
AFFIDAMENTO AD AGESP ATTIVITA' STRUMENTALI S.R.L DEL SERVIZIO DI SUPPORTO TECNICO AMMINISTRATIVO PER LA PROGRAMMAZIONE, LA PROGETTAZIONE, LA REALIZZAZIONE DI LAVORI E L'ACQUISIZIONE DI BENI E SERVIZI DEL COMUNE DI BUSTO ARSIZIO

Relazione in merito all'affidamento alla società in house Agesp Attività Strumentali S.r.l. funzionale alle verifiche di cui all'Art. 7 del D. Lgs. 36/2023

Comune di Busto Arsizio
Copia cartacea di documento firmato digitalmente e conservato presso il Comune di Busto Arsizio - art. 71 D. Lgs 82/2005
Protocollo N. 0037776/2024 del 15/03/2024
Classifica 4.5
Firmatario: MASSIMO MASOTTI

E

1	Premessa.....	7
2	Contesto giuridico di riferimento	7
2.1	L'in house providing nel contesto comunitario	7
2.1.1	Le direttive appalti e concessioni	7
2.1.2	Riferimenti giurisprudenziali comunitari in materia di in house providing	10
2.2	Il contesto normativo e giurisprudenziale nazionale	11
2.2.1	I modelli di gestione nel Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50/2016) e nel Codice dei Contratti del 2023 (d. lgs. 36/2023)	12
3	Verifica dei requisiti per l'affidamento in house providing.....	18
3.1	Verifica dei requisiti in materia di controllo analogo e attività prevalente	18
4	Descrizione del servizio	21
4.1	Caratteristiche del servizio	21
4.1.1	Oggetto del servizio	21
4.2	Modalità di calcolo dei corrispettivi.....	24
4.3	Standard tecnici, livelli quantitativi e qualitativi e modalità di erogazione dei servizi	25
5	Analisi economica dell'affidamento	29
5.1	Premessa	29
5.2	Comparazione con opzioni alternative/economicità	30
5.3	Esperienza della gestione precedente, profili di strategicità e celerità	32

INFORMAZIONI DI SINTESI	
Oggetto dell'affidamento	<ul style="list-style-type: none"> - Supporto agli uffici comunali nella predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dell'elenco annuale dei lavori, comprensivo di ogni attività di assistenza e consulenza tecnica al Comune; - Svolgimento della funzione di Responsabile Unico di Progetto su mandato esplicito del Comune; - Attività di committenza ausiliaria; - Servizi di ingegneria e architettura per la realizzazione delle opere pubbliche; - Attività di supporto tecnico su richiesta del Comune; - Alta sorveglianza in fase di esecuzione; - Direzione dell'Esecuzione del Contratto in caso di Appalti di Servizi e Forniture; - Su specifica delega del Comune partecipazione a commissioni e tavoli tecnici istituzionali; - Attività di supporto a processi di progettazione partecipata che il Comune intende attivare.
Importo dell'affidamento	Importo variabile sulla base dell'effettivo fabbisogno dell'Ente. Importo stimabile pari al valore minimo funzionale a garantire la disponibilità delle risorse funzionali al servizio: 206.000 Euro oltre IVA annui.
Ente affidante	Comune di Busto Arsizio (C.F e P.IVA 00224000125)
Tipo di affidamento	Appalto di servizi in house providing
Modalità di affidamento	Affidamento a società in house di servizi strumentali ai sensi dell'Art. 7 comma 2 del D. Lgs. 36/2023
*Solo in caso di affidamento in house	<p>Codice fiscale e denominazione organismo <i>in house</i>:</p> <p>Agesp Attività Strumentali S.r.l</p> <p>C.F e P.IVA: 03436480127</p> <p>Percentuale di quote di partecipazione nell'organismo (quote di partecipazione diretta e indiretta e, in questo caso, indicazione della «società tramite»)</p> <p>Percentuale di quote di partecipazione nell'organismo (quote di partecipazione diretta e indiretta e, in questo caso, indicazione della «società tramite»)</p> <p>Il Comune di Busto Arsizio detiene una quota di partecipazione indiretta del 99,99583% tramite la società Agesp S.p.A che è a sua volta partecipata direttamente da:</p>

- Comune di Busto Arsizio con il 99,99583% delle quote
- Comune di Castellanza con lo 0,000695% delle quote
- Comune di Dairago con lo 0,000695% delle quote
- Comune di Fagnano Olona con lo 0,000695% delle quote
- Comune di Gorla Minore con lo 0,000695% delle quote
- Comune di Marnate con lo 0,000695% delle quote
- Comune di Olgiate Olona con lo 0,000695% delle quote

Indicazione di clausole statutarie sul controllo analogo

- Articolo 1.4 dello Statuto di Agesp Attività Strumentali S.r.l.:" Il Comune di Busto Arsizio esercita sulla società il controllo analogo indiretto, per il tramite di Agesp Spa, mediante determinazione e approvazione degli indirizzi relativi ai servizi pubblici gestiti dalla società e successiva verifica periodica della loro attuazione, il tutto secondo le modalità declinate con specifico regolamento adottato dal Consiglio Comunale e nel rispetto di quanto previsto dai disciplinari concernenti ciascun servizio e attività resi dalla società in favore del Comune. L'Organo Amministrativo predispone specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendali informandone i soci in occasione della assemblea di approvazione del bilancio, ed ha facoltà di valutare ed integrare, in considerazione delle caratteristiche organizzative aziendali e delle attività svolte, gli strumenti di governo societario con i presidi previsti dalla normativa speciale vigente in materia di società a partecipazione pubblica, dandone conto al socio in apposita relazione sul governo societario da pubblicare contestualmente al bilancio di esercizio."
- Indicazione della clausola statutaria che impone che più dell'80% del fatturato sia svolto in favore dell'ente pubblico o degli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto a detto limite sia consentita solo se assicura economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società partecipata
- Articolo 1.5 dello Statuto di Agesp Attività Strumentali s.r.l.: La società svolge la propria attività nell'interesse di Agesp S.p.A. e del Comune di Busto Arsizio e a vantaggio dei medesimi. Oltre l'80% (ottanta per cento) del fatturato aziendale è conseguito nello svolgimento dei compiti affidati alla società da Agesp S.p.A. e/o dal Comune di Busto Arsizio. La eventuale produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato è consentita esclusivamente al fine di permettere alla società di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività svolta in via principale

- Articoli 2.3 e 2.4. dello Statuto di AgeSp Attività Strumentali s.r.l.: La società potrà operare esclusivamente con il Comune di Busto Arsizio, o con eventuali altri Comuni, soci di minoranza del socio unico, e non potrà svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, ne' in affidamento diretto ne' con gara, e non potrà partecipare ad altre società o enti.
- Le attività e i servizi di cui ai commi precedenti saranno svolti sotto il controllo e con la verifica di AgeSp S.p.A., in conformità agli indirizzi definiti e approvati dal Comune di Busto Arsizio. La società è in ogni caso vincolata a realizzare la propria attività con il Comune di Busto Arsizio, sue aziende ed enti dipendenti o società dal medesimo partecipate o affidatarie del servizio pubblico locale e comunque con le collettività rappresentate dal suddetto Comune e nel territorio di riferimento del medesimo, salva la possibilità di operare con eventuali altri Comuni, soci di minoranza del socio unico, nel rispetto dei limiti di legge.

Descrizione e quantificazione dell'attività svolta nei confronti dell'ente affidante, con specifica indicazione della eventuale ulteriore attività prestata in favore di soggetti terzi certificata dall'organismo controllo/revisore contabile

VALORE DELLA PRODUZIONE	2021	2020	2019
GESTIONE EDIFICI	3.818.735 €	5.373.200 €	3.83
VERDE PUBBLICO	1.738.361 €	1.112.636 €	1.25
SETTORI COMUNI	10.637 €	39.812 €	2
GESTIONE STRADE	4.980.274 €	3.173.303 €	3.13
SEGNALETICA STRADALE	237.931 €	204.838 €	20
GESTIONE CIMITERI	943.048 €	723.622 €	72
GESTIONE CALORE	2.093.227 €	1.468.042 €	1.72
GLOBAL SERVICE	14.375 €	17.017 €	1
FARMACIE	3.415.799 €	3.664.464 €	3.47
PARCHEGGI	1.107.878 €	841.976 €	1.47
TOTALE	18.360.266 €	16.618.909 €	15.86

La tabella conferma quanto sopra riportato per cui è possibile affermare che non vi siano attività all'infuori del perimetro della c.d. “**attività prevalente**” e che il requisito in house del superamento del 80% del fatturato risulta soddisfatto.

	Indicazione superamento soglie di rilevanza comunitaria (si/no) Sì
Durata dell'affidamento	5 (cinque) anni dalla data di stipula del contratto
Territorio e popolazione interessata dal servizio affidato o da affidare:	Singolo Comune: Comune di Busto Arsizio (ab. 83.340)

1 Premessa

La presente relazione è predisposta al fine di illustrare la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa nazionale e comunitaria per l'affidamento in house providing del servizio "Supporto tecnico amministrativo per la programmazione, la progettazione, la realizzazione di lavori e l'acquisizione di beni e servizi del comune di Busto Arsizio" da parte del Comune di Busto Arsizio alla società Agesp Attività Strumentali S.r.l.

Nei successivi paragrafi si fornirà un approfondimento in merito al quadro giuridico di riferimento e alla sua effettiva applicazione al caso in esame, con particolare riferimento alla sussistenza dei requisiti per l'in house providing nel caso specifico.

E' opportuno precisare che l'affidamento oggetto della presente relazione è definibile come servizio strumentale non rientrando pertanto nell'ambito dei c.d. "servizi pubblici locali" o, utilizzando una locuzione di matrice comunitaria "servizi di interesse economico generale". Pertanto, non trova applicazione, nel caso in esame, la disciplina introdotta con il D. Lgs. 201/2022 per gli affidamenti di "servizi pubblici locali" richiamata dal comma 3 dell'Articolo 7 del D. Lgs. 36/2023.

