



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... - procedure per l'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche – d.lgs. 79/2009 e s.m.i. e l.r.OMISSIS..... n. 5/2020 - incentivi per funzioni tecniche - art. 45 d.lgs. 36/2023 – applicabilità - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0160-2025

FUNZ CONS 39/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 5 giugno 2025 acquisita al prot. Aut. n. 84195, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 settembre 2025, 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 relativo Regolamento. 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 la nota sopra indicata, laOMISSIS..... chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'applicabilità dell'art. 45, d.lgs. 36/2023, in tema di incentivi per funzioni tecniche, in relazione alle procedure ad evidenza pubblica finalizzate all'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

Con articolata ricostruzione, la stessa Amministrazione rappresenta che le suindicate concessioni sono disciplinate dal d.lgs. 79/1999 che, per il relativo affidamento prevede, all'art. 12, l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica o il ricorso a forme di partenariato (società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato è scelto con gara; forme di partenariato ai sensi degli articoli 179 e segg. del d.lgs. 50/2016).

Come indicato nell'istanza di parere, in attuazione del comma 1-ter del citato art. 12, laOMISSIS..... ha adottato la L.R. 8 aprile 2020, n. 5 la quale all'art. 10 richiama, ai fini dell'assegnazione delle predette concessioni, il rispetto dei principi di concorrenza, economicità, semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, non discriminazione, libertà di stabilimento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, prevedendo l'espletamento di procedure di gara o il ricorso alle suindicate forme di partenariato pubblico-privato. In attuazione dell'art. 10 della citata L.R. 5/2020, inoltre, è stato adottato il Regolamento Regionale 2 dicembre 2022, n. 9 che disciplina le relative procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

In relazione alle procedure competitive svolte dalla Regione nel settore idroelettrico (escluso dall'applicazione del Codice), a parere della stessa richiedente, sembrano applicabili le disposizioni in tema di incentivi per funzioni tecniche contenute nell'art. 45 del d.lgs. 36/2023, posto che il citato Regolamento Regionale n. 9/2022 prevede, all'art. 54, l'applicabilità – per quanto non diversamente previsto dal Regolamento stesso – delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici “in quanto compatibili” e l'applicazione, alle concessioni in parola, dei principi anche di derivazione comunitaria, sopra indicati, richiamati nel d.lgs. 36/2023. Evidenzia, infine, la sovrapposibilità delle procedure selettive in parola alle procedure di gara disciplinate dal d.lgs. 36/2023 nei termini indicati nell'istanza di parere.

Per quanto sopra, quindi, laOMISSIS..... chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'applicabilità dell'art. 45 del d.lgs. 36/2023 alle procedure ad evidenza pubblica finalizzate all'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

Al fine di fornire riscontro sulla questione posta, sembra opportuno osservare preliminarmente che «L'uso della risorsa idrica a fini idroelettrici richiede il rilascio di un atto concessorio. L'articolo 6 del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 distingue tra grandi e piccole derivazioni. Nel caso degli impianti idroelettrici, le grandi derivazioni sono quelle per produzione di forza motrice con potenza nominale annua > 3000 kW, mentre le piccole derivazioni sono quelle con potenza nominale annua < o = a 3000 kW. Con riferimento alle grandi derivazioni per uso idroelettrico, lo Stato ha fissato criteri e indirizzi per la disciplina generale nell'uso delle acque destinate a questo scopo, nel D.lgs. n.79 del 16 marzo 1999, articolo 12, più volte modificato, da ultimo con la legge sulla concorrenza 2021. (...) La materia complessiva delle derivazioni per usi idroelettrici tocca trasversalmente competenze statali e competenze concorrenti statali e regionali. (...)» (Ufficio Studi della Camera, 14.7.2025, “Le concessioni idroelettriche”, cui si rinvia per l'inquadramento generale della materia).

In particolare (per quanto di interesse ai fini del parere), con riguardo alle modalità e alle procedure di assegnazione delle concessioni per grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico,«(...) il decreto legge n. 135/2018 (c.d. Decreto Semplificazioni) [art. 11-*quater*] ha attribuito la materia alla competenza legislativa concorrente delle Regioni, dettando una normativa di principio e rimettendo quella di dettaglio ad apposite leggi regionali» (AGCM, AS1697 del 3 settembre 2020, “Disciplina in materia di rilascio delle concessioni di grande derivazione idroelettrica” e precedenti AGCM ivi indicati).

