

La disciplina degli incentivi alle funzioni tecniche nel nuovo Codice dei Contratti pubblici: esame della norma e criticità in ambito Difesa e Sicurezza

The regulation of incentives for technical functions in the new Public Contracts Code: examination of the law and critical issues in the Defence and Security sector

*Massimiliano Anedda, Armando Di Renzo, Diego Esposito, Armando Todaro, Ciro Varlese**

** Esercito Italiano*

Il presente contributo è stato elaborato, come project work, nell'ambito del Master di II Livello in "Gestione degli approvvigionamenti e degli appalti" inserito nell'Offerta formativa del Centro per la Formazione Logistica Interforze (Ce.FLI) ed erogato dall'Università Luiss "Guido Carli" di Roma nell'Anno accademico 2023-2023. Le opinioni espresse in questo articolo sono degli autori e non rappresentano o impegnano l'Istituzione d'appartenenza.

Abstract

This paper aims to analyse and assess the impact of the provisions of the new Public Contracts Code, with a specific focus on Article 45, which regulates the allocation of technical incentives to public administration staff involved in the awarding of contracts and concessions. The analysis shows that such incentives, if well structured and correctly applied, can generate a virtuous circle of continuous improvement, stimulating innovation and efficiency in administrative activities. After a historical and evolutionary survey of the legislation relating to these instruments, both the theoretical-regulatory and practical-applicative aspects of the legislation are examined in depth, with particular reference to personnel belonging to the Defence and Security sector, an area that presents unique challenges and peculiarities. In fact, for example, managers in these sectors – unlike managerial staff in other public administrations – were excluded from receiving incentives, at least until April 2025, with the approval of an amendment to the Code.

Keywords: *Public procurement, Incentives, Defence and Security, Management, Merit and Performance.*

Introduzione

L'ambito della contrattualistica pubblica è da sempre terreno fertile per l'evoluzione normativa, in risposta alle mutevoli esigenze della società e dell'economia. La normativa in materia di contratti pubblici, in particolare, si è progressivamente adattata per promuovere non solo la trasparenza e la concorrenza ma anche l'efficienza e l'innovazione nell'uso delle risorse pubbliche. In questo contesto dinamico, il decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023 rappresenta un punto di svolta significativo, consolidando e potenziando i meccanismi incentivanti già presenti nei precedenti impianti normativi con l'obiettivo di migliorare la performance nella gestione dei contratti pubblici.

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare e valutare l'impatto delle nuove disposizioni, con un focus specifico sull'articolo 45, che regola l'attribuzione degli incentivi tecnici al personale della pubblica amministrazione coinvolto nelle procedure di affidamento di appalti e concessioni. L'analisi si articola in due parti distinte ma interconnesse, che esplorano sia l'aspetto teorico-normativo sia quello pratico-applicativo della norma con particolare riferimento al personale appartenente al comparto della Difesa e della Sicurezza.

La prima parte, si apre con un'indagine storico-evolutiva della normativa sugli incentivi, delineando la genesi dell'articolo 45 nel citato d.lgs. 36/2023. Si esamineranno le motivazioni sottostanti e le aspettative che hanno guidato il Legislatore nella formulazione di questa disposizione. Successivamente, si procederà con un'esegesi della norma focalizzandosi sulle procedure incentivabili. Si discuterà in che modo la norma definisce e

delimita le categorie di procedure che possono beneficiare degli incentivi, evidenziando i criteri di ammissibilità e le finalità perseguite.

In seguito, l'attenzione si sposterà sul ruolo che gli incentivi rivestono nella valorizzazione del personale e nella promozione di una cultura dell'eccellenza e della responsabilità all'interno dell'amministrazione pubblica, per poi passare ad analizzare i soggetti destinatari degli stessi, ovvero il personale della pubblica amministrazione incaricato di svolgere specifiche funzioni tecniche nell'ambito di una procedura di affidamento di appalto o concessione, con particolare attenzione alle categorie professionali coinvolte e ai criteri di attribuzione.

Un aspetto fondamentale dell'articolo 45, che questo elaborato si propone di esaminare, riguarda inoltre la quantificazione e la destinazione delle risorse finanziarie.

Infine, si esploreranno le modalità di corresponsione degli incentivi al personale, considerando gli aspetti pratici e le sfide legate all'implementazione di un sistema di premialità efficace. Si farà cenno agli strumenti di garanzia della trasparenza e dell'*accountability* delle pubbliche amministrazioni e della necessità di coinvolgere nella gestione degli incentivi la contrattazione collettiva per definire le "modalità" con cui riconoscere gli emolumenti incentivanti e declinare in concreto il principio del risultato.

La seconda parte, si concentra sull'applicazione dell'articolo 45 nel settore specifico della Difesa e della Sicurezza, un ambito che presenta sfide e peculiarità uniche.

La prima criticità esaminata sarà determinare se le disposizioni sugli incentivi possano essere applicate anche ai contratti che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. 208/2011, emanato in attuazione della direttiva 2009/81/CE, specificamente esclusi dal d.lgs. 36/2023 ai sensi dell'art. 136. Per tale fattispecie, una corretta interpretazione ermeneutica potrebbe chiarire le ambiguità e permettere l'estensione degli incentivi a queste procedure.

Altro profilo critico è senz'altro quello relativo alla posizione dei dirigenti, che attualmente sono esclusi dalla possibilità di ricevere incentivi con particolare riferimento al settore della Difesa e della Sicurezza. In particolare, la dirigenza per il comparto Difesa e Sicurezza – che contempla gli Ufficiali Superiori e gli Ufficiali Generali e gradi equipollenti – infatti, si distingue nettamente dal personale dirigenziale di altre amministrazioni pubbliche. La normativa vigente non sembra offrire margini per un'interpretazione che includa tali dirigenti negli incentivi, suggerendo così la necessità di un intervento legislativo specifico per modificare le disposizioni attuali.

Da ultimo si avrà modo di avanzare una proposta di emendamento dell'articolo 45, con l'intento di ottimizzare l'efficacia del sistema incentivante e di adattarlo alle specifiche

esigenze del settore della Difesa. L'emendamento proposto, da inserire auspicabilmente in sede di primo correttivo è il risultato di un'analisi critica delle disposizioni attuali e delle loro implicazioni pratiche, con l'obiettivo di offrire soluzioni concrete per un miglioramento continuo della gestione contrattuale pubblica.

1. L'evoluzione della norma

Nel sistema giuridico italiano, l'istituto dell'incentivo tecnico è stato introdotto per la prima volta con la legge n. 109/1994, recante *“La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici”*, meglio conosciuta come “legge Merloni”. Tale provvedimento legislativo, all'articolo 18, stabiliva un incentivo per il personale delle amministrazioni pubbliche coinvolto nelle attività di progettazione interna agli enti pubblici e nelle attività di esecuzione dei lavori pubblici.

L'obiettivo era duplice: da un lato valorizzare le competenze professionali esistenti, dall'altro, generare un contenimento della spesa pubblica evitando il ricorso a consulenze esterne. La *ratio* della norma, come sottolineato dalle Sezioni riunite, in sede di controllo, della Corte dei conti, con la delibera n. 51/Contr/2011, risiedeva nella necessità di destinare una quota di risorse pubbliche *“a incentivare prestazioni poste in essere per la progettazione di opere pubbliche, in quanto in tal caso si tratta all'evidenza di risorse correlate allo svolgimento di prestazioni professionali specialistiche offerte da personale qualificato in servizio presso l'amministrazione pubblica”*. Evitare l'assegnazione di incarichi esterni, in sintesi, rappresentava una scelta strategica, in quanto non solo ottimizzava l'allocatione delle risorse finanziarie, ma garantiva anche la continuità operativa e la salvaguardia della conoscenza istituzionale, elementi fondamentali per l'efficienza e l'efficacia dell'ente. In seguito, la disciplina degli incentivi tecnici è stata oggetto di aggiornamento con il d.lgs. 163/2006 recante *“Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”*, il quale ha preservato le intenzioni originarie e la sostanza della “legge Merloni”.

Nel corso degli anni, il quadro normativo relativo agli appalti pubblici ha continuato a subire ulteriori e numerose modifiche, spesso in risposta a direttive europee e a necessità interne di riforma e, in tale contesto, una significativa revisione dell'Istituto degli incentivi, che ne ha anche modificato la natura, è avvenuta con l'art. 113 del d.lgs. 50/2016 recante *“Codice dei Contratti pubblici”*. Questa norma definiva in modo tassativo le fattispecie contrattuali e le attività professionali che legittimavano l'erogazione degli incentivi. L'art. 113, comma 2, del menzionato decreto legislativo conteneva un elenco tassativo di attività incentivabili, che includeva 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 Responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori o direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo o 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. La tassatività dell'elenco si deduceva dall'utilizzo dell'avverbio *“esclusivamente”* che lo precedeva, a ulteriore conferma della portata derogatoria della norma al principio di onnicomprensività della retribuzione, che ne implica la non estensibilità in via analogica. In aggiunta, la normativa imponeva, per l'applicazione dell'incentivo, l'emanazione di un regolamento ad hoc, la presenza di una specifica dotazione finanziaria attribuibile ai capitoli di bilancio dei singoli lavori, servizi e forniture, e l'indispensabilità di una procedura di gara come base per l'affidamento. Sotto questo aspetto, la sussistenza del presupposto della *“gara”* a cui faceva riferimento l'art. 113, comma 2, per la corresponsione di incentivi tecnici al personale, poteva essere considerata esistente anche nel caso in cui la stazione appaltante ricorresse alla procedura comparativa di cui all'art. 36, comma 2, lettera *b)*, del d.lgs. 50/2016. Tuttavia, la genericità della previsione dell'art. 113 e alcune ambiguità normative, hanno fatto sì che tale disposizione sia stata oggetto di diverse pronunce della Corte dei conti, in sede consultiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, comma 8, della l. n. 131/2003.

Oggi, nel nuovo Codice dei Contratti pubblici, adottato – come detto – con il d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023, in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante *“Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, la materia in trattazione è disciplinata dall'art. 45. Questo articolo, nonostante manifesti una semplificazione rispetto alla disposizione del citato art. 113 del d.lgs. 50/2016, espone una disciplina che non si circoscrive unicamente a principi direttivi generali, ma raggiunge le fattispecie di dettaglio. Ciò, è finalizzato a dirimere le ambiguità ed incertezze che le amministrazioni pubbliche possono incontrare in fase applicativa e, probabilmente, a decampare il fenomeno della cosiddetta *“paura di firma”* del dirigente pubblico connessa all'indebita erogazione di incentivi al personale.

Nella formulazione legislativa attuale, come verrà esplicitato in seguito, è stata accolta gran parte della giurisprudenza amministrativa e contabile sul tema, superando buona parte delle criticità riscontrate nei precedenti impianti codicistici. Cionondimeno, si possono ancora evidenziare diversi profili di criticità.

2. La disciplina recata dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023

2.1. Le procedure incentivabili

La normativa precedente in materia di incentivazione delle funzioni tecniche, come delineato nel riferito art. 113 del d.lgs. 50/2016, stabiliva che gli oneri per gli incentivi erano a carico degli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture. Questa formulazione, secondo una consolidata giurisprudenza, limitava l'applicazione degli incentivi alle sole procedure di gara di appalto. In questo contesto, è importante ricordare

la deliberazione della Corte dei conti, Sezione Autonomie n. 15/2019/QMIG, secondo cui, escludendo l'estensibilità dell'istituto alle concessioni, si è osservato che *“i compensi incentivanti per chiara affermazione del Legislatore costituiscono un ‘di cui’ delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo in esame anche alle concessioni, non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture”*.

L'art. 45 del d.lgs. 36/2023 ha introdotto una modifica significativa a questa normativa. Il comma 1 del citato articolo prevede 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”*. Al riguardo, è importante, prima di tutto, citare la relazione agli articoli e agli allegati redatta dal Consiglio di Stato, allo schema definitivo di Codice dei Contratti pubblici. Nella relazione, si sottolinea con riferimento al citato comma *“le risorse per remunerare le attività tecniche gravano sugli stanziamenti relativi alle procedure di affidamento, estendendo la previsione alle attività tecniche relative a tutte le procedure e non solo all'appalto. Si superano, in tal modo, le difficoltà discendenti dalla vigente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti.”*. Tale osservazione evidenzia l'importanza della nuova normativa nel superare le limitazioni della formulazione precedente e nell'estendere l'applicabilità degli incentivi a tutte le procedure di affidamento.

Questa è la posizione assunta anche dalla Corte dei conti, sezione controllo Lombardia, con la pronuncia 187/2023/PAR, nella quale, i magistrati contabili hanno inoltre osservato che a sorreggere tale posizione vi è il mutato riferimento ai soggetti che attivano le procedure di affidamento. In particolare, mentre l'art. 113 del d.lgs. 50/2016 identificava tali soggetti solo nelle *“stazioni appaltanti”*, l'art. 45 introduce anche *“gli enti concedenti”*. Nella fattispecie, secondo l'allegato I.1 del Codice, si intende per *“ente concedente”* qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del Codice.

Da questi elementi testuali incontrovertibili, emerge con chiarezza la volontà del Legislatore sull'applicabilità dell'art. 45 ai contratti di concessione.

Un'ulteriore novità, riscontrabile *ictu oculi*, nel succitato passaggio della relazione del Consiglio di Stato, è l'estensione dell'applicabilità del sistema incentivante anche agli affidamenti diretti. Questo cambiamento normativo ha un'importanza rilevante.

Sulla base della disciplina recata nel previgente Codice, la gara era un elemento essenziale, almeno nella forma del confronto informale, alla luce delle modifiche dettate dalla più recente normativa emanata nel corso della emergenza Covid. Il dettato normativo è stato

inteso come un vincolo non superabile sulla base delle indicazioni consolidate dettate dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, tra le quali, meritano di essere citate la Corte dei conti Lombardia (deliberazione n. 310/2019/PAR), Puglia (deliberazione n. 52/2019/PAR), Marche (deliberazione n. 28/2018/PAR) e Liguria (deliberazione n. 136/2018/PAR).

L'art. 45 del nuovo Codice, invece, cambia il riferimento alla procedura di individuazione dell'appaltatore nel commisurare il valore degli incentivi (in misura non superiore al 2%): ora la norma si riferisce a "*procedure di affidamento*" contrariamente all'art. 113 co. 2 del d.lgs. 50/2016 che commisurava gli incentivi all'importo posto "*a base di gara*".

La differenza tra procedure di "*affidamento*" e procedure di "*gara*" è significativa e consente, *sic et simpliciter*, il superamento della precedente lettura dell'art. 113, così come era stata delineata dai giudici contabili.

In linea di continuità con il previgente Codice, come modificato dal d.lgs. 56/2017, inoltre, è previsto che negli appalti relativi a servizi o forniture il cd. "sistema incentivante" è applicabile a condizione che sia stato nominato il Direttore dell'esecuzione contrattuale (Dec). Sul tema occorre fare alcune considerazioni in ragione delle criticità applicative finora osservate.

L'art. 45 del d.lgs. 36/2023 al comma 2 recita: "*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*".

Secondo la copiosa giurisprudenza contabile, consolidatasi a partire dal previgente Codice, la disposizione è scolpita nel senso che per poter applicare la disciplina degli incentivi alla fattispecie di appalti in trattazione deve essere nominato un Dec diverso dal Responsabile unico del progetto (Rup), e ciò nei limitati casi in cui ne ricorra l'obbligo rinvenibile, nel vigente Codice, nel combinato disposto dell'art. 114, commi 7 e 8, degli artt. 31 e 32 dell'All. II.14 e dell'art. 8, co. 4 dell'All. I.2 del d.lgs. 36/2023.

Al riguardo, l'art. 114, co. 7 d.lgs. 36/2023 prevede che "*Per i contratti aventi ad oggetto servizi e forniture le funzioni e i compiti del direttore dell'esecuzione sono svolti, di norma, dal Rup, che provvede, anche con l'ausilio di uno o più direttori operativi individuati dalla stazione appaltante in relazione alla complessità dell'appalto, al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto anche, qualora previsto, mediante metodi e strumenti di gestione informativa digitale di cui all'allegato I.9, assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali*".

Il successivo comma 8, quindi, recita “*L'allegato II.14 individua i contratti di servizi e forniture di particolare importanza, per qualità o importo delle prestazioni, per cui il direttore dell'esecuzione deve essere diverso dal Rup*”.

A tal proposito, appare opportuno precisare che le funzioni di Dec sono di norma assolute dal Rup, salvo i contratti di “*particolare importanza*”, per i quali è obbligatorio nominare la figura del Dec diversa dal Rup.

L'art. 31 dell'All. II.14 del d.lgs. 36/2023 conferma, infatti, che “*L'incarico di direttore dell'esecuzione del contratto è ricoperto dal Rup a eccezione dei contratti aventi a oggetto servizi e forniture di particolare importanza, come disciplinati dall'articolo 32*” il quale, al comma 2, prevede che “*sono considerati servizi di particolare importanza, indipendentemente dall'importo, gli interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico, le prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, gli interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità e i servizi che, per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento. In via di prima applicazione sono individuati i seguenti servizi:*

- *di telecomunicazione;*
- *finanziari, distinti in servizi assicurativi e servizi bancari e finanziari;*
- *informatici e affini;*
- *di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili;*
- *di consulenza gestionale e affini;*
- *di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari;*
- *di eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e analoghi;*
- *alberghieri e di ristorazione;*
- *legali;*
- *di collocamento e reperimento di personale;*
- *sanitari e sociali;*
- *ricreativi, culturali e sportivi”.*

Lo stesso articolo, al comma 3, prevede che *“ferma restando l’individuazione di cui al comma 2, sono considerate forniture di particolare importanza le prestazioni di importo superiore a 500.000 euro”*.

In estrema sintesi, il presupposto applicativo del sistema incentivante negli appalti di servizi e forniture, è rappresentato dalla “particolare importanza”, per qualità o importo delle prestazioni e più precisamente per:

- *i servizi, a prescindere dall’importo rileva il profilo qualitativo fondato sui criteri oggettivi di valutazione enucleati dal menzionato art. 32, co. 2, dell’All. II.14 che individua, inoltre, l’elenco “in via di prima applicazione” e pertanto non tassativo dei servizi di “particolare importanza”;*
- *le forniture rileva, invece, il profilo quantitativo fondato sull’importo delle prestazioni, qualificabili di “particolare importanza” se tale importo è superiore a 500.000,00 euro.*

Ulteriori fattispecie in cui è obbligatoria la nomina del Dec, diverso dal Rup, sono inoltre previste all’art. 8 dell’All. I.2 del d.lgs. 36/2023 e ciò, come vedremo, in evidente contrasto con la disciplina fin qui illustrata.

Il citato articolo 8, al comma 4, infatti, prevede che *“Il direttore dell’esecuzione del contratto è soggetto diverso dal Rup nei seguenti casi:*

- *prestazioni di importo superiore alle soglie di cui all’articolo 14 del Codice;*
- *interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;*
- *prestazioni che richiedono l’apporto di una pluralità di competenze;*
- *interventi caratterizzati dall’utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;*
- *per ragioni concernenti l’organizzazione interna alla stazione appaltante, che impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l’affidamento”*.

Come è evidente, la lettera a) introduce un parametro oggettivo legato all’importo delle prestazioni superiore alle soglie comunitarie che di fatto è in aperto contrasto con la disciplina *supra* illustrata, giacché per i servizi varrebbe anche il profilo quantitativo fondato sull’importo mentre per le forniture decadrebbe il limite dei 500.000 euro, essendo la soglia comunitaria ben più bassa (nel momento in cui si scrive 221.000 euro nei settori ordinari e 413.000 euro nei settori speciali).

Inoltre, le lettere da b) ad e) del comma 4 dell'articolo 8 di cui si discorre appaiono chiaramente applicabili anche alle forniture introducendo per queste ulteriori parametri di tipo soggettivo.

Sulla questione si è espressa la Sezione regionale di controllo per la Campania, con deliberazione n. 191/2023/PAR, secondo cui il *“presupposto applicativo del sistema incentivante”* negli appalti di servizi e forniture, è rappresentato esclusivamente dalla *“particolare importanza, per qualità o importo delle prestazioni”* come individuati all'art. 32 dell'All. II.14 al Codice.

Il menzionato parere della Corte dei conti Campania, in linea con l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel precedente impianto codicistico, non appare pienamente condivisibile poiché sembra escludere dall'esame le ulteriori fattispecie recate dall'art. 8, co. 4 dell'All. I.2 del d.lgs. 36/2023 in cui è obbligatoria la nomina del Dec senza offrire alcuna motivazione. Tale orientamento, peraltro, si fonda sull'esistenza di un unico presupposto applicativo degli incentivi dato dalla *“particolare importanza”* delle prestazioni che, invero, a differenza del previgente Codice dei Contratti non appare rinvenibile né dalla lettura piana dell'articolo 45 che si limita a disporre *“Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione”*, né tantomeno dalla lettura delle altre disposizioni contenute nel d.lgs. 36/2023 laddove, come osservato, sono rinvenibili ulteriori previsioni di nomina obbligatoria del Dec, diverso dal Rup, rispetto al presupposto della *“particolare importanza”* delle prestazioni.