Trova invece applicazione il comma 2 dell'Articolo 7 del D. Lgs. 36/2023 che prevede 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. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato".

Non trovando applicazione il D. Lgs. 201/2022, non trovano altresì applicazione gli articoli 14 e 17 del medesimo e conseguentemente le disposizioni applicative ANAC. Cionondimeno, si è ritenuto di sviluppare la presente relazione istruttoria, funzionale a verificare la sussistenza dei requisiti di cui all'Art. 7 del D. Lgs. 36/2023 sulla base del modello funzionale alla predisposizione della Relazione ex Art. 14 del D. Lgs. 201/2022 approvato e adottato da ANAC.

2 Contesto giuridico di riferimento

2.1 L'in house providing nel contesto comunitario

2.1.1 Le direttive appalti e concessioni

Nella Direttiva Concessioni (art. 17 Direttiva 23/2014/UE) e nella Direttiva Appalti (art. 12 Direttiva 24/2014/UE) è per la prima volta "codificato" il modello dell'in house providing.

Le disposizioni (che hanno identico contenuto configurativo del modello) per la prima volta traducono in un dato normativo gli elementi di principio dettati a suo tempo dalla sentenza Teckal e sviluppati dalla

giurisprudenza della Corte di giustizia, fornendo elementi specificativi dei requisiti de controllo analogo e dell'attività prevalente a favore dell'ente affidante.

Le due norme delle direttive stabiliscono infatti che non rientra nell'ambito di applicazione del nuovo corpus di regole per gli appalti e del nuovissimo complesso normativo in materia di concessioni un affidamento di servizio tra un'amministrazione aggiudicatrice e una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato quando la prima eserciti sulla seconda proprio un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi.

Rispetto al secondo elemento costitutivo dell'in house, le norme gemelle delle direttive 23/2014 e 24/2014 introducono la prima rilevante novità, stabilendo che **l'attività è prevalente quando oltre l'80% delle attività** della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice "affidante".

È necessario rilevare come il comma 5 dell'art. 17 della Direttiva n. 23/2014 stabilisca anche modalità precise per il calcolo della percentuale di "attività prevalente". La norma stabilisce infatti che per determinare la percentuale delle attività si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione della concessione. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica, amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

La seconda innovazione rispetto agli orientamenti giurisprudenziali consolidati è data dalla previsione di un terzo elemento necessario per la definizione del rapporto inter organico, **quale l'assenza nella persona giuridica controllata di partecipazioni dirette di capitali privati**, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportino controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Proprio l'affermazione della sussistenza del controllo analogo sulla persona giuridica affidataria da parte dell'amministrazione quando essa esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, costituisce il fondamento anche per l'ulteriore grande novità: il controllo tramite holding.

Le norme delle due direttive stabiliscono infatti che l'amministrazione può esercitare il controllo sull'organismo affidatario per mezzo di una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

La disciplina codifica anche la situazione in cui l'organismo affidatario sia partecipato da più enti, anche con quote minoritarie, determinando la sussistenza del controllo analogo quando questo sia esercitato in forma congiunta.

La situazione si concretizza quando gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti

da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Peraltro, singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti.

Le direttive definiscono per la prima volta anche i parametri per escludere dal loro ambito applicativo le forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche, quando il contratto definisce un rapporto collaborativo finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune.

Di seguito, per chiarezza espositiva, si riporta integralmente la codificazione inserita nelle due direttive comunitarie del 2014 in materia di in house providing:

1. Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. [...]

3. Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- i. gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;
- ii. tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- iii. la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

2.1.2 Riferimenti giurisprudenziali comunitari in materia di in house providing

L'espressione in house providing serve per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato.

L'attenzione per soluzioni volte a privilegiare le società partecipate dall'Ente Locale negli affidamenti, soprattutto in forza del controllo esercitato dalle Amministrazioni socie, ha indotto frequentemente le stesse a formalizzare rapporti di servizio "diretti", assimilabili al modello "in house" descritto dalla giurisprudenza comunitaria, la quale ha ritenuto che l'amministrazione pubblica (soggetto aggiudicatore per definizione) possa procedere all'affidamento "diretto" del servizio ad una società partecipata in presenza di specifiche e speciali condizioni (soggette a rigorosa verifica) quali:

- a) la dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale del soggetto gestore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, la possibilità di un effettivo controllo dell'amministrazione sul gestore del servizio equiparabile a quello esercitabile sui propri organi;
- b) lo svolgimento dell'attività economica oggetto del servizio pubblico ad un livello dimensionale tale da risultare, in via di fatto, di prevalente e circoscritto beneficio dell'autorità controllante.

I due parametri essenziali per il modulo "in house providing" sono stati definiti dalla Corte di Giustizia CE con la sentenza 8 novembre 1999 sulla causa C-107/1998, tra Teckal S.r.l. e Comune di Viano, nota come "sentenza Teckal".

La sentenza evidenzia infatti (punto 50) come in linea di principio, la stipulazione di un contratto tra da una parte, un ente locale e, dall'altra, una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, possa avvenire diversamente (dall'affidamento con gara n.d.r.) solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

I requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno peraltro interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia CE, sentenza 6 aprile 2006, Causa C-410/04, punto 26).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (peraltro sistematicamente recepita dalla

giurisprudenza costituzionale e amministrativa nazionale) ha modulato i vari profili operativi e funzionali caratterizzanti sia il c.d. “**controllo analogo**” sia la c.d. “**attività prevalente**”, stabilendo i requisiti affinché possano sussistere tali elementi nel rapporto tra ente affidante e soggetto affidatario in un modello “in house”. I requisiti principali evidenziati dalla giurisprudenza comunitaria e italiana (Corte costituzionale) sono specificamente individuati nelle due tabelle riportate di seguito.

Tavola 6. Requisiti per il controllo analogo

Requisito	Riferimenti
Titolarità pubblica integrale del capitale sociale	<ul style="list-style-type: none"> • Corte di Giustizia CE, Sez. I, sentenza 11 gennaio 2005 – Causa C-26/03. (punti 49 e 50); • Corte di Giustizia CE, Sez. I, sentenza 6 aprile 2006, Causa C-410/04. (punto 31); • Corte Giustizia C, Sez. III, sentenza 10 settembre 2009, Causa C-573/07. (punti 50 e 51); • Corte di Giustizia CE, Sez. I, sent. 11 maggio 2006, causa C-340/04 (punto 37); • Corte di Giustizia CE, Sez. II, sent. 19 aprile 2007, causa C-295/05 (punto 57)
Possibilità di esercizio del controllo da parte di più soci pubblici, anche a fronte di partecipazione minoritaria al capitale sociale.	<ul style="list-style-type: none"> • Corte di Giustizia CE, Sez. III, sent. 13 novembre 2008, causa C-324/07 (punti 50 e 54); • Corte Giustizia Sez. III, sentenza 10 settembre 2009, Causa C-573/07. (punto 63) • Corte di Giustizia UE, Sez. III, sent. 29 novembre 2012, cause C-182/11 e C-183/11 (punto 33)
Obbligo di oggetto sociale delimitato e non esteso.	<ul style="list-style-type: none"> • Corte di Giustizia CE, Sez. I, sentenza 13 ottobre 2005, Causa C- 458/03. (punto 67, lett. b e sintesi in punto 72)
Funzione del controllo analogo	<ul style="list-style-type: none"> • Corte di Giustizia CE, Sez. I, sentenza 13 ottobre 2005, Causa C- 458/03. (punto 65)

Fonte: elaborazione Paragon

Tavola 7. Requisiti per l’attività prevalente

Requisito	Riferimenti
Maggior parte dell’attività svolta dalla società affidataria in house a favore dell’ente locale affidante – marginalità di altre attività svolte dalla società	<ul style="list-style-type: none"> • Corte di Giustizia CE, sent. 11 maggio 2006, C-340/04 (punti 62 e 63)

Fonte: elaborazione Paragon

2.2 Il contesto normativo e giurisprudenziale nazionale

2.2.1 I modelli di gestione nel Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50/2016) e nel Codice dei Contratti del 2023 (d. lgs. 36/2023)

Il **Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50/2016)** ha recepito del Direttive 23/2014/Ue e 24/2014/Ue, disciplinando:

- a) il modulo dell'in house, in termini pienamente coerenti con le disposizioni comunitarie (art. 5 e art. 192, integrati per le società partecipate dall'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016);
- b) le regole per l'affidamento di concessioni, con norme più articolate riferite anche alle concessioni di servizi (artt. 164-178);
- c) alcuni modelli innovativi per definire i rapporti di partenariato pubblico-privato (artt. 179-191, integrati per le società miste dall'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016).

L'articolo 5 (riportato nelle regole per i contratti esclusi dall'ambito applicativo del d.lgs. n. 50/2016) ha disciplinato per la prima volta nell'ordinamento nazionale il modulo dell'affidamento in house, non limitandosi, tuttavia, alla sua previsione con rinvio al quadro comunitario, ma specificandone la strutturazione fondata sui due elementi costitutivi, enucleati dalla Corte di Giustizia CE con la sentenza 8 novembre 1999 sulla causa C-107/1998, tra Teckal S.r.l. e Comune di Viano, nota come "sentenza Teckal".

La disposizione recepiva nel comma 1 il quadro sistemico derivante dalla giurisprudenza comunitaria evolutiva e dalle direttive, stabilendo che una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica (partecipata) un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;
- nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Il requisito del controllo analogo era esplicito secondo le linee consolidate nella giurisprudenza comunitaria, trasposte nel comma 2, il quale prevedeva che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Il dimensionamento della possibile partecipazione dei privati alla compagine societaria di un'affidataria in house non è stato precisato in termini specifici dalla norma del Codice dei contratti pubblici ma si è limitata a un rinvio al quadro normativo già esistente.

Tale dato di riferimento è chiaramente rinvenibile nella regola stabilita dall'art. 2359 del codice civile in base alla quale sono considerate società controllate quelle che vengono a trovarsi in tre situazioni tipizzate. Proprio l'affermazione della sussistenza del controllo analogo sulla persona giuridica affidataria da parte dell'amministrazione quando essa esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, costituisce il fondamento anche per l'ulteriore elemento peculiare: il controllo tramite holding. L'ultimo periodo del comma 2 delineava infatti in modo preciso l'opzione interorganizzativa componibile dall'ente locale socio, stabilendo che il controllo analogo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

La disciplina codificava anche la situazione in cui **l'organismo affidatario in house sia partecipato da più enti**, anche con quote minoritarie, determinando la sussistenza del **controllo analogo quando questo sia esercitato in forma congiunta**. Il comma 4 dell'art. 5 stabiliva infatti che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il d.lgs. n. 50/2016 qualora ricorrano le condizioni per l'affidamento in house (controllo analogo e attività prevalente), anche in caso di controllo congiunto.

Le amministrazioni (o anche gli enti aggiudicatori) esercitano su una persona giuridica un **controllo congiunto** quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni (**art. 5, comma 4 del Codice**):

- a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;
- b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

La traduzione operativa delle condizioni per l'esercizio del controllo analogo congiunto deve essere modulata su almeno tre piani:

- a) nelle relazioni di base tra gli enti, generalmente strutturate nelle convenzioni per le gestioni associate dei servizi, con definizione di modelli interoperativi per regolare le decisioni e l'effettivo esercizio del controllo analogo;
- b) negli statuti societari, mediante la definizione di clausole che garantiscano per le decisioni strategiche maggioranze qualificate (nelle s.p.a.) o addirittura differenziazione dei diritti di voto (nelle s.r.l.);
- c) in eventuali patti parasociali, regolatori del sindacato di voto.

Rispetto al secondo elemento costitutivo dell'in house, **il comma 1 dell'art. 5** recepiva completamente la rilevante novità definita **dalle Direttive 2014/23/Ue e 2014/24/Ue**, stabilendo che l'attività dell'organismo affidatario in house è considerata prevalente quando oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione

aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice "affidante". Anche il requisito dell'attività prevalente è quindi codificato nei termini consolidati dall'ordinamento comunitario, ma la norma presenta un'innovazione, stabilendo per la prima volta una percentuale minima (80%) di attività che deve essere necessariamente svolta dalla società nei confronti degli enti locali affidanti. Peraltro, **tale attività deve sostanzialmente necessariamente in servizi coerenti con l'oggetto sociale** e la finalizzazione della società stessa, non potendo, ad esempio, una società costituita per la gestione di servizi pubblici locali risultare affidataria e svolgere servizi strumentali o produrre servizi verso terzi in termini quantitativi superiori al limite previsto (meno del 20%).

La **metodologia** per determinare la percentuale delle **attività "prevalenti" era disciplinata dal comma 7 dello stesso art. 5**, il quale prevedeva che si debba prendere in considerazione il **fatturato totale medio**, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. I requisiti richiesti per l'in house dalle norme contenute nell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 sono configurate per tutte le tipologie di soggetti con i quali l'amministrazione pubblica definisce una relazione in termini di affidamento diretto in chiave interorganica, risultando pertanto applicabile anche a modello non di tipo societario, come ad es. le fondazioni. Tuttavia, la norma non interviene sulla disciplina di particolari modelli operativi (come le aziende speciali), connotandosi pertanto come una delle differenti soluzioni possibili per l'affidamento di servizi (senza distinzione in chiave di rilevanza economica o meno).

Inoltre il d.lgs. n. 50/2016 stabiliva che se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è **sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile** (articolo 5, comma 8).

La disciplina definita dal d.lgs. n. 50/2016 per le concessioni delinea un quadro essenziale di elementi che regolano le gare per l'affidamento in gestione di servizi nei quali gli operatori economici traggono la loro remunerazione dall'introito delle tariffe per le prestazioni rese. Gli articoli da 170 a 173 configurano la struttura della procedura selettiva, nell'ambito della quale le amministrazioni possono innestare le disposizioni regolative dei vari aspetti della gara tratte dalla parte I dalla parte II del nuovo codice dei contratti pubblici.

Da rilevare inoltre come l'Art. 192 del D. Lgs. 50/2016, ricalcando e integrando quanto già previsto dall'Art. 34 de D. L. 179/2012 prevedeva e precisa che gli affidamenti diretti c.d. in house providing devono essere sviluppati seguendo un iter specifico:

1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti

connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3¹.

2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.
3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

Come si evince chiaramente, il comma 2 prevedeva che l'amministrazione dimostri i motivi che hanno condotto alla scelta dell'in house providing rispetto alla scelta di procedere con un affidamento al mercato in una logica di concorrenza nel o per il mercato evidenziando l'efficienza e l'economicità gestionale che emergono dall'offerta della propria società/proprio organismo in house providing.

In tal senso e nell'ambito del quadro normativo del D. Lgs. 50/2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva avviato le attività finalizzate all'adozione delle Linee Guida Recanti "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o fornitura disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n.50 e s.m.i."

Lo schema di linee guida è stato adottato ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici e si erano poste l'obiettivo di fornire indicazioni utili alle stazioni appaltanti per la formulazione della motivazione richiesta dall'articolo 192, comma 2, dell'abrogato del D. Lgs. 50/2016 nel caso di affidamento diretto ad organismi in house. Lo scopo era stato quello di fornire indicazioni pratiche per orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa ed uniformi, favorendo la diffusione di *best-practice*.

L'ANAC pone quale elemento di riferimento per la valutazione sulla congruità, oltre ai prezzi di riferimento ANAC e/o bandi CONSIP, anche prezzi medi di aggiudicazione risultanti da gare bandite analoghe tenendo conto di tutti i costi necessari (costo del personale, delle materie, costi generali imputabili, etc.), sottolineando che le informazioni utili in relazione ai prezzi praticati o ai costi possono essere acquisite anche attraverso ricerche di mercato oppure attraverso la richiesta di specifici preventivi.

Sul punto l'Antitrust si è limitata ad affermare che le consultazioni di mercato sono uno strumento efficace per verificare la convenienza economica di un affidamento in house rispetto all'espletamento di una procedura competitiva evidenziando la necessità dell'utilizzo di adeguati benchmark per valutare la congruità economica dell'offerta, tenendo conto della performance della società rispetto a quella dell'impresa media del settore gestita in modo efficiente.

¹ Le specifiche linee guida ANAC sono state emanate (Linee guida n. 7) tuttavia l'elenco non risulta ancora attivo

Sullo schema di Linee Guida, come richiesto è intervenuto il parere del Consiglio di Stato n.1614/2021 del 7 ottobre 2021. Di assoluto rilievo quanto affermato dai magistrati amministrativi che partendo dal presupposto che le linee guida in questione costituiscono “*un atto privo di efficacia normativa vincolante, che nasce da un’iniziativa discrezionale dell’Autorità*”, con un ragionamento rispetto allo stato di fatto nonché sui possibili sviluppi normativi, anche in relazione alla fase di attuazione del PNRR, hanno ritenuto di dover sospendere la pronuncia, in attesa degli approfondimenti a cura di ANAC indicati nel provvedimento stesso del Consiglio di Stato. I giudici evidenziano come l’articolo 10 (rubricato “Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici”) del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, ha ampliato l’area applicativa del ricorso *all’in house providing*; il comma 3 del medesimo articolo, modificato dalla legge di conversione n. 108 del 2021, reca poi una disciplina *ad hoc* della motivazione del ricorso alla formula del *in house* in deroga al mercato, di cui all’art. 192, comma 2. Inoltre, sempre i Giudici ricordano che in Parlamento è in discussione la delega per la riforma degli appalti e che sussiste un consolidato orientamento giurisprudenziale in merito all’applicazione dell’articolo 192 c. 2 del dl. 50/2016.

Degno di nota, inoltre, il passaggio nel quale i giudici amministrativi ricordano che la materia è stata oggetto di numerose pronunce del Consiglio (da ultimo, Sez. I, n. 1374 del 3 agosto 2021, e n. 1389 del 7 maggio 2019, nonché Sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020), che hanno sempre ribadito come la società in house sia equiparabile ad un “*ufficio interno*” dell’ente pubblico che l’ha costituita, sicché non sussiste tra l’ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa caratteristica l’unica a giustificare l’affidamento diretto, senza previa gara, di un appalto o di una concessione. I Giudici ricordano anche che sulla questione sono recentemente intervenute, come è noto, anche la Corte di giustizia dell’Unione europea e la Corte costituzionale. La Corte di giustizia (Sezione IX, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – Rieco S.p.A.) ha ritenuto conforme al diritto dell’Unione l’art. 192 del codice dei contratti pubblici, che subordina la conclusione di un “*contratto in house*” all’impossibilità di procedere all’aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna, demandando in sostanza allo Stato membro la definizione di un punto di equilibrio tra i due valori da bilanciare (quello della libera autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni con quello della concorrenza e del mercato), senza fornire indicazioni più concrete e specifiche.

Le citate riflessioni inducono, quindi, il Consiglio di Stato “prima di procedere all’analisi delle linee guida e delle diverse, spesso complesse e delicate, problematiche ivi affrontate, a demandare preliminarmente a codesta Autorità un ulteriore approfondimento sui sopra evidenziati profili di impatto operativo, nel contesto di attuazione del PNRR, acquisendo eventualmente anche l’avviso sulle prossime prospettive de iure condendo del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e della Presidenza del consiglio dei ministri – Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (che potrà se del caso consultare anche gli appositi organismi introdotti con il predetto decreto-legge n. 77 del 2021, quali la Segreteria tecnica presso la Presidenza del consiglio dei ministri e la “Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione”, costituita nell’ambito del predetto DAGL).

Stante la natura non definitiva delle Linee e la sospensione di parere del Consiglio di Stato già richiamata, ricordando che l’intervento dell’ANAC non appare “*imposto*” da fonti esterne né dalla giurisprudenza (anzi consolidata sul tema) e come segnalato dal Consiglio di Stato trattasi di atto privo di efficacia normativa

vincolante (l'atto nasce da un'iniziativa discrezionale dell'Autorità - sulla tassonomia e sull'annesso regime giuridico dei diversi atti di regolazione dell'ANAC, nell'ambito di contratti pubblici, si rinvia al parere del Consiglio di Stato Sezione n. 2189/19 del 29 luglio 2019, che richiama *“la distinzione che la commissione speciale, istituita presso il Consiglio di Stato, ha compiuto, con parere 1 aprile 2016, n. 855, tra linee guida recepite con apposito decreto ministeriale, linee guida vincolanti erga omnes e linee guida non vincolanti”*) nella redazione del presente documento non è stato preso in considerazione quanto proposto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con la proposta Linee Guida Recanti *“Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o fornitura disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n.50 e s.m.i.”*.

Come evidenziato, il D. Lgs. 36/2023 ha abrogato l'articolazione normativa del D. Lgs. 50/2016 semplificando l'assetto relativo agli affidamenti in house providing. Infatti, nel nuovo Codice dei Contratti pubblici la regolazione dell'in house providing è stata molto ridotta evitando rischi di c.d. *“gold plating”*.

L'articolo riguardante l'in house è l'Articolo 7 in materia di autoproduzione di servizi che al comma 2 richiama gli obblighi di motivazione analitica e che tuttavia con riferimento ai servizi a rete (fra cui si ricorda rientra anche il servizio di gestione dei rifiuti urbani) rimanda al D. Lgs. 201/2022 come fonte normativa di affidamento in caso di house.

In particolare, il quadro normativo attuale è de facto costituito:

- Dall'Articolo 7 di cui al D. Lgs. 36/2023, con particolare riferimento ai commi 2 e 3:
 2. 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. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.”
 3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.
- Dall'Art. 14 e 17 del D.Lgs. 201/2022 con riferimento ai soli servizi pubblici locali (servizi di interesse economico generale), che prevedono, il primo le possibili modalità di affidamento dei servizi pubblici locali e il secondo l'iter di affidamento in caso di affidamento in house servizi pubblici a rilevanza economica;
- Dall'Art. 16 del D. Lgs. 175/2016 che individua i requisiti per la qualificazione in house providing di una società di capitali.

3 Verifica dei requisiti per l'affidamento in house providing

3.1 Verifica dei requisiti in materia di controllo analogo e attività prevalente

1. Società a totale capitale pubblico

Agesp Attività Strumentali S.R.L. è una società il cui capitale sociale è detenuto al 100% da Agesp S.P.A, società interamente pubblica partecipata al 99,99583% % dal Comune di Busto Arsizio, come previsto dall'art.1, comma 1, dello Statuto di Agesp Attività Strumentali S.R.L.

L'art.5 dello Statuto inoltre prevede che "la quota di capitale pubblico non può essere inferiore al 100% (cento per cento) per tutta la durata della società. Può essere socio della società soltanto una società controllata dal Comune di Busto Arsizio a capitale interamente pubblico".

Tale condizione è dunque rispettata.

2. Attività prevalente

Secondo quanto previsto dall'art.1, comma 5, dello Statuto di Agesp Attività Strumentali S.R.L. le attività svolte per gli enti soci ed i servizi resi alle collettività da essi rappresentate devono in ogni caso costituire la parte più importante delle attività della Società e rappresentare oltre l'ottanta per cento del fatturato. La produzione ulteriore rispetto a tale limite, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scale o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Tale previsione ricalca puntualmente quanto previsto dalle disposizioni comunitarie, dal D. Lgs. 175/2016 e dalle disposizioni del precedente Codice dei Contratti (Art. 5 del D. Lgs. 50/2016)

L'oggetto della società è definito all'art.2 dello Statuto che individua le seguenti attività:

- Gestione sia amministrativa che tecnica, del patrimonio immobiliare proprio;
- Gestione dell'installazione, cablatura, manutenzione ed esercizio di reti e di servizi telematici, informatici e di telecomunicazione;
- Gestione delle attività di accertamento e riscossione dei tributi e di altre entrate comunali da esercitarsi nel rispetto dei limiti e con le modalità previsti dalla normativa vigente in materia;
- Gestione tecnica e amministrativa dei servizi cimiteriali.

La società può inoltre svolgere qualsiasi attività comunque connessa, complementare o affine a quelle sopra indicate. I principali ambiti di attività della società sono:

- Manutenzione rete stradale;
- Gestione segnaletica stradale, verticale, orizzontale e luminosa;
- Gestione del verde pubblico, dell'arredo urbano e delle attrezzature ludico-motorie;
- Gestione tecnica dei servizi cimiteriali;
- Installazione, cablatura, manutenzione ed esercizio di reti e di servizi telematici, informatici e di telecomunicazione;

- Facility management: attività di gestione di impianti tecnologici avanzati, quali gli impianti elettrici, idraulici, d'illuminazione, di riscaldamento e di condizionamento, servizio ascensori, impianti antincendio e servizi di pulizia, nonché di caldaie ed impianti di condizionamento di terzi; fornitura di servizi di condizionamento, climatizzazione e riscaldamento anche con esercizio e manutenzione di caldaie, nonché servizi di global service per edifici civili ed industriali, installazione, ampliamento, trasformazione, manutenzione degli impianti.

In via residuale la società svolge talune prestazioni, sempre riconducibili alle attività di cui sopra, in particolare il servizio di sgombero e spazzamento neve, avendo quest'ultima attività una forte interazione con il servizio di manutenzione rete stradale.

Da segnalare come la delibera di Consiglio Comunale n. 03 del 01.02.2024 autorizzi le modifiche statutarie relativamente ai servizi cimiteriali ed in particolare alla gestione del forno crematorio.

Nonostante lo Statuto ammetta la possibilità di svolgere ulteriori attività rispetto a quelle previste dagli affidamenti di servizi pubblici l'attività della società è rivolta esclusivamente a favore del Comune di Busto Arsizio in conformità alle previsioni del requisito dell'”attività prevalente”

In particolare, gli Articoli 2.3 e 2.4. dello Statuto di Agesp Attività Strumentali s.r.l. prevedono quanto segue: La società potrà operare esclusivamente con il Comune di Busto Arsizio, o con eventuali altri Comuni, soci di minoranza del socio unico, e non potrà svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, ne' in affidamento diretto ne' con gara, e non potrà partecipare ad altre società o enti. Le attività e i servizi di cui ai commi precedenti saranno svolti sotto il controllo e con la verifica di Agesp S.p.A., in conformità agli indirizzi definiti e approvati dal Comune di Busto Arsizio. La società è in ogni caso vincolata a realizzare la propria attività con il Comune di Busto Arsizio, sue aziende ed enti dipendenti o società dal medesimo partecipate o affidatarie del servizio pubblico locale e comunque con le collettività rappresentate dal suddetto Comune e nel territorio di riferimento del medesimo, salva la possibilità di operare con eventuali altri Comuni, soci di minoranza del socio unico, nel rispetto dei limiti di legge.

VALORE DELLA PRODUZIONE	2021	2020	2019	Classificazione
GESTIONE EDIFICI	3.818.735 €	5.373.200 €	3.830.070 €	Attività prevalente
VERDE PUBBLICO	1.738.361 €	1.112.636 €	1.254.352 €	Attività prevalente
SETTORI COMUNI	10.637 €	39.812 €	27.875 €	Attività prevalente
GESTIONE STRADE	4.980.274 €	3.173.303 €	3.137.522 €	Attività prevalente
SEGNALETICA STRADALE	237.931 €	204.838 €	204.022 €	Attività prevalente
GESTIONE CIMITERI	943.048 €	723.622 €	725.352 €	Attività prevalente
GESTIONE CALORE	2.093.227 €	1.468.042 €	1.721.924 €	Attività prevalente
GLOBAL SERVICE	14.375 €	17.017 €	13.349 €	Attività prevalente
FARMACIE	3.415.799 €	3.664.464 €	3.478.115 €	Attività prevalente
PARCHEGGI	1.107.878 €	841.976 €	1.471.360 €	Attività prevalente
TOTALE	18.360.266 €	16.618.909 €	15.863.942 €	

Dalle fonti contabili obbligatorie, con particolare riferimento ai contenuti del conto economico consuntivo di Agesp Attività Strumentali delle ultime tre annualità disponibili, 2021, 2020, 2019, è possibile rilevare che il relativo fatturato, inteso quale ammontare complessivo dei ricavi da vendite e da prestazioni di servizio realizzati nell'esercizio, integrati degli altri ricavi e proventi conseguiti e al netto delle relative rettifiche, ovvero il Valore della Produzione del Conto Economico, coincide con la sommatoria dei Valori della Produzione dei singoli servizi affidati ad Agesp Attività Strumentali.

La tabella conferma quanto sopra riportato per cui è possibile affermare che non vi siano attività all'infuori del perimetro della c.d. "**attività prevalente**" e che il requisito in house del superamento del 80% del fatturato risulta ampiamente soddisfatto.

Da rilevare come si possa ritenere soddisfatto il requisito dell'attività prevalente anche con riferimento a quanto segnalato da AGCM con il parere reso al Comune del 23/12/2022 inerente l'affidamento in house providing del servizio rifiuti ad Agesp S.p.A.

In particolare, nel parere, l'Autorità Garante per la Concorrenza e il mercato evidenziava come si dovesse tenere in considerazione, nel calcolo dell'attività prevalente della società, il fatturato del "gruppo" societario, valutando, in particolare, anche il fatturato di Agesp Energia S.r.l., allora partecipata al 100% dalla società destinataria dell'affidamento.

Nel caso in esame, invece, si ritiene che il contesto di riferimento per il calcolo dell'attività di controllo analogo debba essere valutato con riferimento alla sola Agesp Attività Strumentali S.r.l. in quanto l'affidamento, e quindi il potenziale "rischio distorsivo della concorrenza", è relativo a tale società che non detiene partecipazioni e che rispetto ad Agesp Energia non ha alcun rapporto (né di collegamento né di controllo ai sensi del Codice Civile).

In altre parole, l'eventuale distorsione del "mercato" derivante dall'affidamento in house ad Agesp Attività Strumentali S.r.l. dovrebbe "giungere" ad Agesp Energia, operante in regime di concorrenza, tramite un passaggio in Agesp S.p.A., società controllante Agesp Attività Strumentali.

Si aggiunga inoltre che nel corso del 2023 si è perfezionata la cessione del 70% di Agesp Energia che, pertanto, non è più soggetta a consolidamento contabile in Agesp S.p.A.. Pertanto, anche una valutazione "di gruppo" dell'attività prevalente effettuata su Agesp, dovrebbe tener conto di tale fattispecie (quindi non basarsi sull'ultimo triennio, come previsto all'Articolo 12 punto 5 della Direttiva Appalti: "*Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile*").

3. Controllo analogo

L'art. 1, comma 4, dello Statuto di Agesp Attività Strumentali S.R.L. prevede il controllo analogo indiretto del Comune di Busto Arsizio sulla società per il tramite di Agesp Spa che si manifesta mediante la determinazione e approvazione degli indirizzi relativi ai servizi pubblici gestiti dalla società e la successiva verifica periodica della loro attuazione, il tutto secondo le modalità declinate con specifico regolamento adottato dal Consiglio Comunale e nel rispetto di quanto previsto dai disciplinari concernenti ciascun servizio e attività resi dalla società in favore del Comune. Tale articolo evidenzia il ruolo del Comune di Busto

Arsizio nel c.d. “**controllo ex ante**”.

Il controllo analogo viene inoltre esercitato mediante ulteriori disposizioni presenti all’interno dello Statuto come riportati qui di seguito:

- **Art.12, comma 1**, l’Organo Amministrativo viene nominato dall’Assemblea su indicazione del Comune di Busto Arsizio;
- **Art.13, comma 1**, l’Organo Amministrativo detiene poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione che deve esercitare nello “stretto rispetto ed in esecuzione degli indirizzi ricevuti dall’Assemblea, nel quadro di quelli impartiti dal Comune di Busto Arsizio nei confronti di Agesp S.p.A e delle sue società controllate”.
- **Art.13, comma 3**, “in sede di nomina dell’Amministratore Unico, l’Assemblea può specificare, su indicazione del Comune di Busto Arsizio, gli obiettivi gestionali e/o operativi posti in capo all’Organo Amministrativo e il vincolo per gli amministratori, nella gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite in sede di controllo analogo e trasfuse in appositi atti formali e vincolanti. La mancata e difforme esecuzione degli atti per cui l’Assemblea ha deliberato l’autorizzazione preventiva e, più in generale, la mancata attuazione degli indirizzi impartiti dal Comune di Busto Arsizio per il tramite di Agesp S.p,A, potrà configurare giusta causa di revoca.

Da ultimo, sebbene a livello giurisprudenziale si sia più volte evidenziato come l’iscrizione all’albo delle amministrazioni aggiudicatrici in house tenuto dall’ANAC fino all’entrata in vigore del D. Lgs. 36/2023 non costituisca elemento sufficiente di giustificazione in merito alla sussistenza dei requisiti per l’in house providing, si evidenzia che l’ANAC abbia provveduto all’iscrizione del rapporto Comune di Busto Arsizio – Agesp Attività strumentali, verificando la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa in materia.

4 Descrizione del servizio

4.1 Caratteristiche del servizio

4.1.1 Oggetto del servizio

L’affidamento oggetto della presente relazione è relativo ai servizi di supporto tecnico amministrativo riguardanti la programmazione, la progettazione, la realizzazione e l’acquisizione di beni e servizi per conto del Comune di Busto Arsizio.

All’**articolo 2** del Contratto di Servizio sono riportati i servizi oggetto dell’affidamento, come di seguito riportati:

1. Il Comune di Busto Arsizio, tramite il presente contratto affida ad Agesp Attività Strumentali S.r.l., in via non esclusiva, servizi di supporto tecnico ed amministrativo per la gestione degli affidamenti di lavori, servizi e forniture dell’Ente, al fine di dotarsi di una struttura tecnica specializzata che permetta una gestione efficace ed efficiente dell’intero ciclo degli acquisti dell’Ente e della programmazione, progettazione e realizzazione delle opere pubbliche.
2. In particolare, il presente Contratto ha per oggetto lo svolgimento delle attività di supporto tecnico-amministrativo al Comune di Busto Arsizio che l’Ente potrà affidare a sua discrezione e in via non esclusiva ad Agesp Attività Strumentali, con particolare riferimento alle seguenti prestazioni specifiche:

- 2.a. Attività e servizi ordinari di:
- 2.a.i. supporto tecnico-amministrativo anche per la determinazione degli interventi e delle priorità da inserire negli strumenti di programmazione;
 - 2.a.ii. attività e servizi tecnici anche strumentali alla progettazione e all'esecuzione delle opere e dei servizi;
 - 2.a.iii. attività e servizi tecnici anche strumentali alla progettazione specialistica e straordinarie in ambito prevenzione incendi, idraulica, impiantistica elettrica e termo meccanica.
 - 2.a.iv. Direzione dell'Esecuzione del Contratto in caso di Appalti di Servizi e Forniture;
 - 2.a.v. supporto alla stesura degli atti di gara per procedure aperte, ristrette, negoziate, in conformità alla normativa vigente, ai regolamenti e alle procedure del Comune seguendo le indicazioni del RUP, gestendo i quesiti e successivi chiarimenti (FAQ);
 - 2.a.vi. supporto agli affidamenti diretti con il controllo della documentazione per procedere all'affidamento attraverso un confronto operativo con il RUP e la verifica della tipologia di procedura in coerenza con la normativa pubblicistica.
 - 2.a.vii. presidio alle attività del Seggio di Gara e della Commissione Giudicatrice, in cui il personale della Società potrà svolgere anche le funzioni di segretario verbalizzante
 - 2.a.viii. supporto alla stipula dei contratti e/o degli ordini, assistendo il RUP nella verifica della correttezza della documentazione propedeutica alla sottoscrizione (assicurazione, garanzia definitiva, comprova del fatturato o altra documentazione richiesta in fase gara);
 - 2.a.ix. supporto alle autorizzazioni ai subappalti
- 2.b. Attività di committenza ausiliaria di cui ai punti da 1) a 4) della lettera z) dell'Art. 3 comma 1 dell'Allegato I.1 del D. Lgs. 36/2023;
- 2.c. Servizi di affidamento dei lavori ad imprese terze, con assunzione del Ruolo di Responsabile Unico di Progetto, la richiesta di pareri e nulla-osta sui progetti di qualsivoglia natura e prodromici alla realizzazione degli interventi, la gestione tecnico-amministrativa dei relativi contratti, la gestione delle eventuali connesse vertenze. Quando la società assume anche ruolo di RUP, il Comune deve individuare al suo interno un Responsabile Titolare dell'Affidamento.
- 2.d. Assunzione, su mandato esplicito del Comune, della funzione di responsabile unico di progetto ai sensi dell'Art. 15 e dell'Allegato I.2. del D. Lgs. 36/2023 in merito alle opere pubbliche da affidarsi da parte dell'Ente per le quali Agesp Attività Strumentali S.r.l. è individuata come "Soggetto attuatore" e soggetto deputato al servizio di committenza ausiliaria comprensivo dell'attività di cui ai punti 3) e 4) della lettera z) dell'Art. 3 comma 1 dell'Allegato I.1 del D. Lgs. 36/2023

I servizi sopra citati vengono definiti annualmente attraverso un Programma di Attività Annuale (PAA) che viene redatto da Agesp Attività Strumentali S.r.l. entro il 31 MARZO di ogni anno o comunque, su deroga espressa dell'amministrazione comunale, compatibilmente con le tempistiche di redazione degli atti propedeutici al DUP e dove vengono individuate le opere, i servizi e le forniture per le quali la società potrà prestare le proprie attività tecniche, nonché le prestazioni per le quali Agesp potrà offrire supporto

all'Amministrazione. È poi incarico dei dirigenti competenti del Comune di Busto Arsizio esaminare la proposta di PAA presentata da Agesp Attività Strumentali S.r.l, sotto il profilo sia della coerenza agli indirizzi e priorità dati dal Comune stesso, che della sostenibilità economico-finanziaria delle singole attività e servizi indicati, entro 30 (trenta) giorni dalla presentazione. Infine, l'affidamento delle attività e dei servizi inseriti nel PAA avverrà a cura del dirigente del settore competente mediante la sottoscrizione di specifico ordine di attività, previa determinazione del corrispettivo anche sulla base di eventuali modifiche al quadro delle opere dopo l'approvazione del PAA.

Eventuali attività a richiesta non specificatamente riferite a un bene, un servizio o lavoro e pertanto non inserite nel PAA possono essere richieste dal Comune di Busto Arsizio ad Agesp Attività Strumentali secondo le indicazioni previste nel PAA e inclusive degli importi massimi per ciascuna di esse.

Con tali servizi il Comune di Busto Arsizio intende dunque dotarsi di una struttura tecnica specializzata che permetta una gestione efficace ed efficiente dell'intero ciclo degli acquisti dell'Ente e della programmazione, progettazione e realizzazione delle opere pubbliche.

L'affidamento in house inoltre deve essere considerato anche in relazione ai servizi attualmente gestiti da Agesp Attività Strumentali, anch'essi in via di revisione e aggiornamento:

- Gestione dei plessi cimiteriali;
- Gestione del verde pubblico e arredo urbano;
- Gestione degli immobili comunali;
- Gestione delle infrastrutture stradali;
- Gestione della mobilità urbana.

L'attuale gestione dei sopra citati servizi pubblici locali ricomprende una serie di attività propedeutiche alla programmazione annuale e triennale delle OO.PP che vengono svolte da Agesp Attività Strumentali come gli studi di fattibilità e progettazione preliminari, la gestione dell'attività progettuale, l'attività di responsabile del procedimento, la realizzazione di gare d'appalto e le attività connesse a quest'ultime inclusive di stipula dei contratti.

