



Oggetto

Contratti di ricerca e sviluppo - art. 135 d.lgs. 36/2023 - applicabilità art. 45 d.lgs. 36/2023-
Regolamento per la ripartizione dell'incentivo per funzioni tecniche - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0113-2024-FC

FUNZ CONS 44/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 maggio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 60190, 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 19 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 al riconoscimento degli incentivi di cui all'art. 45 del d.lgs. 36/2023 ai dipendenti dell'ente che abbiano svolto attività tecniche nell'ambito dell'affidamento di servizi di ricerca e sviluppo ad elevato contenuto tecnologico, nei casi in cui non ricorrano contestualmente le condizioni per l'applicazione del Codice, come previste alle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 135 e si verta quindi nell'ambito dei "contratti esclusi" ovvero "assoggettati a regimi particolari di appalto". Si chiede, inoltre, di esprimere avviso in ordine alla possibilità di adottare un Regolamento per la ripartizione degli incentivi, con effetti retroattivi, volto quindi a disciplinare il riconoscimento dei predetti emolumenti per le attività tecniche svolte prima dell'adozione del Regolamento stesso ma in presenza del previsto accantonamento delle somme necessarie, nel quadro economico dell'intervento.

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, occorre premettere che ai sensi dell'art. 135, comma 1, del d.lgs. 36/2023 «Relativamente ai servizi di ricerca e sviluppo, le disposizioni del codice si applicano esclusivamente ai contratti relativi ai servizi di cui all'allegato II.19, a condizione che: a) i risultati appartengano esclusivamente alla stazione appaltante, per essere destinati all'esercizio della propria attività; b) la prestazione del servizio sia interamente retribuita dalla stazione appaltante». L'Allegato II.9 cui rinvia la norma, elenca a sua volta i servizi che, al ricorrere delle condizioni previste al comma 1, devono essere affidati nel rispetto delle disposizioni del Codice.

Il comma 2 dello stesso art. 135 aggiunge che «Le stazioni appaltanti possono ricorrere, in applicazione dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, agli appalti pubblici pre-commerciali, che rispettino le condizioni delle lettere a) e b) del comma 1, quando: a) siano destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva alla stazione appaltante, che li usi nell'esercizio della propria attività; b) la prestazione del servizio non sia interamente retribuita dalla stazione appaltante; c) l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato». Nei casi previsti al comma 2 della disposizione, quindi, non trova applicazione la disciplina dettata dal Codice, ma esclusivamente i principi richiamati agli artt. 1, 2 e 3 dello stesso.

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa del Codice, «La disposizione disciplina, senza innovazioni sostanziali rispetto all'attuale art. 158, l'affidamento dei servizi di ricerca e sviluppo e gli appalti pre-commerciali. Per quanto riguarda i settori interessati, si è scelto di predisporre un elenco nell'apposito allegato II.19, che è richiamato dal comma 1. Ciò, in modo da non appesantire la norma, tenuto conto che il comma 1 dell'attuale art. 158 richiama i servizi di ricerca e sviluppo, in guisa non immediatamente intellegibile, tramite indicazione del CPV. Rispetto alla disciplina attuale, al comma 2 del testo proposto sono stati separatamente evidenziati – per una maggiore intellegibilità – mediante apposita elencazione i requisiti, in presenza dei quali le stazioni appaltanti possono ricorrere agli appalti pre-commerciali (...)».

L'art. 135 del d.lgs. 36/2023 si pone dunque in continuità con le previgenti disposizioni dell'art. 158 del d.lgs. 50/2016, pertanto in materia può richiamarsi l'avviso espresso dall'Autorità in relazione al previgente Codice. In particolare l'Autorità ha osservato che la deroga alla normativa di evidenza pubblica contemplata dalla norma, «ricorre tutte le volte in cui l'affidamento dei servizi di ricerca sia disposto non nell'interesse esclusivo dell'amministrazione appaltante, per la soddisfazione di fini particolari di quest'ultima, ma anche per l'accrescimento delle conoscenze scientifiche in una data materia, ossia per il perseguimento di finalità più generali direttamente correlate con l'interesse dell'intera comunità e, più in particolare, con quello di favorire e promuovere la ricerca e lo sviluppo ai sensi dell'art. 163 del Trattato CE. L'Autorità ha quindi distinto tra gli incarichi di studio, ricerca, consulenza e collaborazione ricompresi nell'allegato IIA del (previgente) d.lgs. 163/2006, ossia quelli i cui benefici sono a diretto vantaggio della stazione appaltante ed i cui risultati sono utilizzati dalla stessa nell'esercizio della propria attività istituzionale, come tali sottoposti alla disciplina del Codice e quelli che, invece, sono sottratti a tale disciplina (in passato previsti dall'art. 19, comma 1 lett. f)), in quanto diretti a perseguire una finalità scientifica a vantaggio e nell'interesse dell'intera collettività, chiarendo che per questi ultimi trovano comunque applicazione i principi di cui all'art. 27 del Codice (oggi sostituito dall'art. 4 d.lgs. 50/2016) (del. 72/2009). Dunque la deroga all'evidenza pubblica è prevista e consentita esclusivamente nel caso in cui attraverso il servizio di ricerca si persegua una finalità scientifica a vantaggio e nell'interesse dell'intera collettività, quindi ove non ricorrano entrambe le condizioni previste nel richiamato art. 158 del d.lgs. n. 50/2016, fermo restando – come sottolineato dall'Autorità – il rispetto anche in tale caso dei principi sanciti dal citato art. 4 del Codice» (delibera n. 619/2018-AG7/2018 AP).

