



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – Rinnovo contrattuale - incentivo per funzioni tecniche - art. 45 del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0153-2024-FC

FUNZ CONS 67/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 ottobre 2024, acquisita al prot. Aut. n. 115306, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 14 gennaio 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

L'istanza di parere sottoposta all'attenzione dell'Autorità riguarda l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica per il triennio 2021/2024 (gara indetta con determina a contrarre n. 285 del 26.03.2021) a seguito di procedura di gara demandata dalla competente Amministrazione comunale alla Stazione Unica Appaltante.....OMISSIS....., in forza di una convenzione sottoscritta tra le parti. Secondo quanto rappresentato nell'istanza, tale convenzione contemplava una somma spettante alla SUA a titolo di fondo incentivante, già interamente corrisposta alla stessa a seguito dell'aggiudicazione. Alla scadenza dell'appalto, l'Amministrazione richiedente si è avvalsa della facoltà di rinnovo contrattuale prevista nel bando di gara per il triennio 2024-2027. A seguito di tale rinnovo la SUA ha avanzato istanze economiche nei confronti della predetta Amministrazione a titolo di incentivi tecnici in relazione al periodo opzionale di rinnovo. Il predetto Comune ritiene, tuttavia, di non essere tenuto alla corresponsione di tali emolumenti in favore della SUA, non avendo quest'ultima svolto alcun ruolo, nemmeno marginale, in merito al rinnovo stesso, il quale è stato curato autonomamente ed interamente dall'amministrazione comunale.

Per quanto sopra, l'Amministrazione istante chiede se in relazione al rinnovo contrattuale opzionale, siano dovuti gli incentivi tecnici ex art. 45 d.lgs. n. 36/2023 alla SUA che abbia svolto le attività relative all'affidamento del contratto d'appalto a monte, ma non quelle riferite al predetto rinnovo e se tali incentivi siano dovuti al Direttore dell'esecuzione del contratto e al personale dell'Ente che abbiano seguito la procedura del rinnovo *de quo*.

Al fine di fornire riscontro al quesito sollevato sembra opportuno osservare, in via preliminare che la fattispecie attiene ad una gara indetta nel 2021, quindi disciplinata *ratione temporis* dal d.lgs.

50/2016, anche con riguardo al profilo degli incentivi per funzioni tecniche e non dal d.lgs. 36/2023, come indicato nell'istanza di parere.

Si sottolinea al riguardo che secondo costante orientamento dell'Autorità, 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, le disposizioni dell'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 incentivabili previste dalla norma ed espletate successivamente all'entrata in vigore del Codice stesso (*ex multis* parere Funz Cons 18/2023 e Funz Cons 28/2023; in tal senso anche parere MIT n.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).

Sulla base delle considerazioni che precedono e tenuto conto delle previsioni degli artt. 226, comma 2, del d.lgs. 36/2023 [ai sensi del quale "*A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso*", secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della stessa disposizione), l'art. 45 di tale decreto legislativo non può trovare applicazione nel caso di attività che, ancorché eseguite dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, si riferiscono a procedure di affidamento di contratti pubblici svolte prima, cioè in vigenza del d.lgs. 50/2016. In tale ipotesi continuano a trovare applicazione le previsioni dell'art. 113 del citato d.lgs. 50/2016 e le correlate fonti regolamentari interne.

Tali indicazioni valgono altresì per la fattispecie oggetto della richiesta di parere, riferita ad un contratto d'appalto affidato in vigenza del citato d.lgs. 50/2016, per la quale trova quindi applicazione la disciplina dettata dall'art. 113 del predetto Codice.

Quanto alla possibilità di riconoscere gli emolumenti sopra indicati al personale della SUA incaricata dell'espletamento della gara d'appalto, anche in relazione alla successiva fase del rinnovo contrattuale, nei termini indicati nell'istanza di parere, deve osservarsi preliminarmente che sia l'Autorità (*ex multis* parere Funz Cons 28/2023) sia la Corte dei conti (*ex multis* sez. contr. Sicilia delibera n. 181/2022/PAR e precedenti ivi richiamati) hanno evidenziato il carattere tassativo delle disposizioni dell'art. 113 del Codice, in ordine all'individuazione delle condizioni ivi previste per il riconoscimento dell'incentivo e alle attività cui tale emolumento è correlato, senza possibilità di procedere ad interpretazioni estensive della norma.

E' stato quindi affermato 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).

È stato aggiunto a quanto sopra che ai fini del riconoscimento dell'incentivo ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016, è necessario il previo espletamento di una procedura comparativa per l'affidamento del contratto di lavoro, servizio o fornitura, posto che la norma stabilisce al comma 2, in via espressa, che *"a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara..."*.

Pertanto, «sia la giurisprudenza contabile (*ex multis* Corte dei Conti, sez. reg. Lazio, del. 60/2022/Par e precedenti ivi richiamati) sia l'Autorità (parere Funz Cons 28/2023), hanno evidenziato che il presupposto per il riconoscimento degli incentivi per funzioni tecniche, tenuto conto delle previsioni dell'art. 113, comma 2, del Codice, va individuato nell'espletamento di una procedura di gara, considerando il tenore letterale della norma (riferita all'importo dei lavori, servizi e forniture, "posti a base di gara"). Conseguentemente, le funzioni tecniche svolte da dipendenti in relazione ad un 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. Tuttavia si è 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)» (parere Funz Cons 54/2023).

Dunque, a differenza di quanto previsto dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023 - che consente il riconoscimento dell'incentivo anche nel caso di affidamento diretto del contratto d'appalto, per lo svolgimento delle attività elencate all'Allegato I.10 dello stesso decreto legislativo (come chiarito nel parere Funz Cons 54/2023 cui si rinvia) - secondo le disposizioni dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 il presupposto per il riconoscimento degli incentivi per funzioni tecniche, va individuato nell'espletamento di una procedura selettiva.

Sulla base di tale presupposto, quindi, tenuto conto della tassatività della norma, deve escludersi la possibilità di riconoscere gli incentivi per funzioni tecniche, ai sensi dell'art. 113 del Codice, in caso di rinnovi contrattuali o proroghe tecniche. Ciò in quanto in tali casi, l'Amministrazione provvede alla prosecuzione/rinnovo del rapporto contrattuale con l'appaltatore originario, in assenza di procedure comparative tra più offerte.

A conforto delle considerazioni espresse, può richiamarsi l'orientamento del giudice contabile secondo il quale - ribadito che in stretta aderenza al dato normativo dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016 il presupposto indefettibile per l'applicazione della norma è l'espletamento di una procedura comparativa - ha negato la possibilità di procedere al riconoscimento di tale emolumento nel caso di proroghe tecniche o di affidamenti diretti in attesa dell'espletamento di successive procedure di affidamento (Corte dei conti, sez. contr. Sicilia delibera n. 181/2022/PAR).

Analogamente, la stessa magistratura contabile ha negato la possibilità di riconoscere l'incentivo tecnico «nelle ipotesi, sia pur legislativamente consentite, di rinegoziazione del contratto con lo stesso contraente ed in particolare nel contratto di servizio energia nelle ipotesi previste ...dalla disposizione contenuta al punto 6, comma 2, lett. b), allegato II, del decreto legislativo n.115 del 2008 (...). Si tratta quindi di fattispecie, come riconosciuto dalla stessa ANAC (delibere n. 127 e n. 184 del 2021), di affidamento senza gara nel cui ambito la proroga di cui al d.lgs. 115/2008, punto 6, comma 2, lett. b) costituisce una facoltà, avente carattere eccezionale nell'ambito dei contratti per ragioni di efficientamento energetico». Anche a tal riguardo la Corte dei conti ha ribadito che

«nella vigenza dell'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016, il previo esperimento di una procedura comparativa è stato ritenuto un presupposto necessario per il riconoscimento degli incentivi tecnici, nella forma, quantomeno, dello svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare» (Corte dei conti, sez. contr. Marche, delibera 106/2023/PAR)

Conclusivamente, la specialità della disciplina dettata in tema di incentivi per funzioni tecniche 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 Funz Cons 18/2023).

Pertanto, tenuto conto del disposto normativo dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016, deve ritenersi non consentito il riconoscimento dell'incentivo per funzioni tecniche ivi previsto in caso di rinnovo contrattuale (opportunamente previsto negli atti di gara) con l'appaltatore, in quanto fattispecie non preceduta da una procedura comparativa tra più operatori economici nei termini sopra indicati.

Nel caso di specie, quindi, per le attività relative al rinnovo opzionale, detto emolumento non può essere riconosciuto né al personale della SUA, né al personale dell'Amministrazione richiedente, mancando il fondamentale presupposto richiesto dall'art. 113 a tali fini, dello svolgimento di una procedura comparativa, secondo l'indirizzo del giudice contabile sopra richiamato.

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