AG 2/2022 cit.).

In tal senso si è espressa anche la Corte dei Conti la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: «ove una amministrazione locale abbia omissis di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente *ratione temporis* (legge n. 109/1994; d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento funzionale alla distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, detto regolamento potrà essere adottato *ex post*, nel rispetto dei limiti e parametri che la norma del tempo imponeva, *a condizione che le somme relative agli incentivi alla progettazione siano state accantonate ed afferiscano a lavori banditi in vigenza della suddetta normativa del tempo* (...)» (Corte dei conti, Sez. Aut. Del. n. 16/2021/QMIG.).

Sembra utile aggiungere a quanto sopra che gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti solo in relazione ai contratti d'appalto e non anche in relazione alle concessioni (Corte dei conti sezione Autonomie, deliberazioni n. 15/2019 e n. 10/2021, sez. controllo Lombardia n. 125/2022; anche ANAC atto di segnalazione n. 1/2021, laddove auspica l'opportunità di integrare la disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche al fine di estenderne l'applicazione ai contratti di concessioni e di PPP).

Ciò «in particolare alla luce dell'attuale disposto del comma 5-bis della stessa norma [art. 113 d.lgs. 50/2016], da cui si desume univocamente che i compensi incentivanti "per chiara affermazione del legislatore costituiscono un "di cui" delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo in esame anche alle concessioni, *non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture*"» (Corte dei conti, deliberazione 15/2019/QMIG; in termini anche delibera n. 10/2021).

Analoghe considerazioni «valgono per le norme che hanno disciplinato gli incentivi per la progettazione prima dell'emanazione del D.Lgs. 50/2016, norme che, nelle diverse loro formulazioni, *hanno sempre fatto riferimento, nell'individuare il parametro per stabilire la somma da destinare alla corresponsione degli incentivi, agli "importi posti a base di gara per opere o lavori", facendo così esplicito riferimento ai contratti di appalto* (...)» (così Corte dei conti nella sez. controllo Lombardia nella delibera n.429/2019 riferita alla disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche contenuta nel d.lgs.163/2006).

Quanto alle modalità di determinazione dell'incentivo -sulla base della previsione per cui gli incentivi fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli appalti (art. 113, co. 5-bis d.lgs.50/2016 e art. 93, comma 7 d.lgs. 163/2006), nonché dell'art. 16 del d.p.r. n. 207/2010 (tuttora vigente ex art. 216 comma 4, d. lgs. n. 50/2016) a mente del quale nei quadri economici degli interventi sono incluse le somme a disposizione della stazione appaltante per gli incentivi - la giurisprudenza contabile è unanime nell'individuare le condizioni di carattere generale che devono sussistere ai fini dell'incentivabilità di ogni singola funzione tecnica, le quali sono così enucleabili «a/ che l'Amministrazione sia dotata di apposito regolamento interno, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo e sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati; b/che le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'art. 113, comma 2, del Codice [e già art. 93 d.lgs. 163/2006] siano ripartite, per ciascuna opera, lavoro, servizio e fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale; c) *che il relativo impegno di spesa sia assunto a valere sulle risorse stanziare nel quadro economico dell'appalto, attraverso la costituzione di un apposito fondo vincolato non superiore al 2% dell'importo dei lavori posti a base di gara; d) che l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo; (...).* La corretta procedura di contabilizzazione degli incentivi tecnici, come puntualmente specificata nel principio contabile, è strettamente correlata al mantenimento degli equilibri di bilancio, esigendo, pertanto, che ciascuna amministrazione, nella fissazione dei coefficienti per la costituzione del fondo e per la conseguente ripartizione tra gli aventi diritto, valuti attentamente la sostenibilità finanziaria della spesa». Pertanto, «... anche in ragione del chiaro dato normativo, ... *è preclusa per l'ente la possibilità di liquidare gli incentivi non previsti nei quadri economici dei singoli appalti...*» (Corte dei conti del. 93/2022/PAR).

Per quanto sopra, le disposizioni di riferimento (art. 93 d.lgs. 163/2006 e art. 113 d.lgs. 50/2016) individuano nell'importo a base di gara il parametro per il calcolo della percentuale da destinare al fondo incentivi per funzioni tecniche, senza possibilità di adottare ulteriori e diversi criteri oltre quelli indicati dalle norme di riferimento, contenenti precetti inderogabili.

Conclusivamente, la specialità della disciplina dettata in tema di incentivi per funzioni tecniche sia nel d.lgs. 163/2006 sia nel d.lgs. 50/2016, 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.).

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

Atto firmato digitalmente