La disciplina generale è quindi contenuta nel d.lgs.79/1999 (“Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica”) e s.m., che all'art. 12, comma 1-bis, stabilisce che «Le regioni, ove non ritengano sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, incompatibile con il mantenimento dell'uso a fine idroelettrico, possono assegnare le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, previa verifica dei requisiti di capacità tecnica, finanziaria e organizzativa di cui al comma 1-ter, lettera d): a) ad operatori economici individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato è scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; c) mediante forme di partenariato ai sensi degli articoli 179 e seguenti del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. L'affidamento a società partecipate deve comunque avvenire nel rispetto delle disposizioni del testo unico di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175».

Il comma 1-ter dello stesso art. 12, dispone a sua volta che «Nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonché dei principi fondamentali dell'ordinamento statale e delle disposizioni di cui al presente articolo, le regioni disciplinano con

legge, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e comunque non oltre il 31 marzo 2020, le modalità e le procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, stabilendo in particolare: a) le modalità per lo svolgimento delle procedure di assegnazione di cui al comma 1-bis; (...)» e tutti gli aspetti elencati nella disposizione medesima. Infine, il comma 1-ter.1 dello stesso art. 12 (introdotto dalla legge sulla concorrenza 2021, n. 118/2022), ha ulteriormente stabilito che le procedure di assegnazione delle concessioni in esame, devono essere effettuate in ogni caso «secondo parametri competitivi, equi e trasparenti, [...] Al fine di promuovere l'innovazione tecnologica e la sostenibilità delle infrastrutture di grande derivazione idroelettrica, l'affidamento delle relative concessioni può avvenire anche facendo ricorso alle procedure previste dall'articolo 183 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

LaOMISSIS....., con L.R. 5/2020 (recante "*Disciplina delle modalità e delle procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche inOMISSIS..... e determinazione del canone in attuazione dell'articolo 12 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79- Attuazione della Direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*"), dopo aver stabilito all'art. 1, comma 2, che «Le concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico hanno ad oggetto la facoltà o l'obbligo di derivare, regolare, invasare e utilizzare acque pubbliche, congiuntamente all'utilizzo dei beni pubblici messi a disposizione, al fine di produrre energia da fonti rinnovabili in coerenza, tra l'altro, con gli obiettivi di riduzione della produzione di energia da combustibili fossili», ha confermato, all'art. 7, le suindicate modalità di assegnazione delle concessioni stesse (a terzi con gara e ricorso a forme di partenariato sopra citate) e, all'art. 10, ha demandato ad apposito Regolamento regionale la specifica disciplina delle stesse.

Come indicato nell'istanza di parere, la Regione ha quindi adottato il Regolamento del 2 dicembre 2022, n. 9 ("*Disciplina dei tempi e delle modalità di svolgimento delle procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, in attuazione dell'articolo 10, comma 1, della L.R. 5/2020*") che, nel disciplinare le procedure di assegnazione sopra indicate, ha rinviato per alcuni limitati aspetti alle disposizioni del d.lgs. 50/2016 (oggi sostituito dal d.lgs. 36/2023), come ad es. per il possesso dei requisiti di ordine generale dei concorrenti (art. 80 d.lgs. 50/2016) o per gli aspetti progettuali (art. 23 d.lgs. 50/2016), nonché (nei termini disposti dal Regolamento) con il limite della compatibilità, con riguardo all'affidamento della concessione mediante finanza di progetto ad iniziativa pubblica e privata (art.183 del Codice), disponendo infine all'art. 54 che «Per quanto non diversamente previsto dal presente regolamento, alle procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche di cui all'articolo 1 si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 50/2016».

Dalle considerazioni che precedono deriva, quindi, che l'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche è disciplinata dalle specifiche disposizioni normative statali e regionali dettate in materia e, ancorché per taluni aspetti tali disposizioni contengano alcuni rinvii alle norme del d.lgs. 50/2016 (oggi d.lgs. 36/2023), "in quanto compatibili", si tratta in ogni caso di procedure di affidamento che non ricadono nella disciplina dettata dal predetto Codice per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

Tenuto conto di quanto sopra, con riguardo al quesito posto dall'Amministrazione regionale, va evidenziato che le disposizioni dettate dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023, in tema di incentivi per funzioni tecniche, trovano specifica applicazione in relazione alle procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture disciplinate dallo stesso d.lgs. 36/2023.

La norma dispone, quindi, che il 2% dell'importo dei lavori/servizi/forniture posto a base delle procedure di affidamento, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, è destinato all'incentivo per funzioni tecniche. Ai sensi del comma 3, l'80% di tali risorse è destinato al RUP e ai soggetti che svolgono le funzioni incentivabili, nonché tra i loro collaboratori, mentre il residuo 20% può essere utilizzato per le finalità indicate nei commi 6 e 7 (acquisto di beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, attività di formazione/specializzazione del personale o copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria dello stesso).

Le attività per le quali l'incentivo disciplinato dall'art. 45 del Codice può essere riconosciuto al personale della stazione appaltante/ente concedente, sono esclusivamente quelle elencate nell'All. I.10 del d.lgs. 36/2023, cui rinvia la norma, da intendersi quali elenco tassativo (in tal senso parere Funz Cons 1/2025). Inoltre, i criteri di riparto delle somme destinate all'incentivo per funzioni tecniche, ai sensi del comma 3 dell'art. 45, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti. Il nuovo quadro normativo infatti «non impone più l'adozione di un apposito regolamento e la costituzione di un apposito fondo, quale condizione essenziale ai fini del riparto degli incentivi, ma dispone che le amministrazioni si regolino, in tale ambito, secondo i propri ordinamenti. (...). Rimane, comunque, ferma la necessità che la definizione dei criteri sia fatta mediante un atto a valenza generale» (parere Anac Fasc. 3360/2023; parere Funz Cons 20/2024).

Ciò che occorre sottolineare ai fini del parere richiesto è che secondo l'avviso dell'Autorità (ex multis pareri Funz Cons 28/2023 e 64/2024) e della Corte dei conti (ex multis sez. cont. Veneto Deliberazione n. 297/2024/PAR e precedenti ivi richiamati), le disposizioni in tema di incentivo per funzioni tecniche sopra richiamate, hanno carattere tassativo, nella parte in cui individuano le condizioni previste per il riconoscimento dello stesso e le attività cui tale emolumento è correlato.

Pertanto «La specialità della disciplina dettata in tema di incentivi per funzioni tecniche dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023 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.)» (pareri Funz Cons n. 43/2024 e n. 18/2023).

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, può osservarsi che le previsioni dell'art. 45 del Codice, riferite esclusivamente agli appalti e alle concessioni disciplinate dal d.lgs. 36/2023, non appaiono applicabili a fattispecie contrattuali non ricadenti nell'ambito di applicazione del Codice stesso, come nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, riferito all'assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, soggette – come sopra evidenziato – a specifica disciplina di settore (d.lgs. 79/2009 e singole leggi regionali), nell'ambito della quale i rinvii a specifiche disposizioni del predetto d.lgs. 36/2023, applicabili peraltro con il limite della compatibilità, non sembrano consentire l'estensione a tali fattispecie contrattuali, della disciplina dettata dall'art. 45 del Codice, alla luce della tassatività e specialità che la caratterizza.

Infine, con specifico riferimento ai contratti nei settori speciali, disciplinati dal Libro III del d.lgs. 36/2023, citati nell'istanza di parere con riguardo alla produzione idroelettrica e alle disposizioni degli articoli 147 (elettricità) e 148 (Acqua), si osserva che, secondo l'avviso dell'Autorità [ancorché espresso in relazione alle disposizioni dell'art. 149 (servizi di trasporto) ma con indicazioni utili anche per il caso di specie], solo in relazione alle attività che per espressa previsione delle norme citate sono soggette all'applicazione del Codice (secondo il comma 1 dell'art. 147 e il comma 1 dell'art. 148), trova applicazione (anche) l'art. 45 del Codice stesso, dedicato alla disciplina degli incentivi per funzioni tecniche, come indicato dall'art. 141, comma 3, lett. d) del d.lgs. 36/2023.

Si ribadisce anche in tale ambito che l'art. 45 - in quanto disposizione riferita alle attività tecniche inerenti appalti e concessioni soggetti alla disciplina dettata dal Codice- non può trovare applicazione in relazione ai contratti pubblici che a norma degli stessi artt. 147-148 del d.lgs. 36/2023 sono esclusi dall'ambito di applicazione del Codice medesimo (si rinvia sull'argomento al parere Funz Cons n. 43/2024).

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Amministrazione regionale 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