Ulteriori e generali indicazioni sull'argomento sono state fornite nel Comunicato del Presidente dell'Autorità del 9 marzo 2016 ("*ambito oggettivo degli appalti pubblici pre-commerciali e disciplina di riferimento*"), nel quale, al fine di fornire un indirizzo sull'ambito oggettivo di applicazione degli appalti pre-commerciali (PCP) - è stato ulteriormente osservato (tra l'altro) che «Gli appalti pubblici pre-commerciali comprendono unicamente i contratti di appalto di servizi di ricerca e sviluppo tecnologico (R&S) che prevedono: a) la condivisione dei rischi e dei benefici alle condizioni di mercato tra acquirente pubblico e soggetti aggiudicatari per lo sviluppo di soluzioni innovative, non già presenti sul mercato, a partire dall'ideazione fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di prodotti o servizi sperimentali idonee a risolvere un problema irrisolto e tecnologicamente complesso, posto dall'acquirente pubblico; b) la clausola di non esclusiva, in funzione della quale la stazione appaltante non riserva al suo uso esclusivo i risultati derivanti dalle attività di R&S; c) il cofinanziamento da parte delle imprese aggiudicatari. Tali servizi di R&S sono svolti per il raggiungimento di uno scopo obiettivamente e intrinsecamente aleatorio (non deve sussistere certezza dell'effettiva riuscita della ricerca) e non possono essere diretti alla realizzazione di soluzioni la cui ripetibilità è assicurata dall'esistenza di soluzioni offerte dal mercato

già prima dell'indizione della gara; essi devono essere rivolti, infatti, allo sviluppo di una soluzione non disponibile o non pienamente disponibile sul mercato. Più precisamente, con l'appalto pre-commerciale la ricerca è mirata a un progetto altamente innovativo, più difficile da gestire rispetto a situazioni nelle quali l'elemento della innovatività è presente ma assai limitato. Di converso, la categoria di appalto pre-commerciale non comprende quei servizi di R&S che sono svolti in modo permanente e funzionali all'esercizio delle attività ordinarie della PA, come i servizi di consulenza, formazione ecc. [...]. Le procedure di aggiudicazione di detti contratti sono, comunque, sottoposte ai principi generali contenuti nel Codice dei contratti pubblici e relativi a servizi, lavori e forniture, ovvero ai principi di apertura, non discriminazione, economicità, efficacia, concorrenza, parità di trattamento e imparzialità, trasparenza e pubblicità e proporzionalità (art. 27)».

Per quanto sopra, con riguardo ai profili di interesse ai fini del parere, può osservarsi che secondo le previsioni dell'art. 135 del d.lgs. 36/2023, per i servizi di ricerca e sviluppo, le disposizioni del Codice trovano applicazione esclusivamente per l'affidamento dei contratti indicati nell'Allegato II.19, ove ricorrano le condizioni elencate al comma 1, quindi nel caso in cui (i) i risultati appartengano esclusivamente alla stazione appaltante, per essere destinati all'esercizio della propria attività e (ii) la prestazione del servizio sia interamente retribuita dalla stazione appaltante.

In tali casi, i relativi affidamenti sono sottoposti alla disciplina del Codice, con la conseguenza che per l'espletamento delle attività di natura tecnica, come elencate nell'All. I.10 del d.lgs. 36/2023, spetta al personale della stazione appaltante il riconoscimento dell'incentivo previsto dall'art. 45 dello stesso d.lgs. 36/2023, al ricorrere dei presupposti ed entro i limiti indicati dalla norma.

Al contrario, nel caso in cui per i servizi di ricerca e sviluppo, non ricorrano le condizioni di applicabilità del Codice e si tratti quindi degli appalti pre-commerciali (PCP) disciplinati dal comma 2 dell'art. 135, deve ritenersi non direttamente applicabile la disposizione dell'art. 45 del d.lgs. 36/2023.

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 primo quesito posto, può osservarsi che le previsioni dell'art. 45 del Codice, non appaiono direttamente applicabili ai contratti pubblici indicati all'art. 135, comma 2, del Codice medesimo.

Quanto, invece, al secondo quesito, riferito alla possibilità di adottare un Regolamento per l'attribuzione degli incentivi per funzioni tecniche, con effetti retroattivi, volto a disciplinare il riconoscimento dei predetti emolumenti per le attività svolte prima dell'adozione del Regolamento stesso ma in presenza del previsto accantonamento delle somme necessarie nel quadro economico dell'intervento, si osserva che la questione è stata già affrontata dall'Autorità, ancorché in relazione all'assetto normativo recato dal d.lgs. 50/2016, ma con indicazioni utili anche nell'attuale regime delineato dal d.lgs. 36/2023.

Al riguardo, infatti, è stato affermato il principio per cui 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.

Pertanto, ove una amministrazione «abbia omesso 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. Trova in tali ipotesi applicazione, in virtù del principio di elaborazione giurisprudenziale, *tempus regit actionem*, la normativa vigente al momento in cui prende avvio il procedimento amministrativo, con conseguente inapplicabilità dello *ius superveniens*. (...)» (delibera n. 74/2022-AG2/2022).

Sussiste quindi la possibilità per i Regolamenti in materia di incentivo per funzioni tecniche, di disciplinare anche la ripartizione di tale emolumento in relazione alle attività svolte dal personale prima dell'adozione del predetto Regolamento, nei termini in precedenza indicati.

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