



.....OMISSIS.....

Oggetto

Incentivi per funzioni tecniche affidamenti diretti a società in house – art. 45 d.lgs 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0078-2024

FUNZ CONS 36 /2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 marzo 2024 acquisita al prot. Aut. n. 40375, 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 3 luglio 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 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.

Nella nota di richiesta di parere, codestaOMISSIS..... formula all’Autorità un quesito inerente l’applicazione dell’art. 45 del d.lgs. 36/2023 in merito alla riconoscibilità di incentivi tecnici, per il personale della Stazione appaltante, con riferimento ai contratti che si possono “affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture” ai sensi dell’art.7 comma 2 del d.lgs. 36/2023, relativamente pertanto alle attività svolte in autoproduzione dalla società in house stessa e senza ricorso al mercato. Secondo l’istante, pertanto, nella previsione dell’art. 45 secondo cui gli incentivi spettano per “le singole procedure di affidamento” andrebbero ricomprese anche quelle in house.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, occorre preliminarmente evidenziare quanto previsto dall’art. 7 del d.lgs 36/2023 secondo cui “Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l’esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l’auto-produzione, l’esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell’Unione europea.” E che nel primo caso “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3” sulla base di un provvedimento motivato.

Ciò premesso, sembra parimenti utile richiamare quanto già osservato in precedenza dalla scrivente Autorità in materia, sulla base delle previsioni del richiamato art. 45 del d.lgs. 36/2023 e dell’art. 16, comma 7, del d.lgs. 175/2006, secondo cui la società in house - al ricorrere dei presupposti e delle condizioni stabilite dall’art. 7 del Codice e dall’articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall’articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i

settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE - pur dotata di autonoma personalità giuridica, presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di *longa manus* dello stesso; non sussiste quindi tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Si parla infatti, in tal caso, di immedesimazione organica tra ente affidante e soggetto affidatario, ossia di vicenda endo-organizzativa che non rientra nello schema tipico del contratto d'appalto con affidamento di beni e servizi a soggetti terzi rispetto alla stazione appaltante (Anac ex multis pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP, parere Funz Cons 20/2023 e precedenti ivi richiamati riferiti anche alla disciplina dettata sul tema dal d.lgs. 50/2016).

Conformemente a quanto previsto dall'art. 7, pertanto, il modello "in house providing" si caratterizza per la mancanza di una concreta terzietà ed estraneità del soggetto affidatario dell'attività rispetto alla pubblica amministrazione affidante, con la conseguenza che, diversamente da quanto si verifica nel caso dell'esternalizzazione, manca una reale relazione intersoggettiva per cui, nella sostanza, è come se il bene o il servizio fosse prodotto da un organo interno dell'amministrazione controllante: proprio tale circostanza fonda la natura peculiare della disciplina in materia di affidamento diretto alle società in house.

Da tali premesse emerge che - sebbene la previsione dell'art. 45 sia riferita alle "procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture" quindi dotata di maggiore portata applicativa rispetto all'art. 113 del previgente d.lgs 50/2016 che circoscriveva la corresponsione di incentivi solo in caso di "gara" (cfr. parere Funz. Consultiva 54/2023) - per effetto della descritta peculiarità degli affidamenti in house, non sia possibile riconoscere gli incentivi *de quibus*, stante il rapporto di immedesimazione organica rispetto all'ente dante causa e la conseguente assenza di terzietà della società in house.

Occorre peraltro sottolineare che "l'incentivo assolve alla funzione di compensare il personale dipendente dell'amministrazione che abbia in concreto effettuato la redazione degli atti incentivabili ... 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). 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)" (parere Funz Cons 18/2023), circostanza quest'ultima che non sembra ricorrere nel caso di specie.

Dalla natura dell'affidamento in esame, nonché dal tenore letterale delle disposizioni di riferimento e dalla ratio delle stesse - volte ad incentivare il personale interno alla stazione appaltante, con funzione premiale per l'espletamento di servizi propri dell'ufficio pubblico e di risparmio della spesa pubblica nei casi espressamente previsti - sembra, pertanto, esclusa la possibilità di riconoscere l'incentivo per funzioni tecniche, ivi disciplinato, nel caso di affidamento in house ex art. 7 del d.lgs 36/2023.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente