



ANAC AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 1 DEL 9/03/2021

Concernente l'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 204
del 9 marzo 2021

ATTO DI SEGNALAZIONE N.1 DEL 9 MARZO 2021

Concernente l'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 204 del 9 marzo 2021

1. Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, ANAC), ai sensi dell'art. 213, co. 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "Codice"), ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore nonché di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore. Considerate le competenze riconosciute all'Autorità, e tenuto conto delle problematiche interpretative e applicative riscontrate nello svolgimento dell'attività istituzionale, anche sulla base di segnalazioni ricevute, si intendono di seguito formulare osservazioni in merito alle disposizioni di cui all'articolo 113 del Codice in materia di incentivi per le funzioni tecniche.

2. Quadro normativo di riferimento

L'articolo 113 del Codice prevede, al comma 2, che «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 per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti».

Le risorse finanziarie destinate al fondo sono a valere sugli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.

Ai sensi del successivo comma 3 dell'articolo 113, l'ottanta per cento delle risorse finanziarie del predetto fondo è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori.

Gli incentivi per le funzioni tecniche, secondo quanto stabilito dal comma 5 dell'articolo 113, fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture.

3. Osservazioni

Dalla disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche sopra richiamata si evince come la stessa sia applicabile ai soli appalti di lavori, servizi e forniture, escludendo del tutto i contratti di cui alla Parte III e IV del Codice. L'articolo 113 è infatti collocato nel Titolo V della Parte II del Codice rubricata "Contratti di appalto per lavori, servizi e forniture" e le disposizioni in esso contenute sono riferite solo «agli appalti di lavori, servizi e forniture» senza alcun richiamo alle concessioni e al partenariato pubblico privato.

D'altro canto, anche l'articolo 164, comma 2, del Codice nel richiamare le disposizioni di cui alla Parte II del Codice medesimo applicabili alle concessioni non include quelle inerenti agli incentivi per le funzioni tecniche. Lo stesso si limita a richiamare le disposizioni «relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione». Analogamente, per il partenariato pubblico privato, l'articolo 179 del Codice, relativo alla disciplina comune applicabile, al comma 2, rimanda alle disposizioni della Parte II già indicate all'articolo 164, comma 2, del Codice medesimo.

Tale interpretazione è condivisa dalla Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, che, ad esempio, nella deliberazione n. 15/SEZAUT/2019/QMIG dell'11 giugno 2019 ha affermato che «Alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 113 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, gli incentivi ivi disciplinati sono destinabili al personale dipendente dell'ente esclusivamente nei casi di contratti di appalto e non anche nei casi di contratti di concessione». La Corte prosegue sostenendo che «per ritenere applicabile anche ai contratti di concessione gli incentivi per lo svolgimento di funzioni tecniche si dovrebbe operare uno sforzo ermeneutico estensivo ed analogico tale da riscrivere, di fatto, il contenuto dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, che, come si è visto, è calibrato sui contratti di appalto (ai quali espressamente si riferisce) e non tiene conto di quelle sostanziali differenze che caratterizzano i contratti di concessione. Operazione, questa, che appare travalicare la competenza di chi è chiamato ad interpretare ed applicare le norme».

Non bisogna però dimenticare che le attività oggetto di incentivazione ai sensi dell'articolo 113, comma 2, del Codice interessano anche i contratti di concessione e di partenariato pubblico privato. Anche per tali

tipologie di contratti l'amministrazione aggiudicatrice è chiamata a svolgere le attività di programmazione della spesa, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione del contratto, di RUP, di direzione dei lavori e/o di direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo e statico e/o di verifica di conformità, e tali attività possono essere svolte dai dipendenti della stazione appaltante. Sulla base di tali presupposti, non appare giustificata la scelta di riconoscere l'incentivo per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti interni dell'amministrazione aggiudicatrice solo per i contratti di appalto e non anche per i contratti di concessione e di partenariato pubblico privato.

Si tenga, altresì, conto che i contratti di cui alla Parte III e alla Parte IV del Codice per la loro particolare natura possono richiedere un impegno dei dipendenti delle stazioni appaltanti anche maggiore di quello richiesto per i contratti di appalto, non solo nella fase di programmazione della procedura e di aggiudicazione della stessa ma anche nella fase di esecuzione del contratto, anche per la durata generalmente lunga della fase di gestione dei servizi.

Con riguardo alla fase di programmazione, si evidenzia che l'articolo 181, comma 3, del Codice stabilisce che la scelta di ricorrere ad un'operazione di partenariato pubblico privato deve essere preceduta «da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto». Istruttoria che non è richiesta nel caso dei contratti di appalto e che può generare il paradosso per cui per la stessa opera o servizio, se l'esito della valutazione determina la scelta della procedura di appalto, sono riconosciuti gli incentivi per le funzioni tecniche, mentre se l'esito della valutazione determina la scelta di una procedura di partenariato, non si procede al riconoscimento degli incentivi.

