



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Interventi per la salvaguardia di .....OMISSIS..... – opere eseguite dal .....OMISSIS..... – incentivi per funzioni tecniche – art. 113 d.lgs. 50/2016 – applicabilità - richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 28/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 30 marzo 2023, acquisita al prot. Aut. n. 25603, 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 13 giugno 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, relativo agli interventi indicati in oggetto, affidati al .....OMISSIS..... e disciplinati dalla .....OMISSIS..... e relativi atti attuativi e aggiuntivi, si chiede all’Autorità di esprimere avviso in ordine all’applicabilità, in favore del personale del .....OMISSIS..... istante, dell’incentivo per funzioni tecniche previsto dall’art. 113 del d.lgs. 50/2016 (e già art. 92 del d.lgs. 163/2006), in relazione a lavori, servizi e forniture eseguiti dal concessionario. Si chiede, inoltre, di valutare la conformità alla disciplina di riferimento, degli atti regolamentari adottati dal .....OMISSIS..... tra i 2011 e il 2013, contenenti i criteri di ripartizione del predetto incentivo, nei termini indicati nell’istanza.

Sulle predette questioni occorre evidenziare, in via preliminare e limitatamente agli aspetti di interesse ai fini del parere, che con la convenzione quadro n. 7191 del 4 ottobre 1991, è stata affidata al .....OMISSIS..... la "*concessione in forma unitaria*", ai sensi e per gli effetti della l. n. 1137/1929, per la realizzazione degli interventi indicati in oggetto (come previsti all’art. 3, lett. a, c) d, l) della l. 798/1984). Il rapporto concessorio, come evidenziato nell’istanza di parere (e previsto in convenzione), è stato integrato nel tempo da numerosi atti aggiuntivi e attuativi della convenzione quadro stipulata nel 1991 (n. 7 atti aggiuntivi e n. 53 atti attuativi).

Al fine di stabilire se in relazione alla concessione in parola, possa trovare applicazione la disciplina in materia di incentivi per funzioni tecniche, dettata dall’art. 113 del d.lgs. 50/2016, occorre evidenziare che la convenzione quadro, come sopra osservato, è stata stipulata in data 4 ottobre 1991,

quindi antecedentemente alle direttive appalti e concessioni del 1992-1993, del 2004 e del 2014 e ai successivi provvedimenti normativi di recepimento interno.

Come noto, per i contratti pubblici trova applicazione il generale principio del *tempus regit actum*, di cui all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, pertanto gli stessi restano disciplinati dalle disposizioni normative vigenti al momento del loro affidamento (come ribadito dalla disciplina transitoria che si è succeduta nel tempo: art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016), con la conseguenza che l'equilibrio sinallagmatico raggiunto sotto la vigenza di un determinato assetto normativo rimane di regola insensibile alle variazioni normative successivamente intervenute (in tal senso parere Funz Cons 13/2023 e giurisprudenza ivi richiamata; anche determinazioni Anac n. 54/2000, n. 28/2002; parere AG 33/2009).

Pertanto, in linea generale, in assenza di specifiche e diverse indicazioni del legislatore, le novelle intervenute in tema di contratti pubblici, non possono trovare applicazione con riguardo alle gare già bandite alla data di entrata in vigore delle stesse o ai contratti in corso di esecuzione (parere Funz Cons 13/2023 cit.).

A tale regola soggiace, altresì, la disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche, oggi contenuta nell'art.113 del d.lgs. 50/2016, che trova applicazione alle attività incentivate svolte successivamente all'entrata in vigore del Codice e con riferimento agli affidamenti indetti successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 (*ex multis* parere Funz Cons 18/2023 e Comunicato del Presidente dell'Autorità del 6.9.2017; in tal senso anche Corte dei conti, Sez. Regionale controllo per la Toscana, del. n. 186/2017/PAR).

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 AG/2022; parere Funz Cons n. 36/2022 e n. 18/2023).

La medesima regola di diritto intertemporale sopra indicata, vale inoltre con riguardo alla concessione, pur nei limiti di seguito indicati.

Come chiarito dall'Autorità, infatti, sulla base dei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, i rapporti concessori instauratisi nel regime previgente a quello attuale, continuano a produrre i loro effetti purché si tratti di rapporti definiti in tutti i loro elementi fondamentali. Al contrario, laddove la convenzione quadro non sia pienamente esaustiva in relazione alle prestazioni oggetto dell'affidamento - individuazione dei lavori da eseguire, determinazione del loro ammontare, consistenza, penali, polizza fideiussoria e ogni altro elemento caratterizzante la prestazione stessa - e richieda, quindi, per tali aspetti la conclusione di contratti attuativi, questi ultimi sono disciplinati dalla normativa vigente al momento della loro stipula (parere sulla normativa AG10/2917/AP, AG 3/2010 e deliberazioni n. 29 del 17 febbraio 2004, 2004, n. 68 del 14 marzo 2001, n. 273 del 19 luglio 2001, n. 407 del 6 dicembre 2001).

