



.....OMISSIS.....

Oggetto

Concessioni di servizi di trasporto aereo - Regolamento (CE) n. 1008/2008 - incentivi per funzioni tecniche – applicabilità art. 45 d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0112-2024

FUNZ CONS 43/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 maggio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 57229, 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 18 settembre 2024, 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. 269/2023. 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. 45 del d.lgs. 36/2023 con riguardo allo svolgimento delle attività tecniche da parte del personale dell’ente in relazione alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 (recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità).

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, occorre premettere che con riferimento agli appalti nei settori speciali, il Libro III del d.lgs. 36/2023, detta una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella dettata per i settori ordinari, non applicabile ad attività che non attengono all’esercizio del servizio “speciale” (sull’argomento pareri Funz Cons 28/2024 e 34/2024).

L’art. 141, comma 1, del d.lgs. 36/2023, con riguardo all’ambito soggettivo di applicazione del Libro III, stabilisce infatti che la disciplina dei settori speciali si applica alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività indicate negli articoli da 146 a 152, nonché agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dai predetti articoli ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi. Il comma 2 aggiunge che le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi, sono tenuti ad applicare la disciplina contenuta nel Libro III, limitatamente ai contratti strumentali all’esercizio delle attività relative ai settori speciali.

Anche nell’attuale assetto normativo di settore, in continuità con il d.lgs. 50/2016, quindi, l’assoggettabilità di un contratto alla disciplina dettata per i settori speciali va desunta da un criterio di tipo soggettivo e oggettivo, come peraltro chiarito nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice,

nella quale è stato ulteriormente osservato che l'art. 141 citato «(...)opera un'analitica individuazione delle disposizioni dei Libri I e II che trovano applicazione anche nell'ambito dei settori speciali (comma 3). L'individuazione in questione è puntuale e mira a superare le criticità del rinvio "nei limiti della compatibilità" che avevano caratterizzato la vigenza dell'articolo 114 del decreto legislativo n. 50 del 2016. [...]». L'art. 141 citato, unitamente agli articoli 153 e 167 del Codice individua, quindi, in maniera puntuale, le disposizioni dei settori ordinari applicabili ai settori speciali, secondo una logica di "completezza" e di sostanziale completezza della disciplina contenuta nel Libro III (parere Funz Cons 28/2024).

Trattandosi di disciplina (quella contenuta nel Libro III del Codice) speciale e derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria, la stessa può trovare applicazione esclusivamente in presenza delle condizioni e dei presupposti indicati nell'art. 141 del Codice, quindi con riguardo agli appalti "strumentali" affidati dalle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività indicate negli articoli da 146 a 152.

In tale ambito si colloca la disposizione dell'art. 149 del Codice che, con riferimento ai servizi di trasporto, stabilisce che «Le disposizioni del codice si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo», specificando al comma 2 che in tale ambito «si considera esistente una rete se il servizio è fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio».

La norma aggiunge ai commi 3 e 4 che «Le disposizioni del codice non si applicano per l'affidamento di contratti concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana», inoltre «Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del codice le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008 e le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007».

Come osservato nella Relazione Illustrativa del Codice, la disposizione in continuità con il previgente d.lgs. 50/2016, recepisce in modo puntuale l'articolo 11 della Direttiva 2014/25/UE e «prevede l'applicazione delle disposizioni del codice alle attività di messa a disposizione o gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo. Il comma 2 descrive le condizioni in presenza delle quali nei servizi di trasporto si ritiene esistente una rete. In particolare, è rilevante che il servizio venga fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio».

L'art. 149 del Codice, pertanto, chiarisce che nell'ambito dei servizi di trasporto il d.lgs. 36/2023 trova applicazione esclusivamente per le attività indicate nel comma 1, mentre tale applicazione resta esclusa con riguardo all'affidamento dei contratti concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana (comma 3), nonché alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 e alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 (comma 4).

Per le attività di cui al comma 1 della disposizione, soggette all'applicazione del Codice (ossia le "attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi

automatici o cavo”), come espressamente indicato dall’art. 141, comma 3, lett. d), trova applicazione (anche) l’art. 45 del Codice stesso, dedicato alla disciplina degli incentivi per funzioni tecniche.

Tale disposizione, invece, in quanto riferita alle attività tecniche inerenti i contratti pubblici soggetti alla disciplina dettata dal Codice, non può trovare applicazione in relazione ai contratti pubblici che a norma dei commi 3 e 4 dello stesso art. 149 del d.lgs. 36/2023 sono esclusi dall’ambito di applicazione del Codice medesimo.

Quanto sopra trova conferma anche nelle previsioni dell’art. 13, comma 2, del d.lgs. 36/2023, ai sensi delle quali «Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto». Per tali contratti la norma, al comma 5, prevede l’applicazione –ai fini dell’affidamento – dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 disponendo che «L’affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3».

In tale ambito, non sembra che il riferimento, contenuto nell’art. 1, comma 4, del d.lgs. 36/2023, al perseguimento del principio di risultato (anche) mediante attribuzione al personale di “incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva”, possa essere inteso come diretta applicabilità delle specifiche previsioni dell’art. 45 ai contratti esclusi dall’ambito di applicazione del Codice. Tale rinvio, piuttosto, esprime il principio generale della possibilità di prevedere, in sede di contrattazione collettiva, forme di incentivazione del personale dipendente.

Sembra utile aggiungere a quanto sopra 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)». Inoltre 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)» (ex multis pareri Funz Cons 18/2023, Funz Cons 36/2024 e precedenti ivi richiamati).

Dunque, 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.)» (parere Funz Cons n. 18/2023).

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, può osservarsi che le previsioni dell’art. 45 del Codice, non appaiono direttamente applicabili a contratti pubblici sottratti all’applicazione del d.lgs. 36/2023, con particolare riguardo agli affidamenti indicati all’art. 149, comma 4, del Codice medesimo.

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.