

Programma Operativo Nazionale Città Metropolitane 2014-2020

FAQ 81

Quesito pervenuto dal Comune di Reggio Calabria relativamente al riconoscimento di incentivi per funzioni tecniche previsti dal Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Con riferimento al quesito posto dal Comune di Reggio Calabria relativamente al riconoscimento di incentivi per funzioni tecniche previsti dal Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e in particolare se “alla luce del parere 04.05.2020 n. 33, della Corte dei conti dell’Emilia Romagna e tenuto presente altresì anche quanto chiarito dalla Corte conti Veneto parere 22.01.2020 n. 20, si chiede se è possibile procedere all’accantonamento degli incentivi per funzioni tecniche di cui all’art. 113 comma 2 del D.Lgs. 50/2016 ed alla successiva ripartizione delle relative risorse al personale dell’Ente affidante, imputando la spesa sui fondi dell’Asse 1 Agenda Digitale del programma PON Metro 2014-2020 così come previsto dalle schede economiche dei singoli interventi” si rappresenta quanto segue.

L’art. 113 del D.Lgs. n. 50 del 2016, rubricato “incentivi per funzioni tecniche” prevede, al comma 1, che: “gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell’esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti”.

Il successivo comma 2 dispone a sua volta 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 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. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti. Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell’esecuzione”.

La finalità della suddetta norma è quella di migliorare l’utilizzo delle risorse interne all’Amministrazione ed incentivare specifiche attività (di natura prettamente tecnica) tassativamente elencate all’interno dell’art. 113 comma 2 e svolte dai dipendenti della stessa, nonché «quella di stimolare e premiare l’ottimale utilizzo delle professionalità interne, rispetto al ricorso all’affidamento all’esterno di

incarichi professionali, che sarebbero comunque forieri di oneri aggiuntivi per l'Ente, con aggravio della spesa complessiva» (Cfr. Sez. controllo Lazio n. 57/2018/PAR).

L'istituto degli incentivi per funzioni tecniche è stato spesso oggetto di intervento da parte della Corte dei conti, atteso che l'accantonamento e la successiva distribuzione delle somme al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'art. 113, nonché delle relative modalità, può implicare responsabilità per danno erariale a carico dell'Amministrazione.

A tal proposito, le varie sezioni regionali della Corte si sono espresse sul tema chiarendo, anzitutto, che la condizione necessaria affinché sia possibile riconoscere i summenzionati incentivi è che l'affidamento sia conseguenza di una gara ovvero di una procedura competitiva. Invero, in mancanza di procedura competitiva, verrebbe chiaramente meno il tenore letterale della norma che fa espresso riferimento all'importo dei lavori, servizi e forniture "posti a base di gara", inducendo a ritenere incentivabili le sole funzioni tecniche svolte nell'ambito di contratti affidati mediante lo svolgimento di una procedura concorrenziale.

Tale orientamento è stato avallato dalla Corte dei conti nella citata Deliberazione n. 33/2020/PAR della Sezione generale di controllo per l'Emilia-Romagna in cui il Collegio, nell'affermare la possibilità di erogare incentivi tecnici nell'ambito di una procedura negoziata disposta ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016, ha ritenuto sussistente il presupposto della "gara" di cui all'art. 113, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 atteso che la procedura negoziata, pur costituendo un modulo più informale nell'ambito degli affidamenti sotto soglia, soggiace pienamente sia ai principi generali di cui all'art. 30 del D. Lgs. n. 50/2016 sia ai principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza di cui agli artt. 97 Cost. e 1 della legge n. 241/1990. Tale procedura, dunque, (come si evince altresì dalla lettura Linee Guida ANAC n. 6) rientra pacificamente tra le procedure competitive.

Non possono invece ritenersi affidamenti conseguenti ad una gara o ad una procedura competitiva e, conseguentemente, non consentono l'applicazione della disciplina degli incentivi, le concessioni ed i partenariati pubblico privati.

Invero, la Sezione delle autonomie della Corte dei Conti, nella Deliberazione n. 15/SEZAUT/2019/QMIG ha affermato 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». (Cfr. ex multis, anche le Deliberazioni n. 20/2020/PAR della Sezione Regionale di controllo per il Veneto, n. 429/2019/PAR della Sezione Regionale di controllo per la Lombardia, n. 122/2019/PAR della Sezione Regionale di controllo per la Liguria e n. 309/2019/PAR della Sezione Regionale di controllo per la Lombardia).

La giurisprudenza prevalente, ha inoltre chiarito che il sistema di incentivi delineato all'interno dell'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016 non è applicabile agli affidamenti diretti di cui all'art. 36 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 e alle procedure di somma urgenza, atteso che, come precedentemente esposto, «gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge, comprese le direttive ANAC o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa» e che «le predette circostanze, all'evidenza, non ricorrono per i casi in cui il codice prevede la possibilità di affidamento diretto» (Cfr. Deliberazione n. 301/2019/PAR Sezione Regionale di controllo per il Veneto).