Pertanto, in linea generale, la stipula di tali atti attuativi in vigenza delle direttive sopra citate e dei relativi atti normativi di recepimento interno, consentono di ritenere applicabile agli stessi la disciplina in tema di contratti pubblici, vigente al momento della loro sottoscrizione, nei termini sopra illustrati.

Quanto all'applicabilità delle disposizioni in tema di incentivi per funzioni tecniche al rapporto concessorio in oggetto, occorre premettere 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, ora riconosciute anche in relazione ad appalti per forniture e servizi, 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).

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).

Con specifico riferimento al quesito in esame, occorre aggiungere a quanto sopra, che secondo l'indirizzo del giudice contabile, il presupposto per il riconoscimento degli incentivi per funzioni tecniche, tenuto conto delle previsioni dell'art. 113, comma 2 (riferito all'importo a base di gara), va individuato *nell'espletamento di una procedura di gara*, considerando il tenore letterale della norma (*ex multis* Corte dei Conti, sez. reg. Lazio, del. 60/2022/Par e precedenti ivi richiamati).

Conseguentemente, «Le funzioni tecniche svolte da dipendenti in procedure di somma urgenza o svolte mediante affidamento diretto, come nel caso dell'art. 36, comma 2, lett. a) del codice, non sono incentivabili mediante gli emolumenti premiali di cui al comma 2 dell'art. 113 del codice stesso (...) Di qui la pacifica convinzione, ... per cui "Le procedure eccezionali e non competitive sono sottratte all'incentivazione" (cfr. deliberazione n. 28/2018/PAR Sezione regionale di controllo per le Marche che richiama la deliberazione n. 186/2017/PAR della Sezione regionale di controllo per la Toscana)» (Corte dei Conti, sez. reg. Lazio, del. 60/2022/Par).

Lo stesso giudice contabile, inoltre, pur confermando l'esclusione degli incentivi tecnici in caso di affidamento diretto (come nell'affidamento per somma urgenza di cui all'art. 163 del Codice), ha tuttavia ritenuto ammissibile procedere al riconoscimento degli stessi nei «casi in cui "per la complessità della fattispecie contrattuale l'amministrazione, nonostante la forma semplificata dell'affidamento diretto, proceda allo svolgimento di una procedura sostanzialmente comparativa, la quale dovrà comunque emergere nella motivazione della determinazione a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria" (Sez. reg. Veneto, n. 121/2020/PAR)» (Corte dei conti, sez. Toscana, del. 234/2022/Par; in termini sez.reg. Sardegna n. 96/2022/Par).

La giurisprudenza citata chiarisce quindi che in assenza di gara o di procedura comparativa (nei termini sopra indicati), non è consentito procedere al riconoscimento dell'incentivo.

Allo stesso modo, mentre è stata affermata la possibilità di riconoscere il predetto emolumento solo in relazione ai contratti d'appalto, tale possibilità è stata invece esclusa in relazione alle concessioni (sez. Autonomie, deliberazioni n. 15/2019 e n. 10/2021, sez. controllo Lombardia n. 125/2022; in tal senso 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"» (deliberazione 15/2019/QMIG).

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. (...) *Se dunque secondo la normativa ora vigente l'estensione agli appalti per beni e servizi non giova al riconoscimento dei contratti di concessioni come ambito incentivabile, tanto meno appare possibile che questo avvenga con riferimento alla normativa previgente che, come parametro alla base del calcolo delle somme erogabili si è riferita all'importo posto a base di gara solamente "per opere e lavori"*» (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, lo stesso giudice contabile (con riferimento all'art. 113 del d.lgs. 50/2016, ma con osservazioni utili anche in relazione agli artt. 92/93 del d.lgs. 163/2006), ha osservato come «(...) l'art. 113 sia calibrato inequivocabilmente sulla tipologia dei contratti di appalto, assumendo quale elemento fondamentale *lo stanziamento di bilancio previsto per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture, su cui gravano gli incentivi tecnici ed il fondo che li alimenta. Inoltre, le risorse finanziarie che alimentano il fondo sono modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara e fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture.* In particolare, proprio quest'ultima disposizione (...) appare inequivocabilmente dirimente della questione sollevata, *poiché per le concessioni non è normativamente previsto alcuno specifico stanziamento di bilancio. (...).* *La specialità della fattispecie, a cui è dedicata una disciplina espressa e compiuta (art. 113), con indicazione degli ambiti, delle modalità di finanziamento e delle relative procedure di quantificazione e individuazione delle destinazioni, rende impraticabile un'interpretazione estensiva ed analogica della norma tale da poter essere applicata ai contratti di concessione»* (Corte dei conti delibera n. 10/2021 cit.).