Con l'affidamento del servizio di supporto tecnico amministrativo, pertanto, si intende razionalizzare sotto un'unica gestione tali attività andando a perseguire così obiettivi di maggiore efficacia ed efficienza.

Inoltre, l'affidamento di tali servizi ad Agesp Attività Strumentali, rispetto al ricorso al libero mercato, permette di assicurare una programmazione annuale e triennale delle opere pubbliche qualitativamente superiore, difatti la gestione degli altri servizi a carico di Agesp Attività Strumentali permetterebbe a quest'ultima un vantaggio competitivo dovuto sia dal possesso di maggiori informazioni e conoscenze inerenti alle necessità e alle problematiche del territorio che da una più celere ed elastica trasmissione di quest'ultime.

L'efficacia del servizio, difatti, viene assicurata dall'organicità del servizio stesso e da un consolidato sistema di collaborazione e flessibilità in grado di comprendere e far proprie le esigenze del Comune di Busto Arsizio per migliorarne le azioni, pur mantenendo fermi gli obiettivi e i risultati attesi; tale flessibilità difficilmente può instaurarsi in un mero rapporto contrattuale e, tanto meno, con una pluralità di affidatari

esterni privati le cui azioni sono volte alla massimizzazione del profitto.

Risulta infine di fondamentale importanza per tale affidamento in house considerare anche la natura del servizio di supporto tecnico-amministrativo che, in quanto composito e caratterizzato da molteplici e diversi tempi amministrativi, ha indotto il Comune di Busto Arsizio a pretendere nei confronti di Agesp Attività Strumentali (Art.9, comma 1) la massima tempestività, reperibilità, immediatezza e flessibilità nell'approntare per tempo documentazioni, elaborati e rapporti finalizzati a supportare le attività e le scelte del Comune.

La presenza del controllo analogo proprio dell'affidamento in house e l'elasticità da esso derivata, rispetto a un'ipotesi di contratto di concessione, permette al Comune di Busto Arsizio di essere ancora più incisivo e più ingerente sulla gestione del servizio espletata da Agesp Attività Strumentali, andando così a soddisfare le pretese contrattuali sopra riportate che sono state poste dal Comune a tutela dell'interesse pubblico.

4.2 Modalità di calcolo dei corrispettivi

La regolazione economica del contratto è riportata all'Articolo 7 dello stesso che disciplina, per ciascuna tipologia di attività la modalità di calcolo del compenso previsto.

E' importante evidenziare che in una logica di garanzia prestazionale al Comune che permette all'Ente di disporre di un organico in grado di supportare gli uffici per ogni necessità in modo esclusivo (il rapporto in house providing non prevede la possibilità di ricavi "a mercato" o verso altri Enti con conseguente impossibilità di rendere variabili costi fissi in quanto "coperti" da altre entrate), si preveda un corrispettivo minimo funzionale a garantire una struttura a disposizione dell'Ente.

Di seguito si riporta l'articolazione prevista dall'Articolo 7.

Articolo 7 - Modalità di calcolo dei corrispettivi

1. Il Comune per tutti gli ordini di attività di cui all'art. 2 comma 2 punto 2.a. riconoscerà alla Società le tariffe professionali di riferimento per prestazioni tecniche redatte ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 a cui si applicherà solo nel caso di attività prestate con prevalenza di risorse professionali interne:
 - 1.a. Per le per importi del corrispettivo sino a 40.000 Euro uno sconto del 50% I.V.A. e cassa escluse;
 - 1.b. per importi del corrispettivo superiori ai 40.000 Euro uno sconto del 30% I.V.A. e cassa escluse.
2. Per le attività di cui all'art. 2 lett. b) e lett. c) svolte facendo ricorso ad operatori economici esterni, il Comune riconoscerà il costo effettivamente sostenuto da Agesp per l'affidamento/l'aggiudicazione dell'appalto/incarico. A tale valore andrà aggiunto, un corrispettivo riguardante esclusivamente le prestazioni effettivamente rese. Per le prestazioni rese in qualità di RUP il parametro di riferimento tabellare sarà quello relativo al supporto al RUP. Parimenti, laddove non si ritrovassero nelle succitate tabelle le specifiche figure impiegate nell'appalto, il corrispettivo verrà determinato facendo ricorso alle figure, contenuti in tali tabelle, maggiormente assimilabili per natura e funzioni al ruolo ed alla funzione effettivamente svolta.
3. I corrispettivi, come sopra determinati, sono verificati ed eventualmente rideterminati a consuntivo, in

sede di Certificato di regolare esecuzione e/o Verifica di conformità dei servizi e delle attività come segue:

- 3.a. per la fase di progettazione sull'importo delle opere e dei lavori posti a base di gara;
 - 3.b. per la fase di esecuzione sull'importo delle opere e dei lavori risultanti dal collaudo, comprensive di eventuali riserve per opere riconosciute all'impresa appaltatrice;
 - 3.c. per il coordinamento per la sicurezza è, altresì, riconosciuto il costo dei relativi oneri della sicurezza;
 - 3.d. per il collaudo tecnico-amministrativo sono riconosciuti sia il costo degli oneri della sicurezza, sia le eventuali riserve relative ad opere e lavori.
4. In caso di perizie di varianti in corso d'opera, formalmente richieste dal Comune, nel rispetto dei limiti di legge, direttamente connesse all'esecuzione delle opere e dei lavori, che non derivino da negligenza, imperizia o fatti, comunque, imputabili alla Società, il corrispettivo calcolato secondo le tariffe di cui sopra, è rideterminato, per la fase progettuale, in relazione all'importo finale del progetto definitivo/esecutivo e, per la fase esecutiva, in base al costo finale dell'opera.
5. L'importo complessivo degli ordini di attività di cui all'art. 2 non potrà essere inferiore ad euro 206.000,00 annui, quale compenso riconosciuto alla società per lo svolgimento delle prestazioni professionali svolte dalla medesima in via esclusiva dal proprio personale. Detto importo è comprensivo di tutte le attività di natura tecnica afferenti all'attuazione del Programma Triennale OO.PP. del Comune, nonché quelle riferite ai finanziamenti PNRR.

L'importo complessivo di cui al punto precedente pur dovendosi garantire come minimo da riconoscersi, verrà aggiornato di anno in anno o nel medesimo anno, in relazione all'importo dei lavori effettivamente gestiti dalla Società in relazione alle opere previste dal programma triennale delle opere pubbliche, e troverà copertura nell'ambito del quadro economico di ciascun intervento ("spese tecniche personale Agesp")

Dall'entrata in vigore del presente contratto, per i progetti per i quali è stato approvato dall'Amministrazione Comunale almeno il Progetto di Fattibilità Tecnica Economica ai sensi del Codice degli Appalti, continua ad applicarsi quanto previsto dalla Deliberazione di Giunta Comunale n. 204 del 06/12/2016 "riconoscimento ad Agesp Attività Strumentali di costi amministrativi accessori connessi all'esecuzione di interventi di manutenzione straordinaria "

6. Il corrispettivo, come definito nel presente articolo, copre tutti i costi, diretti ed indiretti, che la Società sostiene per lo svolgimento delle attività e dei servizi affidati e retribuiscono totalmente le prestazioni contemplate nel relativo ordine di attività/servizio e/o connesse allo svolgimento dell'incarico medesimo, indipendentemente dal numero e dalla qualifica del personale della Società professionisti coinvolti.

4.3 Standard tecnici, livelli quantitativi e qualitativi e modalità di erogazione dei servizi

Come riportato dall'**articolo 11, comma 3** del Contratto di Servizio, ai fini del monitoraggio e della

determinazione del corrispettivo finale dovuto per le singole attività e servizi affidati, il Responsabile del Progetto o il Responsabile Titolare dell’Affidamento del Comune ove la funzione di Responsabile del progetto sia affidata ad Agesp Attività Strumentali S.r.l verifica, con riferimento al singolo disciplinare di incarico e secondo la periodicità dallo stesso stabilita, il raggiungimento degli **obiettivi di volta in volta assegnati alla Società** e previsti per ciascuna fase. In caso di mancato rispetto dei **livelli prestazionali** previsti, il Comune potrà decurtare il corrispettivo previsto anche scendendo sotto il valore minimo di cui al comma 7 dell’Articolo 7, in misura proporzionale al mancato raggiungimento dei livelli di qualità condivisi.

Il Comune di Busto Arsizio disciplina le modalità di erogazione dei servizi attraverso **l’articolo 5 “Programmi di attività” e l’articolo 6 “Affidamento delle attività”** che dispongono quanto segue:

Articolo 5: Programma delle attività

1. La Società si impegna, a predisporre la proposta di PAA entro **31 marzo** di ogni anno o comunque compatibilmente con i tempi di redazione del DUP da parte dell’Amm.ne C.le, in conformità al precedente Art. 4.
2. Nell’individuazione delle attività e dei servizi da inserire nel PAA, Agesp dovrà privilegiare lo svolgimento di attività gestite tramite personale interno, fermo restando il temperamento con le necessità segnalate dal Comune.
3. Ai fini della predisposizione del PAA, Agesp si impegna a partecipare ai Gruppi di lavoro promossi dall’Ente con i referenti dei diversi settori del Comune, per la raccolta delle informazioni e dei dati necessari alla loro elaborazione. Il Comune si impegna a fornire alla Società ogni altro elemento utile alla formulazione del richiamato programma.
4. In particolare, il programma dovrà contenere l’indicazione del Settore Comunale competente per ciascun servizio ivi indicato, una dettagliata descrizione dei diversi servizi programmati per l’annualità di riferimento, suddivisi per tipologia con dettaglio della periodicità e della modalità di svolgimento
5. I dirigenti competenti esaminano la proposta di PAA presentata da Agesp Attività Strumentali S.r.l, sotto il profilo sia della coerenza agli indirizzi e priorità dati dal Comune stesso, che della sostenibilità economico-finanziaria delle singole attività e servizi indicati, entro 30 (trenta) giorni;
6. Entro il suddetto termine, possono essere richiesti integrazioni/chiarimenti/modifiche, cui la Società è tenuta a dar riscontro nei 15 (quindici) giorni successivi e il termine di cui al comma 3 si intende sospeso.
7. Il PAA viene approvato, dalla Giunta Comunale entro i successivi 15 giorni naturali consecutivi dalla trasmissione dei riscontri di cui al comma 4 o decorso il termine di cui al comma 3.
8. A valle dell’approvazione del PAA di cui al comma precedente, le singole attività dovranno essere necessariamente autorizzate, secondo quanto disciplinato al successivo art. 6.
9. In relazione alle attività programmate/pianificate, in caso di modifica del quadro normativo di riferimento, nonché laddove vi sia di necessità di riallineare le prestazioni programmate alle esigenze e/o finalità del Comune stesso, le attività ed i servizi ricompresi nel PAA, fatto salvo aggiornamento degli strumenti di programmazione stessi, potranno subire variazioni in diminuzione o in incremento,

nel limite del 50% dell'originario valore annuo.

10. Fatte salve cause di forza maggiore, atti d'imperio, sopravvenienze normative, le attività/i servizi già avviati non potranno subire variazioni in diminuzione superiori al 20% dell'importo originario complessivo stimato per l'annualità.

Articolo 6: Affidamento delle attività – ordini di attività/intervento

1. L'affidamento delle attività e dei servizi inseriti nel PAA avviene a cura del dirigente del settore competente mediante la sottoscrizione di specifico ordine di attività/intervento, previa individuazione del corrispettivo anche sulla base di eventuali modifiche al quadro delle opere dopo l'approvazione del PAA secondo i criteri previsti nel successivo Art. 7. L'ordine di attività si compone di determinazione di impegno di spesa e allegati atti descrittivi l'attività affidata (disciplinare o similare) il cui contenuto minimo dovrà essere il seguente:
 - oggetto;
 - durata e tempistiche di realizzazione;
 - compenso;
 - penali e risoluzioni.
2. I Dirigenti dei settori che nel corso dell'anno intendano avvalersi di attività di Agesp Attività Strumentali potranno richiedere alla società un preventivo riportando nella richiesta medesima tutti gli elementi funzionali al calcolo del medesimo sulla base del successivo Art. 7.
3. Entro i successivi 15 giorni dalla richiesta di cui al precedente comma, la società è tenuta a fornire un riscontro indicando:
4. La valorizzazione della prestazione ai sensi del successivo Art. 7;
5. La disponibilità residua della valorizzazione dell'attività a richiesta come previste nel PAA;
6. La modalità di esecuzione della prestazione proposta con esplicita indicazione dell'eventuale ricorso a soggetti esterni specificando le attività per i quali si ricorre agli stessi e le motivazioni di tale scelta
7. Il cronoprogramma delle attività
8. Ogni altra eventuale informazione aggiuntiva che il Dirigente indicherà in sede di richiesta
9. Pervenuta la richiesta, il Dirigente competente ne valuterà la rispondenza a quanto disciplinato nel presente contratto e all'interesse pubblico dell'Ente, richiedendone eventualmente una riformulazione alla società anche tramite la convocazione di riunioni funzionali alla definizione della stessa.
10. A seguito della definizione delle condizioni di proposta definitive e concordate fra le parti, il Dirigente competente affida la prestazione alla società mediante la sottoscrizione di specifico ordine di attività secondo quanto indicato al comma 1.
11. Con cadenza semestrale trimestrale la società è tenuta a trasmettere ai Dirigenti interessati dalle attività erogate, nonché al Dirigente del Settore Bilancio l'importo della disponibilità residua

dell'attività a richiesta come previste nel PAA, con indicazione degli ordinativi già attivati e del relativo valore.

12. Ferma restando la preventiva assunzione dell'impegno di spesa è ammessa, sulla base di apposita formale comunicazione del dirigente del settore competente, l'esecuzione delle attività di cui al precedente Art. 2, in pendenza della sottoscrizione dell'ordine di attività, esclusivamente nei casi di eventi oggettivamente imprevedibili, non addebitabili al Comune ovvero ad Agesp Attività Strumentali S.r.l., e in particolare, per ovviare a situazioni di pericolo per il patrimonio storico, artistico e culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinato a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti pubblici. In tali casi di urgenza, l'ordine di attività deve essere sottoscritto in ogni caso entro il termine di 30 (trenta) giorni dall'avvio dell'esecuzione.

Articolo 11: Monitoraggio e Controllo

1. Ai fini del monitoraggio e della rendicontazione delle attività e dei servizi affidati alla Società, il Documento ricognitivo di cui all'Art. 9 comma 2 del presente contratto deve essere trasmesso da Agesp Attività Strumentali S.r.l ai dirigenti dei settori competenti e al Settore Bilancio, entro il 30 giugno e 31 ottobre dell'anno in corso. Inoltre entro il 31 gennaio dell'anno successivo la Società dovrà presentare apposita documentazione di rendicontazione relativa all'anno precedente; esso è finalizzato ad un'analisi dei dati relativi allo stato di avanzamento, anche in termini economici, delle attività e dei servizi affidati, onde verificarne anche la coerenza con il cronoprogramma consegnato e con le misure per la prevenzioni del rischi di corruzione previste nel Piano Anticorruzione e nel Modello organizzativo gestionale adottati dalla Società, nel rispetto della normativa di riferimento e in particolare del D.Lgs. n. 231/2001.
1. Il suddetto Documento ricognitivo è articolato come segue:
 - a) sintesi periodica secondo le cadenze ed i periodi previsti dal precedente comma 1 dell'andamento economico complessivo delle attività e servizi, sia ordinari che straordinari, affidati, compresi i servizi a richiesta;
 - b) sintesi sullo stato di avanzamento delle attività e dei servizi affidati, del livello dei risultati conseguiti, di eventuali scostamenti rispetto alla pianificazione con eventuali proposte correttive. La Società fornisce al Comune, anche in modalità informatizzata, tutti i dati necessari alla rendicontazione delle commesse affidate, anche con riferimento ai singoli Quadri Economici degli interventi.
2. Ai fini del monitoraggio e della determinazione del corrispettivo finale dovuto per le singole attività e servizi affidati, il Responsabile del Progetto o il Responsabile Titolare dell'Affidamento del Comune ove la funzione di Responsabile del progetto sia affidata ad Agesp Attività Strumentali S.r.l verifica, con riferimento al singolo disciplinare di incarico e secondo la periodicità dallo stesso

stabilita, il raggiungimento degli obiettivi di volta in volta assegnati alla società e previsti per ciascuna fase. In caso di mancato rispetto dei livelli prestazionali previsti, il Comune potrà decurtare il corrispettivo previsto anche scendendo sotto il valore minimo di cui al comma 5 dell'Articolo 7, in misura proporzionale al mancato raggiungimento dei livelli di qualità condivisi.

3. Il Comune esercita la più ampia facoltà di sorveglianza, controllo, verifica e ispezione sull'esecuzione di tutte le attività e servizi affidati in forza del presente Contratto e dei singoli disciplinari di incarico, sotto il profilo tecnico, amministrativo e quello contabile.
4. Il Comune ha, inoltre, la facoltà di effettuare, tramite i propri Uffici, le verifiche che ritiene necessarie e/o opportune sui sistemi di controllo di gestione di AgeSp Attività Strumentali S.r.l. relativamente a tutti i procedimenti derivanti da ogni singolo affidamento.

5 Analisi economica dell'affidamento

5.1 Premessa

L'ulteriore verifica istruttoria da effettuare per l'affidamento di servizi strumentali tramite il modello dell'in house providing è la verifica di coerenza con il mercato delle condizioni previste dal contratto. In particolare, il comma 2 dell'Art. 7 del D. Lgs. 36/2023 prevede 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. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. **In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici”**.*

Pertanto, trattandosi, nel caso in esame, di servizi strumentali, è necessario porre l'attenzione sull'ultima previsione del comma 2 ed evidenziare i profili in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici dell'Ente. Nei successivi paragrafi si darà conto delle analisi condotte evidenziando tuttavia fin da ora come l'affidamento in esame presenta profili di peculiarità in quanto una parte dei servizi affidati non è rinvenibile (e quindi comparabile) a livello di mercato. Infatti, se da una parte con l'affidamento in esame il Comune acquisisce servizi tecnici di supporto in ambito opere pubbliche coerenti con servizi di ingegneria acquisibili sul mercato sulla base delle tariffe professionali ratione tempore in vigore, dall'altra acquisisce servizi in materia di stazione appaltante e attività di RUP non disponibili sul mercato ed esplicitamente esclusi dal Codice dei contratti fra le prestazioni esternalizzabili (art. 62, comma 11 del D. Lgs. 36/2023: *“Al di fuori dei casi di cui al primo periodo, le stazioni appaltanti possono ricorrere, per le attività di committenza ausiliarie, ad esclusione delle attività di cui all'articolo 3, comma 1, lettera z), punto 4, dell'allegato I.1, a prestatori di servizi individuati attraverso le procedure di cui al codice”*).

In tal senso, le analisi di seguito riportate si limitano ad un'analisi degli elementi confrontabili sul mercato e dei profili di garanzia in termini di economicità della gestione.

5.2 Comparazione con opzioni alternative/economicità

Il mercato di riferimento da prendere in considerazione per l'analisi oggetto del presente documento è quello delle attività e dei servizi di ingegneria e/o al supporto tecnico amministrativo all'Ente in materia di contratti pubblici.

Queste specifiche attività, rispetto ad altre tipologie di servizi tipicamente soggette ad affidamenti in house in cui la realizzazione di un benchmark strutturato è sempre possibile, ad eccezione di quei casi in cui il servizio sia di recente formazione e/o innovativo, detengono una precisa peculiarità di carattere normativo che costituisce premessa fondamentale di qualsiasi confronto di costi in questo campo.