Tale esclusione, secondo l'orientamento della Corte «appare proprio funzionale alla finalità della norma, che mira a spingere verso l'utilizzo sempre più esteso di procedure competitive, ordinarie e programmate» (Cfr. Deliberazione n. 186/2017/PAR Sezione Regionale di controllo per il Veneto).

Resta fermo che, secondo la giurisprudenza prevalente (nonché alla luce della lettera della norma), l'applicabilità degli incentivi nell'ambito dei contratti di affidamento di servizi e forniture è contemplata soltanto "nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione", inteso quale soggetto autonomo e diverso dal RUP. Tale figura, secondo le Linee guida ANAC n. 3 recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», interviene soltanto negli appalti di forniture o servizi di importo superiore a 500.000 euro ovvero per gli appalti di particolare complessità, con valutazione spettante ai dirigenti della stazione appaltante (Cfr., ex multis, Deliberazione n. 178/2019/PAR della Sezione regionale di Controllo per l'Abruzzo e Deliberazione n. 301/2019/PAR Sezione Regionale di controllo per il Veneto).

Passando ora all'analisi del caso di specie, l'affidamento in house, come noto, avviene a favore di società dotate di personalità giuridica nell'ipotesi in cui l'Amministrazione affidante eserciti sul soggetto affidatario del contratto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (elemento c.d. strutturale) e il soggetto affidatario svolga, prevalentemente, la propria attività a favore dell'ente pubblico affidante (elemento c.d. funzionale).

In presenza delle suddette condizioni, l'Amministrazione ha la facoltà di derogare all'applicazione del Codice degli Appalti e, conseguentemente, alle norme imperniate sul modello di scelta del contraente tramite procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Appare dunque evidente come l'affidamento di cui trattasi rivesta carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di selezione del contraente e, pertanto, risulti possibile solo qualora sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato.

A tal proposito, l'art. 192 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 impone alla stazione appaltante, in caso di affidamento ad una propria società in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, di effettuare preventivamente "la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

La funzione della valutazione di congruità economica nell'ambito dell'affidamento in house è dunque quella di giustificare il mancato ricorso al mercato da parte dell'Amministrazione, determinando l'illegittimità della procedura qualora la relazione di congruità non contenga elementi che provino la convenienza economica dell'affidamento in house rispetto alla esternalizzazione del servizio. In difetto di tale convenienza, infatti, si realizzerebbe una violazione del principio di libera concorrenza e la scelta della stazione appaltante sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della P.A.

Nello specifico, la verifica sulla congruità economica non può limitarsi all'espletamento di un'indagine di mercato mediante richiesta di preventivi agli operatori economici, ma deve svilupparsi secondo un percorso più articolato e comprendente: un'analisi dei costi sostenuti per la produzione e la distribuzione dei beni e dei servizi, un'analisi dei benefici che la scelta dell'affidamento in house può produrre per la collettività rispetto al ricorso al mercato (anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, e di impiego ottimale delle risorse pubbliche), ed infine la prova della sostenibilità finanziaria dell'affidamento, ovvero la capacità della soluzione adottata dall'Amministrazione di generare flussi di cassa adeguati a far fronte alle necessità economiche e gestionali del servizio.

Alla luce di quanto sopra, appare evidente che la valutazione sulla congruità economica dell'offerta nell'ambito degli affidamenti in house, consentendo la comparazione dei costi dei servizi tra l'offerta della

società o il diverso organismo controllato e l'offerta resa dagli operatori economici nelle dinamiche di mercato, non può in alcun modo essere assimilata ad una "procedura comparativa" svolta nell'ambito di una procedura di gara.

La giurisprudenza di merito, invero, ha chiarito, rispetto all'applicazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, che detta norma, nell'onerare le stazioni appaltanti di effettuare una preventiva valutazione economica della congruità dell'offerta dei soggetti in house, «non impone alcuna gara, neppure informale, fra operatori del mercato»: ne consegue che «la valutazione delle congruità delle offerte dei soggetti in house prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici non può essere confusa con una sorta di gara, alla quale l'ente affidante dovrebbe invitare le imprese del settore, fra le quali il gestore uscente del servizio». (Cfr. TAR Lombardia, sezione IV, 22 marzo 2017, n. 694).

Invero, anche il Consiglio di Stato, in sede di commissione speciale (Cfr. parere 1 febbraio 2017 n. 282), pronunciandosi relativamente al funzionamento dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016, ha sottolineato che la domanda di iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori non costituisce un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un «titolo» abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti. Essa ha piuttosto una duplice rilevanza: da un lato, consente ex se di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore; dall'altro, innesca una fase di controllo dell'ANAC tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa, comunitaria e nazionale, subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato.

In conclusione, alla luce di tutto quanto sinora esposto, deve ritenersi che gli incentivi per funzioni tecniche non possano essere erogati nel caso (come quello di specie) di affidamento in house, atteso che il suddetto affidamento, costituendo un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica, non consente l'applicazione della disciplina contenuta all'interno dell'art. 113 del D. Lgs. n. 50/2016.