Si evidenzia, in ultimo, il parere dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) del 25 ottobre 2023 che ha chiarito l'applicabilità della disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche anche alle società *in house*. Ciò trova sostegno nella delibera della Corte dei conti, sezione Regionale di controllo per la Puglia, n. 119/2022/PAR che, sebbene formulato con riferimento alle previgenti normative (d.lgs. 163/2006 e d.lgs. 50/2016) in merito alla remunerazione degli incentivi alle funzioni tecniche, si rivela tuttavia ancora pertinente. Infatti, tale orientamento giurisprudenziale sostiene che la normativa concernente gli incentivi per le funzioni tecniche *«trova applicazione anche nei confronti delle società in house, le quali, in virtù di affidamenti diretti, sono qualificate come “pubbliche amministrazioni” (o, in altri termini, “amministrazioni aggiudicatrici”) ai sensi della normativa sull'evidenza pubblica»*.

2.2. I soggetti destinatari degli incentivi

Le attività tecniche destinatarie degli incentivi sono specificate nell'All. I.10 del d.lgs. 36/2023 che in sede di prima applicazione è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici.

L'elenco dettagliato e tassativo contenuto nel richiamato All. I.10, prevede:

- programmazione della spesa per investimenti;
- responsabile unico del progetto;
- collaborazione all'attività del responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento);
- redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali;
- redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- redazione del progetto esecutivo;
- coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione;
- verifica del progetto ai fini della sua validazione;
- predisposizione dei documenti di gara;
- direzione dei lavori;
- ufficio di direzione dei lavori (direttore/i operativo/i, ispettore/i di cantiere);
- coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione;
- direzione dell'esecuzione;
- collaboratori del direttore dell'esecuzione;
- coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;
- collaudo tecnico-amministrativo;
- regolare esecuzione;
- verifica di conformità;
- collaudo statico (ove necessario).

Sul tema, la Corte dei conti, sezione Regionale di controllo per la Toscana, con il parere n. 3/2024/PAR, ha chiarito, anche alla luce dei propri precedenti orientamenti in materia, che ai fini dell'attribuzione dell'incentivo tecnico non rilevi il profilo professionale "tecnico", che purtuttavia è di regola presente, bensì *"la concreta esplicazione di attività tecniche legate alla procedura contrattuale (anche se esplicata da collaboratori amministrativi)"*.

L'allegato I.10, peraltro, prevede espressamente la possibilità di ripartire gli incentivi tecnici anche tra i "collaboratori" del Rup o dei soggetti che svolgono funzioni tecniche, senza specificarne il profilo tecnico o amministrativo. È evidente, quindi, l'intento del Legislatore di voler ampliare il novero dei beneficiari degli incentivi in esame, potendo individuarli nei profili, tecnici e non, del personale pubblico coinvolto.

Come affermato dalla Corte dei conti, sezione Regionale di controllo per la Toscana, con il parere n. 196/2023/PAR, infatti, *"si rileva che la ratio dell'istituto degli incentivi tecnici risiede, per consolidata giurisprudenza, nella necessità di incrementare e valorizzare le professionalità interne all'amministrazione, premiando le competenze e le responsabilità relative allo svolgimento di peculiari funzioni tecniche, anche in vista di un risparmio di spesa rispetto all'affidamento di incarichi professionali all'esterno"*.

Cionondimeno, ragionando *a contrario*, la stessa Corte osserva che *"le attività relative alla programmazione, al monitoraggio e al controllo degli aspetti finanziari sono attività non esternalizzabili, che devono rimanere in capo all'ente ed essere necessariamente effettuate da soggetti interni. In questo quadro, ammetterle agli incentivi finirebbe per distorcere le finalità perseguite dal Legislatore"*. Tali attività, osserva inoltre la Corte, *"non riguardano direttamente le procedure di affidamento ed esecuzione, come le attività finanziarie le quali, seppur necessarie al fine del buon esito della procedura, e comunque connotate da una certa tecnicità, hanno natura diversa"*. Secondo la Corte, in altri termini, l'attività incentivabile deve essere connotata, non dall'ordinarietà dell'attività spettante *ius officii*, ma da una complessità che legittimi la deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione, enunciato all'art. 24, co. 3, del d.lgs. 165/2001.

Un altro importante aspetto da osservare, in ordine ai soggetti destinatari degli incentivi, è la disposizione dell'articolo 45, comma 4, ultimo periodo, per effetto della quale la disciplina degli incentivi non si applica al personale con qualifica dirigenziale.

Sul punto, si osserva che al fine di garantire maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa in considerazione dei rilevanti impegni derivanti dall'attuazione dei progetti del Pnrr e degli adempimenti connessi, l'art. 8, co. 5 del d.l. 13/2023 (convertito dalla Legge n. 41/2023) dispone che *"gli Enti locali prevedono nei propri regolamenti e previa definizione dei criteri in sede di contrattazione decentrata, la possibilità di erogare, relativamente ai progetti del Pnrr, l'incentivo di cui all'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche al personale di qualifica dirigenziale coinvolto nei predetti progetti, in deroga al limite di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017 n. 75"*.

Sulla base di tale disposizione speciale gli Enti locali per gli anni dal 2023 al 2026 possono erogare, in deroga ai limiti di importo previsti dalla normativa vigente, anche al personale dirigenziale coinvolto nei progetti del Pnrr l'incentivo per funzioni tecniche previsto dall'art. 113 del d.lgs. 50/2016.

Al riguardo, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con parere n. 2059/2023, reso sul portale servizi di supporto giuridico, ha precisato che tale disposizione è di carattere speciale sia per il d.lgs. 50/2016 sia per il d.lgs. 36/2023, i cui contenuti sul punto sono analoghi e, pertanto, la deroga rispetto all'esclusione dagli incentivi del personale dirigenziale è valida anche nel vigente Codice dei Contratti purché il personale dirigenziale in parola sia coinvolto in appalti Pnrr-Pnc.

Nello stesso parere, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha, inoltre, evidenziato come l'art. 225, co. 8, del d.lgs. n. 36/2023 disponga che: *“In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal Pnrr e dal Pnc, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi commesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal Pnrr, dal Pnc nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018”*.

2.3. Quantificazione e destinazione delle risorse finanziarie

A norma dell'art. 45, co. 2, del d.lgs. 36/2023 *“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”*.

In primo luogo, appare opportuno sottolineare che le risorse finanziarie destinate agli incentivi devono essere imputate agli stanziamenti specificatamente previsti per l'affidamento a cui si rinferiscono. Queste, infatti, ai sensi dell'art. 5, co. 1, let. e) dell'All. I.7 del d.lgs. 36/2023, sono iscritti nel quadro economico del lavoro, servizio o fornitura tra le somme a disposizione.