La scelta di procedere ad una modifica dell'attuale disciplina di cui all'articolo 113 del Codice dei contratti pubblici presuppone anche valutazioni specifiche circa le modalità di costituzione del fondo, sia in relazione alla quantificazione della percentuale da accantonare e all'importo su cui tale percentuale deve essere applicata, tenuto conto della diversa modalità di calcolo del valore delle concessioni prevista dall'articolo 35 del Codice, sia in relazione agli stanziamenti negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle amministrazioni aggiudicatrici, considerato che per alcune operazioni quali le concessioni a tariffazione sull'utenza non sono necessariamente previsti stanziamenti.

Con l'occasione, si intende richiamare l'attenzione anche sulla mancata attuazione da parte di numerose amministrazioni aggiudicatrici delle disposizioni di cui all'articolo 113 del Codice, con particolare riferimento alla mancata adozione da parte delle stesse del regolamento per la ripartizione degli incentivi, di cui al comma 3 del predetto articolo, e della mancata costituzione del fondo di cui al comma 2 del medesimo articolo. Tali inadempimenti, per i quali il Codice non prevede alcuna forma di sanzione o di

potere di intervento dell'Autorità, determinano l'impossibilità di riconoscere gli incentivi per le funzioni tecniche ai dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici con grave danno per gli stessi.

Al riguardo, si rappresenta che la giurisprudenza contabile è concorde nel ritenere che ai fini dell'incentivabilità delle funzioni tecniche devono sussistere le seguenti condizioni (ex *multis*, Corte dei Conti, Sezione Controllo Veneto, deliberazione n. 72/2019):

- che 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 dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati;
- che le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'articolo 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;
- che 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 due per cento dell'importo posto a base di gara;
- che l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo

Anche la giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione (Sezione Lavoro, sentenza n. 10222/2020) afferma quanto alla natura dell'emolumento ed ai presupposti condizionanti l'insorgenza del diritto che «l'incentivo ha carattere retributivo (Cass. n. 21398/2019 ...) ma, poiché il legislatore ha rimesso, dapprima alla contrattazione collettiva decentrata e successivamente alla potestà regolamentare attribuita alle amministrazioni, la determinazione delle modalità di ripartizione del fondo, la nascita del diritto è condizionata, non dalla sola prestazione dell'attività incentivata, bensì anche dall'adozione del regolamento, in assenza del quale il dipendente può fare valere solo un'azione risarcitoria per inottemperanza agli obblighi che il legislatore ha posto a carico delle amministrazioni appaltanti (Cass. n. 13937/2017, Cass. n. 3779/2012, Cass. n. 13384/2004)».

Appare, pertanto, opportuna un'attività di impulso e di coordinamento affinché le amministrazioni diano attuazione alla disciplina di cui all'articolo 113 del Codice in relazione all'adozione del regolamento di ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche e alla costituzione del fondo.

In proposito, si auspica che il ruolo di coordinamento, svolto di recente dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio nei confronti degli Uffici legislativi dei Ministeri, a seguito delle sollecitazioni espresse dal Consiglio di Stato nei pareri n. 2368 del 10.9.2019 e n. 145 del 3.2.2021, possa essere svolto anche nei confronti delle numerose amministrazioni aggiudicatrici di lavori, servizi e forniture chiamate ad adottare il regolamento per la ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche.

Il nuovo indirizzo giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, nei pareri n. 145 del 3.2.2021 e n. 281 del 1.3.2021, circa la inammissibilità di una disposizione regolamentare che disponga la sostanziale retroattività del proprio ambito applicativo, che preclude la possibilità per gli emanandi regolamenti di riconoscere gli incentivi per le attività riferibili a procedure di

affidamento avviate successivamente alla data di entrata in vigore del Codice ma precedentemente alla data di entrata in vigore degli stessi, potrebbe costituire un ulteriore elemento di ostacolo all'adozione dei regolamenti medesimi.

Si condivide, pertanto, la necessità, già evidenziata dal Consiglio di Stato, di un tempestivo intervento legislativo che consenta di superare le incertezze applicative conseguenti dal nuovo orientamento giurisprudenziale.

In considerazione di tutto quanto sopra esposto con riferimento alle disposizioni suindicate

4. L'Autorità segnala

1. L'opportunità di integrare la disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'articolo 113 del Codice, al fine di estenderne l'applicazione con riferimento ai contratti di cui alla Parte III e alla Parte IV del medesimo Codice.
2. L'opportunità di un'attività di impulso e coordinamento nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici affinché le stesse diano attuazione alle indicazioni di cui all'articolo 113, comma 2, del Codice in relazione alla adozione del regolamento per la ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche e alla costituzione del relativo fondo ove accantonare le risorse finanziarie.
3. L'opportunità di un intervento legislativo volto a fornire indicazioni alle amministrazioni aggiudicatrici circa l'ambito oggettivo degli emanandi regolamenti, in relazione alle attività riferibili a procedure di affidamento avviate successivamente alla data di entrata in vigore del Codice ma precedentemente alla data di entrata in vigore degli stessi.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 9 marzo 2021

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 17 marzo 2021

Per Il Segretario, Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente