



.....OMISSIS.....

Oggetto

Società in house - Incentivi per funzioni tecniche – art. 45 d.lgs. 36/2023 - richiesta parere.

FUNZ CONS 53/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 19 luglio 2023 ed acquisita al prot. Aut. n. 58642, 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 25 ottobre 2023, 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con il quesito posto si chiede se le società *in house* siano obbligate a destinare risorse finanziarie per le finalità indicate dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023, in relazione quindi al riconoscimento dell'incentivo per funzioni tecniche al personale impegnato nelle attività indicate nell'Allegato I.10 del Codice dei contratti pubblici.

Al fine di fornire riscontro al quesito posto, si osserva preliminarmente che il d.lgs. 36/2023 (recante "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*"), ha disciplinato la materia degli affidamenti *in house* all'art. 7 ("*principio di auto-organizzazione amministrativa*"), stabilendo (tra l'altro) al comma 2 che «*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 (...)*» e prevedendo, altresì, nell'Allegato I.1, lett. e), la definizione dell'istituto come «*l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate 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*».

A sua volta, il d.lgs. 175/2016 (*Testo Unico delle società partecipate*), fornisce una descrizione dell'istituto in esame, chiarendo che le società *in house* sono «*le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali*

la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3» (art. 2, co.1, lett. o).

L'art. 16 (*società in house*) del TUSP, cui rinvia la disposizione dell'art. 2 citato, stabilisce a sua volta, al comma 1, che «*le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*».

Dalle disposizioni sopra richiamate deriva, dunque, che 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).

Il legislatore ha statuito per dette società, in quanto riconducibili al perimetro allargato dell'amministrazione pubblica, quale *longa manus* della stessa (nel senso sopra indicato), che per le attività svolte dalle medesime, debba trovare applicazione il Codice dei contratti pubblici, in relazione agli acquisiti di beni e servizi.

Dispone infatti, l'art. 16, comma 7, del d.lgs.175/2016 che «*Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016*».

L'art. 16, comma 7, citato, contemplante la sottoposizione alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, delle società *in house*, consente di ricondurre le stesse nella definizione di " *stazione appaltante*" ai fini dell'applicabilità del d.lgs. 36/2023.

Ai sensi dell'Allegato I.1 del predetto decreto legislativo, infatti, per "stazione appaltante" si intende «*qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice*».

Si tratta, come è evidente, di una definizione ampia, nella quale vanno ricondotti *tutti* i soggetti pubblici e privati tenuti all'osservanza del d.lgs. 36/2023, incluse le società *in house*.

Da quanto sopra deriva altresì la diretta applicabilità alle stesse società *in house*, (anche) della disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche, disciplinata dall'art. 45, del d.lgs. 36/2023.

Dispone, infatti, tale norma che «*Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti (...)*». Il comma 2 aggiunge che «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui*

è nominato il direttore dell'esecuzione. È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti».

Per quanto di interesse ai fini del parere, la disposizione fa espresso riferimento (oltre agli "enti concedenti" anche) alle "*stazioni appaltanti*", intendendosi per tali, come sopra osservato, qualsiasi soggetto, pubblico o privato tenuto al rispetto del Codice, incluse quindi le società *in house*.

Trova pertanto applicazione anche per tali società ("stazioni appaltanti" ai sensi del Codice), l'art. 45 del d.lgs. 36/2023, ai fini del riconoscimento dell'incentivo per funzioni tecniche al personale dipendente che abbia svolto le attività elencate nell'Allegato I.1 del Codice.

Tale considerazione, peraltro, trova conforto nell'avviso giurisprudenziale che, ancorché espresso in relazione al previgente assetto normativo di settore (d.lgs. 163/2006 e d.lgs. 50/2016) con riguardo alla riconducibilità della spesa relativa alle remunerazioni per funzioni tecniche nel quadro economico dell'appalto (nei termini ivi indicati), appare ancora attuale, laddove afferma che la disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche «è applicabile alle società in house che sono destinatarie di affidamenti diretti in quanto esse stesse sono considerate "*pubbliche amministrazioni*" (ovvero, "amministrazioni aggiudicatrici") ai fini della disciplina dell'evidenza pubblica» (Corte dei conti, sez. Reg. controllo Puglia, parere n. 119/2022).

Il giudice contabile ha osservato al riguardo (tra l'altro), in coerenza con l'avviso dell'Autorità in materia, che «... il modello "in house providing", come noto, si caratterizza per la mancanza di una concreta terzietà ed estraneità del soggetto affidatario dell'attività rispetto alla pubblica amministrazione affidante, per cui, diversamente da quanto si verifica sia nel caso dell'appalto pubblico che in quello della concessione, manca una reale relazione intersoggettiva e proprio tale circostanza fonda la deroga alla disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica, in quanto nella sostanza è come se il bene o il servizio fosse prodotto da un organo interno dell'amministrazione controllante. Da quanto detto deriva che nell'acquisizione di lavori, servizi e forniture le società in house sono tenute ad attenersi alla disciplina del Codice dei contratti pubblici: l'affidamento diretto "a monte" dell'attività alla società in house, viene in parte bilanciato dall'obbligo per quest'ultima di seguire "a valle" le regole dell'evidenza pubblica per gli appalti da stipulare. Il principio risulta, tra l'altro, positivizzato all'art. 16, d.lgs. n. 175/2016, avente ad oggetto le "società in house" che, al comma 7, statuisce: «le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016» (...)» (parere Corte dei conti cit.).

Per quanto sopra, dunque, in risposta al quesito posto, può affermarsi che la disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche, contenuta nell'art. 45, del d.lgs. 36/2023 è applicabile (anche) alle società *in house*, qualificabili come "stazioni appaltanti" ai sensi dell'Allegato I.1 del Codice.

Si sottolinea al riguardo che ai sensi dell'art. 45, comma 2, d.lgs. 36/2023, primo periodo, l'incentivo è strettamente correlato alle funzioni tecniche svolte dai dipendenti, come specificate nell'allegato I.10.

A tali fini, le predette società «*destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento*» (art. 45, comma 2, d.lgs. 36/2023).

È inoltre «fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti» (art. 45, co.2).

Pertanto, come chiarito nella Relazione Illustrativa del Codice, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono «prevedere una modalità diversa di remunerazione delle funzioni tecniche del proprio personale. In tal caso, l'incentivo non si applica, escludendo qualunque sovraincentivazione».

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette 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

Atto firmato digitalmente