Stazioni appaltanti e centrali di committenza, compensi ai funzionari in qualità di componenti delle commissioni giudicatrici alla luce del D.lgs 50/2016

PARERE DEL 17/10/2017-491742, AL 15147/2017, AVV. MARCO STIGLIANO MESSUTI

1. Con nota del 14 marzo 2017 n. 7643, il Provveditorato Interregionale OO.PP. per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata ha chiesto parere all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli in riferimento allo schema di convenzione per concessione di committenza predisposto in occasione dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016.

In particolare, l'Amministrazione ha sottoposto i seguenti quesiti:

a) se i funzionari del Provveditorato - Centrale di committenza - nominati dalla stessa amministrazione componenti e personale di segreteria della commissione giudicatrice di cui all'art. 77, D.lgs. 50/2016 abbiano diritto ad un compenso; quale sia il possibile criterio di quantificazione, da eventualmente distinguersi in una fase transitoria ed una definitiva, all'esito dell'emanazione del decreto ministeriale di cui all'art. 77 comma 10, del medesimo D.lgs. 50/2016;

b) se la disciplina dell'art. 113, comma 5, del D.lgs. 50/2016 comprenda anche detti compensi;

c) se la stessa disciplina sia immediatamente applicabile.

2. Con la nota emarginata codesta Avvocatura, nell'esprimere il proprio orientamento, ravvisata sull'argomento una questione di massima, ha sottoposto la richiesta di parere all'attenzione dello scrivente.

3. Codesta Avvocatura, con parere del 24 febbraio 2014 n. 20731 nella vigenza del D.lgs 163/2006, aveva ravvisato la ricorrenza di una concessione di committenza nel caso di procedure di gara espletate dal medesimo Provveditorato per conto di altri Enti ed Amministrazioni, in forza di appositi atti convenzionali, stipulati ai sensi dell'art. 33, del D.lgs. 163/2006, in virtù della quale era stato conferito al Provveditorato stesso il compito di provvedere all'espletamento delle funzioni ed attività, anche pubbliche, di stazione appaltante, in sostituzione dell'Amministrazione concedente.

In tale ipotesi, proseguiva codesta Avvocatura, i dipendenti del Provveditorato nominati componenti della commissione giudicatrice andavano qualificati come soggetti terzi rispetto al committente sostanziale, ossia la stazione appaltante, e pertanto avevano diritto al compenso per l'attività espletata ai sensi del DM 31 ottobre 2007, n. 14154.

4. A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 il Provveditorato alle oo.pp. rilevava di aver aggiornato lo schema di convenzione quadro per l'affidamento delle funzioni di Centrale di Committenza e delle attività di

Committenza ausiliarie, ai sensi e per gli effetti degli artt. 37, 38 e 39 del medesimo D.lgs. 50/2016. Nello schema di convenzione adottato, si prevede che i funzionari del medesimo Provveditorato-Centrale di Committenza, nominati componenti delle commissioni giudicatrici, siano legittimati al riconoscimento del compenso.

5. Per quanto riguarda la quantificazione di detto compenso, nello schema di convenzione vengono definite due diverse scansioni temporali; la prima, antecedente all'emanazione del DM di cui all'art. 77, comma 10 del D.lgs. n. 50/2016, deve sottostare al massimale previsto nell'art. 1 co. 4 (e allegato A) del D.M. n. 14154 del 31 ottobre 2007, considerato strumento regolamentare di riferimento fino all'emanazione del nuovo Decreto.

Nella seconda scansione temporale, successiva all'emanazione di suddetto decreto, i compensi spettanti al Provveditorato per le attività di centrale di committenza sono determinati applicando, per quanto riguarda la Commissione di gara, quelli determinati dal decreto medesimo, da considerare spettanti anche ai funzionari del Provveditorato qualora investiti delle funzioni di Presidente/Componenti/Segreteria, mentre per quanto riguarda il personale della Centrale di Committenza, è previsto il riconoscimento di un importo quantificato nella misura percentuale dello 0,5% dell'importo a base di affidamento corrispondente, ai sensi dell'art. 113, comma 5, del D.lgs. 50/2016, ad una misura pari ad $\frac{1}{4}$ dell'incentivo previsto dal medesimo art. 113 comma 2.

Sullo schema di convenzione veniva richiesto un nuovo parere all'Avvocatura di Napoli.