Pertanto, gli incentivi si calcolano sull'importo “posto a base delle procedure di affidamento”, che dovrà intendersi:

- *per gli appalti, l'importo posto a base di gara o del contratto stipulato in caso di procedure di affidamento non comparative come gli affidamenti diretti, le procedure negoziate senza pubblicazione*

di bando, le adesioni a “Convenzioni Consip” o ad accordi quadro che non prevedano un nuovo confronto competitivo;

- *per le concessioni e i partenariati pubblico privato, il valore determinato secondo i criteri stabiliti dall’art. 179 del d.lgs. 36/2023.*

Dall’importo utilizzato come base per il calcolo dell’incentivo, restano evidentemente escluse le somme per accantonamenti, imprevisti, nonché l’Iva. L’importo degli incentivi, in ogni caso, non può superare la quota del 2% ciò significando che la stazione appaltante o l’ente concedente dovrà prevedere un’apposita disciplina per modulare tale importo in relazione all’entità o complessità dell’affidamento.

Le risorse finanziarie stanziare per gli incentivi hanno una duplice destinazione:

- 80% è corrisposto in favore del personale incaricato delle funzioni tecniche dettagliate nell’elenco riportato nell’All. I.10 del d.lgs. 36/2023 come precedentemente menzionato;
- il restante 20% è destinato a finalità di innovazione ed efficientamento delle stazioni appaltanti/enti concedenti.

I commi 6 e 7 dell’articolo 45 del d.lgs. 36/2023 in particolare precisano la finalità della quota destinata all’Amministrazione prevedendo l’acquisto di beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, anche per incentivare:

- la modellazione elettronica informativa per l’edilizia e le infrastrutture;
- l’implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa;
- l’efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli;

Le risorse afferenti alla quota del 20% sono, inoltre destinate per:

- attività di formazione per l’incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi;
- la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche;
- la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale.

Non possono concorrere alla quota del 20% le risorse che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata. Tuttavia, per tali fonti di finanziamento, rimane invariato il diritto del personale alla maturazione degli incentivi.

Al contrario, tutte le somme non distribuite al personale confluiscono in questa quota, superando così una delle principali criticità riscontrate nella previgente disciplina, che non prevedeva il meccanismo di compensazione ora introdotto e che, pertanto, in tali casi generava, *de facto*, economie di bilancio.

Da ultimo, si osserva che la vigente disciplina degli incentivi *ad instar* della previgente stabilisce che le amministrazioni che si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare una quota non superiore al 25% ai dipendenti della centrale stessa in relazione alle funzioni tecniche svolte.

La disposizione in esame, in continuità con la previgente normativa, si colloca all'interno di un più ampio progetto di riforma della materia, concernente la revisione della contrattualistica pubblica. Quest'ultima è volta ad incentivare e valorizzare il lavoro tecnico svolto dai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, remunerando, nella fattispecie, quei dipendenti delle centrali di committenza per le attività tecniche svolte. In tal modo si riconosce il loro contributo essenziale nel processo di affidamento e gestione degli appalti all'interno del più vasto ambito dell'amministrazione pubblica.

Tra le finalità della quota del 20%, inoltre, si ritiene che la formazione rappresenti un investimento strategico nell'incremento delle competenze digitali dei dipendenti. Questo aspetto è di fondamentale importanza in un'era in cui la digitalizzazione sta trasformando radicalmente il modo in cui la pubblica amministrazione interagisce con i cittadini e gestisce i processi interni. L'esperienza formativa, infatti, non solo arricchisce il bagaglio di conoscenze tecniche dei partecipanti, ma contribuisce anche a creare una cultura organizzativa più aperta all'innovazione e al cambiamento. In questo modo, gli incentivi diventano un mezzo per valorizzare il capitale umano, considerato la risorsa più preziosa all'interno di qualsiasi organizzazione.

2.4. Modalità di corresponsione degli incentivi al personale

L'articolo 45 del d.lgs. 36/2023 prevede che gli incentivi siano ripartiti tra il Rup e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate nell'All. I.10, nonché tra i loro collaboratori. Questa disposizione riconosce l'importanza cruciale di quelle figure che collaborano con gli incaricati delle funzioni tecniche nel processo di realizzazione delle opere pubbliche, attribuendo loro una parte significativa degli incentivi. A norma del comma 4 dell'articolo 45 del d.lgs. 36/2023, la quota degli incentivi da destinare al personale, pari all'80% è, quindi, ripartita dal "*dirigente, dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione, sentito il Rup, che accerta e attesta le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente*".

Questo meccanismo garantisce che la distribuzione degli incentivi sia equa e proporzionale al contributo di ciascuno al progetto. Inoltre, riconosce il valore del lavoro di squadra e dell'interdisciplinarietà, incentivando la collaborazione tra diverse figure professionali. Nel caso in cui un'attività tecnica sia espletata da più dipendenti o nel caso di avvicendamenti la quota di incentivo prevista per l'attività potrà essere ripartita tra gli aventi diritto in funzione della responsabilità di ciascuno ovvero della natura delle funzioni svolte o del contributo fornito a garanzia dell'equa ripartizione degli incentivi tra tutti coloro che contribuiscono all'attività tecnica. Parimenti, qualora il Rup o altro dipendente svolga più funzioni tecniche potrà prevedersi la possibilità di operare il cumulo degli incentivi spettanti per ognuna di esse riconoscendo così l'importanza e la complessità delle funzioni tecniche svolte da queste figure professionali, premiando adeguatamente il loro impegno e la loro competenza.

Dal tenore della citata norma si può anche osservare che gli incarichi, ai fini del successivo accertamento delle mansioni svolte, dovranno necessariamente essere previamente e formalmente conferiti mediante apposito provvedimento emanato dalla stessa figura alla quale la norma attribuisce l'attività di accertamento: il dirigente, o il responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione. Tale provvedimento dovrà indicare chiaramente compiti e termini entro i quali devono essere eseguite le prestazioni.

Inoltre, in tale contesto, si è del parere che dovrà attribuirsi la massima importanza al rispetto dei principi di rotazione tra il personale, di equità e diversità nell'attribuzione degli incarichi, evitando la concentrazione di potere e responsabilità in poche mani e promuovendo l'esperienza e la competenza tra tutto il personale.

A garanzia dell'integrità e dell'indipendenza del processo decisionale al fine di prevenire potenziali abusi di potere e conflitti di interesse, in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 16 del d.lgs. 36/2023 sarà opportuno che la stazione appaltante/l'ente concedente richiedano al dipendente che assume l'incarico di rilasciare preventivamente un'idonea dichiarazione di insussistenza di situazioni di conflitto di interesse relativamente alla procedura per la quale ha ricevuto il conferimento dell'incarico.

È d'uopo precisare, da ultimo, che il provvedimento di nomina deve essere comunicato tempestivamente all'Anagrafe delle prestazioni¹ dal soggetto che ha attribuito l'incarico o suo delegato. L'articolo 53, comma 6, del d.lgs. 165/2001 stabilisce, infatti, che gli incarichi retribuiti, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto un compenso, sono oggetto di comunicazione. L'articolo 18 del d.lgs. 33/2013, d'altro

1. L'Anagrafe delle prestazioni è una banca dati che raccoglie informazioni sugli incarichi conferiti dalle pubbliche amministrazioni, sia a dipendenti pubblici che a consulenti. È uno strumento fondamentale per garantire la trasparenza e l'*accountability* delle pubbliche amministrazioni disciplinata dall'articolo 24 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, e dall'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

canto, dispone che *“le pubbliche amministrazioni pubblicano l’elenco degli incarichi conferiti o autorizzati a ciascuno dei propri dipendenti, con l’indicazione della durata e del compenso spettante per ogni incarico”*.