Sulla tassatività e specialità della disciplina in tema di incentivi in esame, è intervenuta anche la Corte Costituzionale con la recente sentenza n. 41/2023, nella quale è stato sottolineato la disciplina recata dal citato art. 113 costituisce l'approdo di una complessa evoluzione normativa (art. 18 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, modifiche recate dal decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, riformulazione dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994 operata dall'art. 6, comma 13, della legge 15 maggio 1997, n. 127, le ulteriori novazioni al medesimo art. 18 introdotte dalla legge 16 giugno 1998, n. 191 e dalla legge 17 maggio 1999, n. 144, infine la previsione dell'art. 92 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 che ha sostituito la normativa nei termini poi ripresi, da ultimo, dall'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016, come poi integrata dall'art. 76 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56). «Di particolare rilievo ai fini in esame è l'evoluzione dell'originario impianto dell'istituto degli incentivi in questione per quanto riguarda la percentuale degli importi destinabili ai predetti incentivi, le attività per le quali essi sono riconosciuti, la dialettica fra le fonti regolatrici. A tale ultimo proposito, occorre evidenziare che l'attuale disciplina statale attribuisce alla fonte contrattuale – a cui in origine era demandata la possibilità di individuare gli incentivi in oggetto – il solo compito di disciplinare le modalità e i criteri di ripartizione delle risorse finanziarie destinate a tale scopo, oltretutto sulla base di un apposito regolamento

adottato dalla singola amministrazione. 3.2.4. – Sul carattere tassativo delle attività individuate dal comma 2 dell'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 si sono ripetutamente espresse diverse sezioni di controllo della Corte dei conti (sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione 2 marzo 2017, n. 134; sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazione 13 dicembre 2016, n. 204; sezione delle autonomie, deliberazione 13 maggio 2016, n. 18). In particolare, esse hanno più volte affermato che l'avverbio «esclusivamente» esprime l'intenzione del legislatore di riconoscere il compenso incentivante limitatamente alle attività espressamente previste, ove effettivamente svolte dal dipendente pubblico. 3.3. – Deve, dunque, affermarsi che gli incentivi per funzioni tecniche costituiscono indubbiamente un elemento specifico del trattamento economico del pubblico dipendente in termini di corrispettivo di determinate attività svolte nell'ambito degli appalti pubblici (...).

Alla luce di quanto esposto, può quindi conclusivamente affermarsi che i presupposti in presenza dei quali è possibile erogare l'incentivo in parola possono così elencarsi «a) 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 le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati; b) le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'art. 113, comma 2, 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) 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) l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo; e) negli appalti di servizi e forniture, sia stato nominato il direttore dell'esecuzione» (ex multis, Corte dei conti, sez. reg. Toscana, del. 53/2023/PAR). Occorre, inoltre, il previo espletamento di una procedura comparativa per l'affidamento del contratto di lavoro, servizio o fornitura.

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 e individuazione delle destinazioni, nonché della natura degli emolumenti accessori, non consente di procedere ad un'interpretazione estensiva ed analogica delle norme richiamate, tale da consentirne l'applicazione oltre i casi e le condizioni espressamente stabilite dalla stessa (in termini Corte dei conti delibera n. 10/2021 cit. e parere Anac Funz Cons 18/2023).

Pertanto, in relazione alla fattispecie oggetto del quesito, tenuto conto del disposto normativo dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 (nonché del previgente art. 92 d.lgs. 163/2006), il quale indica le condizioni per il riconoscimento dell'incentivo, provvedendo ad elencare in via tassativa le attività cui tale emolumento è correlato e tenuto conto altresì delle indicazioni giurisprudenziali volte ad escludere la corresponsione dell'incentivo nel caso in cui l'affidamento del contratto non sia preceduto da una gara o almeno da un confronto comparativo di offerte (nel senso sopra indicato), nonché in caso di concessioni, la conformità dei Regolamenti adottati dall'Amministrazione richiedente alle disposizioni citate, deve essere attentamente valutata dalla stessa Amministrazione sulla base delle indicazioni normative e giurisprudenziali sopra richiamate.

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*

Originale firmato digitalmente