Con legge 21 aprile 2023 n.49 viene disciplinato l'equo compenso per le prestazioni professionali dei liberi professionisti. In particolare, la legge, all'articolo 1, prevede che *“per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti rispettivamente:*

- per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n.247;
- per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27;
- per i professionisti di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, dal decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e, successivamente, con cadenza biennale, sentite le associazioni iscritte nell'elenco di cui al comma 7 dell'articolo 2 della medesima legge n. 4 del 2013.

In generale quindi è fatto **obbligo** per gli Enti affidanti una corresponsione minima per le prestazioni rese dai professionisti, nel caso specifico da parte di architetti e ingegneri, che lascia poca discrezionalità agli Enti affidanti sul calcolo dei corrispettivi da inserire nei contratti di servizio.

Già tale primo aspetto evidenzia un profilo di economicità del servizio proposto da Agesp che, grazie alla sottrazione del rapporto in house ai vincoli del Codice dei Contratti pubblici nonché alla qualificazione dei rapporti in house come regime di autoproduzione di beni e servizi, permette al Comune di assicurarsi, come indicato nel contratto di affidamento, uno sconto sulle tariffe professionali pari al 50% in caso di importi del corrispettivo inferiori a 40.000 e del 30% in caso di importi superiori a tale soglia.

Da evidenziare che anche il raffronto con rapporti in house similari evidenzia un profilo di convenienza dell'affidamento ad Agesp. In particolare:

- il contratto in essere fra il Comune di Brescia e Brescia Infrastrutture disciplinante attività similari a quelle da affidarsi ad Agesp prevede sconti sulle tariffe professionali inferiori rispetto al contratto Agesp, pari rispettivamente al 35% in caso di corrispettivo inferiore a 40.000 e del 40% in caso di importi superiori. Sebbene lo sconto sui corrispettivi risulti leggermente superiore nei casi superiori a 40.000, tuttavia nel caso di Brescia Infrastrutture la cassa previdenziale risulta esclusa, mentre nel caso di Agesp è esclusa la sola imposta sul valore aggiunto con conseguente comparabilità di tali voci di sconto.

- Il contratto di servizio fra Comune di Milano e MM S.p.A. per servizi tecnici analoghi a quelli affidati a Agesp Attività Strumentali rimanda il livello di scontistica sulle tariffe professionali a successivi atti del Direttore Generale del Comune. Con Determina del 5 Febbraio 2024, il Direttore Generale del Comune di Milano ha approvato il disciplinare tipo per gli affidamenti a MM S.p.A. aggiornando gli sconti sulle tariffe professionali per l'annualità in corso, in un range (a seconda delle prestazioni) compreso fra il 26,42% e il 24,42% pertanto inferiore ai livelli previsti nel contratto di Agesp (50% e 30%).

Da evidenziare, inoltre, come il contratto preveda che per le eventuali attività affidate da Agesp all'esterno, il Comune riconosca solo il costo effettivamente rendicontato da Agesp. Si ricorda, in questo senso, come Agesp Attività Strumentali sia una società in house providing soggetta alle disposizioni del Codice dei Contratti pubblici. Conseguentemente, la previsione contrattuale di rendicontazione dei costi esterni sostenuti, congiuntamente al sistema di programmazione e controllo, sia a livello contrattuale che di controllo analogo sulla società permette di evidenziare un profilo di economicità rafforzato, in quanto sottoposto ad un "market test" da parte della società analogamente a quanto sarebbe tenuto ad effettuare il Comune in caso di affidamento a terzi del servizio. E' infatti necessario evidenziare come l'unica alternativa confrontabile sia l'affidamento a soggetti terzi, in quanto non sussiste ad oggi in Comune la capacità organizzativa e di "forza lavoro" che possa assicurare i servizi richiesti nel contratto in relazione alla programmazione dell'ente.

Come già anticipato, si sottolinea, invero, la impossibilità ex lege di confrontare e comparare i servizi di committenza ausiliaria ex Art. 3 comma 1 lett. z) punto 4 cha Agesp svolge in qualità di stazione appaltante (e quindi anche l'assunzione del ruolo di Responsabile unico del progetto) per conto del Comune rispetto alle opere affidategli. Il Codice, infatti, vieta l'affidamento a terzi di tali attività, per cui è invece ammesso l'affidamento a società in house (in questo senso, ex multis Parere AGCM n. AS1790 del 6 Maggio 2021 che ammette il ricorso all'in house per tali servizi)

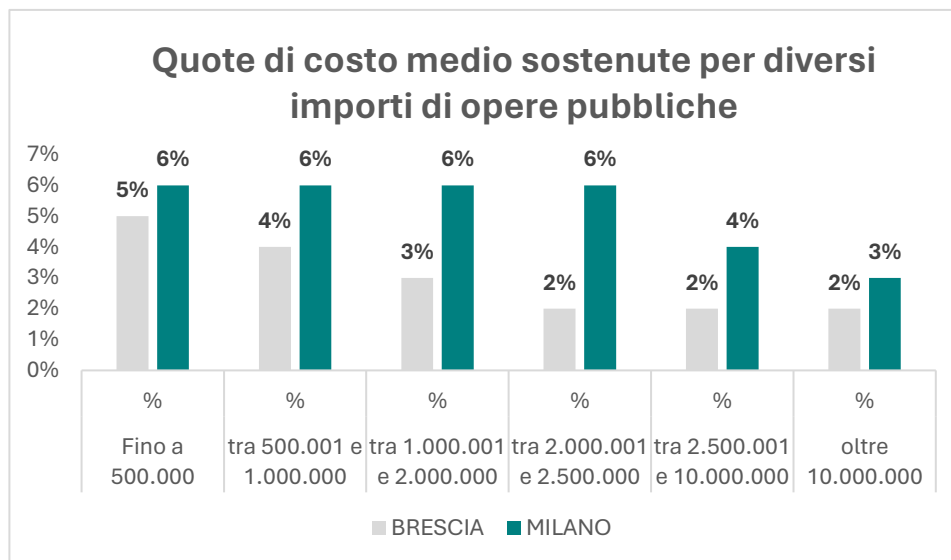
Si ritiene invece utile approfondire il tema del "compenso minimo" pari a 206mila Euro annui oltre IVA previsto nel contratto di servizio. Se da una parte tale importo potrebbe essere ritenuto un disvalore rispetto all'affidamento di servizi al mercato (posto che lo stesso ricomprende anche i costi di committenza ausiliaria non erogabili a mercato) in quanto costituisce un onere "fisso" del Comune, dall'altro lo stesso è giustificabile e valorizzabile sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo.

Sotto il profilo qualitativo è evidente che un rapporto in house "a socio unico" che ricomprenda anche servizi di supporto tecnico comporta necessariamente la presenza di costi fissi per il soggetto affidatario, a meno che lo stesso non subaffidi a sua volta tutte le attività all'esterno, scelta che, tuttavia, si ritiene possa svilire il senso del rapporto inter organico e dell'in house rendendo l'organismo controllato non un reale presidio dei servizi affidati. Pertanto, anche al fine di garantire la celerità e il presidio strategico richiamati dall'Art. 7 comma 2 del Codice dei Contratti pubblici, risulta necessario, indipendentemente dal volume dei servizi affidati disporre di un presidio "a propria disposizione" per la gestione efficace delle opere pubbliche dell'Ente, con conseguente necessità di garantire la sostenibilità minima di tale presidio.

Anche sotto il profilo quantitativo, il valore di 206mila Euro non risulta assolutamente incongruo rispetto al volume delle opere pubbliche del Comune di Busto Arsizio. Prendendo a riferimento il programma triennale delle opere pubbliche dell'Ente 2022-2024, anche assumendo il valore minore nei tre anni considerati e

decurtandolo delle opere realizzate con fondi privati si giunge ad un valore di opere per 16,17 milioni di Euro, con un rapporto percentuale del valore minimo del corrispettivo ad Agesp pari a circa l'1,2%.

Di seguito si riporta l'analisi delle spese tecniche connesse alle opere pubbliche dei due Comuni per i quali già si è effettuato il benchmark, cioè Comune di Milano e di Brescia, a seconda del valore dell'opera.



Risulta evidente che il corrispettivo minimo previsto da Agesp si collochi ad un livello inferiore rispetto al dato di benchmark rilevato confermando la congruità dell'affidamento e dell'importo minimo previsto contrattualmente in rapporto al volume delle opere pubbliche potenzialmente gestibili.

5.3 Esperienza della gestione precedente, profili di strategicità e celerità

Agesp Attività Strumentali risulta già affidataria del servizio, sebbene con profili contrattuali e regolatori differenti. La qualità gestionale del precedente affidamento permette di confermare i profili di strategicità e qualità dei servizi erogati. La modifica delle regole contrattuali e la separazione delle attività di cui al presente contratto rispetto ai contratti di gestione delle infrastrutture comunali è risultata necessaria per garantire trasparenza alle attività svolte da Agesp storicamente, ma mai chiaramente codificate e pianificate fra le parti. La regolazione specifica permette di avere un quadro sia programmatico che di controllo della qualità dei servizi resi molto maggiore rispetto al passato, con passaggi di coordinamento e programmazione continuativa nel corso dell'anno fondamentali nella gestione delle opere pubbliche.

Al di là di tali miglioramenti dell'assetto contrattuale e di regolazione dei rapporti fra le parti è tuttavia indubbia la necessità per l'Ente comunale di confermare l'affidamento (in termini di livelli prestazionali) e di assicurarsi la presenza di uno staff tecnico di supporto in una fase storica di elevati investimenti, ove è necessario concretizzare un volume elevato di finanziamenti pubblici, anche di livello europeo con scadenze serrate (celerità).

Inoltre, disporre di un unico centro di progettazione/programmazione permette al Comune di disporre di un interlocutore unico per la pianificazione cittadina e conseguentemente per la definizione integrata delle diverse opere pubbliche. Da ultimo si evidenzia la forte complementarietà dell'affidamento rispetto agli altri affidamenti ad Agesp, relativi, invece alle attività di presidio e manutenzione delle infrastrutture viarie, edili, cimiteriali e verdi del Comune, che pertanto potranno integrarsi con l'attività di pianificazione e gestione

della realizzazione delle opere pubbliche dell'Ente.