La vigente disciplina prevede, quindi, al pari del precedente art. 113 un tetto massimo individuale: gli importi complessivamente maturati nel corso dell’anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non possono superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente (nella previgente disciplina era il 50%), l’ammontare eccedente incrementa la quota di incentivo destinato all’amministrazione per le finalità di sviluppo e innovazione di cui si è fatto cenno poc’anzi.

Sul tema, se un’amministrazione adotta metodi e strumenti digitali per la gestione informativa dell’appalto, ai sensi dell’art. 45, co. 4 del d.lgs. 36/2023 il limite massimo dell’incentivo che un dipendente può ricevere in un anno è aumentato del 15% rispetto al trattamento economico complessivo annuo lordo percepito. Questo è chiaramente un modo per incoraggiare le amministrazioni a modernizzarsi e digitalizzarsi, migliorando così l’efficienza e la trasparenza.

Il processo di modernizzazione e digitalizzazione della Pa ha preso avvio in Italia già da diversi anni a partire dal 2003 con l’allora Codice della Digitalizzazione della pubblica amministrazione, poi divenuto con il d.lgs. 82/2005, il Codice dell’Amministrazione digitale (Cad): testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l’informatizzazione della pubblica amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese.

La digitalizzazione ha una valenza strategica per il Paese poiché ha il potenziale di migliorare l’efficienza e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche semplificando i processi, riducendo i tempi di attesa, migliorando l’accesso ai servizi e aumentando la trasparenza delle decisioni e delle operazioni. Tuttavia, nonostante gli sforzi finora profusi, a comprova della necessità della norma *supra* richiamata, l’Italia nel 2020 si collocava ancora al 24° posto su 28 paesi dell’UE per quanto riguarda la trasformazione digitale dell’economia e della società.

Venendo ora, più propriamente, alle modalità e ai criteri di ripartizione degli incentivi, da considerarsi comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell’amministrazione, si evidenzia, prima di tutto, che la disciplina vigente prevede la definizione da parte della stazione appaltante/ente concedente di un apposito regolamento che definisca i *“criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo”*.

Questa previsione è particolarmente interessante perché condivide con la previgente disciplina un elemento di flessibilità e adattabilità nel sistema di incentivazione che invece di

essere rigido e immutabile può modularsi in base alle esigenze specifiche di ciascun progetto e alle circostanze contingenti. Inoltre, questa disposizione funge da incentivo al rispetto di tempi e costi, premiando coloro che sono in grado di gestire efficacemente le risorse e di rispettare le scadenze promuovendo una cultura della responsabilità e dell'efficienza, incentivando i dipendenti a dare il massimo per raggiungere gli obiettivi del progetto.

Resta però più complesso il rapporto del citato regolamento con la contrattazione collettiva, sul quale, pertanto, giova formulare talune ulteriori considerazioni.

Preliminarmente, si osserva che i precedenti due impianti codicistici (d.lgs. 163/2006 e d.lgs. 50/2016) prevedevano che le modalità e i criteri di riparto delle somme accantonate e destinate a remunerare le attività tecniche avrebbero dovuto, prima, essere oggetto di contrattazione decentrata integrativa, per poi essere recepite nel regolamento con cui la stazione appaltante avrebbe dovuto anche stabilire la percentuale effettiva da destinare al fondo, fermo restando il rispetto del limite del 2% dell'importo posto a base di gara².

In altri termini, la nascita del diritto alla corresponsione degli incentivi era condizionata alla contrattazione e all'adozione del regolamento, in assenza del quale il dipendente poteva far valere solo un'azione risarcitoria per inottemperanza agli obblighi dal Legislatore posti a carico delle stazioni appaltanti.

La *ratio* della preliminare contrattazione integrativa avente per oggetto la previsione delle modalità e dei criteri da recepire nel regolamento, si fondava sul presupposto che l'attribuzione dei trattamenti economici in generale dovessero avvenire esclusivamente in attuazione della potestà normativa dei contratti collettivi ciò in ottemperanza a quanto sancito nell'art. 2, co. 3, del d.lgs. 165/2001.

La vigente disciplina recata dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023, con particolare riferimento al precitato comma 3, invece, innovando il precedente quadro normativo, subordina l'erogazione delle risorse finanziarie destinate a remunerare le funzioni tecniche svolte dai dipendenti, alla sola definizione dei *“criteri del relativo riparto [...] secondo i rispettivi ordinamenti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice”*.

Il nuovo Codice, sembrerebbe pertanto, non prevede più espressamente la necessità di adottare uno specifico regolamento in esito al procedimento di contrattazione decentrata. Va aggiunto, però, che l'art. 1, co. 4, let. b), del d.lgs. 36/2023, nell'enunciare il principio del risultato come criterio prioritario dell'azione amministrativa, evidenzia la sua rilevanza anche per *“b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva”*.

2. Corte dei conti Basilicata, delibera n. 7/2017/PAR.

Per quanto sopra, a ben vedere, sembrerebbe che ancora oggi l'ordinamento coinvolga nella gestione degli incentivi la contrattazione collettiva per definire le "modalità" con cui riconoscere gli emolumenti incentivanti e declinare in concreto il principio del risultato.

Tale orientamento è, peraltro, confermato dalla relazione del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati dello «*Schema definitivo di 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"*» (rectius il d.lgs. 36/2023) che, nel commentare il citato art. 1, co. 4, let. b), specifica che «*il risultato rappresenta anche criterio per l'attribuzione e la ripartizione degli incentivi economici, rimandando alla naturale sede della contrattazione collettiva per la concreta individuazione delle modalità operative*».

3. Esame delle criticità dell'applicazione in ambito di Difesa e Sicurezza dell'art. 45 del d.lgs. 36/2023

La questione degli incentivi delineata dal d.lgs. 36/2023 solleva interrogativi di non semplice soluzione, in particolar modo, per ciò che concerne l'attuazione nel settore della Difesa e della Sicurezza, dove si evidenziano molteplici e significative criticità. Alcuni aspetti della normativa, all'esito di un'interpretazione conforme alla *ratio* che ha animato il Legislatore delegato, possono essere adattati e resi più incisivi, mentre altri richiedono una trasformazione più sostanziale, che necessita di una revisione e di un aggiornamento normativo.

In tal senso, un'analisi preliminare delle varie problematiche emergenti ha condotto ad un approfondimento delle questioni di maggiore impatto, le quali si distinguono significativamente per le soluzioni prospettate al fine del loro superamento.

La prima criticità che si andrà ad approfondire riguarda l'applicabilità dell'art. 45 del d.lgs. 36/2023 alla disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della Difesa e Sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE, esclusi *ex art.* 136 e specificatamente normati dal d.lgs. 208/2011. Queste fattispecie contrattuali, rappresentano, per importo aggregato, la categoria prevalente di contratti pubblici appaltati nel comparto Difesa e Sicurezza. Al riguardo, si sostiene che una corretta interpretazione ermeneutica possa fornire la chiave per superare le ambiguità normative. Attraverso un'analisi meticolosa e dettagliata, si potrebbe giungere alla conclusione che le disposizioni relative agli incentivi, come delineate nell'art. 45 del d.lgs. 36/2023, possano essere estese anche alle procedure regolate dal d.lgs. 208/2011.

La seconda problematica che si è scelto di analizzare concerne la posizione dei dirigenti nel comparto Difesa e Sicurezza, i quali, come precedentemente osservato, sono esclusi dalla possibilità di ricevere incentivi. Come vedremo, il personale in questione (Ufficiali Superiori e Ufficiali Generali e gradi equipollenti) pur rivestendo lo *status* di dirigenti

rappresentano una categoria nettamente distinta dal personale dirigenziale delle altre amministrazioni pubbliche.

In questo caso, pur volendo, non è possibile superare il senso della norma, poiché questa non consente un'interpretazione estensiva, che possa risolvere la questione. Pertanto, a parere di chi scrive, l'unica soluzione percorribile è quella di un intervento legislativo ad hoc, che modifichi le disposizioni attuali nel senso di garantire il trattamento incentivante anche al citato personale.

3.1. La disciplina degli incentivi nei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della Difesa e Sicurezza regolati dal d.lgs. 208/2011

A norma dell'art. 136, co. 1 del d.lgs. 36/2023 *“Le disposizioni del codice si applicano ai contratti aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti:*

- *che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208;*
- *ai quali non si applica neanche il decreto legislativo n. 208 del 2011, in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto”.*

I cosiddetti appalti del procurement militare, pertanto, sono esclusi dal d.lgs. 36/2023 in quanto, a livello primario, sono disciplinati dal d.lgs. 208/2011, emanato in attuazione della direttiva 2009/81/CE, che non regola specificamente la materia degli incentivi.

Tale circostanza, tuttavia, non sembra dirimente al fine di escludere l'operatività dell'istituto di cui si discorre anche nell'ambito degli appalti militari, tenuto conto che lo stesso decreto delegato, all'art. 3, stabilisce che *“per quanto non espressamente previsto dal presente decreto si applicano, ove compatibili e non derogate, le norme del codice”*, intendendo per codice, in successione temporale, dapprima il d.lgs. 163/2006, successivamente il d.lgs. 50/2016 ed ora il d.lgs. 36/2023.

Pertanto, salvo che la retribuzione del personale dipendente non preveda già specifiche indennità correlate ai compiti tecnici per i quali la disciplina generale riconosce la corresponsione dell'incentivo *de quo*³, non si ravvisano ragioni particolari, correlate alla natura militare degli appalti *de quibus*, ostative al riconoscimento di tale beneficio.

Con riferimento agli incentivi, infatti, il d.lgs. 208/2011 non contiene disposizioni derogatorie e, peraltro, l'istituto in questione, per caratteristiche e finalità, non sembrerebbe

3. L'art. 45, co. 2, ultimo periodo del d.lgs. 36/2023, infatti, dispone che *“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”*.

presentare profili di incompatibilità con la specificità degli appalti della difesa delineata nella direttiva comunitaria di riferimento. Si osserva, quindi, che in base alla normativa primaria, ed in particolare in forza del rinvio generale contenuto del precitato art. 3 del d.lgs. 208/2011, non emergano ragioni per ritenere inapplicabili le disposizioni sugli incentivi dettate dal d.lgs. 36/2023 anche agli affidamenti relativi ad acquisizioni ricadenti nella normativa di *procurement* militare.

A fronte di un rinvio normativo ad una fonte esterna nei limiti della compatibilità, il regime giuridico dell'istituto deve essere ricostruito avendo riguardo, in via prioritaria, alla fonte recante la disposizione di rinvio. Ove tale fonte normativa dovesse omettere la disciplina di fattispecie giuridicamente rilevanti, le stesse devono essere assoggettate dalla disciplina oggetto di rinvio, a condizione che quest'ultima risulti coerente sia con la disciplina di rinvio sia con le *rationes* ad essa sottese, esprimendo principi generali comuni.

Nel caso di specie, l'incentivo alle funzioni tecniche:

- *non risulta disciplinato dal d.lgs. 208/2011, costituente la fonte contenente il rinvio esterno; realizzandosi pertanto il primo presupposto giuridico per l'applicazione della disciplina oggetto di rinvio, dato dall'esistenza di una lacuna normativa;*
- *risulta disciplinato dal d.lgs. 36/2023, potendo, quindi, essere utilmente richiamata la disciplina oggetto di rinvio;*
- *risulta espressione di un principio generale, dato dalla valorizzazione delle professionalità interne dall'incremento della produttività, compatibile con la lettura e le *rationes* sottese alla disciplina del *procurement* militare.*

Alla stregua delle osservazioni svolte, pare potersi ritenere che l'incentivo alle funzioni tecniche previsto dal d.lgs. 36/2023 possa trovare applicazione anche con riferimento agli appalti affidati nel settore della Difesa e della Sicurezza in virtù della norma di rinvio recata dall'art. 3 del d.lgs. 208/2011 la cui essenza di disciplina primaria speciale, non pare ostare al riconoscimento dell'incentivo *de quo*.

3.2. I Dirigenti

L'art. 45 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 recante “Codice dei Contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78” prevede lo stanziamento di risorse finanziarie da destinare in parte ai dipendenti delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti che hanno svolto le specifiche attività tecniche tassativamente elencate nell'All. I.10, per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con espressa esclusione del personale con qualifica dirigenziale.

Tale disposizione, di fatto, esclude l'attribuzione dell'incentivo alle funzioni tecniche, al personale militare che riveste il grado di Colonnello o di Ufficiale Generale e gradi corrispondenti nonché al personale che riveste il grado di Maggiore e Tenente Colonnello e gradi equipollenti. Quest'ultimi, infatti, hanno recentemente acquisito lo *status* di "dirigenti" per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 29 maggio 2017, n. 94 (*Disposizioni in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze Armate*) e del d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95 (*Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia*), secondo i quali "la carriera degli Ufficiali preposti all'espletamento delle funzioni di direzione, comando, indirizzo, coordinamento e controllo sulle unità poste alle loro dipendenze, ha sviluppo dirigenziale".

Sull'esclusione dei "dirigenti con le stellette" dalla corresponsione degli incentivi alle funzioni tecniche, è opportuno sottolineare alcuni aspetti fondamentali.

La struttura gerarchica degli organi tecnici della Difesa è tale per cui il personale militare incaricato come responsabile delle singole fasi del procedimento di affidamento di lavori, servizi e forniture è, nella maggior parte dei casi, selezionato tra gli Ufficiali superiori o i Generali di Brigata e gradi corrispondenti. Questo è evidente quando si considera la figura del Capo servizio amministrativo di un'unità organizzativa dell'Amministrazione della Difesa, che svolge la funzione di responsabile per la fase di affidamento, rivestendo, salvo eccezioni, il grado di ufficiale superiore. Inoltre, gli ufficiali responsabili per la fase di progettazione possono anche rivestire il grado di Generale di Brigata e gradi corrispondenti. Questa organizzazione differisce da quella delle altre amministrazioni pubbliche, nelle quali i Rup e/o i responsabili delle singole fasi vengono nominati, in generale, tra i funzionari dipendenti. Per questi Ufficiali, le funzioni di direzione, comando, indirizzo, coordinamento e controllo sono attribuite *ex lege*, come sancito per il Rup ai sensi dell'art. 15, co. 4 del d.lgs. 36/2023.