6. Quest'ultima rileva che l'art. 77 co. 10, sancendo il principio secondo il quale ai dipendenti pubblici non spetti alcun compenso di commissario, se appartenenti alla stazione appaltante, *"non prevede esplicitamente riferimenti all'ipotesi in cui la stazione appaltante, cui appartenga il dipendente, espleti la procedura di gara per proprio conto o per conto di altra amministrazione pubblica"*.

Fatta questa premessa, codesta Avvocatura ritiene che, nonostante la centrale di committenza e la stazione appaltante siano disciplinate dal D.lgs. 50/2016 come figure distinte (art. 3), tale differenziazione nomenclativa non sia dirimente.

In particolare, viene formulato il seguente sillogismo: la definizione di stazione appaltante del nuovo codice è pur sempre quella di amministrazione aggiudicatrice; la definizione di centrale di committenza è identificata parimenti come un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore le quali assolvono una specifiche funzione, ossia forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie.

Si sostiene quindi che la nozione di stazione appaltante espressa dall'art. 77 co. 10, sia possibilmente ispirata alla *ratio* di onnicomprensività della retribuzione del pubblico dipendente che svolga l'attività assegnata all'ente da-

tore di lavoro; comprensiva, in altri termini, non solo dell'amministrazione aggiudicatrice nel cui interesse finale sia svolta la procedura di gara, ma anche dell'amministrazione aggiudicatrice-centrale di committenza, che abbia assunto l'incarico di concretamente effettuarla, ravvisandosi anche nel caso della centrale di committenza il rapporto diretto fra l'autorità che provvede alla nomina e il dipendente che ne beneficia. Si conclude dunque nel senso che alcun compenso per componente ed ausiliario di commissione giudicatrice possa essere riconosciuto, in virtù dell'art. 77 co. 10, al pubblico dipendente appartenente alla stazione appaltante ed attributario dei compiti suddetti, sia con riferimento all'amministrazione pubblica che abbia adottato la determina di contrarre, sia con riferimento all'amministrazione pubblica che debba procedere all'aggiudicazione, quale centrale di committenza.

Codesto Ufficio, giunge a tale conclusione ricorrendo anche ad un *iter* logico-giuridico alternativo, ossia prescindendo dall'applicazione nel caso di specie dell'art. 77 co. 10; in particolare, si afferma che, per quel che concerne le nomine in commissioni concorsuali, la partecipazione alle commissioni giudicatrici per i componenti interni rientri nell'ordinario contenuto del rapporto di impiego con l'Amministrazione che ha indetto il concorso, il quale ben può comprendere anche prestazioni lavorative occasionali (che, proprio per tale loro specifica natura, non sono previste dalla contrattazione collettiva di settore - Tar Veneto n. 700/2007).

Codesta Avvocatura, afferma, per contro, che in caso si reputi ammissibile il diritto al compenso in capo ai funzionari del Provveditorato, dovrà riconoscersi l'assimilazione dell'incarico del dipendente della centrale di committenza al "*c.d. incarico esterno*" e pertanto si dovrà tener conto dei principi desumibili dalla disciplina generale degli incarichi esterni ai pubblici dipendenti, come interpretato dalla giurisprudenza consolidata (non remunerazione diretta dei dirigenti; completa estraneità dell'incarico ai doveri del dipendente; incarico motivato previo interpello, da svolgersi fuori dell'orario di lavoro).

7. Nelle more dell'evasione del parere, codesto Ufficio, con nota del 28 settembre 2017 n. 131232, inoltrava per i seguiti di competenza, l'ulteriore missiva del Provveditorato campano, datata 21 settembre 2017 n. 26161, di chiarimenti ed integrazione documentale. Quest'ultimo chiariva che nell'ambito delle attività di centrale di committenza esso svolge anche funzioni di Stazione Unica Appaltante (SUA) ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successivo Dpcm 30 giugno 2011 e che il disciplinare di regolamentazione degli aspetti economici, predisposto in ossequio alla citata normativa, prevede la corresponsione degli emolumenti per il personale chiamato a far parte delle commissioni di gara.

Da ultimo l'ufficio provveditoriale chiarisce che "*gli incarichi di componente/presidente/ufficio di segreteria di commissioni di gara svolte da diri-*

genti/funzionari dell'amministrazione nell'espletamento delle funzioni di centrale di committenza sono classificati come "incarichi aggiuntivi" ai sensi della Circolare MIT n. 20929 dell'8 maggio 2017", che viene anche allegata.

Al riguardo la circolare chiarisce che gli incarichi retribuiti extra trattamento stipendiale, vanno distinti in: "incarichi aggiuntivi" ed "incarichi esterni".

Per quanto di interesse, gli incarichi aggiuntivi (punto 2.1 della circolare), "si intendono gli incarichi affidati direttamente da questa amministrazione o gli incarichi affidati da soggetti terzi (amministrazioni pubbliche o soggetti privati), sulla base di convenzioni, accordi, intese, scambi epistolari, previa designazione di questa amministrazione.

Gli incarichi aggiuntivi sono connessi con le funzioni istituzionali del Ministero e con il rapporto di lavoro dell'interessato alle dipendenze dell'amministrazione.

In particolare, rivestono senz'altro natura istituzionale tutte le attività rientranti nei compiti attribuiti, dalla normativa vigente, al MIT e relativamente ai quali l'individuazione del personale incaricato avvenga in relazione alle mansioni e funzioni svolte presso l'amministrazione. Con riferimento alle fattispecie di cui al presente paragrafo, il dipendente opera per conto del Ministero ed il tempo dedicato all'attività va considerato servizio a tutti gli effetti".

La circolare al punto 3.1, regola anche il limite economico che ciascun dipendente non può superare in ogni anno solare.

8. Questo Generale Ufficio, pur dando atto che la questione presenta margini di opinabilità e, considerato, che l'avviso espresso dall'Avvocatura di Napoli con nota del 10 aprile 2017, è intervenuto in data anteriore alla pubblicazione della Circolare ministeriale 8 maggio 2017, osserva quanto segue.

La stazione appaltante, (lettera o) dell'art. 3) così come delineate dal nuovo codice degli appalti, può essere fatte coincidere in parte con il genus includente le amministrazioni aggiudicatrici; la centrale di committenza, al contrario, è identificata come un'amministrazione aggiudicatrice che svolge attività di centralizzazione delle committenze, attività che viene definita dal legislatore alla lett. i) del medesimo comma 1 dell'art. 3 del D.lgs. 50/2016.

La stazione appaltante, ai sensi della legge italiana e nello specifico nel codice dei contratti pubblici, indica una pubblica amministrazione aggiudicatrice o altro soggetto di diritto, che affida appalti pubblici di lavori, forniture o servizi oppure concessioni di lavori pubblici o di servizi.

La centrale di committenza, ai sensi del codice dei contratti pubblici è una stazione appaltante che gestisce gare d'appalto per conto di più pubbliche amministrazioni italiane.

Che la "stazione appaltante" e la "centrale di committenza" siano due figure ontologicamente distinte trova conferma in vari passaggi del codice dei contratti ed in particolare all'art. 37 che ne delinea in misura pregnante i rapporti tra i due soggetti.

Fatta questa necessaria premessa deve osservarsi che non convince il sillogismo in virtù del quale si sostiene che alcun compenso per componente ed ausiliario di commissione giudicatrice possa essere riconosciuto ai funzionari del Provveditorato-Centrale di Committenza.

Il legislatore all'art. 77 comma 10 ha precisato che ai dipendenti pubblici non spetta alcun compenso per l'attività di commissario di commissione aggiudicatrice "*se appartenenti alla stazione appaltante*".

Questo inciso, in forza di un'interpretazione letterale e teleologica porta a concludere che se l'attività di partecipazione ad una commissione aggiudicatrice viene svolta dal dipendente in favore di un soggetto diverso dalla "stazione appaltante" il divieto non dovrebbe operare.

Quest'ultimo soggetto in base alle diverse definizioni fornite dagli artt. 3 e 37 del codice, ha una precisa identità del tutto dissimile da quella della centrale di committenza.

Ne consegue, argomentando a contrario che, nel caso di procedure di gara espletate dal medesimo Provveditorato per conto di altri Enti ed Amministrazioni, in forza di appositi atti convenzionali, stipulati ai sensi e per gli effetti degli artt. 37, 38 e 39 del D.lgs. 50/2016, debba riconoscersi sussistente il diritto al compenso in capo ai funzionari delle commissioni giudicatrici, poiché i compiti assolti dagli stessi nell'espletamento delle attività di Centrale di Committenza non rientrano nei fini istituzionali del Provveditorato (Cfr. Corte dei Conti sezione controllo Campania 11 dicembre 2014 n. 247).

9. Nel solco di questo percorso argomentativo, per quanto attiene la natura, gli incarichi di componente/presidente/ufficio di segreteria delle commissioni di gara appaiono riconducibili, in forza della citata circolare, agli "incarichi aggiuntivi" (punto 2.1), con conseguente applicazione della relativa disciplina.

10. Per quanto concerne i quesiti relativi alla disciplina dell'art. 113 co. 5, del D.lgs. 50/2016 ossia se tale disposizione normativa comprenda anche i compensi spettanti ai membri della commissione giudicatrice e se sia di immediata applicazione, si osserva quanto segue.

10.1 Quanto all'immediata applicabilità del comma 5, dell'art. 113 si condivide l'avviso espresso dall'Avvocatura di Napoli, nel senso della piena efficacia della disposizione, in quanto il regolamento di cui al comma 3, investe la distribuzione del fondo tra i funzionari e non la sua costituzione.

10.2 Quanto invece al quesito se la disciplina dell'art. 113 co. 5 del D.lgs. 50/2016 comprenda anche i compensi spettanti ai membri della commissione giudicatrice si osserva quanto segue.

Il comma 2 del medesimo art. 113 del D.lgs. 50/2016 elenca le attività per le quali è previsto un incentivo, ed esse consistono in quelle di: *"programmazione della spesa per investimenti, per la verifica preventiva dei progetti di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, 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"*.

Nelle attività elencate non è contemplata quella relativa ai compensi per la commissione giudicatrice. Ora, inferire da questa lacuna che la possibilità ivi contemplata di richiesta di rimborso dei costi della centrale di committenza non possa riguardare tale ultima attività, parrebbe presentare non poche criticità; difatti si ammetterebbe che ai dipendenti pubblici della Centrale di Committenza/ Provveditorato, incaricati della predisposizione del bando o anche di curare attività di mera collaborazione, spetti un compenso, mentre ai membri della commissione di gara, ai quali sono delegati i compiti maggiormente complessi e del tutto conseguenti alle procedure di gara medesime, non spetti alcun compenso. Il tutto non dimenticando che come detto in precedenza i compensi per l'attività prestata in seno alla commissione giudicatrice sono previsti dall'art. 77, comma 10.

11. In conclusione, ed in attesa dell'adozione del decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze *ex art. 77 co. 10*, la Scrivente ritiene di poter rispondere ai quesiti formulati nei seguenti termini:

1) I funzionari ed i dirigenti del Provveditorato-Centrale di committenza, nominati dalla stessa Amministrazione componenti e personale di segreteria delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77, D.lgs. 50/2016 svolgono un incarico da qualificarsi "aggiuntivo" ai sensi del punto 2.1 della Circolare MIT, 8 maggio 2017 ed hanno diritto ad un compenso così come previsto al punto 3 della medesima circolare.

Per i dirigenti opera il regime di onnicomprensività di cui all'art. 24, comma 3, del D.lgs 165/2001, come precisato anche al punto 2.1.3 della circolare ministeriale.

Nel quadro economico dell'intervento andranno indicate, tra le somme a disposizione, le spese di cui all'art. 113, comma 5, del Dlgs 50/2016.

2) Per quanto concerne la quantificazione del compenso spettante al personale del Provveditorato per le attività di Centrale di Committenza, occorre distinguere.

a) Fase transitoria:

Nelle more dell'adozione del Decreto di cui all'art. 77 comma 10, si potrà

ricorrere all'applicazione analogica della disposizione di cui al DM Infrastrutture del 31 ottobre 2007 n. 14154 per quanto concerne i compensi spettanti ai componenti delle commissioni giudicatrici (funzionari o dirigenti del Provveditorato/Centrale di Committenza);

L'erogazione di detto compenso dovrà essere subordinata all'espressa riserva del diritto alla restituzione o al contrario ad un conguaglio nel caso in cui, rispettivamente, il compenso risultante dall'emanando decreto risulti essere inferiore oppure superiore al compenso risultante dall'emanando DM.

Ovviamente andranno rispettati i "tetti" previsti al punto 3.1 della Circolare ministeriale.

b) Fase a regime.

Successivamente all'emanazione del DM di cui all'art. 77, comma 10, D.lgs 50/2016 applicare i compensi da esso stabiliti.

3) Per quanto concerne il personale della centrale di committenza, per funzioni diverse da quelle della sola commissione giudicatrice, va riconosciuto un compenso *ex art.* 113, comma 5, d.lgs 50/2016.

Da ultimo, valuterà codesto Ministero se in sede di adozione del DM previsto dall'art. 77, comma 10, D.lgs 50/2016 si renderanno necessari ulteriori chiarimenti.

Attesa la natura di massima il presente parere, viene altresì inoltrato al Gabinetto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti ed al Direzione generale del personale del Ministero.

Sul presente parere, è stato sentito il Comitato Consultivo di quest'Avvocatura, che nella seduta del 2 ottobre 2017 si è espresso in conformità.