La specificità della condizione del personale del comparto Difesa e Sicurezza prevede un sistema retributivo/inquadramento stipendiale differente da quello previsto per i dirigenti delle altre pubbliche amministrazioni. I dirigenti delle pubbliche amministrazioni italiane, infatti, sono soggetti a un sistema retributivo che include sia una componente fissa che una variabile, quest'ultima legata ai risultati conseguiti e alla produttività. La retribuzione di risultato rappresenta un emolumento significativo, costituendo almeno il 30% della retribuzione complessiva. Questo sistema premiale è inteso come stimolo per il raggiungimento di obiettivi specifici e per valorizzare il merito individuale. Per gli Ufficiali superiori/Generali e gradi equipollenti, la retribuzione di risultato non è prevista. Questo è dovuto alla natura delle loro funzioni, che non sempre permettono una valutazione oggettiva basata sui risultati in termini di risorse umane e mezzi disponibili. La loro retribuzione è quindi composta principalmente da elementi fissi, che riflettono il grado, l'anzianità e le specifiche responsabilità del ruolo ricoperto.

Questa differenza di trattamento economico tra il personale del comparto Difesa e Sicurezza, che comprende le Forze Armate e le Forze di Polizia, e i dirigenti delle altre

pubbliche amministrazioni ha implicazioni significative. Il sistema retributivo del comparto Difesa e Sicurezza si caratterizza per la sua specificità, legata strettamente alle funzioni esercitate e alla necessità di garantire un trattamento adeguato al personale che opera in condizioni spesso difficili e rischiose. La mancanza della retribuzione di risultato per gli Ufficiali superiori/Generali è un'espressione di questa specificità, che tuttavia pone in evidenza questioni rilevanti riguardo alla valorizzazione del merito laddove, peraltro, a questa si associ persino l'inapplicabilità, per *status* di "dirigente", del sistema incentivante di cui si discorre.

Sulla tematica, inoltre, nel sottolineare che a norma dell'art. 45 co. 4 del d.lgs. 36/2023 *"L'incentivo complessivamente maturato dal dipendente nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente"*, si osserva che, allo stato dell'arte, è altamente probabile il verificarsi che il personale militare di grado inferiore abbia un reddito annuo al lordo degli incentivi tecnici corrisposti superiore a quello degli Ufficiali Superiori/Generali di Brigata e gradi corrispondenti impiegati nel settore del procurement, nonostante questi ultimi abbiano certamente maggiori competenze/responsabilità.

4. Proposta di emendamento all'art. 45 del d.lgs. 36/2023

In virtù di quanto detto finora, si riteneva opportuno, per il solo personale del comparto Difesa e Sicurezza, in deroga al citato articolo 45, prevedere la possibilità di attribuire l'incentivo alle funzioni tecniche agli Ufficiali superiori e agli Ufficiali Generali e gradi corrispondenti che svolgono le funzioni specificate nell'All. I.10, ovvero dall'entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice.

In particolare, la variante normativa proposta non avrebbe comportato nuovi oneri a carico del bilancio dello Stato. si propone di inserire il comma 6 all'articolo 136 decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, con il seguente contenuto:

"In deroga all'articolo 45, comma 4, per le amministrazioni della Difesa e della Sicurezza, in considerazione della struttura gerarchica dei propri organi tecnici e della specificità delle retribuzioni rispetto alle altre amministrazioni, l'incentivo alle funzioni tecniche è corrisposto anche agli Ufficiali superiori e agli Ufficiali Generali e gradi corrispondenti che svolgono le funzioni specificate nell'allegato I.10, ovvero dall'entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice."

Riflessioni conclusive

Il presente elaborato ha permesso di delineare la disciplina degli incentivi alle funzioni tecniche nel nuovo Codice dei Contratti pubblici, partendo dall'evoluzione normativa e le aspettative che nel tempo hanno guidato il Legislatore per arrivare ad un esame della vigente disciplina enucleata dall'art. 45 del d.lgs. n. 36/2023, esplorando le procedure incentivabili, i soggetti destinatari e la quantificazione delle risorse finanziarie, nonché le modalità di corresponsione degli emolumenti in parola.

L'analisi condotta ha fatto chiaramente emergere come tali incentivi, se ben strutturati e correttamente applicati, possano generare un circolo virtuoso di miglioramento continuo, stimolando l'innovazione e l'efficienza nelle attività amministrative. Tuttavia, si è anche osservato come la sua applicazione nell'ambito del comparto Difesa e Sicurezza, evidenziava criticità non sempre sanabili con un dedicato sforzo ermeneutico.

In particolare, la normativa vigente al momento della redazione dell'elaborato, se da un lato, adeguatamente interpretata, sembrava potersi applicare anche ai contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della Difesa e Sicurezza, specificatamente disciplinati dal d.lgs. 208/2011, dall'altro, non pareva offrire margini per un'interpretazione che includeva l'incentivabilità di determinate figure, impropriamente assimilate ai dirigenti, suggerendo la necessità di un intervento legislativo specifico per modificare le disposizioni attuali.

In tale ambito, pertanto, tra gli obiettivi dell'elaborato, ha assunto particolare rilievo la proposta di emendamento al citato articolo 45. La proposta, difatti, mirava ad ottimizzare l'efficacia del sistema incentivante per adattarlo alle specifiche esigenze del comparto della Difesa e della Sicurezza, assicurando il rispetto degli obiettivi di modernizzazione e digitalizzazione dell'Amministrazione e la premialità del merito e della performance dei propri dipendenti coinvolti nelle procedure di affidamento di appalti e concessioni. Ciò nella convinzione che un approccio ponderato all'istituto potesse positivamente impattare sul personale, migliorando la cultura dell'eccellenza e della responsabilità all'interno dell'amministrazione pubblica e, conseguentemente, la qualità del servizio complessivamente erogato.

La proposta è stata portata all'attenzione del livello politico ed inserita in un disegno di legge. L'emendamento così come proposto, approvato dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei Deputati, costituisce, ora, l'articolo 11 (Disposizioni in materia di trattamento economico a favore del personale del Comparto difesa e sicurezza) della legge 4 aprile 2025, n. 42 recante "Misure in materia di ordinamento, organizzazione e funzionamento delle Forze di Polizia, delle Forze armate nonché del Corpo dei Vigili del Fuoco".

Riferimenti Bibliografici

- Banfi, A., & Galli, G. (2020). *La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni*. Consultabile in <http://www.osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-la-digitalizzazione-delle-pubbliche-amministrazioni-1941>;
- Manca, G. (2020). *La storia del Codice dell'Amministrazione digitale (Cad), giunto ormai alla sua sesta versione e con una serie di piccoli aggiustamenti strada facendo, parte nel 2003. La sua vita non è stata facile: ripercorriamola*. Consultabile in www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/breve-storia-della-pa-digitale-la-genesi-e-levoluzione-del-codice-dellamministrazione-digitale/
- Vella, G. (2023). Gli incentivi tecnici nel nuovo Codice dei Contratti pubblici. *Rivista della Corte dei conti*, 3.